

Secretaría de Posgrado  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas

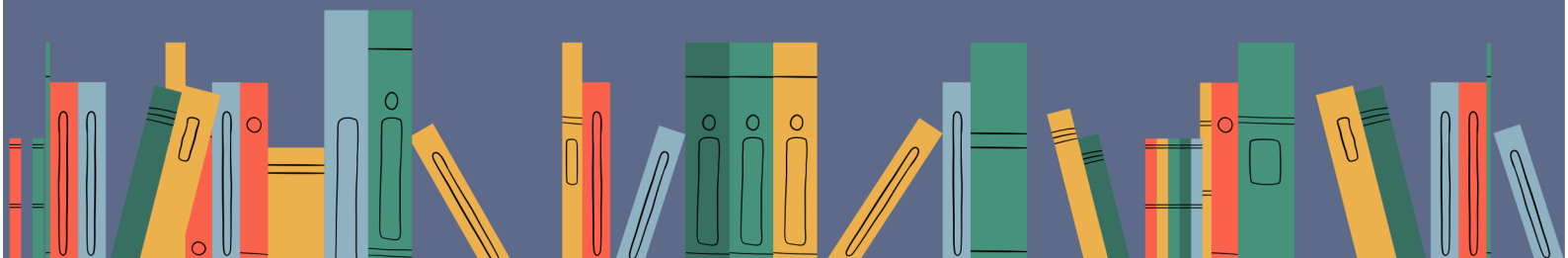
# Cuadernos de Posgrado



FACULTAD DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES  
Y POLÍTICAS



Universidad Nacional  
del Nordeste



---

Cuadernos de posgrado / María Iara González Oviedo ... [et al.] ; Compilación de Nahuel Pellerano ; María Gabriela Calderón. - 1a ed adaptada. - Corrientes : Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, 2024.  
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online  
ISBN 978-987-3619-98-4

1. Derecho. I. González Oviedo, María Iara. II. Pellerano, Nahuel, comp. III. Calderón, María Gabriela, comp.  
CDD 340.07

---

---

**Directores:**

Hilda Zarate  
Nahuel Pellerano  
Lorena Gallardo

**Comité Académico:**

Dra. Mónica Andrea Anís  
Dra. Gabriela Aromí de Sommer  
Dra. Dora Esther Ayala Rojas  
Dr. Jorge Buompadre  
Dra. Gladis Estigarribia de Midón  
Dr. Gustavo Lozano  
Dra. Luz Gabriela Masferrer  
Dr. Gustavo S. Sánchez Mariño  
Dra. Mirta Gladis Sotelo de Andreau  
Dra. Verónica Torres de Breard  
Dr. César Vallejos Tressens

---

## **Sobre la publicación:**

Hace décadas que la facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste, viene promoviendo la formación de posgrado de los profesionales de la región. Gracias a esto, podemos decir que la Facultad no sólo forma a los magistrados, los litigantes, los funcionarios públicos y demás agentes sociales, sino que también los alienta a perfeccionarse.

Más allá del regocijo de acompañar a alguien en su crecimiento personal, sabido es que la actividad de Posgrado es un motor fundamental con el que cuentan las universidades, para impulsar la investigación y la reflexión crítica. Por ello, nos animamos a decir que cada curso, cada diplomatura y por supuesto las especializaciones, maestrías y doctorados no solo mejoran a sus participantes, sino que sientan las bases para que nuestra sociedad siga creciendo.

En ese contexto, nos propusimos que todo ese pensamiento crítico llegue de manera directa a la sociedad, naciendo así este hermoso proyecto “Cuadernos de Posgrado”.

Además, esta publicación dará visibilidad al gran trabajo realizado por las autoridades, docentes y estudiantes de nuestras distintas Carreras, Diplomaturas y Cursos de Posgrados.

## **Pautas para su compilación:**

Esta publicación contiene trabajos realizados por estudiantes de distintas actividades de posgrado desarrolladas en nuestra Casa de Altos Estudios: resúmenes de tesis de maestría, trabajos finales de especialización, trabajos finales de cursos de posgrados.

Las autoridades de cada carrera o curso, fueron los encargados de seleccionar los mejores trabajos del proyecto que dirigen. Esto le da gran relevancia a los textos publicados, ya que los Directores y Codirectores son expertos en las materias sobre la que versan las actividades que conducen.

No se incluyeron publicaciones del Doctorado, esto debido a que nuestra carrera de mayor jerarquía académica cuenta con su propia publicación.

Sin embargo, en honor a la honestidad intelectual vale resaltar que esta compilación es meramente divulgatoria y no pretende tener el rigor de una publicación científica.

También es oportuno recordar que, las obras que lo integran fueron realizadas durante el 2023, 2022, 2021, por lo que muchas de ellas pudieron sufrir el paso del tiempo quedando desactualizadas por cambios normativos o jurisprudenciales. De todas maneras, creímos oportuno publicarlas, ya que todos los textos elegidos se destacan tanto por su confección, como por sus reflexiones críticas, que de una u otra manera aportarán a que el lector pueda conocer más en profundidad cada temática, pero principalmente le permitirán apreciar la calidad de las producciones realizadas en Posgrados de Derecho - UNNE.

# Índice

7/ Maestría en Derecho Empresario	“Implementación del Sistema B en la Industria Forestal Correntina.” <i>María Iara González Oviedo</i>	8
	“Las sociedades de garantía recíproca y su influencia en el financiamiento de las micro, pequeñas y medianas empresas del Noreste Argentino” <i>Ethel Cazzaniga</i>	20
32/ Maestría en Magistratura y Función Judicial	Lenguaje de los jueces de paz de Corrientes, derecho a comprender y acceso a la justicia <i>José Osvaldo Ledesma</i>	33
	El Asistente Letrado en los Procesos de Restricción a la Capacidad. Sus implicancias desde la perspectiva de la garantía de la Defensa en Juicio y el Acceso a la Justicia desde el plano teórico y práctico <i>María Elena Vallejos Schulze</i>	38
47/ Especialización en Derecho Administrativo	Administración, transparencia y derechos humanos: el acceso a la información pública para los y las correntinas <i>Juan Manuel Cubilla Podestá</i>	48
	Propuesta de regularización dominial en barrios públicos chaqueños con antecedentes históricos de denuncias de usurpación <i>Andrea Raquel Fortín</i>	100
	La administración pública digital y su impacto en el trabajo remoto en contexto post pandemia <i>Juan Ignacio Godeas</i>	143
	Acceso a la Información Pública y Participación Ciudadana “Impacto de la Convencionalidad en el Derecho Administrativo Local” <i>Georgina Vanesa Pereyra Ibarra</i>	177
210/ Curso de Posgrado de Sociedades. Cuestiones de Actualidad. Teórico Práctico	Participaciones societarias de carácter propio, su mayor valor y la disolución de la comunidad de ganancias <i>Claudia S. Ferroni</i>	211
	Sociedades por Acciones Simplificadas, el capital social y los Activos Intangibles. El caso del Know How. Las nuevas normas contables en Argentina. <i>Sergio Andrés Trípoli</i>	225

238/ Curso de Posgrado Integral en Mercado de Capitales	Pautas para la inscripción de una Calificadora a la Comisión Nacional de Valores y contenidos mínimos a la hora de emitir una calificación <i>Rubén Darío Velázquez (*)</i>	239
	El fideicomiso de garantía en la argentina <i>Oswaldo Facundo Benítez Meabe</i>	248
260/ Curso de Posgrado Negocios Bancarios y Financieros	“Las normativas y el impacto en los créditos a tasa uva (unidades de valor adquisitivo)” <i>Leidi Yoana Farina</i>	261
	Problemática de la contratación electrónica en los productos bancarios <i>Alejandro Sebastián Fiant</i>	270



# Maestría en Derecho Empresario

## “Implementación del Sistema B en la Industria Forestal Correntina.”

María Iara González Oviedo (\*)

---

### I. Introducción

En la actualidad la intervención del Estado en la economía no es suficiente para hacer frente a los problemas sociales y ambientales que nos aquejan, por lo que el sector empresarial se ve obligado a impulsar cambios en sus estructuras que beneficien a la sociedad, medio ambiente y a la economía.

La reforma constitucional llevada a cabo en la Argentina en 1994 incorpora el artículo 41° y con ello la noción de desarrollo sustentable y sostenible, que es aquel que permite satisfacer “las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”, posicionando al ser humano como custodio y no como dueño del medio ambiente.

A raíz de ello se dicta la Ley N° 25.675, que regula el nuevo Derecho Ambiental Argentino. Es una norma de orden público, que prima por sobre la voluntad de las partes y tiene como meta lograr una gestión sustentable y adecuada del ambiente en general.

En ese sentido la Provincia de Corrientes, acentuando su compromiso con el medio ambiente, en la reforma constitucional del año 2007 introduce el Pacto Correntino para el Crecimiento Económico y Desarrollo Social. En dicho Pacto el Estado se compromete a promover vínculos económicos de cooperación local, regional e internacional; bregar por el desarrollo local, brindar infraestructura que tienda a hacer competitiva a la Provincia, incentivar, incrementar y diversificar la oferta productiva y estimular la inversión privada, promover como eje prioritario de las políticas públicas el impulso de la industria agroalimentaria y forestal, del turismo y de la agregación de valor en cada sector de la cadena productiva en forma amigable con el medio ambiente. (Disposiciones Transitorias. Constitución de la Provincia de Corrientes.)

Siguiendo lo establecido en el Pacto, se crea el Plan Estratégico Foresto Industrial de Corrientes. (PEFIC) como consecuencia de la articulación público-privada. Mediante la elaboración de este Plan ambos sectores asumen decididamente el potencial, manteniendo el ritmo de crecimiento en la producción primaria, y en miras a convertirse en un polo de producción foresto-industrial a nivel nacional e internacional. La estrategia de desarrollo integral e integrada social y ambientalmente sustentable descansa en una fuerte vinculación público-privada capaz de generar las condiciones necesarias para el impulso de un proceso incremental de agregado de valor en origen.

Con el mismo objetivo en Estados Unidos en el año 2006 se crea la ONG B-Lab con la finalidad principal de brindar soluciones a problemas sociales y ambientales utilizando las fuerzas de mercado. Redefinen el sentido del éxito en los negocios y tratan de crear las condiciones necesarias para que prosperen las empresas que tienen vocación sostenible.

Las empresas B son la expresión de una nueva economía de mercado, cambian su propósito y su modelo de negocio para solucionar un problema social y utilizan el poder del mercado no solo con el objetivo de generar ganancias económicas sino también para proteger el medio ambiente y la comunidad de la cual forman parte. Ya no se trata de ser “la mejor empresa del mundo” sino de ser “la mejor empresa para el mundo”.



## II. Desarrollo

La Provincia de Corrientes: un modelo en forestación.

A partir de 1970, la producción forestal se constituyó en un objetivo prioritario en la Argentina. Es dable afirmar que, tanto el potencial de crecimiento como el camino por recorrer en materia forestal, son importante si lo comparamos con la participación que tiene dicho sector en la economía de otros países de la región (por ejemplo, en Chile, Brasil y Uruguay).

En el año 2000 las expectativas que presentaba el Sector Forestal en Argentina eran promisorias. Se habían alcanzado el millón de hectáreas implantadas, había una potencial oferta de madera que podía cubrir la demanda de nuevas industrias y se daba inicio a la aplicación de los beneficios instituidos por la Ley N° 25.080 de Promoción de Inversiones de Bosques Cultivados que permitiría disminuir la incertidumbre para un negocio que sabemos de largo plazo.

Al igual que lo ocurrido con otros sectores productivos, las dificultades políticas y económicas que se empezaron a manifestar a fines de 1999 afectaron la actividad. En el caso del Sector Forestal, aquel panorama promisorio que se abrió a partir de la promulgación de la Ley N° 25.080 se terminó trastocando, quedando el sector afectado en un período de crisis, al igual que los otros sectores de la economía, que recién se empezó a revertir a mediados del año 2002.

La Argentina tiene la posibilidad de convertirse en un polo forestal mundial. Con ventajas naturales y disponibilidad genética que le permite mostrar altos crecimientos en bosques implantados (pinos, eucaliptos, salicáceas) y una generosa disponibilidad de tierras forestales y recursos humanos, se necesitaba movilizar los incentivos a la inversión para ver florecer a este sector. Esto es lo que ha sucedido en los últimos 10 años. La Ley N° 25.080 de Inversiones para Bosques Cultivados dentro de un marco de estabilidad macroeconómica, generó incentivos efectivos para atraer la inversión en el sector forestal y con ello incrementar en forma considerable la masa forestal disponible.

Corrientes se ha posicionado como la primera provincia en superficie forestada, con una tasa de cosecha anual de unas 12.000 has, lo que representa un total anual de aproximadamente 4.000.000 de toneladas de madera.

Con más de 500 mil hectáreas forestadas, es la provincia argentina con mayor superficie de bosques implantados. Las particularidades agroecológicas, las grandes extensiones de tierra, las políticas públicas de promoción y el desarrollo sectorial de las provincias vecinas han generado interesantes oportunidades para el desarrollo de la actividad forestal primaria.

El desarrollo de la actividad forestal, principalmente en la región nordeste de la provincia, ha sido acompañado por una constante innovación tecnológica vinculada al material de propagación, a las técnicas de cultivo, promovido por organizaciones y actores que han transformado al sector en uno de los más dinámicos del ámbito productivo.

Sin embargo, se estima que solo el 20% de la producción forestal se industrializa en la provincia, comercializándose el resto como materia prima a las provincias vecinas (Misiones y Entre Ríos, principalmente). Si bien el potencial de crecimiento del sector foresto-industrial es enorme, se ve restringido por las deficiencias de infraestructura (especialmente energía eléctrica y transporte), limitaciones de acceso a créditos, escasa disponibilidad de personal técnico capacitado y falta de incentivos regulatorios adecuados -particularmente para el caso de la biomasa forestal, entre otros factores clave.

Frente a este panorama, Corrientes junto con las organizaciones e instituciones público-privada, realizan grandes esfuerzos para establecer una industria local planificada, desarrollando un plan foresto-industrial, diseñando propuestas de parques industriales en zonas estratégicas,

realizando misiones comerciales internacionales e incentivando el desarrollo de planes de negocios, entre otras acciones que promueven la inversión en el sector foresto-industrial.

### **El Plan Estratégico Foresto Industrial de Corrientes (PEFIC).**

Corrientes, como otras provincias, presenta una marcada asimetría territorial en el desarrollo de sus diferentes regiones. Existen áreas en las cuales se observa una importante concentración poblacional y mayores posibilidades de acceso al empleo, al tiempo que existen otras que experimentan despoblamiento y migraciones poblacionales hacia grandes ciudades y áreas metropolitanas. Esta situación afecta de manera particular a las ciudades intermedias, que reciben los procesos migratorios y en consecuencia los impactos que ellos conllevan sobre la calidad de vida de los sectores urbanos. Uno de los problemas observados, como lo señala el Plan Estratégico Territorial de la Nación (PET; 2008) se vincula a la concentración de habitantes en la ciudad capital, agravada por una densidad de población rural del orden de los 2,35 hab/km<sup>2</sup>, lo que muestra un campo despoblado que carece de los recursos humanos necesarios para la expansión agraria. El nivel de equipamiento e infraestructura que poseen la mayoría de los asentamientos rurales es deficitario, así como es débil la estructuración espacial.

En ese sentido, concurren destacados procesos de planificación que deberán ser contemplados a la hora de iniciar un nuevo proceso, esta vez, del sector foresto-industrial. Algunas iniciativas son nacionales, otras provinciales e incluso se evidencian algunas experiencias sectoriales lideradas por actores privados. El Plan Estratégico Territorial de la Nación (PET), el Plan Estratégico Participativo Provincial 2021, las propuestas de regionalización y ordenamiento territorial provinciales, son algunos ejemplos de esta tendencia creciente. El enfoque de la planificación estratégica comprende un proceso de concertación activa de actores (sociales, políticos, productivos, gremiales, etc.) de diferentes niveles de organización y representación sectorial con el fin de establecer objetivos comunes a largo plazo que transformen la realidad actual, superando las debilidades y potenciando las fortalezas detectadas/construidas en dicho proceso.

Este tipo de planificación tiene como premisa pensar el desarrollo desde un nuevo enfoque, no vinculado exclusivamente al crecimiento económico, sino más bien, orientado a identificar y dinamizar los recursos existentes y potenciales del territorio en una estrategia regional articulada que promueva el desarrollo sustentable de la economía y de la comunidad.

El aumento en la productividad y calidad de los productos correntinos responderá a la incorporación de tecnologías, la formación continua de los recursos humanos; el desarrollo de energías renovables; la innovación de infraestructura y la generación de mecanismos legales y de financiamiento adecuados.

La capacidad de abarcar no solo toda la cadena de valor foresto-industrial, desde la producción primaria, los diferentes niveles de transformación industrial hasta la comercialización, sino que contempla también, altos niveles de seguridad jurídica, claridad en las reglas de juego y el desarrollo de un modelo productivo socialmente sustentable de cuyos logros participen “todos” los sectores implicados.

El PEFIC debe favorecer al asociativismo para generar sinergias entre diferentes actores y procurar diferentes grados de integralidad de la cadena de valor. El rol del Estado no es el de un actor externo al sector, sino que es capaz de implementar espacios de construcción participativa de políticas públicas foresto industriales.

## **Responsabilidad Social Empresaria.**

La responsabilidad social empresarial adquirió relevancia en los últimos años por varias tendencias económicas y sociales. Durante los años ochenta, la política económica mundial se apartó de la regulación y de la intervención estatal y se dedicó a la liberación del comercio y a la promoción de exportaciones. La verdadera globalización de la cadena de valores se inició cuando los puntos de producción de bienes pasaron del Norte hacia el Sur. En consecuencia, los gobiernos (en especial los del Sur), pasaron de ser protectores y reguladores del sector empresarial, a promotores de la inversión extranjera (Jenkins 2001).

La globalización aumentó la conciencia pública sobre los problemas sociales, ambientales y económicos que resultan de la ausencia de un marco legal fuerte para regular y controlar el desempeño empresarial.

Los nuevos estándares en cuanto a consumo y el perfil de los accionistas, y las exigencias para que las empresas mejoraran su desempeño social y ambiental, dieron nuevo valor a la importancia de la reputación de las empresas y contribuyeron al desarrollo de la Responsabilidad Social Empresaria.

Los valores Éticos, según la organización Business for Social Responsibility (BSR), se ha expandido no solo a la manera como una empresa trata a sus empleados o cumple con la ley, sino también la naturaleza y la calidad de las relaciones de negocio con sus proveedores y sus accionistas, deben reflejar el compromiso de una empresa. Entre esos valores Éticos se destacan la honestidad, la confianza, el respeto, la transparencia y la apertura.

Marcelo Paladino y Héctor Rocha profundizan el pensamiento al afirmar que la dimensión política de la empresa implica que los dirigentes empresariales pueden ser considerados “dirigentes de la sociedad”; ello significa que el empresario debe preguntarse si su actividad ayuda a desarrollar el bien común y la consecuencia de ideales valorables para contribuir al fortalecimiento y la armonía de la sociedad. Para ellos, la empresa “tiene que ser un factor real de desarrollo humano, lo cual supone la libertad del empresario, una actitud ética frente al entorno y una vocación por la excelencia en los planos económicos, sociocultural y político” (Paladino, M. y Rocha, H. página 55.).

Los académicos Paladino y Rocha, adoptan el nombre general de responsabilidad social empresarial a diferentes clases de empresas y acciones destinadas a proyectar bienes, educación o bienestar sobre sectores o sobre toda la comunidad a la que pertenecen y conducir al desarrollo integral social (Paladino, M. y Rocha, H. pág. 29).

La responsabilidad social corporativa es un proceso a través del cual las empresas asumen la responsabilidad por las consecuencias sociales, económicas y ambientales de su actividad. Es decir, asumen que cuando las cosas se hacen mal hay que pagar por ello y alinear con los diferentes grupos de interés la forma de actuar. La RSE implica acciones más bien puntuales o de alcance limitado, que lleva a cabo una empresa, a través de un sector particular, no está involucrada toda la actividad corporativa: las acciones la realizan un sector determinado y no forma parte de la cultura empresarial la responsabilidad social.

## **Responsabilidad Social Empresaria en la Industria Forestal Correntina.**

En la industria forestal de la Provincia de Corrientes ya existen varias empresas que tienen un área dedicada a la Responsabilidad Social Empresaria.

Pomera Maderas, es un ejemplo de cómo las empresas forestales apuestan a los Programas de Responsabilidad Empresarial para vincularse con las comunidades vecinas.

Realizan acciones con la comunidad, vinculados a la educación y el respeto por el medio ambiente.

Un programa que lleva adelante Pomera Maderas es el Programa de Terminalidad Primaria y Secundaria para trabajadores forestales, que fomenta que su personal y el de sus contratistas finalicen su educación primaria y secundaria. Para la ejecución del programa, trabajan en conjunto con el Ministerio de Educación de la provincia de Corrientes y con la provincia de Misiones. El programa tiene como finalidad mejorar sus proyecciones laborales a futuro de los trabajadores de la Industria Forestal.

Otro programa que lleva adelante la empresa, es el Programa Educativo sobre la Actividad Forestal que consiste en brindar charlas técnicas adaptadas para las escuelas rurales primarias, con contenidos básicos sobre el proceso forestal, vivero, silvicultura y manejo de bosques, impartidos por los técnicos y supervisores de la empresa.

El Programa Educativo EFAS destinado a las escuelas de nivel secundario rurales o vinculadas al sector rural en coordinación con el Consorcio de Manejo del Fuego de Corrientes y otras empresas del sector. Se estructura en dos jornadas educativas. El objetivo del primer encuentro es la difusión de la actividad forestal, la responsabilidad social y ambiental de las empresas que forman el sector y la puesta en valor de la finalización del ciclo escolar.

La segunda jornada está orientada a generar conciencia sobre el uso responsable del fuego, las quemadas controladas y prevención de incendios.

Con respecto a los pueblos originarios que habitan la zona, Pomera ha ideado el Programa de Relacionamiento y Vinculación con las Comunidades MBYA Guaraní.

El objetivo del programa es reconocer la presencia y generar un vínculo con las comunidades guaraníes vecinas en un marco de respeto a su cultura. Se realizan visitas periódicas a las comunidades para ejecutar tareas de identificación de territorio, relevamiento de recursos y sitios de interés, evaluación del estado y conservación de recursos florísticos.

### **Más allá de la responsabilidad empresarial: surgimiento de las empresas Tipo B.**

La decisión judicial que obligó a los dueños de la marca de helados Ben&Jerry's a vender su empresa a Unilever el año 2000 sentó un precedente para desarrollar empresas con un fin no lucrativa. Las B Corps o Empresas B no existirían y esta innovadora forma de emprender, que contradice las bases mismas del paradigma tradicional de la confección y gestión de empresas, no se estaría dando. En el año 2000, los socios fundadores de Ben&Jerry's marcaron el precedente para el surgimiento de las Empresas B en el mundo. La Corte Suprema de Estados Unidos los obligó a aceptar la suculenta y millonaria oferta de US\$ 326 millones por su corporación, pese a las constantes negativas que tuvieron en ese entonces. Las razones por las cuales no querían aceptar la oferta eran por el hecho que querían hacer una empresa distinta, que fuera sustentable con el medio ambiente y con la comunidad, con uso de materiales orgánicos, utilizando el comercio justo para potenciar la relación entre los proveedores y la empresa, transparente con los trabajadores y que pudiesen donar parte de sus ganancias para ir en ayuda de la comunidad. Por todas estas razones fue que ambos socios decidieron rechazar la oferta de Unilever, ya que estaban convencidos que estos propósitos que tenían para su corporación no serían llevados a cabo por la multinacional. Sin embargo, el dictamen judicial fue claro y enfático. Los dueños no pudieron demostrar que dentro de los procesos productivos de Ben&Jerry's podrían generar más dinero del que ofrecía Unilever, y como la ley establece que el primer rol de una empresa es maximizar las utilidades para sus accionistas, se vieron obligados a aceptar la oferta de la multinacional. Cabe destacar que, si los socios hubiesen insistido en la negativa, hubieran sido demandados ya que estaban yendo contra la ley.



Lo ocurrido a los dueños de la marca de helados fue sólo el detonante para lo que vendría después. Bart Houlahan y Jay Coen fundaron la marca de calzados y vestuario deportivo AND1 durante los años 90. Desde un comienzo la empresa fue socialmente responsable a pesar de que no era un tema trascendente durante esos años. Por ejemplo, se preocupaban del bienestar de sus trabajadores, y pagaban sueldos justos a los comerciantes chinos que se encargaban de confeccionar los calzados (otras marcas de calzado famosas como Nike pagaban los salarios mínimos). En un comienzo los ingresos de AND1 estaban por los US\$ 2 millones anuales. En el 2001 los ingresos alcanzaban los US\$ 200 millones anuales. Este rápido crecimiento de la empresa y éxito que tuvieron los hizo llegar a la bolsa y muchas grandes corporaciones empezaron a verse interesadas en la marca. En el año 2005, American Sporting Goods (corporación privada de calzados de California) ofreció US\$ 250 millones por la marca AND1. Al igual forma Ben&Jerry's, Houlahan y Coen no pudieron rechazar la oferta ya que no fueron capaces de demostrar que con sus procesos productivos podrían generar mayor dinero que el ofrecido por American Sporting Goods. Tal como dice Houlahan en una cita: "No estoy quejándome. Nos pagaron el valor total, pero me sentí como si hubiera perdido una extremidad al ver que desaparecían los compromisos que habíamos firmado con nuestros trabajadores, con el medio ambiente y con la comunidad seis semanas después de haberse vendido la empresa". A pesar de que el monto ofrecido era justo ya que pagaba el valor real de la empresa, dejaban de lado los compromisos y la visión que sus dueños tenían de la compañía. En base a la experiencia propia, además de lo sucedido con Ben&Jerry's, es que Houlahan y Coen buscaron un nuevo modo de montar una empresa, cuyo primer objetivo fuera resolver problemas sociales y ambientales, con el mínimo de externalidades negativas, con políticas de transparencia claras y al mismo tiempo, con la seguridad de no vivir los problemas que ellos tuvieron con la ley. Como dijo Houlahan en el citado artículo: "debía existir un medio para que una empresa adquiriera escala, recaudará capital, tuviera liquidez, pero sin abandonar su misión". Para ello, comenzaron a idear la manera de promover una nueva legislación que amparará a este tipo de empresas que quisieran conservar su misión, ante todo, y buscaron los estados propicios para ese fin. Es así como se empiezan a gestar los pasos para crear B Lab. Esta es una organización sin fines de lucro creada años después del problema que les sucedió a Houlahan y Coen con la Corte Suprema. Esta organización creó la B Corporation Certification, que consiste en un certificado que la organización les entrega a empresas con fines de lucro que cumplen ciertos requisitos. Este certificado constata que las empresas que realizan el proceso con éxito tienen ciertos estándares de transparencia, responsabilidad, sustentabilidad, y performance con el objetivo de crear valor para la sociedad y no tan solo para los accionistas de la empresa.

El modelo fue creado por la ONG B Lab, fundada en Estados Unidos en el año 2006 con la misión de proporcionarle a los consumidores herramientas para diferenciar entre tácticas de marketing y acciones verdaderamente positivas de parte de las empresas. Luego de su nacimiento en Estados Unidos, la comunidad de empresas B se expandió a Canadá y a finales del año 2011 ya se habían certificado 500 empresas entre ambos países. Actualmente, la comunidad B abarca casi 2000 empresas en 50 países y se encuentran en constante expansión. B Lab creó un sistema de evaluación para certificar a las empresas B. Para ser certificada B, una empresa debe obtener un mínimo de 80 puntos de una evaluación de 200, firmar una carta de intenciones donde se explicitan sus deberes y derechos, realizar los cambios pertinentes en sus estatutos y pagar la certificación anual. Además, las empresas certificadas están sujetas a una revisión anual aleatoria y deben revalidar su certificación cada dos años, para lo cual, es preciso mostrar mejores resultados que en la evaluación previa.

Dicha certificación se obtiene mediante un proceso de auditoría en el que se miden niveles ambientales, laborales, de comunidad y transparencia. Para llegar a ser una Empresa B es



necesario realizar cuatro pasos. Primero, la autoevaluación. Esto significa hacer el B Impact Assessment y tener una puntuación mínima de 80 puntos sobre 200. Segundo, requerimientos legales. Esto, como se dijo antes, consiste en modificar los estatutos de la empresa respondiendo a los objetivos planteados. Tercero, la certificación. Es necesario pagar la cuota anual de afiliación del certificado y publicar la evaluación cada dos años. Y, por último, los productos B Corp. Significa tener acceso a elementos de marketing para promocionar tu entrada al movimiento B Corp.

La institución que entrega el certificado B Corporation Certification a las empresas que logran cumplir los estándares necesarios es B Lab. Antes que todo, es importante destacar que es obligatorio que se esté legalmente constituido como empresa, y llevar seis meses o más facturando.

La certificación entregada tiene una duración de 2 años, y para poder mantenerla por más tiempo, es necesario volver a realizar la evaluación de la compañía, obtener un mínimo de 80 puntos, y pasar nuevamente por el proceso realizado en primera instancia.

### **Sistema B en Latinoamérica.**

Esta revolución sustentable que se apoya en la llamada “economía integrada” de las empresas comenzó hace 11 años en Estados Unidos y Canadá, donde una organización llamada B Lab comenzó a acreditar a las que cumplían sus requisitos sustentables con el nombre de “B Corp”. Más tarde, el movimiento se extendió a Europa y Asia. En Latinoamérica adquirió el nombre de “Sistema B” ya que el proyecto necesitaba ser sistémico: abarcar no sólo a las empresas, sino también a la esfera pública.

Las empresas B tienen como su foco central los negocios que se crean para ofrecer beneficios sociales o ambientales a través de la venta de productos y servicios y que entienden la rentabilidad financiera como una herramienta indispensable para lograr sus fines, pero no como su única razón de ser. Son empresas con un ADN propio, definido por el objetivo social y/o ambiental.

Será necesario articular esfuerzos, motivar la construcción de comunidades, redes, nodos y plataformas de apoyo, generar nuevas oportunidades de mercado, visibilizar y posicionar a estas empresas, motivar la investigación y gestión del conocimiento, la docencia y otras actividades de diseminación. El desafío para generar ganancias en base a un desarrollo sostenible está planteado.

Para lograr un cambio sistémico en la economía, donde se conozcan y valoren las Empresas B, que serán el motor del cambio hacia las Nuevas Economías.

En este camino de ser protagonistas del cambio, se vislumbra el nacimiento de un nuevo modelo de negocio integrado a propósitos sociales y ambientales. Este espíritu de cambio propone a las empresas focalizarse en la creación de valor económico a largo plazo (por oposición a la rentabilidad a corto plazo), produciendo al mismo tiempo valor social.

### **Empresas B en Argentina.**

En Argentina esta tendencia hacia una economía sustentable se ve en el movimiento de las Empresas B llegaron al país y a América Latina de la mano de Sistema B.

Asimismo, nociones como el de capitalismo consciente, negocios inclusivos, negocios de triple impacto, consumo responsable, son cada vez más difundidos y aceptados en nuestra sociedad.

Frente a ello nos preguntamos: ¿cuál sería el encuadre legal en Argentina para las Empresas B?

En nuestro país las personas jurídicas pueden organizarse bajo tres sectores: a) El privado (las sociedades comerciales); b) El público; y c) El tercer sector (asociaciones civiles o fundaciones). El sistema actual está fragmentado dado que las organizaciones privadas deben optar por organizarse como una ONG o como una sociedad comercial. Es por ello que las Empresas B que tienen un fin de lucro y al mismo tiempo fines sociales y/o ambientales, no tendrían a hoy a su alcance una forma jurídica adecuada para su negocio.

Ante este vacío legal y la necesidad de que el ordenamiento jurídico atienda a la demanda social y económica de este tiempo (las Empresas B ya son una realidad), un grupo de abogados invitados por Sistema B a conformar el Grupo Jurídico B. Este grupo tiene por objetivo principal redactar un proyecto de ley que dé protección legal a esta nueva forma de empresa, con el fin de brindarle seguridad jurídica e impulsar su desarrollo.

Las empresas B son la expresión de una nueva economía de mercado, cambian su propósito y su modelo de negocio para solucionar un problema social y utilizan el poder del mercado no solo con el objetivo de generar ganancias económicas sino también para proteger el medio ambiente y la comunidad de la cual forman parte. Ya no se trata de ser “la mejor empresa del mundo” sino de ser “la mejor empresa para el mundo”.

Al ser entidades con ánimo de lucro, las empresas B aportan a la sociedad y al medio ambiente de una forma sostenible y sustentable.

En diciembre de 2018, en la República Argentina la Ley de Empresas de Beneficios e Interés Colectivo obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados de la Nación. El objetivo principal de la ley es identificar, reconocer y promover a los emprendimientos de impacto social y ambiental, redactado por el Grupo Jurídico B, que propone la creación de un régimen especial y no la modificación de la Ley 19.550 Ley de Sociedades Comerciales. Según el Proyecto de este grupo las sociedades BIC serán constituidas según alguno de los tipos establecidos en la Ley 19.550, pero en sus estatutos deberán establecer qué acciones realizará la empresa para generar un impacto positivo social y ambiental en la comunidad.

A diferencia de lo que propone el Grupo Jurídico B, hay autores, como Etcheverry y de Mello (Etcheverry R.A y De Mello E.X, p. 581) sostienen que las empresas B no pueden construirse sobre la base de las figuras ya estipuladas en la ley, por tratarse de un nuevo modelo que debe tener un tipo social legal propio y adecuado; asimismo señalan en ese sentido que el Estado debería favorecer y alentar la creación de estas empresas, que lo ayudarán a cumplir sus propios fines y beneficiarán a la comunidad. No basta sólo con la voluntad individual de emprendedores y empresarios de transformarse en Empresas B o de crear nuevas empresas bajo estos o similares principios. Es importante contar con un marco jurídico adecuado, con el objetivo de diferenciarlas, promoverlas y resguardarlas estructuralmente de otros tipos societarios, y también permitirá crear una verdadera sinergia en la comunidad de empresas de esa clase.

Las empresas B forman parte de un fenómeno que utilizan los negocios como instrumento para generar un beneficio colectivo. A través de sus productos y servicios, al igual que sus prácticas laborales, y sus estrechas relaciones con los grupos de interés, dan solución a los problemas sociales y ambientales que buscan resolver. El éxito de la Empresa B se mide por el impacto real que genera su modelo de negocios en la sociedad y el medioambiente.

### **Empresas de Triple Impacto en la Industria Forestal: El Caso Amata.**

Amata es una empresa brasileña forestal creada para producir y vender madera oriunda de bosques nativos gestionados y bosques implantados. Un objetivo de la empresa es certificar



integralmente su producción de acuerdo con estrictas normas internacionales, en concreto del Forest Stewardship Council (FSC) que posee el estándar más reconocido de producción y sello de calidad para madera y productos madereros.

El caso de Amata se contrasta con el comportamiento común de los empresarios brasileños del sector, donde abundan los malos ejemplos en lo que concierne a responsabilidades socio-ambientales.

La empresa nació en la misma época en que la Ley de Gestión de Bosques Públicos estaba siendo creada (Ley N° 11.284, marzo de 2006, Brasil). Esta ley estableció que los bosques nacionales (o FLONAS, por Florestas Nacionais) y bosques estatales (o FLOTAS, por Florestas Estaduais) podrían ser concedidos a empresas forestales para la producción sostenible de madera.

La adopción de Amata de una estructura empresarial con conciencia social y ambiental, no se trata de una empresa maderera que se adoptó a las buenas prácticas de gestión forestal en respuesta a presiones o demandas externas del mercado, sino que nació con el objetivo de desafiar el statu quo y el entendimiento predominante de las reglas de cómo hacer negocios en el sector maderero.

La adopción de buenas prácticas en la producción evitará la pérdida de biodiversidad en las regiones donde opera, ya sea a través de la gestión de bosques nativos o de plantaciones que cumplan con los criterios técnicos específicos de estándares de producción. Las técnicas de gestión de bajo impacto y las buenas prácticas silvícolas evitan que se produzcan daños innecesarios en los bosques y las especies que los pueblan.

Amata vio en estas propiedades la oportunidad de recuperar y aumentar las reservas legales con especies nativas, para realizar a futuro una gestión forestal de bajo impacto.

Los avances, obstáculos a superar y posibilidades de reproducción de la iniciativa En lo que respecta específicamente a la gestión de bosques naturales de la Amazonia, es un hecho que Amata, en conjunto con las otras diez empresas certificadas por el FSC que operan en la región, por el momento representan granos de arena en un mar de pequeñas y medianas empresas forestales ilegales o legales a medias, pero predatorias.

Los tres socios fundadores de Amata son optimistas en cuanto al futuro de la empresa de la madera de especies nativas y exóticas de los cultivos. Aunque también afirman que la gestión de los bosques naturales en la Amazonia sigue siendo un objetivo de la empresa y un producto importante; en este sentido las preocupaciones e inquietudes son mayores. El principal obstáculo es la competencia con la madera ilegal que es blanqueada con documentos de orígenes poco confiables. Clientes potenciales como el sector de la construcción civil sigue utilizando el criterio del precio como factor decisivo en sus compras. A pesar de que hay indicios de que estos criterios están cambiando, convencer a los departamentos de compras de materiales de grandes constructoras no es una tarea sencilla. El obstáculo para conquistar el mercado es la manifestación de intenciones del sector constructor civil de sustituir el uso de madera por material plástico.

No será que por medio de legislaciones que se podrá dar testimonio de la transformación de las prácticas empresariales. Principalmente en países con entornos institucionales contaminados por prácticas negativas como Brasil, donde las leyes que no son de interés para ciertos grupos de convierten en letra muerta. La fuerza de cambio está en las mismas organizaciones y en su actuación en redes. Las organizaciones pueden influenciarse unas a otras de forma más eficiente.



### III. Conclusión

Si bien las empresas forestales en la Provincia de Corrientes han comenzado a tomar conciencia acerca de la incidencia de su actividad en la economía, la comunidad y el medio ambiente, llevando a cabo Programas de Responsabilidad Social Empresarial, esto no es suficiente para modificar el paradigma de la actividad empresarial.

Del presente trabajo, surgen las siguientes conclusiones:

Las industrias existentes podrán convertirse en empresas de base sustentable (tipo B o de triple impacto) incorporando a sus estatutos las acciones que realizarán para beneficiar al medio ambiente y su comunidad. De esa manera estarán legalmente obligados a cumplir con los objetivos. La industria forestal posee un gran potencial para cambiar la concepción empresarial y generar un impacto positivo en el medio ambiente y la comunidad.

Legalmente no es necesario adoptar un tipo social determinado para que una empresa sea considerada de triple impacto. Cualquier tipo de sociedad (S.A., S.R.L, S.A.S) podría constituirse como empresa B o de triple impacto incluyendo en sus estatutos, o modificándolos, las acciones que realizaran para que su actividad empresarial cause el menor impacto en el medio ambiente donde se desarrollan y beneficie a la comunidad de la que forman parte.

### Bibliografía

---

Etcheverry, A. (2015). *Investigación para la creación y desarrollo de principios y normas tendientes a regular las Empresas B (empresas con finalidad social) en la República Argentina*. Universidad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

Etcheverry, A. & de Mello, X. (25 de septiembre 2013). Las “empresas B”. Posibilidad de su regulación mediante cambios en el derecho societario. *XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*. Simposio llevado a cabo en el congreso UADE, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Un Resumen de Responsabilidad Social Empresarial: Definiciones, Actores Claves y Fundamentos para su Gestión Documento de Trabajo para los Seminarios de Sistemas de Gestión Social de Grupo Nueva por Sharon Flynn enero 2003)

Instituto de Capacitación Parlamentaria. (2015). *Actualidad del derecho ambiental argentino y su importancia para el Defensor del Pueblo de la Nación*. Recuperado de: <http://capacitacion.hcdn.gob.ar/wp-content/uploads/2015/09/Actualidad-del-derecho-ambiental-argentino.pdf>) Visitado el:

---

(\*)Abogada egresada de la Universidad de la Cuenca del Plata. Magister en Derecho Empresario de la Universidad Nacional del Nordeste. Senior Associate Legal&International Due Diligence en Unternehmensgruppe UKA Umweltgerechte Kraftanlagen – Sajonia, Alemania. La presente publicación forma de la Tesis de la Maestría en Derecho Empresario, Primera Cohorte.



Tarak, P. y Coen, J. (2014). *Sistema B*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Recuperado de: <http://www.codigor.com.ar/sistemab.htm>

Alonso Regueira, E. (2016). *El control de la actividad estatal*. 1ra ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

Bernardi Bonomi, E. (2003). *El derecho ambiental en la Constitución Nacional. Las Leyes dictadas en su consecuencia*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/laura-ester-bernardi-bonomi-derecho-ambiental-constitucion-nacional-leyes-dictadas-su-consecuencia-dacc030053-2003/123456789-0abc-defg3500-30ccanirtcod>

Pinto, M. y Andino, M. (2016). Reconocimiento y configuración del derecho al ambiente en Argentina Algunos antecedentes relevantes. *AUGMDOMUS*, 8, 1-24.

Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos. (2016). *Perfil sectorial forestal de Argentina*. Recuperado de:

[https://www.agroindustria.gob.ar/sitio/areas/ss\\_desarrollo\\_foresto\\_industrial/estadisticas/\\_archivos2//000000\\_Internacionales/000006\\_Perfil%20Sectorialf%20Forestal/000000\\_Perfil%20Sectorial%20Forestal%20\(castellano\).pdf](https://www.agroindustria.gob.ar/sitio/areas/ss_desarrollo_foresto_industrial/estadisticas/_archivos2//000000_Internacionales/000006_Perfil%20Sectorialf%20Forestal/000000_Perfil%20Sectorial%20Forestal%20(castellano).pdf)

Gustavo, F. (2019). *Estudio de tendencias y perspectivas del sector forestal en América Latina al año 2020*. Recuperado de: <http://www.fao.org/3/j1901s/j1901s08.htm>

Ministerio de Producción. (2016). *La madera de Corriente riqueza existente y su potencial*. Recuperado de: <http://www.mptt.gov.ar/site13/index.php/29-sector-forestal/1410-la-madera-de-corrientes-riqueza-existente-y-su-potencial>

Pérez, R. (2016). Extensión Forestal. *Producción Forestal*, 6, 1-52. Recuperado de: <http://forestointustria.magyp.gob.ar/archivos/revista-produccion-forestal/06.pdf>

El Poder Ejecutivo Nacional. (PEN, 2019), Proyecto Ley BIC. Recuperado de: <https://sistemab.org/ley-bic-el-congreso-argentino-podra-reconocer-legalmente-y-potenciar-a-las-empresas-de-triple-impacto/>

Gutiérrez, Ricardo A., & Isuani, Fernando J. (2014). La emergencia del ambientalismo estatal y social en Argentina. *Revista de Administração Pública*, 48(2), 295-332. <https://dx.doi.org/10.1590/0034-76121700>

HONORABLE CONGRESO DE LA NACION ARGENTINA (1999). Ley 25.080. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/55000-59999/55596/norma.htm>

(6 de Diciembre de 2018). Empresas B: Se aprobó en Diputados la ley de sociedades de beneficio e interés colectivo. *La Nación*. Recuperado de: <https://www.lanacion.com.ar/economia/empresas-b-se-aprobo-diputados-ley-sociedades-nid2199948>

Honorable Congreso de la Nación Argentina (2007). Ley 26.331. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/135000-139999/136125/norma.htm>

Fernández, L. *Ley de Inversiones para bosques cultivados*. Recuperado de: <http://www.ambiente-ecologico.com/revist59/lferna59.htm>

Fondo Multilateral de inversiones. *El fenómeno de las empresas B en América Latina: Redefiniendo el éxito empresarial*. Recuperado de: [https://www.sistemab.org/wp-content/uploads/2013/02/MIF2014\\_EmpresasB-America-Latina.pdf](https://www.sistemab.org/wp-content/uploads/2013/02/MIF2014_EmpresasB-America-Latina.pdf)

Multilateral Investment Fund Member of the IBD Group. (2013). *Casos de estudio sobre empresas brasileñas: el negocio de la madera certificada: el caso de AMATA*. Recuperado de: <http://academiab.org/wp-content/uploads/2015/03/AMATA-Case-Brasil.pdf>

Comadira, Julio R., Comadira, Julio P. y Escola, Héctor J. (2013) *Curso de derecho administrativo: Tomo I*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Gordillo, A. (2013). *Tomo 8: Teoría general del derecho administrativo*. Buenos Aires, Argentina: FDA.

Paladino, M. and Rocha, H. (2013). *La Responsabilidad Social Empresaria Al Desarrollo Integral Local*. 1ra ed. Buenos Aires: LID Editorial.

## “Las sociedades de garantía recíproca y su influencia en el financiamiento de las micro, pequeñas y medianas empresas del Noreste Argentino”

Ethel Cazzaniga

---

### Introducción

Las micro, pequeñas y medianas empresas en Argentina son fundamentales fuentes de trabajo y propulsan el desarrollo de nuestra economía. Contrario a lo que se piensa, ocupan un gran papel: en ningún continente el peso de estas empresas está por debajo del 97% en relación con el total de empresas de un país. En Latinoamérica, ellas tienen un peso del 65%. Sin embargo, aunque los datos son contundentes, para crecer y desarrollarse necesitan herramientas que el sistema financiero no puede ofrecerles. Al aproximarse al sistema financiero se encuentran con altas tasas de interés, unidas a plazos muy cortos de devolución de los préstamos, la necesidad de contar con garantías que no poseen debido al tamaño de sus operaciones y los recursos con los que cuentan, largos trámites para la presentación de carpetas, altos cargos adicionales, evaluaciones sobre la base del patrimonio neto y no de proyectos, entre otras cosas. Las Sociedades de Garantía Recíproca fueron creadas por la Ley N° 24.467 del año 1.995. El objetivo según la citada norma es el de “promover el crecimiento y desarrollo de las pequeñas y medianas empresas impulsando para ello políticas de alcance general a través de la creación de nuevos instrumentos de apoyo y la consolidación de los ya existentes”. (Art. 1) Las Sociedades de Garantía Recíproca tienen por objeto otorgar garantías líquidas a sus SOCIOS PARTICIPES (micro, pequeñas o medianas empresas, -en adelante Mipymes o simplemente pymes-) para mejorar sus condiciones de acceso al crédito. No son entidades financieras, es decir que no prestan dinero, sino que les facilitan a las pymes el acceso a oportunidades en cuanto a plazo, tasa y condiciones de crédito financiero y comercial, únicos en el mercado. Existe en la Ciudad de Corrientes una SGR denominada “CONFEDERAR NEA SGR”, creada en diciembre de 2.012, la cual inicia su funcionamiento en el año 2.013 y emite su primer aval en junio de ese año. Se constituye hasta el día de la fecha como la única SGR nacida en la región del NEA. Teniendo como inquietud la falta de conocimiento sobre la existencia del sistema de SGR y su alcance, este trabajo tiene como premisa lograr un claro entendimiento acerca de que es, cómo funciona y que herramientas particulares brinda una SGR, analizando desde cerca el funcionamiento de Confederar Nea SGR, y su interacción con las pymes de la región noreste.

### Antecedentes

Las Sociedades de Garantía Recíproca no son una creación argentina, sino que ya existían en el mundo bajo la forma de Sociedades Cooperativas de Garantía Recíproca como en España, Francia, Italia, Alemania, Bélgica y Estados Unidos. Particularmente, en España se crearon por real decreto N° 1885 en el año 1978 y es el sistema que sirvió de base para la implementación de la figura en los distintos países de América Latina. El sistema español tiene sus particularidades, como ser su carácter de mutualista, y la existencia de un sistema de reafianzamiento donde participa la administración pública. Pero si pensamos en el antecedente más antiguo de-



bemos mencionar el sistema francés de sociedades de caución mutua, que data del año 1.917. Si enfocamos nuestra mirada hacia nuestro continente, en particular América del Sur, podemos encontrar que en Chile las SGR fueron creadas el año 2007 a través de la Ley 20.179. Sin embargo, entraron en funcionamiento recién el año 2009. En Paraguay no existen las SGR como tales, pero sí existe una herramienta denominada Fondo de Garantías para las pymes, creado en el año 1995 y relanzado por Ley N° 5628/16 y Decreto N° 6985/17 con objetivos similares. En Uruguay se crearon las SGR por una Ley de Urgencia N° 17.243, publicada el 6 de julio de 2000 y se puede apreciar como característica distintiva el hecho de que puedan constituirse con forma de sociedades anónimas o de cooperativas, con regulaciones específicas para cada caso. Al analizar la legislación y doctrina comparadas se hace evidente en todos los casos la necesidad de las pymes de obtener un financiamiento acorde a sus necesidades. Y como es también evidente si comparamos los años mencionados, la recepción relativamente nueva de esta figura en nuestro continente nos hace pensar que es una herramienta que recién empieza a conocerse y explotarse.

## **El financiamiento y el sistema de garantías**

¿Cómo una micro, pequeña o mediana empresa puede financiar la compra de materia prima, costear la maquinaria que necesita para el desarrollo de su actividad, abonar salarios, alquilar un local, realizar publicidad, e incluso financiar capital de trabajo o inversión productiva para continuar con su actividad? Podemos seguir enumerando todo lo necesario para organizar un emprendimiento exitoso. El financiamiento de un proyecto es de esta manera, fundamental para su existencia y subsistencia en el tiempo. Según estudios realizados por la Fundación Observatorio PYME, que analiza las dificultades que atraviesan las pequeñas y medianas empresas para acceder al crédito, la mayoría de las empresas argentinas se financian con recursos propios (entre un 60% y 65%). A esto debe sumarse el crédito comercial proveniente de sus proveedores y el crédito “informal”. Al comparar la situación de nuestras pymes con las europeas se puede observar que las firmas argentinas casi no poseen financiamiento a largo plazo, que es el fundamental para producir mejoras en la capacidad productiva y competitividad. Además, el costo del financiamiento es mayor en Argentina y tan solo un tercio de las empresas pueden acceder al crédito bancario. El financiamiento que brinda el sistema bancario suele ser para ellas un burocrático y tortuoso camino, del cual no suelen tomar ventaja debido a las constantes trabas que se le presentan: las evaluaciones crediticias se hacen en base a su capital y no a los proyectos, las garantías que se solicitan a las pymes suelen estar muy por encima de sus posibilidades, las tasas ofrecidas son muy altas para minimizar el riesgo de financiar una empresa que recién inicia y cuya principal garantía son los bienes que tenga en su cabeza el empresario, entre otras cuestiones. En este contexto, la creación de un Sistema de Garantías en general, y las Sociedades de Garantía Recíproca en particular, constituye una alternativa relativamente nueva y genuina acceso al financiamiento para las MiPyMEs. Los sistemas de garantías son instrumentos que tratan de mitigar las disfunciones que genera la exigencia de garantías a los empresarios. Como desarrolla Kulfas (2009) el fundamento conceptual de la creación de los Sistemas de Garantías puede ser encontrado en la denominada teoría de la información: los mercados financieros, y particularmente el mercado del crédito, están sujetos a asimetrías de información que redundan en asignaciones de recursos subóptimas. Estas asimetrías se traducen en los problemas de selección adversa y riesgo moral. La selección adversa se refiere a la posibilidad de que sean los proyectos con mayores riesgos los que finalmente accedan al financiamiento, ya que ante la ausencia de información el prestamista opta por incrementar las tasas de interés y



en consecuencia los tomadores de fondos con proyectos más prudentes (de bajo riesgo y menor rentabilidad) son desplazados por aquellos que representan rentabilidades y riesgos elevados. El riesgo moral alude a situaciones en las que, una vez obtenidos los fondos, el tomador del crédito decide alterar el proyecto y encarar estrategias que involucren mayores riesgos a los informados previamente. Estos problemas de asimetrías suelen ser mayores en el segmento de empresas de menor tamaño, y derivan en procesos de racionamiento crediticio en detrimento de las Pymes: menores montos de crédito, limitaciones por tipos de productos, plazos más cortos, tasas de interés más altas y mayores exigencias para la constitución de garantías.

Los sistemas de garantías se clasificaron por los autores Pombo y Herrero (2001) en tres grandes modelos: 1) Fondos de garantías: generalmente son de origen estatal, poseen recursos limitados y temporales y de procedencia estatal y delegan su faz operativa a los bancos intermediarios no financieros. 2) Programas de garantías: que también se manejan con recursos provenientes del estado o de la cooperación externa, son generalmente administrados por alguna agencia de desarrollo estatal, banco central o de un banco público, cuyos recursos pueden ser limitados y renovables y proceden del Estado o de organismos multilaterales y bilaterales. 3) Sociedades de garantía, que son sociedades provinciales, regionales o estatales con una legislación específica, pueden calificar como entidad financiera o no, y están sujetas al control y supervisión de la superintendencia de cada sistema financiero. A su vez, en ellas se reconocen dos subtipos: mutualistas y corporativistas. En nuestro país el tan necesario sistema de garantías está integrado por los FONDOS DE GARANTÍA PÚBLICOS por un lado y las SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA del otro. Los Fondos de Garantía Públicos se denominan de esta manera ya que se constituyen con aportes estatales o provinciales y deben ser autorizados para funcionar por el BCRA, actuando en la jurisdicción en la que fueron creados.

## Las sociedades de garantía recíproca

Las SGR son sociedades comerciales con un tipo especial de persona jurídica, legislada en las Leyes N° 24.467 y 25.300, llamadas comúnmente “Leyes Pyme”. Subsidiariamente se aplican las normas de la Ley General de Sociedades para las Sociedades anónimas. La Ley N° 24.467 fue sancionada en el año 1995 y sienta las bases para una política de alcance general destinada a las pequeñas y medianas empresas (por eso su denominación coloquial) en primer lugar definiéndolas y estableciendo como finalidad promover el crecimiento y desarrollo de estas a partir de la creación de nuevos instrumentos de apoyo y la consolidación de los ya existentes, en particular haciendo hincapié en las bonificaciones de las tasas de interés. En este contexto crea las Sociedades de Garantía Recíproca, estableciendo lineamientos para su constitución y funcionamiento, creándose una autoridad de aplicación específica que dictará las normas reglamentarias y realizará las tareas de fiscalización y supervisión de todo el sistema SGR, además del Banco Central de la República Argentina.

Por decreto N° 943/1997 del ejecutivo nacional se crea la “SECRETARÍA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA”, dependiente de la Subsecretaría de Industria, a la cual se le otorga el carácter de autoridad de aplicación de la ley 24.467, siendo esta la encargada de la supervisión y control del Sistema SGR. Este organismo de fundamental importancia ha sufrido modificaciones varias a lo largo de los años, siendo actualmente denominado “SUBSECRETARÍA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA” dependiente de la Secretaría de Industria y Desarrollo Productivo del Ministerio de Economía<sup>1</sup>.

En el año 2.000 se sanciona la “Ley de fomento a la micro, pequeña y mediana empresa” N° 25.300, que viene a modificar y complementar a la ley madre con el objeto de lograr el fortalecimiento competitivo de las pymes, creando nuevos instrumentos y actualizando los vigentes.



Dentro de los nuevos instrumentos creados aparece el FONAPYME (Fondo Nacional de Desarrollo para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa, hoy FOGAR<sup>2</sup>) creándose por primera vez un fondo de garantías estatal. Con relación a la normativa específica de SGR esta ley establecía ciertas modificaciones a fin de operativizar de mejor manera el sistema. El marco legal que regula el sistema SGR ha sido modificado muchas veces desde su creación. Si ingresamos a la página oficial del poder legislativo nacional podemos observar que la ley 24.467 ha sido modificada por 509 normas a la fecha de finalización del presente trabajo (enero 2.020). A esto se suman las Resoluciones que la Autoridad de Aplicación ha dictado en virtud de sus facultades delegadas por la ley, y que conforman un vasto cuerpo normativo que se vio constantemente modificado con el correr de los años y especialmente con más asiduidad en estos últimos dos años. Todo este proceso de actualización de la normativa es el resultado del devenir real del sistema, y en particular de los procesos económicos por los que fue atravesando nuestro país, que obligó constantemente a la autoridad de aplicación a realizar modificaciones que adecúen la normativa a las necesidades reales de las SGR.

En este contexto cabe mencionar que la Secretaría de Emprendedores y de la pequeña y mediana empresa, mediante Resolución N° 455 de fecha 26 de julio de 2018 aprobó como anexo las “NORMAS GENERALES DEL SISTEMA DE SOCIEDADES DE GARANTÍAS RECÍPROCAS” estableciendo de esta manera por primera vez un cuerpo normativo homogéneo que recopila todo lo concerniente al sistema SGR. Estas normas generales fueron modificadas posteriormente por múltiples resoluciones a la fecha.

## ¿Qué es una SGR? Tipos de socios, capital social y órganos

La Sociedad de Garantía Recíproca es entonces, una creación societaria única. Su ley de génesis no la definió, pero la mayoría de la doctrina la caracteriza como una sociedad comercial que tiene por finalidad facilitar el acceso al crédito a las micro, pequeñas y medianas empresas a través del otorgamiento de garantías, mediante la celebración de un “contrato de garantía recíproca”. La ley define como objetivos específicos de su creación los siguientes<sup>3</sup>: Otorgar garantías a sus socios partícipes o a terceros, y brindar asesoramiento técnico, económico y financiero a sus socios en forma directa o a través de terceros contratados a tal fin. En su artículo 35 existe una prohibición expresa, que se relaciona con su naturaleza jurídica: *“Las SGR no podrán conceder directamente ninguna clase de créditos a sus socios ni a terceros, ni realizar actividades distintas a las de su objeto social”*. De ello se refuerza la idea de que las SGR no son entidades financieras y tal como se mencionó al principio, no prestan dinero, sino que su principal función es OTORGAR GARANTÍAS. La SGR se financia a partir de comisiones cobradas a sus socios y del rendimiento derivado de sus inversiones financieras, por eso es una sociedad comercial y está legislada de esa manera, aplicándose supletoriamente lo dictado para las sociedades anónimas (podría decirse que se encuadra entonces en el tipo corporativista). Sin embargo, el espíritu de la ley también tuvo en cuenta principios de orden mutualista: las garantías que se solicitan lo son solamente a sus socios partícipes, y su capital variable permite el acceso de nuevos socios, entre otras características.

Las SGR están constituidas entonces por dos tipos de socios, a saber: SOCIOS PARTÍCIPES y SOCIOS PROTECTORES. Es importante destacar que por prohibición expresa de la ley estos caracteres son incompatibles<sup>4</sup>. En la doctrina se menciona una clasificación por TIPOS de SGR, entendiendo que existen SGR “cerradas” constituidas para un tipo de actividad o sector, o cuando los socios protectores y partícipes tienen algún lazo de integración del proceso económico, y un tipo de SGR “abiertas” donde se aceptan a cualquier pyme independientemente de la región o la actividad que realiza. La ley establece que las SGR deben tener proporcionado

su capital social en un 50% para Socios Participes y un 50% para Socios Protectores, con el fin de que ambos tengan representación equitativa en las Asambleas de Socios. El mismo debe estar representado por acciones ordinarias nominativas de igual valor y número de votos, y las acciones pueden ser registrales. Las demás especificaciones se definen en cada Estatuto Social.

Los SOCIOS PARTICÍPES son las MiPyMEs, ya sean personas humanas o jurídicas, que cuenten con Certificado MiPyME vigente a la fecha de su incorporación. El Certificado MiPyME es el que acredita la condición de Micro, pequeña o mediana empresa, y habilita a la misma a tener todos los beneficios que la ley le otorga. La autoridad de aplicación está facultada a definir los parámetros para el encuadramiento MiPyME. Actualmente estos parámetros están receptados en la Resolución N° 220/2019 y sus modificaciones a la fecha del presente, y tienen en cuenta los siguientes aspectos: Actividad y Sectores de actividad, Personal ocupado, Relaciones de vinculación y control, Ventas totales anuales y topes y Activos. El certificado se tramita ante AFIP, quien automáticamente realiza la clasificación de acuerdo a los datos que obran en su poder del aspirante, y lo otorga (de cumplirse los requisitos) en un plazo máximo de 24 horas. Para poder ser SOCIO PARTICÍPE, además de contar con el certificado, la normativa establece que las pymes aspirantes no deben tener relación de vinculación y/o control con ningún Socio Protector del sistema SGR, individualmente, en conjunto con sus sociedades vinculadas o derivadas de la participación de sus socios. Esto se condice con lo que se mencionó ut supra de la incompatibilidad expresa de los caracteres de socio partícipe y protector. Cumplidos estos requisitos formales, los aspirantes realizan un proceso de calificación con la SGR elegida, donde proponen su proyecto, presentan toda la información y documentación acorde y solicitan de esta manera el acompañamiento con una línea determinada. Lograda la calificación, el aspirante adquiere la calidad de SOCIO PARTICÍPE con la suscripción de acciones de la SGR<sup>5</sup> y puede entonces ser sujeto de aval por parte de la misma. Para poder recibir un aval, el Socio Partícipe debe ofrecer a la SGR una “contragarantía”, que puede ser personal (fianza) o real (hipotecas, fideicomisos, prendas), lo que hace al carácter de garantía “recíproca”. Otras garantías menos comunes son la cesión de facturas, cesión de contrato de forward, warrant, cesión de cupones de tarjeta de crédito y certificado de avance de obra (para las empresas constructoras). La contragarantía es fundamental, sin embargo, con la última modificación de la ley actualmente se permite que una SGR exceptúe de solicitar contragarantías a determinado tipo de operación general u operaciones particulares<sup>6</sup>.

Los SOCIOS PROTECTORES según el artículo 37 de la Ley 24.467 son “*todas aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, que realicen aportes al capital social y al fondo de riesgo*”. Es decir, para que funcione una SGR debe constituirse también con “grandes empresas” que aportan dinero a un fondo específico con el fin de que la SGR pueda otorgar garantías a las “pequeñas empresas”, formándose así un llamativo modo asociativo entre las mismas. Los socios protectores, para poder realizar un aporte al Fondo de Riesgo de una SGR deben cumplimentar ciertos requisitos formales (en particular deben poder justificar el origen de los fondos que aportarán como resultado de su actividad declarada), entregar un legajo con todos sus datos y la Asamblea o el Consejo de Administración de la SGR debe aceptar al aspirante como Socio y aceptar su aporte. Una vez realizado este paso se debe transmitir el dominio del aporte mediante un acto jurídico válido y eficaz (generalmente se firma un Convenio de aporte o una carta de oferta de aporte que la SGR acepta). Una vez aportado al Fondo de Riesgo de una SGR, los Socios Protectores pueden obtener beneficios fiscales que se traducen en que sus aportes al capital social y al fondo de riesgo pueden deducirse del impuesto a las ganancias por sus respectivas actividades, en el ejercicio fiscal en el cual se efectivicen estos aportes y siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) Cumplimentar un



plazo mínimo de permanencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su efectivización. b) El grado de utilización del Fondo de Riesgo haya alcanzado, como mínimo, un valor promedio del ciento treinta por ciento (130%) en dicho período, que podrá incrementarse hasta en un año adicional. Esta segunda condición fue agregada por la Ley 25.300 con el fin de impedir que se constituyeran SGR con el objeto de aprovechar la desgravación solamente. La desgravación impositiva significa un enorme incentivo para que las grandes empresas puedan de esta manera sostener el sistema de SGR a través de sus aportes.

El FONDO DE RIESGO constituye un “fondo especial” que integra el patrimonio de la SGR pero que no le pertenece, esta solamente dispone de su tenencia y manejo, y que está constituido por: Las asignaciones de los resultados de la sociedad aprobados por la Asamblea general, las donaciones, subvenciones u otras aportaciones que recibiere, los recuperos de las sumas que hubiese pagado la sociedad en el cumplimiento del contrato de garantía asumido a favor de sus socios, el valor de las acciones no reembolsadas a los socios excluidos, el rendimiento financiero que provenga de la inversión del propio fondo en las colocaciones en que fuera constituido y finalmente el aporte de los socios protectores. La finalidad primordial de este fondo de riesgo es garantizar los avales que otorga la SGR a sus socios partícipes, es decir si una MiPyME no abona en tiempo y forma un aval, la SGR debe abonar ante el acreedor con el fondo de riesgo, y luego lograr a través de los procesos establecidos la repetición de lo abonado por parte del Socio partícipe, y en el peor de los casos, la ejecución de la contragarantía para poder devolver al Fondo de Riesgo lo tomado. El fondo de riesgo es lo que da seguridad al sistema SGR, ya que los acreedores (entidades financieras, compradores de los cheques de pago diferido en el Mercado de Valores, entre otros) tienen el respaldo que necesitan ante un eventual incumplimiento de la MiPyME. El fondo de riesgo no permanece ocioso en el patrimonio de la SGR, sino que se invierte con el fin de obtener rendimientos para sus Socios Protectores. Las inversiones permitidas están mencionadas taxativamente en el ordenamiento normativo y se deben respetar las condiciones y límites establecidos.

Las SGR tienen tres órganos sociales diferenciados:

1) CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: viene a ser el directorio para las sociedades anónimas. Se trata del órgano de administración y representación, y según directivas de la ley debe ser integrado por tres personas de las cuales una debe representar a los socios partícipes y una a los protectores. Entre sus funciones más importantes están las de decidir sobre la admisión de nuevos socios, dictar las normas con las que regulará su funcionamiento, nombrar gerentes y otorgar o denegar las garantías y/o bonificaciones a los socios partícipes, además de todas las funciones administrativas diarias que atañen al normal funcionamiento de la SGR.

2) ASAMBLEA, es el órgano decisorio y está conformado por todos los socios de la SGR. Debe reunirse por lo menos una vez por año convocado por el Consejo de Administración. Entre sus funciones más importantes está la de fijar la política de inversión de los fondos sociales, aprobar el costo de las garantías en forma ordinaria, y demás atribuciones que le otorga la ley como la de aprobar los Estados Contables. También puede reunirse de forma extraordinaria para tratar todos los temas excepcionales que no conciernen a la ordinaria, convocada por el Consejo o por socios que representen el 10% del capital social.

3) SINDICATURA: es el órgano de fiscalización y se integra por tres síndicos designados por la asamblea general ordinaria, con una representación inversa a la del Consejo de Administración. Para poder integrarlo, los síndicos deben contar con un título profesional habilitante, a saber, ser abogados, licenciados en economía, administración de empresas o contadores públicos, y deben tener un domicilio especial constituido en la misma jurisdicción que la SGR. La tarea principal de la sindicatura es realizar la verificación de las inversiones, los contratos de

garantía celebrados, el estado del capital social y fondo de riesgo. Además, deberán responder los requerimientos de la autoridad de aplicación y del BCRA.<sup>7</sup>

## La garantía recíproca

La ley 24.467 en su artículo 68 define al contrato de garantía recíproca: “*Habrá contrato de garantía recíproca cuando una Sociedad de Garantía Recíproca constituida de acuerdo con las disposiciones de la presente ley se obligue accesoriamente por un socio partícipe que integra la misma y el acreedor de éste acepte la obligación accesoría. El socio partícipe queda obligado frente a la S.G.R. por los pagos que esta afronte en cumplimiento de la garantía*”.

Posteriormente, el artículo 69 aclara el objeto del contrato al mencionar que las garantías otorgadas por las SGR asegurarán el cumplimiento de prestaciones dinerarias y otras prestaciones susceptibles de apreciación dineraria, asumidas por el socio partícipe para el desarrollo de su actividad económica u objeto social. Consistirán en una suma fija y determinada, y podrán ser por un importe menor o por el monto total de la obligación. Según el artículo 72 el contrato es consensual, se formaliza por escrito ya sea por instrumento público o privado. Es irrevocable y tiene el carácter de título ejecutivo, por el monto de la obligación principal, sus intereses y gastos, pero siempre hasta el monto total de la garantía otorgada. Las SGR no podrán asignar a un mismo Socio Partícipe, garantías superiores al 5% del total del Fondo de Riesgo de cada SGR; ni a un mismo acreedor, asignar obligaciones de más del 25 % del valor total del Fondo de Riesgo. Estas dos limitaciones expresas se conocen como “Límites operativos” y buscan garantizar la igualdad de condiciones entre los socios partícipes y la diversificación del sistema. El plazo y monto de las garantías otorgadas a un socio partícipe depende de la SGR, del tipo de proyecto y del valor total del crédito a gestionar. El contrato de garantía recíproca se extingue cuando lo hace la obligación principal, o cuando esta se modifica sin intervención y consentimiento de la SGR. También se puede extinguir por las causas de extinción de las obligaciones en general y las obligaciones accesorias en particular.

## Tipos de garantías que puede otorgar una SGR

Con relación a las garantías a otorgar por las SGR a favor de sus socios partícipes, estas pueden ser de cuatro tipos, a saber: a) Garantías financieras: son aquellas que se emiten a favor de un tercero con el objeto de avalar el cumplimiento de un préstamo en dinero. En esta categoría se encuentran la mayoría de las garantías que actualmente se utilizan en el sistema, tradicionales y alternativas: los avales para créditos bancarios, los cheques de pago diferido, las obligaciones negociables pymes y pagaré bursátil, entre otras. b) Garantías comerciales: son emitidas a favor de un tercero garantizando el cumplimiento de una obligación de pago nacida de una transacción comercial. c) Garantías técnicas: son aquellas que garantizan el cumplimiento de una obligación de hacer de carácter técnico o profesional. d) Garantías Fiscales: son aquellas emitidas en relación a planes de facilidad de pago otorgados por la AFIP.<sup>8</sup>

Las instrumentaciones serán específicas de acuerdo a cada uno de estos tipos y a la SGR en cuestión. Cabe destacar que, dentro del esquema antes mencionado sobre garantías financieras, frente al sistema tradicional de financiamiento (créditos a través de entidades financieras) nos encontramos con que el sistema SGR también brinda acceso a las pymes al Mercado de Capitales. El Mercado de Capitales es el mercado financiero donde se realiza la compraventa de títulos valores, acciones, obligaciones negociables, bonos y títulos de deuda y otros activos a largo plazo. Es importante porque en él se acercan los fondos de los “ahorradores” a las per-

sonas que necesitan financiamiento. Este estaba vedado a las micro, pequeñas y medianas empresas debido a que las mismas no contaban con las garantías suficientes. Sin embargo, a partir de la aparición del sistema de garantías y las SGR, las MIPyMEs pueden descontar cheques de pago diferido, pagarés y emitir obligaciones negociables pymes en el Mercado de Valores, consiguiendo de esta manera un financiamiento a corto plazo cuya ventaja principal es la celeridad con la que se consiguen los fondos. Si miramos las estadísticas de la Comisión Nacional de Valores<sup>9</sup> podemos observar que cada vez más pymes acceden al Mercado de Capitales. El financiamiento total del mes de diciembre de 2019 ascendió a \$33.596 millones, representando una variación positiva de 141% en términos interanuales y de 3% respecto al mes anterior. El financiamiento acumulado en el año 2019 ascendió a \$325.943 millones, un 71% superior al año anterior. Los instrumentos PyME acapararon el 38% del financiamiento (\$12.164 millones negociados en cheques de pago diferido –CPD–, \$329 millones por facturas de crédito electrónicas –FCE– y \$107 millones a través de pagarés avalados), siendo los CPD el instrumento más dinámico con una variación interanual de 139%.

Las Sociedades de Garantía Recíproca pueden inscribirse en el Banco Central de la República Argentina. Gracias a esto, las garantías emitidas por una SGR inscrita gozan del carácter de “Garantías preferidas A”<sup>10</sup>. Esta calificación significa para los acreedores que podrán disponer de los fondos en concepto de cancelación de la obligación contraída por el cliente sin necesidad de requerir previamente el pago al deudor dado que la efectivización depende de terceros solventes o de la existencia de mercados en los cuales pueden liquidarse directamente estas garantías. El beneficio de esta categorización se traduce en que las entidades financieras pueden otorgar a las pymes el financiamiento que éstas necesitan con el respaldo de una garantía auto liquidable, lo cual minimiza el riesgo y hace que las tasas -como ya mencionamos, históricamente altas- puedan disminuir para este segmento. El BCRA también es un organismo muy importante de contralor de las SGR<sup>11</sup> Las mismas deben presentar ante BCRA un Informe Especial de Auditor Externo sobre el cumplimiento de los requisitos de la normativa vigente, y además mensualmente deben informar a la Central de Deudores todas aquellas garantías honradas con el Fondo de Riesgo de acuerdo a los criterios de “Clasificación de deudores” para las entidades financieras.

## Beneficios para las partes

Las SGR aportan múltiples beneficios al Sistema Financiero en su conjunto, y a los distintos actores que lo integran. En primer lugar, hacia las Micro, pequeñas y medianas empresas, asesorándolas, mejorando su posibilidad de acceso al crédito a mejores tasas, generando un acercamiento a los grandes productores y los proveedores, mejorando la capacidad de negociación solucionando el problema de la falta de garantías y en general facilitando el acceso al financiamiento. El Banco Mundial define como “adicionalidad económica” al bienestar que el sistema de SGR genera. En este sentido, un estudio de Adicionalidad realizado por la CASFOG en el año 2017 concluyó que las pymes que recibieron un aval de una SGR aumentaron su nivel de empleo, y que a raíz de haber recibido una mayor cantidad de avales esto impactó de manera positiva en la facturación de ellas (2013 y 2016). En segundo lugar, hacia las grandes empresas que participan como Socios Protectores, beneficiándolas con una desgravación impositiva en ganancias y generando cadenas de valor. También como una oportunidad de inversión ya que como se mencionó anteriormente, el fondo de riesgo es invertido y sus rendimientos se abonan a los titulares del aporte. En tercer lugar, hacia los acreedores, generando una disminución del riesgo asociado a este segmento garantizado y en general, seguridad, ya que la garantía es auto-liquidable. En cuarto lugar, al Estado, ya que tener un Sistema de Garantías general y SGR

funcionando en su territorio en particular, favorece la creación de empleo y permite que cada vez más pymes se registren en el sistema, generando así la disminución de la informalidad y una mayor recaudación impositiva que se traduce a su vez en el crecimiento general de la economía.

## Actualidad del Sistema SGR en Argentina

En Argentina, según la información oficial existen 853.886 PyMEs, de las cuales 559.137 están registradas, es decir, un 65,5%. El índice de registración por zona para la región NEA indica que Chaco tiene 12.356 pymes de las cuales solamente un porcentaje del 43,3 % está inscripta, Misiones tiene un porcentaje de registración del 55,6%, Corrientes tiene un 56,9%, Entre Ríos 72,9% y Formosa 73,5% respectivamente.<sup>12</sup> En este contexto es fácil advertir que el objetivo de reducir la informalidad es prioritario, ya que esto implica beneficios que se traducen en que las pymes paguen menos impuestos, difieran 90 días el pago del IVA, descuenten de ganancias hasta el 10% de lo que inviertan y puedan acceder a tasas financiadas con líneas especiales y al mercado de capitales a través del sistema de garantías. Existen actualmente 45 SGR con autorización para funcionar de las cuales 30 están inscriptas en el BCRA. De acuerdo a los datos brindados por el Ministerio de Desarrollo Productivo, para el mes de diciembre de 2019 el Sistema de SGR argentino tenía un Fondo de Riesgo total integrado por \$27.670 millones de pesos, garantías vigentes por un total de \$85.897 millones de pesos con 270.465 garantías otorgadas a MIPyMEs. Todos los números se traducen en una importante aseveración: Las SGR son fundamentales para el financiamiento de las MIPyMEs, tanto de la forma tradicional como las alternativas. Sin embargo, desde el año 2018 y particularmente en el último trimestre del año 2019 las pymes recibieron el impacto del contexto macroeconómico y financiero y esto se tradujo en el aumento de los índices de morosidad y de garantías afrontadas por las SGR. El sistema SGR se vio afectado por la volatilidad cambiaria y los procesos inflacionarios de la moneda. En septiembre de 2019 la calificadora de riesgo conocida internacionalmente FIX (Aliada de Fitch Ratings) colocó en Negativa la perspectiva de la industria financiera para la Argentina, dentro de las cuales se encuentra el sistema SGR. Las previsiones en esta materia no son alentadoras: se espera un deterioro en el desempeño reflejado en el incremento de la mora, el elevado apalancamiento del sector y el desafío de conseguir nuevos aportes a sus Fondos de Riesgo en el actual contexto económico recesivo. Es un constante desafío el sostenimiento del Sistema y la adecuación de la normativa para su subsistencia, como así también que se logre a nivel macro un ciclo económico más estable, con menor variación de tasas y que propenda al crecimiento de todos sus actores.

## Confederar NEA SGR

Confederar Nea Sociedad de Garantía Recíproca nace en el año 2.012 en el seno de la Bolsa de Comercio Confederada S.A.<sup>13</sup> quien, con una visión a futuro, desarrolló una alianza entre un grupo de empresarios del NEA. Sin embargo, esta se proyectó hacia todo el país, con avales a pymes de todos los sectores y sin limitación por región, es una SGR abierta. Su fecha de constitución es el 09 de diciembre de 2012, con sede social en 25 de Mayo N° 726 de Corrientes Capital. Nace con 120 socios. Fue autorizada a funcionar por la Autoridad de Aplicación bajo Resolución N° 128/2012 de la Autoridad de Control. Fue inscripta en BCRA mediante Comunicación “B” 10750 el 17/02/14 y desde entonces se desempeña como garantista en el Sistema Argentino gozando sus avales de la calificación como “garantías preferidas A”.

En palabras de su presidente, el Sr. Norberto Peluso, Confederar surge como “respuesta a la necesidad de los empresarios de contar con mejores alternativas de financiamiento, accediendo tanto al Mercado de Capitales como al sistema bancario tradicional en igualdad de condiciones que las grandes empresas”. La SGR tiene como misión la de “*Posibilitar a las PyMES del NEA el acceso a financiamiento en condiciones propicias, contribuyendo, además, a su desarrollo cuantitativo y cualitativo a través de la incorporación de conocimiento de gestión empresarial*”. Cuenta con un capital social de 258.000 acciones, de las cuales la mitad es Clase A para Socios Partícipes y la mitad es Clase B para Socios Protectores.

Actualmente cuenta con un número de 269 Socios Partícipes y 24 Socios Protectores<sup>14</sup>. Junto con la Bolsa de Comercio Confederada, otro de los socios protectores y promotores principales es el Banco de Corrientes S.A.<sup>15</sup> canalizando créditos bajo la línea de inversión productiva o capital de trabajo. El Fondo de Riesgo de Confederar asciende a \$91.823.055 (noventa y un millones ochocientos veintitrés mil cincuenta y cinco pesos). Su auditor externo es desde el inicio el estudio Lisicki Litvin & Asociados, inscriptos como auditores en BCRA.

Tras 86 meses de actividad, Confederar Nea SGR lleva emitido más de 5.600 avales por un monto superior a \$ 820 millones, contando al mes de Julio del 2019 con un saldo de Garantías Vigentes superior a los \$143 millones. Ello representa un Promedio de Utilización del Fondo de Riesgo<sup>16</sup> igual al 201 % y un grado de solvencia del 187 %. Los principales avales emitidos por Confederar se concentran en cheques de pago diferido avalados en el Mercado de Valores. De ello se desprende la importancia del acceso al Mercado de Capitales por parte de las Pymes a través de Confederar. La región del Nea se ve beneficiada en gran manera al tener al alcance una herramienta novedosa y versátil, que le permitió a sus socios partícipes poder financiarse en un contexto de altas tasas de interés y volatilidad cambiaria (fines de 2018 y 2019). Sin embargo, también se puede observar por la distribución por provincia de los socios partícipes que, seguido de Corrientes, Buenos Aires es el segundo con mayor cantidad de socios. Esto se explica por la falta de información y promoción de estas herramientas que hay en la región. En Corrientes la mayoría de los socios partícipes que se integraron a Confederar lo hicieron debido a que el Banco de Corrientes (entidad financiera provincial) les informó acerca de la existencia de la SGR. En cambio, en la distribución por provincia de los avales vigentes a diciembre de 2019 se puede observar que Corrientes y Chaco son las que reciben más avales, seguida en tercer lugar por Buenos Aires y en posteriormente por Misiones y Salta.

La información suministrada por Confederar, la entrevista con su gerente general Sr. Facundo Franco y de lo analizado en el contexto macro de las SGR nos demuestra la necesidad de llegar a las MIPyMES y presentarles esta opción de financiamiento disponible. Se debe trabajar en conjunto con el Estado para que cada vez mayor cantidad de pymes puedan ser alcanzadas. Si observamos el mapa de distribución de MIPyMES asistidas por Región podemos observar la concentración y falta de diversificación. La región de Buenos Aires, CABA y Centro siguen como las más productivas, en detrimento del resto del país. Esta información se ve reflejada en los avales otorgados por Confederar Nea que antes se expusieron. Confederar afronta el desafío que le impone su ubicación como SGR en el NEA y el ya conocido contexto económico de retracción actual, y espera ser de utilidad para el fin para el cual fue creada.

## Conclusiones

Tal como se recalcó durante todo el desarrollo, el financiamiento de las micro, pequeñas y medianas empresas es el mayor problema que estas encuentran. El sistema de garantías debe ser una política de Estado, es decir, debe tener carácter de permanencia como subsistema del



sistema financiero para poder cumplir con su finalidad de mitigar la escasez de garantías y propender el desarrollo de las MIPyMEs. El Estado tiene un rol preponderante en ello y debe ser el más interesado en sostenerla debido a todas las ventajas mencionadas a lo largo del presente, en particular hacia el sector pyme, y en general, hacia la misma realidad económica de la región y del país. Los consecuentes cambios normativos realizados a lo largo de estos años han demostrado que sostener el sistema de Sociedades de Garantía Recíproca es fundamental y así lo entendieron las autoridades. A esto debe sumarse la necesidad de realizar un cambio sustancial en la forma de análisis de las entidades financieras para el segmento Pyme; se debe realizar un replanteamiento de los rígidos parámetros utilizados en la clasificación de los riesgos, con especial énfasis en las garantías, para poder acompañar un sector que históricamente ha sido marginado del financiamiento. Sostenemos que las Sociedades de Garantía Recíproca constituyen una herramienta de influencia positiva y de acceso al financiamiento, que todavía no se ha expandido a su mayor potencial, y que por el contexto que atravesamos cumplirá un rol decisivo en el proceso de reactivación económica y desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas, tanto en la región Nea como en todo el país.

## Bibliografía

---

Fundación Observatorio Pyme, Informe 2015-2016, Evolución reciente, situación actual y desafíos para 2017.

Informe de adicionalidad. El sistema de Garantías de Crédito en Argentina: Sociedades de Garantía Recíproca y Fondos Provinciales de Garantía. 2017. Recuperado de [www.casfog.com.ar](http://www.casfog.com.ar)

Kreimer, N. (2005) Sociedades de garantía recíproca (SGR): una aproximación a esta nueva figura societaria. Errepar. Doctrina societaria y concursal. Volumen 17. Número 207. Año feb. 05. Páginas 144-151.

Kulfas, M. (2009) Los sistemas de garantías como herramienta para el acceso al financiamiento de las PyMEs. Alcances y limitaciones de la experiencia argentina. *Iniciativa para la transparencia financiera*. Recuperado de <http://www.itf.org.ar/autor14.php>.

Pombo, P. y A. Herrero. (2001). Los sistemas de garantía para la micro y la pyme en una economía globalizada. Sevilla: DP Editorial.

## Notas al final

---

- <sup>1</sup> Esto según el nuevo organigrama del Poder Ejecutivo nacional, que a la fecha del presente trabajo se encuentra publicado en la página oficial [mapadelestado.jefatura.gob.ar](http://mapadelestado.jefatura.gob.ar)
- <sup>2</sup> Fondo de Garantías Argentino
- <sup>3</sup> Art. 33 Ley 24.467
- <sup>4</sup> Art. 37 in fine Ley 24.467
- <sup>5</sup> Para el caso específico analizado a posteriori, CONFEDERAR NEA SGR, los aspirantes adquieren simbólicamente una (1) acción de Clase A (Socios partícipes) para poder adquirir su carácter de tal.
- <sup>6</sup> Según Artículo 71 Ley 24.467 modificada por ley 27.444 B.O. 18/06/2018
- <sup>7</sup> Banco Central de la República Argentina.
- <sup>8</sup> Administración Federal de Ingresos Públicos.
- <sup>9</sup> La Comisión Nacional de Valores (CNV) es el organismo nacional encargado de la promoción, supervisión y control del Mercado de Capitales. Es una entidad autárquica bajo la órbita del Ministerio de Hacienda de la Nación Argentina.
- <sup>10</sup> Comunicación “A” 3141 de fecha 27/07/2000 BCRA.
- <sup>11</sup> El Régimen informativo al que están sujetas todas las SGR inscriptas en BCRA se encuentra en la Comunicación “A” 2411 actualizada por última vez por Comunicación “A” 6665 disponible en la página web del BCRA.
- <sup>12</sup> Fuente: Información de AFIP de empresas registradas empleadoras y no empleadoras inscriptas en IVA y estimaciones de la Secretaría de Transformación Productiva y de la Secretaría de Emprendedores y PyMEs en base a la composición sectorial de empresas por provincia y datos AFIP recuperada de [produccion.gob.ar/pymesregistradas/](http://produccion.gob.ar/pymesregistradas/)
- <sup>13</sup> Entidad privada de asesoramiento para inversiones, Agente Productor (AP) N° 12 Disposición N° 2052 de la Comisión Nacional de Valores (CNV)
- <sup>14</sup> Información suministrada por Confederar Nea SGR al 31.12.19
- <sup>15</sup> El Banco de Corrientes SA (Ex Banco de la Provincia de Corrientes SA) inicia sus operaciones en el año 1.950. Fue privatizado pero actualmente es un Banco Provincial de economía mixta, perteneciendo a la Provincia de Corrientes desde el año 1997 en un 95%.
- <sup>16</sup> Grado de utilización (GDU): índice que mide la solvencia y apalancamiento de las sociedades.



# Maestría en Magistratura y Función Judicial



# Lenguaje de los jueces de paz de Corrientes, derecho a comprender y acceso a la justicia

José Osvaldo Ledesma<sup>1</sup>

## Introducción y antecedentes

El título completo de este Trabajo Final de Maestría en Magistratura y Función Judicial es “El lenguaje escrito de los jueces de paz en procesos sin patrocinio letrado. Su incidencia sobre el derecho a comprender el derecho y el acceso a la justicia”, en estrecha relación con el problema, la hipótesis y el objetivo general de la investigación.

La preocupación por hacer del lenguaje un instrumento más accesible al ciudadano común forma parte de la agenda de las últimas décadas, habiendo tenido un profuso desarrollo en países anglosajones, uno de cuyos hitos fue la creación de la Plain Language Association International (PLAIN) y un reciente interés a partir de la década de 1990 en países de habla hispana, con el surgimiento de guías o manuales de redacción en lenguaje claro, ateneos locales, redes nacionales y finalmente, el año pasado, la Red Panhispánica de Lenguaje Claro (Real Academia Española, 2022).

Los antecedentes teóricos del tema llevan a formular la siguiente pregunta problema: **¿Qué incidencia tiene sobre el derecho a comprender el Derecho y, por ende, sobre el derecho de acceso a la justicia, el lenguaje escrito de los jueces de paz en procesos sin patrocinio letrado?, la que se contesta con la hipótesis sustantiva que guía la investigación:** El lenguaje escrito de los jueces de paz en procesos sin patrocinio letrado, en su dimensión semántica léxica, se constituye, por su opacidad, en un obstáculo para la realización del derecho a comprender el Derecho y, por ende, del derecho de acceso a la justicia.

Coherente con ello, el objetivo general del trabajo es determinar la incidencia del lenguaje escrito de los jueces de paz en procesos sin patrocinio letrado, sobre el derecho a comprender el Derecho y, por ende, sobre el derecho de acceso a la justicia.

## Procedimiento metodológico

La investigación es de alcance correlacional y su diseño metodológico es pensado desde un enfoque cualitativo, que implica la profundización en la descripción y análisis de los conceptos y dimensiones implicados en el problema y la hipótesis, para lo cual se diagrama, con la finalidad de recortar y modelizar el objeto, un sistema de matrices de datos (Samaja, 1993).

Los materiales utilizados son tres *corpus* teórico-normativos (acceso a la justicia, derecho a comprender y patrocinio letrado en la justicia de paz), un *corpus* teórico-lingüístico (lenguaje judicial) y tres *corpus* factuales (muestreo de sentencias, encuestas a la ciudadanía y entrevistas a jueces de paz).

---

1. Doctor en Derecho, Magíster en Magistratura y Función Judicial, Especialista en Teoría y Técnica del Proceso Judicial y Especialista en Derecho Laboral (UNNE). Especialista en Resolución de Conflictos, Negociación y Mediación (Universidad de Castilla-La Mancha, España). Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Università di Bologna, Italia). Abogado, Escribano y Procurador (UNNE). Mediador (FAI/MedyAr). Profesor Universitario en Ciencias Jurídicas (UCP). Profesor de grado y posgrado de Derecho Procesal (UNNE). Juez de Paz de Berón de Astrada, Corrientes, desde 2015.



Para los *corpus* teóricos se utilizó el método del análisis de contenido y para los factuales, los del análisis de contenido, de discurso y estadístico, según correspondiera.

## Modelización del objeto de investigación

El sistema de matrices de datos (Samaja, 1993), se inserta dentro de la instancia de validación empírica del proceso de investigación científica y comprende tanto el recorte del objeto de investigación (modelización) como su operacionalización. Esto es así porque el objeto no es inmediato, sino que es el resultado de decisiones que va realizando el investigador y que se traducen en el lenguaje de datos (Ynoub, 2007).

En el nivel supra unitario (Na+1), se estableció como tema macrotextual y, por ende, como UA el *derecho de acceso a la justicia*. Luego, el aspecto de esta entidad que constituye la V es el *derecho a comprender el Derecho*.

Dentro del universo de actos desde donde se puede analizar el derecho a comprender el Derecho (legislativos, administrativos, judiciales en todos sus fueros e instancias), se recortó el objeto seleccionando únicamente como R el *lenguaje escrito de los jueces de paz en procesos sin patrocinio letrado*, no solo por corresponder al ámbito laboral del investigador, sino fundamentalmente, porque es el único fuero donde se permite que puedan tramitar determinados procesos jurisdiccionales sin la asistencia de un profesional del Derecho, con lo cual, la relación comunicacional juez/justiciable es directa.

Pasando al nivel de anclaje (Na), núcleo de la investigación, el *derecho a comprender el Derecho*, que es la V del nivel Na+1, se constituye en UA de este nivel y es el eje transversal de los tres niveles.

A su turno, el *lenguaje escrito de los jueces de paz en procesos sin patrocinio letrado*, que es el R del nivel Na+1, se erige aquí en V absoluta. En cuanto al R, dado su número y complejidad, pues en la mayoría de ellos se requiere interdisciplina, se determinó únicamente el siguiente: *dimensión semántica léxica*, relativa al significado de las palabras o expresiones (unidades léxicas simples o compuestas) que se utilizan en ese género lingüístico.

Finalmente, en el nivel sub unitario (Na-1) o matriz de componentes, la UA es el *lenguaje escrito de los jueces de paz en procesos sin patrocinio letrado*, siendo su V, la *dimensión semántica léxica*, que puede asumir como estados posibles, es decir, como R, *claridad* (R1) u *opacidad* (R2), con sus respectivos indicadores (i), según el ciudadano lego pueda asignar o no a las palabras y expresiones dadas, un significado compatible con el previa y objetivamente predeterminado por el investigador.

## Desarrollo teórico

El trabajo se divide en dos secciones, una correspondiente al desarrollo teórico y otra, a la actividad empírica, los resultados y su aplicación.

Con respecto al primero, se describe analíticamente el concepto de “derecho de acceso a la justicia” en su concepción tradicional, que es la que considera que comprende tanto el derecho de acción (provocar la actividad jurisdiccional estatal) como el derecho a la sentencia, al recurso, a la ejecución y a la tutela cautelar (Midón, 2019).

Luego se exponen opiniones más modernas acerca de este concepto, que lo integran con otras garantías que permiten un efectivo y pleno ejercicio de los derechos ante el sistema de justicia, especialmente frente a personas en situación de vulnerabilidad, entre ellas, el derecho a comprender, cuyo significado se desentraña en un capítulo especial.

Se expone que este derecho integra la macro garantía del debido proceso, permitiendo al ciudadano común, no versado en esta disciplina, vincularse ampliamente con el sistema judicial en todos sus niveles e instancias, al poder encontrar fácilmente la información que busca, entender la información que encuentra y poder tomar decisiones en consecuencia (PLAIN, 2022). Este trabajo de investigación se centra, fundamentalmente, en la segunda faceta mencionada: la comprensión del lenguaje judicial por parte del ciudadano lego y, por otra parte, enfocada, por razones de extensión, a tan solo uno de sus aspectos: la semántica léxica (significado del vocabulario judicial), dejando las demás facetas del derecho a comprender (estructural o de diseño y estratégica) y aspectos lingüísticos (semántica composicional y gramática), por su complejidad y extensión, para futuras investigaciones.

Por otra parte, se identificaron las particularidades del patrocinio letrado en la justicia de paz correntina y, en este sentido, sin perjuicio del indiscutible valor de la función abogadil desde un punto de vista estratégico en la defensa de los derechos de las personas, en la justicia de paz en general (y en la de Corrientes en particular), determinados procesos pueden tramitar sin patrocinio letrado, es decir, en contacto directo entre el juez y el ciudadano.

## Verificación de consistencia empírica

El marco teórico conceptual sirvió para dar coherencia a la hipótesis, pero para contrastarla o validarla, atento al carácter hermenéutico de la investigación, no solo por razones epistemológicas sino también por tratarse de un tema directamente vinculado con la realidad, sumado al carácter profesionalista de la maestría en la cual el trabajo se enmarca, fue necesario llevar a cabo una tarea de verificación de consistencia empírica.

Con esta actividad, en primer lugar, se exploraron y reconocieron las peculiaridades del léxico escrito de los jueces de paz correntinos, en procesos tramitados sin patrocinio letrado.

Para ello, se relevaron sus sentencias en informaciones sumarias sin intervención abogadil, disponibles para su consulta en el sistema *Iurix Online*, de las cuales se extrajeron los términos y expresiones más recurrentes, de acuerdo a ciertos criterios, se los definió conceptualmente y con ello se elaboró una encuesta a los ciudadanos que voluntariamente concurrieron al mostrador del Juzgado de Paz de Berón de Astrada durante el último trimestre de 2021, con el objeto de indagar su entendimiento respecto del lenguaje utilizado.

## Criterios para la selección de las muestras y confección de los instrumentos

Se seleccionaron sentencias en procesos de información sumaria sin patrocinio letrado, dictadas en los años 2019 y 2020, tomadas al azar de la base de datos disponible para consulta pública en el Sistema *Iurix Online*, de acuerdo con el siguiente detalle:

1) Juzgados de paz de la Provincia de Corrientes: 25 (incluyendo los “transformados” a primera instancia con reserva de competencia de paz); 2) Juzgados de paz que integran la muestra: 19; 3) Juzgados de paz que no integran la muestra: 6, por los siguientes motivos: Berón De Astrada es donde ejerce la judicatura el investigador; Colonia Liebig, Gobernador Martínez, Loreto y San Carlos, no publican sus sentencias en el Sistema *Iurix Online* al momento del relevamiento y Santa Lucía no registra sentencias de información sumaria sin patrocinio letrado en el período predeterminado para la muestra, accesibles por consulta pública desde el Sistema *Iurix Online*.

Una vez determinada la muestra, se prepararon los instrumentos (cuestionarios) de la siguiente manera:

1) *Listado de expresiones oscuras más recurrentes*: en primer lugar, se leyeron las diecinueve sentencias y se extrajeron las expresiones más reiteradas en ellas que, *a priori*, se estimaron como las más opacas u oscuras (difíciles de entender por quienes no pertenecen al ámbito judicial). Como eran muchas (casi doscientas), por razones de extensión del trabajo, se decidió realizar el recorte por las cuarenta palabras o expresiones con mayor cantidad de repeticiones en las muestras y con ello se realizó un listado con forma de tabla en el que se dejó constancia de la expresión (se agruparon en una sola línea las pertenecientes a la misma familia, por orden alfabético), del número total de repeticiones y del número de juzgados que las utilizaron. Las condiciones para integrar el listado consistieron en una repetición mínima de 3 veces en todo el muestreo y en sentencias de al menos 3 juzgados distintos.

2) *Enunciados de contexto*: el segundo paso fue seleccionar enunciados para cada una de esas expresiones, teniendo presente que las palabras no se leen en forma aislada sino en función del contexto en el que están insertas. En consecuencia, a cada expresión del listado anterior se le agregó un contexto específico, tomando para ello enunciados (oraciones o frases) de las muestras de sentencias analizadas, indicando en cada caso, a cuál de ellas pertenece, tratando, en lo posible, de no repetir las, de manera tal que todos los juzgados estén representados en al menos un enunciado.

3) *Definiciones conceptuales*: El tercer paso fue determinar, con carácter previo a la realización de las encuestas, la definición de cada uno de los conceptos contenidos en ellas. Para ello, se utilizó principalmente el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (DPEJ), a modo de glosario, consignando cada expresión con la acepción asignada por el investigador con carácter previo a las encuestas, en función de la utilizada en el ámbito judicial y en el contexto concreto de los enunciados mencionados precedentemente. Para unificar las familias de palabras, estas se redujeron a su mínima expresión (verbos al infinitivo y sustantivos al singular, a menos que el plural implique una diferencia semántica, por ejemplo: auto/autos). Asimismo, algunas expresiones que no figuraban en dicho diccionario ni en el de la Real Academia Española, fueron definidas por el investigador en función del contexto en que están insertas o utilizando citas doctrinales.

Finalmente, se elaboró con el listado de expresiones en contexto, el instrumento concreto para la realización de las encuestas a los ciudadanos.

## Resultados

Sin perjuicio de que se trata de una mera aproximación, pues la muestra es intencional y no probabilística (aunque intersubjetivamente referenciable, en términos de Ynoub, 2015, merced a los criterios objetivos antes mencionados), los resultados que arrojó este estudio fueron contundentes: solo el 16,2% de las personas encuestadas, en promedio, comprendió el significado de los términos y expresiones que componen el vocabulario judicial, mientras que el 83,8% no fue capaz de dar cuenta de ello, sea por error o falsa noción (26,2%) o bien por desconocimiento (57,6%).

Por otra parte, se llevaron a cabo entrevistas a jueces de paz correntinos que, también voluntariamente, accedieron a colaborar, para conocer su opinión sobre la comprensión del ciudadano y la utilización del lenguaje claro en las resoluciones judiciales.

Esta técnica reveló que, al menos en intención, los entrevistados otorgan valor a la simplificación del lenguaje judicial, tanto a nivel léxico como gramatical, así como aspectos relacionados a la estructura y diseño del texto. Por otra parte, estuvieron de acuerdo en que el lenguaje en general y el vocabulario en particular, sobre todo por los latinismos y arcaísmos, son barreras que obstaculiza la comprensión ciudadana y, por ende, la comunicación.

Finalmente, el trabajo incluyó un apartado denominado “aplicación”, de conformidad a la orientación profesionalista de esta maestría, donde se establecieron ciertas pautas de acción para la concreción efectiva de los resultados de la investigación en la dependencia jurisdiccional donde trabaja el maestrando.

## Conclusiones

Se cumplió el objetivo general (así como cada uno de los específicos que lo informan), pues el trabajo de investigación, tanto en su parte teórica como empírica, permitió determinar la incidencia del lenguaje escrito de los jueces de paz, en procesos sin patrocinio letrado, sobre el derecho a comprender el Derecho y, por ende, el acceso a la justicia.

Esto es así porque la mayoría de las personas encuestadas no supo responder, no contestó o lo hizo de manera incorrecta, es decir, el sentido que los ciudadanos asignaron a las diferentes expresiones utilizadas por los jueces de paz no se corresponde con el que fuera previa y objetivamente definido por el investigador.

Por su parte, el desarrollo teórico reveló que esta falta de comprensión repercute en forma directa sobre el acceso a la justicia como componente de la macro garantía del debido proceso.

Se confirmó, en consecuencia, la hipótesis, pues se puede afirmar que el lenguaje escrito de los jueces de paz correntinos, en las resoluciones dictadas en procesos sin patrocinio letrado y en su dimensión semántica léxica, se constituye, por su opacidad, en un obstáculo para la realización del derecho a comprender el derecho y, por ende, el acceso a la justicia.

La extensión de este trabajo, por razones reglamentarias y funcionales, no permitió indagar sobre otros aspectos que también hacen al lenguaje claro, el derecho a comprender y el acceso a la justicia.

Por una parte, podría profundizarse en investigaciones futuras, en relación estricta con el derecho a comprender, las dimensiones semántica composicional y gramatical del lenguaje judicial, incluso el nivel discursivo, para lo cual sería útil, por su complejidad, acudir a la interdisciplina jurídico-lingüística.

Además, podrían realizarse estudios tanto a nivel teórico como empírico sobre el alcance de las otras dos facetas del lenguaje claro, además de la comprensión, que son, como se expuso oportunamente, la estructural o de diseño y la estratégica.

---

## Referencias

- Plain Language Association International -PLAIN- (2022). *Who we are*. <https://plainlanguage.network.org/plain/who-we-are/>
- Real Academia Española (2022). *Lanzamiento de la Red Panhispánica de Lenguaje Claro*. <https://www.rae.es/noticia/lanzamiento-de-la-red-panhispanica-de-lenguaje-claro-0>
- Midón, M. S. (2019). Introducción a la teoría cautelar. En *Tratado de medidas cautelares y procesos urgentes*. Contexto. 1. Pp. 35-73.
- Samaja, J. (1993). *Epistemología y metodología*. Eudeba.
- Ynoub, R. C. (2015). *Cuestión de método: Aportes para una metodología crítica*. Cengage Learning.
- Ynoub, R. C. (2007). *El proyecto y la metodología de la investigación*. Cengage Learning.

# **El Asistente Letrado en los Procesos de Restricción a la Capacidad. Sus implicancias desde la perspectiva de la garantía de la Defensa en Juicio y el Acceso a la Justicia desde el plano teórico y práctico**

María Elena Vallejos Schulze

---

## **Título de la investigación y Antecedentes**

El trabajo de investigación se titula: “El Asistente Letrado en los Procesos de Restricción a la Capacidad. Sus implicancias desde la perspectiva de la garantía de la Defensa en Juicio y el Acceso a la Justicia, desde el plano teórico y práctico”

## **Estructura de la Investigación y Ejes temáticos**

La investigación se encuentra desarrollada en siete capítulos precedida de una introducción, abordándose en cada uno de ellos los siguientes ejes temáticos: Capítulo I: Defensa en Juicio Defensa y Derecho de Defensa. Derecho de Defensa en Juicio. Marco Normativo. La Garantía de la defensa en juicio para la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Alcances de la Garantía de la Defensa en Juicio. Personas que pueden ejercerlo. Sujetos vulnerables. La materialización efectiva de la defensa en juicio. Requisitos para ejecutar actos procesales de defensa en juicio. Derecho de Defensa en Juicio y Debido Proceso. La Asistencia Letrada como herramienta necesaria del ejercicio de la Defensa. Patrocinio letrado obligatorio. Abogado. Concepto. Misión y función. Designación del abogado defensor. Defensor de Pobres y Ausentes. Marco Normativo en la Provincia de Corrientes. Capítulo II: Salud Mental y Discapacidad Evolución histórica en materia de Discapacidad. Marco Normativo de los Derechos de las Personas con discapacidad mental. Modelo social de Discapacidad. Personas en situación de vulnerabilidad. La Salud Mental como factor de discapacidad y vulnerabilidad. Estigmatización. Principios de Igualdad y No Discriminación. Acceso a la Justicia en condiciones de igualdad. Accesibilidad Universal y Ajustes razonables y de Procedimiento. Capítulo III: Procesos de Restricción a la Capacidad en el Derecho Argentino Capacidad de las Personas en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El Proceso de Restricción de la Capacidad. Finalidades. Naturaleza Jurídica del Proceso de Restricción a la Capacidad Casos que habilitan la instancia. Legitimación Procesal. Intervención de la Persona con discapacidad mental en el Proceso de Restricción. La persona con discapacidad mental y la familia en el Proceso de Restricción a la Capacidad. Juez competente. La actuación del juez en los procesos vinculados a la capacidad de las personas. Audiencia de contacto personal. Capítulo IV: Participación y Asistencia letrada en el Proceso de Restricción a la Capacidad Asistencia letrada en el proceso de Restricción a la Capacidad. Marco normativo de la Asistencia letrada en el Proceso de Restricción a la Capacidad en la Provincia de Corrientes. Situaciones contempladas y no contempladas. Importancia. La Barrera Comunicacional en el ejercicio de los derechos en el Proceso de Restricción a la Capacidad. Interpretación normativa de Fiscalía General del Ministerio Público y del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes en torno a la figura del Asistente letrado en

el Proceso de Restricción a la Capacidad. Importancia de la Asistencia letrada en el proceso de restricción a la capacidad desde el plano teórico y práctico. Asistencia letrada especializada. Diferencias entre las figuras del Asistente letrado y el Ministerio Público: “Asesor de Menores e Incapaces” en la Provincia de Corrientes. Capítulo V: Desarrollo del Proceso de Restricción a la Capacidad Prueba en el proceso de restricción de la Capacidad. Dictamen del equipo interdisciplinario. Medidas cautelares en el Proceso de Restricción de la Capacidad. Traslado de la autoridad pública. Sentencia. Efectos de la sentencia relativos a los actos jurídicos otorgados por la persona restringida en su capacidad. Capítulo VI: Sistemas de Apoyo y de Representación Apoyos. Curador. Situación actual en la provincia de Corrientes respecto de la figura del Curador Oficial. Función del Curador. Capítulo VII: Revisión de la Sentencia Revisión de la Sentencia.

Luego en los Anexos, se incluye un análisis de las regulaciones de las distintas provincias del país en torno a la temática; como asimismo un reporte estadístico de causas de esta naturaleza en la ciudad de Corrientes en el periodo comprendido entre enero/2020 a julio/2021, con un análisis estadístico en cantidades y porcentuales de procesos con y sin asistencia letrada distinguiendo en función de las variables utilizadas en cantidades de procesos con asistencia adecuada (a la que se corresponde con la ley, esto es defensor de la persona con discapacidad); de procesos con asistencia inadecuada (es decir el defensor designado por el familiar, cónyuge o conviviente legitimado para promover el proceso) y procesos con asistencia letrada inexistente (sin intervención de abogado defensor de ninguna naturaleza); discriminándose en todos los casos y en cantidades tipos de defensa, pública o privada. Asimismo, se precisan cantidades de procesos con sentencia y sin sentencia; de procesos con sentencias de restricción y con sentencias de declaración de incapacidad y designación de Curador y finalmente cantidad de procesos con medidas de protección de internación involuntarias. Luego se incorpora un grupo de expedientes seleccionados al azar, para su análisis profundo en relación con la temática abordada. Finalmente se glosan las conclusiones y Referencias bibliográficas.

## **Antecedentes y Marco teórico**

La investigación parte a raíz de la actual normativa que regula el derecho a la Asistencia letrada de las personas con discapacidad que transitan un proceso de Limitación a la Capacidad cuya noción nace a partir de la Ley de Salud Mental N° 26.657 del 25/11/2010 que reconoce en el artículo 7 inciso g) el derecho de cualquier persona con afecciones mentales internada involuntariamente a contar con un abogado defensor y que hoy expresamente es reconocido para el trámite de Restricción a la Capacidad y se encuentra previsto en los artículos 31 inciso e), 35 y 36 del Código Civil y Comercial de la Nación, analizado en función de las normas y principios internacionales que regulan los derechos de las personas con discapacidad especialmente la mirada social de la discapacidad que reconoce en aquellas personas su condición de sujetos de derechos y presume su capacidad de ejercicio y la necesidad de apoyos en todos los ámbitos en que se desenvuelve (inclusive el ámbito judicial) para el goce de los mismos en igualdad de condiciones y sin discriminación.

Los antecedentes teóricos sobre el tema macro y micro analizado generaron el siguiente interrogante que constituyó el problema de la investigación: ¿Qué implicancias tiene la falta Asistencia letrada del sujeto involucrado en un Proceso de Restricción a la Capacidad desde la perspectiva de la garantía de la defensa en juicio y el acceso a la justicia desde el plano teórico y práctico? Lo que fue respondido tras una investigación efectuada desde el punto de vista teórico y práctico, sosteniendo la hipótesis de que: la falta de Asistencia letrada del sujeto involucrado en un proceso de Restricción a la Capacidad trasgrede la garantía de la defensa en juicio y del



acceso a la justicia desde el punto de vista teórico, que en la práctica se ve superado con la intervención necesaria del Asesor de Menores e Incapaces, que en ejercicio del control de legalidad del proceso y en defensa de los intereses del sujeto involucrado, materializa los actos propios de la defensa (peticionar, aportar, producir y controlar pruebas y recurrir las decisiones judiciales), asegurando igualmente el acceso a la jurisdicción, no obstante ser una figura diferente del Abogado Defensor.

Se partió del análisis de la defensa como derecho humano fundamental y propio de cualquier persona como sujeto en relación con otros, hasta llegar a la defensa que se ejecuta en un juicio o defensa en juicio propiamente dicha que es la propia del ámbito judicial, que en términos de los Dres. Midon y Midon representa el : “Debido proceso Sustantivo” Estigarribia G. y Midon M., (2008, p. 120) y que importa una garantía de raigambre constitucional-convencional, prevista en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, definiéndola como el derecho individual que goza toda persona de protegerse en el proceso judicial del cual es parte, sin distinción entre causas civiles, penales, administrativas, laborales, familia, tributarias o de menores. Y que como tal es reconocido a todas las personas, quienes se encuentran en pie de igualdad, resaltando la especial consideración de los sujetos vulnerables para el acceso a la justicia, a los que se le garantiza el derecho a la asistencia letrada gratuita, de calidad y especializada. Relacionando en todo momento a la garantía de la defensa en juicio como un concepto íntimamente vinculado con el Debido Proceso Judicial, en tanto éste importa la concreción de cada una de sus etapas constitutivas: acusación -defensa-prueba y sentencia en el proceso penal, lo que en el proceso civil serían la promoción de la acción o demanda-contestación y reconvencción-prueba y sentencia.

Dentro de la Defensa en juicio se explicó una serie de derechos que la integran, entre los cuales se encuentra la Asistencia técnica o el derecho al abogado defensor y que es una herramienta necesaria para su materialización concreta, sin perjuicio de la función de los jueces de defender los derechos y garantías constitucionales-convencionales y de rol que le compete al Ministerio Público en el contralor de la legalidad del proceso. Resaltándose que “*En el ámbito del Derecho Civil, el derecho a la defensa se traduce en la facultad de defender los Derechos Personalísimos, los Derechos Personales, los Derechos Patrimoniales, los Derechos de Familia o de cualquier otra índole. Y para ello se requiere el acceso a la asistencia jurídica.* (Mayon C.A., 2001 PP. 317-318)

Se definió entonces, siguiendo los lineamientos de la Real Academia Española, a la Asistencia letrada como: la “*Asistencia Jurídica. Asistencia de Abogado, asistencia de letrado, defensa de oficio*” y al Abogado como: “Profesional del derecho cuya actividad, sometida a requisitos académicos y legales, puede consistir en prestar asesoramiento jurídico, dar forma a la voluntad de su cliente de modo que pueda producir efectos jurídicos (redactando, por ejemplo, convenios y acuerdos) o defender sus intereses representándolo en negociaciones con terceros, en procedimientos administrativos y en juicios ante los tribunales. Luego de lo cual se afirma la importancia de su actuación en juicio, por cuanto en él no solo se debaten cuestiones jurídicas, sino que, además se manejan plazos y reglas de procedimiento para el ejercicio de los actos que importan el ejercicio mismo de la defensa en los hechos, que implican necesariamente el conocimiento técnico específico y preparación previa del modo en que han de ejecutarse esos actos (tiempos, plazos, formas, estrategias, requisitos para formular peticiones, ofrecer, controlar y producir pruebas, recurrir, etc), lo que es propio del saber del Abogado y ajeno al conocimiento o cultura general de cualquier persona que no es instruida en leyes, por lo que su intervención suple esa falta de conocimiento específico de la parte asistida, permitiendo a ésta materializar previo asesoramiento jurídico y confidencial, los actos propios de su defensa: peticionar,



alegar, probar y recurrir. Y que Ronald Arazi (1999) destaca la importancia de la actuación del abogado por el tecnicismo propio del proceso judicial, afirmando que su ausencia iría en desmedro de los derechos reclamados y hasta incluso el propio proceso hasta no podría existir.

Luego de ello se incluyó a las personas con discapacidad desde la concepción de sujetos vulnerables en el acceso a la justicia, y específicamente en el proceso judicial de Restricción de la Capacidad, que en su actual regulación prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación, la Ley de Salud Mental N° 26.657 y la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad se les reconoce su calidad de partes en el proceso y el derecho a la Asistencia letrada y cuya obligatoriedad lo preceptúa el Código Procesal Civil y Comercial y el Reglamento Interno de Administración de Justicia en Corrientes y cuya aplicación y funcionamiento fue interpretado por Resolución N° 12/20 del 20/05/20, aprobada por Acuerdo N° 6/20 del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes y posteriormente por Resolución N° 413 del 30/07/2021, publicada en Acdo. N° 23 del 24/08/21 dictada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes.

## Metodología y Criterios de Selección de muestras

La metodología utilizada fue mixta: teórica- empírica con un enfoque principalmente cualitativo, sin perjuicio de que se utiliza un reporte estadístico de causas que permitió conocer en cantidad los expedientes de esa naturaleza con y sin asistencia letrada. Asimismo, se utilizó el método histórico-lógico para comprender la evolución en materia de discapacidad y derechos, que permitió entender la mirada actual que se da al colectivo social compuesto por personas que tienen afecciones mentales o físicas y la valoración que se le ha dado desde sus orígenes a la actualidad, lo que es fundamental para comprender la razón por la cual la actual normativa les reconoce la calidad de parte en el proceso y el derecho a la asistencia letrada.

Haciendo uso del método de análisis-síntesis se abordó la garantía de la Defensa en Juicio y los derechos que importa, puntualmente el derecho a contar con un abogado defensor, y su relación con el acceso a la justicia de las personas vulnerables enfocado especialmente en la persona con discapacidad mental que transita un proceso de limitación a la capacidad.

También, con el método de Análisis- síntesis se abordó el Proceso de Restricción a la capacidad en cada una de sus características, etapas y recaudos, relacionando el mismo con los derechos que le asisten a parte involucrada y la Defensa en Juicio. El uso del método de derecho comparado permitió ver como se encuentra regulado en otras provincias del país la Asistencia letrada del sujeto que interviene en un Proceso de Restricción a la Capacidad.

Asimismo el objeto de investigación teórico fue verificado empíricamente mediante un trabajo de campo que permitió conocer estadísticamente la cantidad de procesos de Restricción a la Capacidad que tramitan en la Ciudad de Corrientes, circunscripto a la ciudad capital cabecera de Corrientes por razones de accesibilidad de la información, en los que no interviene abogado defensor por la parte principal o protagonista en el periodo comprendido entre Enero/2020 a Junio/2021 por entender que esa franja de tiempo es la más cercana al trabajo de investigación, para lo cual se utilizaron los informes estadísticos del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes y se eligieron al azar algunos expedientes describiendo el modo en que se desarrollaron para evidenciar como operó la garantía de la defensa en juicio en cada uno de ellos, lo que además permitió ver el modo de participación y representación que lleva adelante el representante del Ministerio Público, que en Corrientes se denomina Asesor de Menores e Incapaces, y las actividades que este realiza en defensa de los derechos de la persona involucrada, pudiendo advertirse los actos procesales que ejecuta, como también las actuaciones relacionadas con el reconocimiento de los derechos de la persona y pleno goce de los mismos dentro y

fuera del proceso judicial que la involucra pero relacionados con este, independientemente de la intervención o no del asistente letrado previsto en la ley para este proceso.

Finalmente durante toda la investigación, los instrumentos teóricos/normativos relativos al Derecho de Defensa en Juicio y debido proceso; a los derechos de las personas con discapacidad desde el punto de vista de su condición de sujetos vulnerables; al Proceso de Restricción a la Capacidad; a la Asistencia letrada en los procesos judiciales y a la intervención de otros sujetos procesales dependientes de Ministerio Público (Asesor de Menores e Incapaces, Defensor de Pobres y Ausentes y Curador Oficial), fueron analizados mediante la técnica de investigación documental bibliográfica y método de análisis de contenido.

## Verificación de consistencia empírica

Teniendo en cuenta el resultado del trabajo de campo realizado y el desarrollo teórico, doctrinario, legal y jurisprudencial aplicable descripto e investigado previamente, se confirma la hipótesis planteada, no solo desde el plano teórico sino además con las evidencias empíricas del trabajo de campo efectuado, sosteniendo que la falta de Asistencia letrada del sujeto involucrado en un proceso de Restricción a la Capacidad, trasgrede la garantía de la defensa en juicio y del acceso a la justicia desde el punto de vista normativo y teórico con sustento en la doctrina y jurisprudencia aplicable que fue analizada. Afirmándose como se supuso, que no obstante en la práctica se ve medianamente superado con la intervención necesaria del Asesor de Menores e Incapaces, que en ejercicio del control de legalidad del proceso y en defensa de los intereses del sujeto involucrado, materializa en la medida de lo posible y compatibilizando con lo que mejor resguarde la protección y beneficio de su representado, los actos propios de la defensa (peticionar, aportar, producir y controlar pruebas y recurrir las decisiones judiciales), asegurando igualmente el acceso a la jurisdicción, no obstante ser una figura diferente del Abogado Defensor.

## Resultados

Del análisis de los datos estadísticos proporcionados por la Dirección de Estadísticas del Poder Judicial de Corrientes, en el periodo comprendido entre el mes de ENERO/2020 al mes de JUNIO/2021 solo en la ciudad capital de la Provincia de Corrientes se advierten 117 procesos de Restricción a la Capacidad, en los que se encuentra interviniendo en cada uno de ellos el representante del Ministerio Público, Asesor de Menores e Incapaces. Y únicamente dos (2) de ellos contaba con Asistencia letrada adecuada (artículo 36 del Código Civil y Comercial) lo que equivale al 1,71% del total de casos analizados. Esos dos defensores eran Abogados particulares. Esto implica que el 98,29% de casos analizados no respetaban la manda legal. Asimismo, se observó que en 25 expedientes la persona beneficiaria se hallaba internada involuntariamente para su protección y en ninguno de ellos contaba con asistencia letrada adecuada.

Del total de 115 expedientes que no cuentan con Asistencia letrada adecuada, 83 expedientes tenían abogado representante o patrocinante y las 32 causas restantes no contaban con abogado defensor, es decir que encuadraban en la variable asistencia letrada inexistente.

Solo en 23 causas se había dictado sentencia, de las que 20 eran de Restricción de la capacidad y 3 de Declaración de Incapacidad.

Del análisis realizado a los expedientes computados resulta que las 115 (ciento quince) causas, que no tienen Asistencia Letrada del artículo 36 del Código Civil y Comercial de la Nación, no tienen planteos impugnativos o recursivos. Y las únicas 2 (dos causas) en las que la persona con discapacidad mental estaba representada en debida forma por un Asistente letrado

se han opuesto a la continuidad del trámite de Restricción a la capacidad, uno de ellos concluido mediante sentencia que rechaza la continuidad de la causa fundado en el resultado de la evaluación interdisciplinario y el otro concluido con sentencia de restricción a la capacidad.

De los expedientes seleccionados, los que diferían en cuanto a quien los había iniciado, siendo que en algunos casos lo había hecho algún familiar de la persona interesada y en otros el representante del Ministerio Público, se verificó una activa participación de éste representante oficial mediante la ejecución de actos propios de la defensa, peticiones, planteos impugnativos y recursivos incluso de las sentencias, ofrecimiento y contralor de pruebas y hasta una insistente gestión judicial y extrajudicial por los derechos extrajudiciales que la persona reclamaba en el proceso judicial que la involucraba y hasta en relación a los reclamos pertinentes para la puesta en marcha de la lista de Abogados requerida por el Superior Tribunal de Justicia local y la correspondiente designación de Asistente letrado que solicitaba la misma persona en el proceso que la involucraba.

## Conclusión

Los objetivos generales y secundarios fueron alcanzados, en razón de que la investigación realizada permitió analizar desde el plano teórico y práctico la implicancia de la ausencia de la asistencia letrada de la persona con discapacidad que transita su propio proceso de limitación a la capacidad, considerando la importancia que representa analizar en profundidad y llevar a los hechos o materialización práctica la efectiva participación que tiene la persona en el proceso en el cual es el principal protagonista y en el que se debate justamente su capacidad de ejercicio, la que se presume hasta tanto no exista una sentencia que determine lo contrario, considerando el ejercicio de ese derecho desde la perspectiva de la garantía de la defensa en juicio como un todo indisoluble del debido proceso y desde la garantía del acceso a la justicia, especialmente considerado para los sujetos vulnerables.

El desarrollo teórico, analítico y crítico de la normativa, jurisprudencia y teorías aplicables desde el plano teórico y práctico, efectuado en cada uno de los diferentes ejes temáticos que fueron analizados de manera coherente y entrelazada con el tema principal de la investigación y por el que se llega a describir la situación normativa local, que evidencia la ausencia actual de una reglamentación específica que regule el ejercicio de la figura del Asistente letrado, previsto en el artículo 22 de la Ley de Salud Mental N° 26.657 y artículos 31 inc. e) y 36 del Código Civil y Comercial de la Nación en la provincia, con sustento en normas constitucionales convencionales de jerarquía suprema, evidencia el vacío legal existente que incluso importaría una inconstitucionalidad por omisión, cuyo control se encuentra a cargo de los jueces, como se concluye en la investigación, valorando y resaltando la importancia que reviste la determinación que adoptada el Superior Tribunal de Justicia Provincial en tanto órgano máximo del Poder Judicial local, al emitir una suerte de manda exhortativa mediante el uso de una herramienta valiosa de dialogo Inter poderes, requiriendo al órgano encargado de la sanción de las leyes a nivel local, para que cumpla con el mandato constitucional/convencional omitido, disponiendo entre tanto una solución pretoriana que podría definirse como un ajuste de procedimiento adecuado al que se encuentra obligado por imperio del art. 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad, para garantizarles hasta tanto exista esa regulación dictada por el órgano competente, que no obstante puedan acceder a un Asistente letrado de una lista de profesionales interesados que manda a confeccionar al Colegio de Abogados provincial.

Destacando asimismo, que dicha determinación es producto de la preocupación de Jueces y Funcionarios del Poder Judicial y del Ministerio Público y especialmente de este último

quien en ejercicio del control de legalidad, en respuesta a los intereses de la sociedad y en cumplimiento del mandato constitucional impuesto en el art. 120 de la Carta Magna, ha efectuado previamente una interpretación conforme del plexo normativo mediante el dictado de una Resolución General emanada del máximo órgano ministerial que se analiza en la investigación. Y el que además cumple un valiosísimo papel por medio de su representante, esto es el Asesor de Menores e Incapaces a nivel local, dentro del proceso de restricción a la capacidad y quien pese a no ser técnicamente un Asistente letrado por las razones que se desarrollan funcional y normativamente a lo largo de la investigación, cumple igualmente un rol de contralor del proceso y de su legalidad que le permite en ejercicio de la protección de los derechos de la persona a quien representa por imperio de lo normado en el art. 103 del CCyC y 39 del Dec. Ley 21/00 (Ley Orgánica del Ministerio Público en Corrientes) ejercer en la práctica una especie de cuasidefensa, pero que no puede mantenerse indefinidamente, en tanto después del análisis funcional de los actores del proceso que se realiza en la investigación (persona con discapacidad, Juez, Asistente letrado, apoyos, curadores, Asesor de Menores e Incapaces), se concluye en que no es razonable depositar funciones naturalmente antagónicas en una sola persona. Lo que solo se justifica y se acepta excepcionalmente, considerando la finalidad de estos procesos, que son para beneficiar y proteger a un sujeto en condición de vulnerabilidad, a quienes por no contar con abogado defensor, no puede privárseles del derecho acceder a la jurisdicción cuando la intervención de esta se precisa indefectiblemente porque el ejercicio de los derechos se ve impedido por diferentes obstáculos que se necesitan remover en el Proceso de Restricción a la Capacidad mediante la designación de los apoyos acordes para el pleno goce de los mismos.

Y en esta inteligencia, de que la finalidad de intervención del Ministerio Público es la protección de derechos y asistencia de estas personas, no la anulación de su capacidad o participación personal y de su autonomía, estando siempre obligado dicho órgano a escuchar atentamente los pedidos de quien protege en procura de sus derechos fuera y dentro del proceso judicial que lo involucra, también se afirma que la participación del justiciable esta siempre protegida por el Asesor de Menores e Incapaces quien debe peticionar lo que entiende necesario y en nombre de su asistido y para que éste pueda gozar efectivamente de sus derechos. resaltándose que incluso este órgano del Ministerio Público, tiene las facultades suficientes para plantear los recursos o impugnaciones que considere contra las decisiones judiciales, y para ofrecer, controlar e impugnar pruebas, todo ello en miras a ejercer un verdadero rol de órgano protector de los intereses individuales de la persona y sociales que le son impuestos por mandato constitucional, cuente o no la persona con asistente letrado y sin perjuicio de que en el ejercicio del control de legalidad que le compete al representante del Ministerio Público, como órgano contrapoder, deba instar por los medios correspondientes, la inmediata sanción de la reglamentación del Asistente letrado para su representado.

## Referencias bibliográficas

---

Alsina, H. (1.965). Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo I. Ed. Ediar. Buenos Aires.

Amaya, J. A. y otros. (2008). Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad. Doctrina y Jurisprudencia. Ed. Astrea. Buenos Aires.

Amaya, J.A. (2.015). Control de Constitucionalidad. (2da. Edición actualizada y ampliada). Editorial Astrea. Buenos Aires. -Amaya, J.A. (2018). Una sentencia Exhortativa o un consejo constitucional (nota al fallo CNE Encuentro Vecinal Córdoba c/Cámara de Diputados de la Nación. Editorial La Ley 30-07-2018. Buenos Aires.

Arazi, R. (1.999). Derecho Procesal Civil y Comercial. Santa Fe. Rubinzal Culzoni Tomo I.

Arazi, R. (1.991). Elementos del Derecho Procesal. Parte General. Ed. Astrea Buenos Aires.

Baliero de Burundarena, M. del A. y Carranza Caseres, C.A. (2003). Actividad extrajudicial de asesores y defensores de menores e incapaces en el campo de la salud mental violencia familiar internaciones insanas e inhabilitaciones. Revista Jurídica El Derecho del 2/1/2003

Basset, U.C. (2.017). La vulnerabilidad como perspectiva: Una visión latinoamericana del problema. Aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En Basset, U.C. y otros. Tratado de Vulnerabilidad. La Ley, Buenos Aires

Bueres, A.J. (2.018). Código Civil y Comercial de la Nación y Normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Hammurabi. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

De Asis Roig R. (2.004). La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho y poder. En Campoy, C. I. Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas. Colección Debates del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas. Nro. 2, Dykinson, Madrid. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4331/3.pdf>

Fernández, S. E. (2.015). El rol el Ministerio Público en el Nuevo Código Civil y Comercial. En Revista del Ministerio Público, Provincia de Buenos Aires Año 12 N° 16-Agosto /2015. En <https://www.mpba.gov.ar/revista/RevistaNro16-web.pdf>

Fernández, S. E. (2.015). El rol el Ministerio Público en el Nuevo Código Civil y Comercial. En Revista del Ministerio Público, Provincia de Buenos Aires Año 12 N° 16-Agosto /2015. En <https://www.mpba.gov.ar/revista/RevistaNro16-web.pdf>

Hevia, M., (2020). El Derecho de la Salud Mental Global. En Kraut A.J. Derecho y Salud Mental. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe.

Krasnow, A.N., (2.017). Tratado de Derecho de la Familias. Un estudio doctrinario y jurisprudencial. Tomo I. Editorial La Ley. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Kraut, A.J., (2.020). Derecho y Salud Mental: una mirada interdisciplinaria. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe. -Lafferriere, J. N. y Munich, C. (S/F) Los procesos civiles relativos a la capacidad: de la Ley de Salud Mental al nuevo Código Civil y Comercial. En <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/9/los-procesos-civiles-relativos-a-la-capacidad.pdf>



Midon, M.S. (2021). Nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes. Ley N° 6556/2021. Desarrollado y explicado. Editorial Contexto. Resistencia Chaco

Pagano L.M. y Bacigalupo de Girad M. (2019) Los procesos de Restricción a la Capacidad en el derecho Argentino. Capitulo L. En Gallo Quintin G..J y Quadri G. H. (directores) Procesos de Familia. Tomo III. Editorial La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Pittier, L.E. (S/F) El acceso a la justicia de las personas con discapacidad o con capacidad restringida. En <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r38037>.

Prola, J. I., (2019). Formas jurídicas más comunes en la relación entre el abogado y su cliente: mandato, contrato de servicios, representación. MJ-DOC-15117-AR | MJD15117 del 7- nov-2019 En <https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/11/27/formas-juridicas-mascomunes-en-la-relacion-entre-el-abogado-y-su-cliente-mandato-contrato-de-serviciosrepresentacion/>

Sagúes, N.P., (2019). La inconvencionalidad por omisión. Revista Jurídica del Nordeste Argentino Numero 1. Diciembre del 17/12/

2019. Cita on line: IJ-CMVIII-874 publicada en <https://ar.lejister.com/>

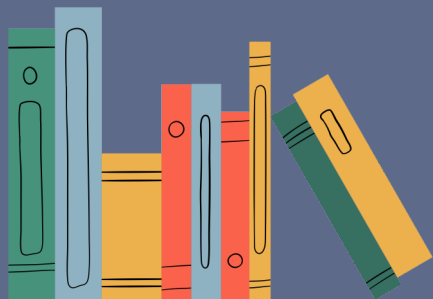
Seda J.A. (2017). Discapacidad y Derechos. Impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad. Editorial Jus Baires. Buenos Aires.

Seda, J.A. (2018) La actuación procesal de personas incapaces y con capacidad restringida en el Código Civil y Comercial. La revisión trienal de la sentencia de restricción de la capacidad de ejercicio. . AR/DOC/2390/2018

Seda, J.A. (2018). Manual de Derecho de Familia. Editorial Jusbaire. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Sidero, A.J., (2020). La judicatura en la tutela de las personas con padecimientos mentales. En Kraut, A.J., Derecho y Salud Mental: una mirada interdisciplinaria. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe

YNOUB, R. C. (2007). *El proyecto y la metodología de la investigación*. Buenos Aires: Cengage Learning.



# Especialización en Derecho Administrativo

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

Juan Manuel Cubilla Podestá

“Scientia potentia est”

Thomas Hobbes. “De Homine” (1658)

## 1. Introducción

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

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

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

Más allá de la concepción tecnócrata, propia de la era de la ilustración, discutible hoy en día, el valor que esos autores le daban al conocimiento y la información como fundamento esencial del sistema republicano y democrático de gobierno, resulta trascendente hasta nuestros días.

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

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

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

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

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

Bs.As. 2009. Pág. 4.





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

Tal es la vigencia de la discusión en nuestro país, que en 2019, el Banco Mundial emitió un informe de política sobre el acceso a la información pública en Argentina<sup>3</sup>, sus lamentables resultados fueron y son motivadores del presente trabajo.

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

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

Los indicadores utilizados fueron definidos especialmente por el equipo conformado por expertos de la Unidad Global de Gobernanza del Banco Mundial y la Agencia de Acceso a la Información Pública. Todo ello, producto de una simplificación del Índice Global RTI<sup>4</sup> que consta de sesenta y un indicadores.

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

El estudio terminó posicionando a la provincia de Corrientes, como la de peor calidad normativa, con un índice de 3.6 sobre 13, dejando a entrever una clara y contundente deficiencia institucional incompatible con el sistema republicano y democrático de gobierno que imponen tanto la Constitución Nacional como la de la provincia.

Lo llamativo es que, Corrientes, es de las jurisdicciones que reformó su Constitución luego de 1994, más precisamente en 2007, otorgándose una norma fundamental de las más jóvenes del país, sin que ello repercuta en su calidad institucional y normativa, al menos en cuanto a la información pública y la publicidad de los actos de gobierno, como base del sistema republicano de rendición de cuentas.

Este trabajo pretende abordar la problemática detallada, haciendo un análisis cualitativo de las fuentes jurídicas vigentes y aplicables a nivel provincial, intermunicipal y municipal que sirva como parámetro de arranque en un proceso de génesis o reforma integral.

En este menester, será necesario desarrollar un estudio preliminar de los estándares internacionalmente convenidos como mínimos indispensables y que, junto a la legislación y jurisprudencia nacionales, integran la definición de parámetros propuestos para las futuras normas.

Ante la gravísima deficiencia institucional, desnudada por el informe referenciado, también se incluirán en el análisis, diversos y novedosos fallos de la jurisdicción correntina que, de forma pretoriana, intentan avanzar en la consagración e instrumentalización de este fundamental derecho.

Desde esa perspectiva jurídica integradora, tomando como fuentes tanto las normas convencionales, nacionales, provinciales y locales, como la jurisprudencia de las instancias interamericana, nacional y provincial, se buscará la definición clara y precisa de parámetros requeridos para una ley provincial de presupuestos mínimos de acceso a la información pública de la administración en todos sus niveles.

3. Índice de Acceso a la Información Pública en las Provincias Argentinas: un análisis de la calidad normativa. Consultado el 25 de febrero de 2023 y disponible en el siguiente enlace: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/indice\\_de\\_acceso\\_a\\_la\\_informacion\\_publica\\_en\\_las\\_provincias\\_argentinas-un\\_analisis\\_de\\_la\\_calidad\\_normativa-web.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/indice_de_acceso_a_la_informacion_publica_en_las_provincias_argentinas-un_analisis_de_la_calidad_normativa-web.pdf)

4. Del inglés: Global Right to Information Rating o “Índice Global de Derecho a la Información” de la Organización Internacional “Centre for Law and Democracy”.



Por otro lado, se propondrán cuestiones esenciales que deberán integrar los procedimientos administrativos para la requisitoria y respuesta de información, como también los estándares mínimos en la organización de la publicación de la información de forma proactiva.

Finalmente, definidos que fueran los parámetros indispensables de la instrumentalización del derecho humano de acceso a la información de la administración pública, se intentará trazar algunas directrices en el sentido de las nuevas discusiones en el marco de la transparencia.

Desplazándose la discusión cuantitativa, se abordará sucintamente la calidad o cualidad de la información suministrada al ciudadano como nuevo paradigma para una sociedad de la información.

La formulación de propuestas se limitará a determinar parámetros o recomendaciones para tener en cuenta en el diseño normativo y técnico de la norma que dé solución a la grave problemática del sistema democrático representativo y participativo correntino.

Teniendo presente la profundidad del tema y su trascendental importancia, sumado a los requerimientos de extensión que se imponen en esta instancia académica, el trabajo pretende ser un humilde e inicial aporte a una discusión postergada por nuestras autoridades.

“Es justo que los pueblos esperen todo bueno de sus dignos representantes; pero también es conveniente que aprendan por sí mismos lo que es debido a sus intereses y derechos.” Mariano Moreno. “Sobre las miras del Congreso que acaba de convocarse, y constitución del Estado” (1810).

## 2. Cuestiones preliminares

### a. La información pública como objeto del derecho.

Es indudable que la información pública, es objeto y razón de este estudio y, por tanto, aproximar una definición que permita identificarla y delimitarla nos permite un mayor y mejor entendimiento del fenómeno y sus etapas evolutivas.

Conviene así, iniciar por el sustantivo de la expresión, es decir, la palabra información qué, aunque parezca obvia, es importante para delimitar el alcance del derecho que estamos estudiando.

Por un lado, la mismísima RAE impone al menos ocho acepciones a la palabra información<sup>5</sup>, siendo la más ajustadas a nuestro menester, la número cinco, a saber: comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada.

Lavalle Cobos, por su parte, dirá que la información es, a los fines que nos interesan, un conjunto organizado de datos recopilados, procesados y plasmados en un soporte<sup>6</sup>.

Asimismo, en ciencias jurídicas se define a la información como: conocimiento, noticia, relación; exposición. averiguación jurídica y legal sobre un hecho o acerca de un delito<sup>7</sup>; entre otras variadas acepciones.

En definitiva, la intrínseca relación entre información y conocimiento es de naturaleza teleológica, es decir, la primera es sin duda el presupuesto básico del segundo, es decir, no puede escindirse la naturaleza de la información como dato, noticia o comunicación de su fin inmediato y razón de ser, el conocimiento humano.

En definitiva, tomando como base las definiciones antes expuestas, resulta claro que in-

5. Diccionario de la Real Academia Española. Definición de información, disponible en <https://dle.rae.es/informaci%C3%B3n>.

6. Lavalle Cobo, Dolores. “Derecho de acceso a la información pública”. Ed. Astrea. Bs.As. 2009. Pág. Pág. 6.

7. Cabanellas de Torres, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”. Ed. Heliasta SRL. 1993. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina34261.pdf>



formación será para nosotros la transmisión o comunicación de conocimiento humano, tendiente a generar justamente eso mismo, es decir, mayor conocimiento en el receptor.

Definido el sustantivo, se impone la determinación de sus cualidades, en este caso determinadas por la palabra pública, es decir, no es cualquier dato o conocimiento el que se busca, sino aquel que responda a esta premisa, a esta cualidad.

Mientras que en el ámbito privado el conocimiento o la información resulta mercancía, un bien intangible cuyo valor importa al mercado y puede ser intercambiado, en el ámbito público democrático tiene otra entidad.

El gran Norberto Bobbio definía la democracia como el gobierno del poder público en público, redundancia simplemente aparente que explicaba con genialidad, distinguiendo con claridad ambas cualidades.

Por un lado, el carácter público, como contraposición al ámbito privado, *ius publicum* vs. *ius privatum*, distinción proveniente del viejo derecho romano, que delimita el ámbito de la res pública, en el que se ejerce la democracia y los actos del gobierno. Por otro, la naturaleza pública, como contraposición a lo secreto, es decir, lo manifiesto, evidente o, en definitiva, lo visible, palabra, esta última, que le dio título a un capítulo de su excelente obra.

La democracia, como régimen impone un ejercicio del poder visible, como rememoraba Bobbio de la antigua Atenas, ejercido en el “ágora” (plaza central), en la “ekklesia” (asamblea), es decir, por ante el demos o con la participación de los ciudadanos<sup>8</sup>.

Si usamos esta doble faceta de lo público en público, que ensayó hace tanto tiempo el maestro referenciado, resulta mucho más fácil acercarnos a una delimitación justa de lo que debe entenderse por información pública, en una concepción moderna.

La naturaleza pública de la información o, de esos datos sistematizados, no encuentra límite ni contención en el basal principio de publicidad de los actos de gobierno, más bien, esa es su más básica o rudimentaria expresión.

No caben dudas que el sistema republicano importa la necesaria publicidad y, si se quiere, visibilidad de los actos del gobierno, algo tan básico como muchas veces incumplido. Ahora bien, el accionar y la detentación del poder deben ser, al decir de Bobbio, en público, ante el público o, mejor dicho, visible para la ciudadanía.

Es en esta otra dimensión analizada donde la definición de lo público se afianza con mayor amplitud, es decir, lo relacionado a la res pública, al interés público, al interés de la comunidad democrática, o hasta incluso a la significancia o importancia.

En esta línea de pensamiento amplía se inscribe la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, más concretamente su Relatoría especial para la libertad de Expresión, que define a la información pública como aquella que está bajo custodia, administración o tenencia del Estado; la información que el Estado produce o que está obligado a producir; la información que está bajo poder de quienes administran los servicios y los fondos públicos, únicamente respecto de dichos servicios o fondos; y la información que el Estado capta, y la que está obligado a recolectar en cumplimiento de sus funciones<sup>9</sup>.

En este sentido, puede avanzarse con respeto al principio de reserva (art. 19 CN) que es el que delimita el más claro y profundo ámbito de privacidad de los ciudadanos, generando una determinación amplia de lo público y por clara y excepcional contraposición a lo estrictamente privado.

Así, será información pública en el sentido detallado, todo dato sistematizado en diversos soportes, que tenga relación con la cosa pública, el interés público y de la comunidad, que tenga

8. Bobbio, Norberto. “El futuro de la democracia”. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1986. Pág. 65-66.

9. CIDH. “Informe Anual 2009 de la Relatoría especial para la libertad de expresión”. Pág. 310. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/Informe%20Anual%202009%201%20ESP.pdf>



relevancia para la sociedad democrática y que, no esté estrictamente amparado por el derecho a la privacidad de los y las ciudadanas.

Si bien se ahondará más adelante en el análisis de la realidad interamericana, conviene citar al Comité Jurídico Interamericano, que ha definido como pública toda información significativa, cuya definición debe ser amplia, incluyendo toda la que es controlada y archivada en cualquier formato o medio<sup>10</sup>.

De esta forma, como veremos más adelante, existe información que incluso se encuentra en poder de entes no estatales, o que no ha sido producida por el estado en su sentido más amplio, pero que resulta de interés y relevancia pública y, por tal, adquiere esta naturaleza.

### **b. El contenido y el alcance del derecho de acceso a la información pública.**

Precedentemente pudimos caracterizar el objeto información pública, es decir, lo que conformará junto a otros elementos el contenido del derecho constitucional y convencional de acceso a la información pública.

Ahora bien, a lo largo del tiempo y la evolución del pensamiento humano democrático y republicano, o en palabras más sencillas, a lo largo de la experiencia adquirida por la ciudadanía en el ejercicio de organizaciones institucionales democráticas y republicanas; tanto el contenido, como el alcance del derecho, han sufrido sustanciales variaciones.

Estas transformaciones estuvieron acompañadas, claro está, de la evolución de aspectos pragmáticos y de la técnica documental y jurídica, envuelta en un constante e infinito desarrollo.

Por ello, se entiende necesario abordar ciertas etapas que marcaron cambios de paradigma en el contenido del derecho, desde su correlación con las técnicas fundacionales, como el confiable pero ineficiente Boletín Oficial, pasando por los balances e información financiera procesada del Estado, hasta nuestros días con posibilidad de acceso digital y procesamiento electrónico de los datos de compras y contrataciones.

Si bien es el mismo derecho, que debatimos desde Montesquieu hasta hoy, su contenido y su alcance evolucionó y evoluciona todos los días, siempre en estrecha relación con las posibilidades fácticas y técnicas de mayor y mejor cumplimiento de los sujetos obligados.

En definitiva, la mejora en las capacidades de la administración y de los sujetos obligados a brindar mayor y mejor información, moviliza el espectro de lo que es jurídicamente razonable en el ejercicio del poder, ampliando el nivel de exigencia ante la ciudadanía, y por tal el contenido y el alcance de su derecho.

Digo razonable, porque en definitiva la razonabilidad como principio rector del ejercicio del poder estatal o no estatal, importa sin dudas ampliar el deber de rendición de cuentas en miras a la mayor y mejor técnica disponible en el momento histórico determinado.

Debe destacarse que, el derecho de acceso a la información pública no es sino la contracara de los deberes institucionales de rendición de cuentas y responsabilidad, mismos que en el mundo anglosajón, al que a veces miramos con admiración, tienen hasta término específico: *accountability*<sup>11</sup>.

10. Comité Jurídico Interamericano (CJI). Resolución N° 147. LXXIII-O/08. "Principios sobre el derecho de acceso a la información". Disponible en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso\\_informacion\\_Principios\\_CJI.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_Principios_CJI.pdf)

11. Cambridge Dictionary. *Accountability*: "The fact of being responsible for what you do and able to give a satisfactory reason for it, or the degree to which this happens" (El hecho de ser responsable de lo que haces y capaz de dar una razón satisfactoria para ello, o el grado en que esto sucede). En palabras de Aguilar, Octavio: El estado de tener el deber de hacer lo que sea necesario para completar la tarea se conoce como responsabilidad. La condición, en la que se espera que una persona tome posesión de sus acciones o decisiones, es *accountability*. Disponible en <https://www.linkedin.com/pulse/qu%C3%A9-es-accountability-octavio-aguilar/> y <https://octavioaguilar.com>



Difícilmente se pueda pedir a una administración pública del siglo XVIII más información que la disponible en documentos y boletines escritos con las limitaciones materiales y económicas que ello importaba.

En nuestros días la digitalización o el manejo electrónico de la información amplía de sobremanera las posibilidades de acceso inmediato, gratuito o muy barato a datos que en otros momentos eran impensados.

Por ello, el alcance y el contenido de este derecho están sometidos a una evolución constante e infinita, vinculados al desarrollo técnico de la humanidad y la aplicación de estas novedades tecnológicas a las ciencias de la administración.

Así, sostengo infinita, por la limitación que me impone la finitud existencial y la enorme esperanza que despierta la raza humana y su demostrada sed de conocimiento.

Más allá de todo, se intentará una breve reseña de momentos paradigmáticos en los siguientes apartados, claro está, muy lejana a la exhaustividad y precisión de una obra de otro tinte científico.

Respecto del futuro, al menos el no inmediato, se vuelve objeto ajeno al presente, pues como bien resaltaba Bobbio, es tan difícil la tarea del profeta como incompatible con la naturaleza de la ciencia.

### **i. Perspectivas clásicas. La democracia representativa.**

Dicho anteriormente, las ideas clásicas sobre acceso a la información pública están estrechamente vinculadas con el principio de publicidad de los actos de gobierno, basamento del sistema republicano y la participación ciudadana en el gobierno como fundamento del sistema democrático, ambos que imperan en la mayoría de los estados modernos.

Como bien se destacó con la rememoración de las formas democráticas de la antigua Grecia, el tratamiento de los temas públicos por y ante el público en la plaza central o en asambleas, resulta la etapa embrionaria de lo que hoy entendemos como un derecho humano tan trascendental, como instrumental.

Lo público se exteriorizaba y expresaba ante el ciudadano, que participaba así del gobierno, de la conformación de las decisiones que luego se le impondrían en autoridad, escuchando los fundamentos y argumentos de los pretensores y opositores de cada iniciativa.

Esta primitiva manifestación del derecho fue enterrada por muchos años desde el ocaso de la antigua Grecia, pero encontró un renacimiento en el pensamiento de quienes forjaron las bases teóricas de los gobiernos republicanos y democráticos, al punto que Bobbio sostendrá con claridad la enorme fuerza sugestiva de la democracia antigua en la revolución francesa.<sup>12</sup>

Desde el pensamiento republicano originario, el sistema impone aquellos principios relacionados con la obligación de los gobernantes de rendir cuentas de sus acciones ante los gobernados, al decir de Oyhanarte: los principios de publicidad en los actos de gobierno y de transparencia en la administración sirven de fundamento lógico y jurídico a este derecho, pues el desconocimiento sobre el accionar estatal impide el ejercicio de la accountability vertical en tanto instancia electoral en la que los representados premian o castigan a los representantes según su desempeño<sup>13</sup>.

12. Bobbio, Norberto. op. cit. Pág. 67.

13. Oyhanarte, Marta y Kantor, Mora. "El derecho de acceso a la información pública en la Argentina. Un análisis de su situación normativa y su efectividad". Libro Poder Ciudadano. Fundación Poder Ciudadano. Pág. 254. Disponible en [https://poderciudadano.org/wpcontent/uploads/2016/04/Libro\\_PoderCiudadano\\_CapVII-Acceso-a-la-informacionpublica.pdf](https://poderciudadano.org/wpcontent/uploads/2016/04/Libro_PoderCiudadano_CapVII-Acceso-a-la-informacionpublica.pdf)



Por su parte Basterra sostiene que, en el diseño institucional clásico, la división de poderes permitía la fiscalización de un departamento por otro, por ejemplo, el ejecutivo controlado por el legislativo, pero ese sistema resultaba a todas luces débil e insuficiente.

Es así como el sistema de contrapesos también depende de la capacidad de los ciudadanos de distinguir y juzgar las políticas públicas, la que además se verá condicionada por las posibilidades de tener acceso a información para formar su propia opinión de la gestión estatal<sup>14</sup>.

En este estadio el derecho de acceso a la información pública importaba, sin más, la posibilidad de acceder vía técnica escrita, a los actos del gobierno, del Estado, como administrador monopólico de la cosa pública.

Aún en el caso de la democracia representativa clásica, el carácter público del poder, entendido como no secreto, como abierto al público, permanece como uno de los criterios fundamentales para distinguir el estado constitucional del estado absolutista<sup>15</sup>

El democratizar la información, haciéndola accesible a todos, implica conforme el ideal republicano, fragmentar el poder-posición y acortar la distancia entre el Estado y la sociedad, sin embargo, tiene un efecto amplificador del poder-autoridad, en tanto es interpretado por la sociedad como un poder que atiende sus requerimientos<sup>16</sup>.

Esta concepción clásica ha impuesto muchas técnicas o vías de publicidad de los actos que permitieron su acceso a los ciudadanos interesados en los negocios públicos, todo acorde a la disponibilidad tecnológica de la época.

Si bien es cierto que los registros oficiales de las resoluciones, decretos y actos de gobierno ya existían desde la época absolutista, también es importante destacar que fueron antecedentes históricos y jurídicos necesarios para la publicidad.

Así, la utilización de la forma escrita como mecanismo de garantizar la seguridad jurídica y, claro está, el principio de formalismo de la administración, son primordiales basamentos de la posterior comunicación de los actos.

En definitiva, surgió el Boletín Oficial, como la más rudimentaria y primigenia de las herramientas, emblema de la publicidad de los actos de gobierno en los albores del estado constitucional republicano y democrático, y claro instrumento de comunicación oficial de las decisiones hacia el público.

Esta solución, se ha impuesto en la mayoría de las constituciones de repúblicas democráticas al punto de ser la publicación en sus páginas requisito sine qua non de vigencia de las normas jurídicas y de presunción iure et de iure de conocimiento de las normas por la ciudadanía.

Desde sus primeras versiones constitucionales, hasta la más moderna reforma constitucional de 2007, la provincia de Corrientes ha receptado esta técnica o vía de comunicación oficial, tanto a nivel provincial como municipal, creándose sendos boletines oficiales en las distintas jurisdicciones.

La histórica sistematización del boletín oficial, su orden cronológico y jerárquico de normas y actos, se mantuvo por siglos, al punto que el boletín oficial de la provincia, hoy digital, es simplemente el documento escrito digitalizado, una extrapolación de su forma centenaria a un soporte electrónico.

En consecuencia, puede verse la falta de evolución en la provincia de Corrientes en materia de transparencia y gestión del conocimiento de lo público en sus ciudadanos. Así las cosas, a la fecha, no existen siquiera digestos completos o sistematizaciones normativas o de actos que utilicen las herramientas tecnológicas disponibles, v.g. infoleg o similares.

14. Basterra, Marcela I. "Acceso a la información pública y transparencia". Ed. Astrea. Bs.As. 2018. Pág. 1.

15. Bobbio, Norberto. op. cit. Pág. 68.

16. Lavalle Cobo, Dolores. op. cit. Pág. 3.



Todo esto redundaba en la grave deficiencia institucional de la provincia, incluso en un retroceso acaecido en pleno siglo XXI, a saber, la inconducta de las autoridades provinciales, impropia del sistema republicano de gobierno, de abreviar o resumir transcripciones de decisiones públicas y administrativas en el boletín oficial, obstaculizando el acceso del público a sus textos.

## ii. Perspectivas modernas. La democracia participativa.

Como es dable entender y lo enseña la historia, la democracia directa, como utopía, solo es imaginable en pequeñas organizaciones humanas del tipo ciudad-estado, pero incompatible con los modelos de estado territoriales de nuestros días.

Ello, no fue excusa para que el sistema democrático representativo clásico, ingresara en una verdadera crisis de legitimidad a lo largo del tiempo y la complejización de las sociedades modernas. Me permito recordar en esto a John Stuart Mill: cuando un pueblo no estima lo necesario a sus instituciones representativas, tiene pocas probabilidades de conservarlas.

El pensador inglés fue preciso cuando sostuvo que los ciudadanos debían librar verdaderas batallas para sostener sus instituciones representativas, puesto que lo ejecutivo tendía naturalmente a reducir a la obediencia o dejar de lado a las instituciones representativas sin respaldo del pueblo.

En palabras claras, sentenció proféticamente que cuando no hay personas en cantidad suficiente para formar opinión pública que se encuentren preocupadas e involucradas en los asuntos públicos, los electores pondrán su sufragio al servicio de intereses particulares<sup>17</sup>.

Dirá Boron, ya en sus términos, que la democracia pagó un precio muy elevado por su respetabilidad: tuvo que abandonar sus banderas igualitarias y liberadoras y, transformarse en una forma inocua de organización del poder político. Atrás quedaron los intentos de transformar la distribución de poder y riquezas como proyecto emancipatorio, se limitó simplemente a darle una nueva legitimidad a lo ya establecido<sup>18</sup>.

Así, de esta crisis de representación surge, sin dudas la democracia participativa como modelo que busca, ya en la modernidad, la legitimación perdida por las instituciones representativas de las democracias.

Su concepto, superador de la democracia representativa, es una expresión de lo que conocemos como democracia directa, pues amplía los espacios de representación y participación ciudadana a un rol más protagónico en el proceso deliberativo. En la democracia participativa, es la ciudadanía la que delibera y decide, mientras que los representantes electos son relegados a la función de ejecutar y rendir cuentas sobre la gestión pública<sup>19</sup>.

En estos tipos de democracias, la lógica participativa hace primar mecanismos participativos e inclusivos que ponen en valor y resignifican el ejercicio pleno de la ciudadanía, por contraposición a la postura de la delegación propia de la democracia representativa, donde no existe un mecanismo de accountability<sup>20</sup>.

17. Stuart Mill. John. "El Gobierno Representativo". Biblioteca Científico-Literaria de Sevilla. 1878. Traducción de Siro García del Mazo. Pág. 103-105.

18. Boron, Atilio A. "Crisis de las democracias y movimientos sociales en América Latina: notas para una discusión" en: OSAL, Observatorio Social de América Latina, año VII, no. 20. CLACSO (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales) Argentina. 2006. Pág. 290-291.

19. Bin, Elisa. "Algunas reflexiones para el debate acerca de la construcción de la Democracia Participativa" en Romero, Ricardo (Compilador). "Democracia participativa, una utopía en marcha: reflexiones, experiencias y un análisis del caso porteño". Proyecto anual: presupuesto participativo porteño. Grupo de Estudios sobre Democracia Participativa. Carrera de Ciencia Política, Facultad de Ciencias Sociales. UBA. Bs. As. 2004. Disponible en <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/otros/20111211055033/gedep.pdf><sup>20</sup> Ibidem.

Nuestro constituyente de 1994, ha modificado los alcances y matizado, si se quiere, la representación popular clásica establecida en el art. 1° de la Carta Magna como mandato que algunos constitucionalistas incluso lo entienden un contenido pétreo, inmodificable.

Como bien destaca Gelli, la incorporación de los institutos de la iniciativa legislativa (art. 39°) y la consulta popular vinculante y no vinculante (art. 40°) como excepciones a la regla general de la representatividad han ampliado los horizontes de la participación popular en la toma de decisiones políticas<sup>20</sup>.

Ahora bien, resalta la maestra de constitucional, que el uso de estas herramientas de participación, pese a su sanción en la mayor norma formal positiva de la Nación, no han tenido un ejercicio activo, muy por el contrario, no han sido utilizadas siquiera en sus términos previstos.

En este sentido, surge la preocupación de que la democracia participativa o, semidirecta, surgida como respuesta a la crisis de legitimidad de las democracias estrictamente representativas, termine reducida conceptualmente a las técnicas de participación o, peor aún, legitime la dominación por la utilización aparente de la convocatoria social.

En línea con Ruiz Moreno, entiendo que la democracia participativa es, ante todo, una convicción sobre la organización política y sobre cómo el ejercicio de los derechos posibilita el acceso a la emancipación humana<sup>21</sup>, no es moda, ni maquillaje, es una profunda esencia del sistema social y político de nuestra era.

En esta línea de pensamiento, como resaltaba Oyhanarte, al incorporar otro elemento intrínseco del sistema democrático en tanto autogobierno del pueblo, como es el derecho de las personas a participar en los asuntos públicos, que suele cristalizarse con mecanismos de participación directa o semidirecta, que carecen de sentido si los ciudadanos no tienen información adecuada para tomar decisiones o fundar las tomadas<sup>22</sup>.

La mayor inserción de la ciudadanía en los procesos políticos, sociales y culturales que lo afectan o pueden ser de su interés a través, por ejemplo, de audiencias públicas, iniciativa legislativa, elaboración normativa participada, etc., sólo se puede materializar con seriedad si la sociedad civil cuenta con la información necesaria para participar activamente de ellos, de lo contrario se transforma en una falacia<sup>23</sup>.

En Corrientes, esta profundización tanto en el rol de la ciudadanía y su acción de gobierno, como también en el nivel y calidad de la información que se le debe brindar, surge expresamente receptada en la Constitución provincial, incluso para el ámbito municipal el régimen participativo es declarado textualmente (arts. 219° y 226°).

Entiendo, más allá de que esto será mejor analizado, que el constituyente correntino de 2007, consagró no un derecho ya, sino una expresa garantía al ciudadano o ciudadana correntina, a través del deber positivo de las autoridades, de difundir por los medios de comunicación masiva y brindar información como acceso al conocimiento oportuno, actualizado, completo y gratuito (art. 21°).

20. Gelli, María Angelica. "Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada" 4ta. edición. Tomo I. Ed. La Ley. Bs.As. 2011. Comentario al art. 39. Disponible en <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2008/30070207/v1/document>

/03E4BDD2-C069-E750-9B6A-4A6E872C3F5D/anchor/877D5636-C6B1-20ED-6617181BF5B734C6

21. Ruiz Moreno Sylvia. "Silvio Frondizi y los primeros ensayos de Democracia Participativa en la Argentina" en Romero, Ricardo (Compilador). "Democracia participativa, una utopía en marcha: reflexiones, experiencias y un análisis del caso porteño". Proyecto anual: presupuesto participativo porteño. Grupo de Estudios sobre Democracia Participativa. Carrera de Ciencia Política, Facultad de Ciencias Sociales. UBA. Bs. As. 2004. Disponible en <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/otros/20111211055033/gedep.pdf>

22. Oyhanarte, Marta y Kantor, Mora. "El derecho de acceso a la información pública en la Argentina. Un análisis de su situación normativa y su efectividad". Libro Poder Ciudadano. Fundación Poder Ciudadano. Pág. 254. Disponible en [https://poderciudadano.org/wpcontent/uploads/2016/04/Libro\\_PoderCiudadano\\_CapVII-Acceso-a-la-informacionpublica.pdf](https://poderciudadano.org/wpcontent/uploads/2016/04/Libro_PoderCiudadano_CapVII-Acceso-a-la-informacionpublica.pdf)

23. Lavallo Cobo, Dolores. op. cit. Pág. 7.



Si luego sumamos la manda expresa del art. 232° in fine, que garantiza la respuesta positiva ante cualquier tipo de requisitoria de información, claro está, que las normas conforman la verdadera garantía constitucional de acceso a la información pública.

Lo cierto es que, en concierto con la observación de Gelli, en la provincia de Corrientes no se han hecho uso o ejercicio de los institutos de participación democrática ciudadana, es decir, si bien están consagrados, a saber, iniciativa (art. 37°), consulta popular (art. 38°), presupuesto participativo (art. 225°, inc. 6, ap. Q), planificación territorial democrática y participativa (art. 62°, inc. 2), revocatoria popular de mandato municipal (Art. 220°), destitución supeditada a consulta popular (art. 224°), al día de hoy no se han ejecutado en la medida prevista.

Párrafo aparte merece la ejecución de la consulta popular vinculante por la destitución del Intendente municipal de Santa Rosa, Marcelo Otazo, que efectivamente fue realizada y consagró la decisión democrática de la revocatoria<sup>24</sup>, justamente por razón del incumplimiento de deberes de rendición de cuentas municipales.

En consecuencia y, conforme lo antes explicado, la garantía de acceso a la información y los institutos de participación ciudadana, propios de una democracia moderna, son efectivamente norma escrita pero muerta de la Constitución de Corrientes.

La reforma del año 2007 es, sin dudas, un salto a la modernidad en el texto constitucional, salvo importantes excepciones como la reelección indefinida de una anquilosada clase funcional provincial, que importan diferencias entre los regímenes republicanos impuestos al estado provincial y a los estados municipales en un mismo texto. Las instituciones y reglas existen, pero sin uso y ejercicio real.

### iii. Nuevos debates. Lo cuantitativo vs. lo cualitativo.

En mayo de 2013, una serie documental y periodística española llamada Salvados<sup>25</sup>, emitió su programa número treinta de la sexta temporada en la televisión española, su título: “Sin Transparencia”<sup>26</sup>.

En ese capítulo el mayor atractivo era, sin dudas, la entrevista final realizada por el periodista Jordi Évole<sup>27</sup> a Julian Assagne, el fundador de WikiLeaks<sup>28</sup> y activista por la transparencia radical que, en ese momento, estaba asilado en la embajada ecuatoriana en Reino Unido.

Las entrevistas publicadas en el programa televisivo, que aún puede visibilizarse online, transcurren en momentos de discusión pública del proyecto de ley de transparencia española.

Así, mientras que en estados como el correntino actualmente y, el español de 2013 sorprendentemente, se siguen discutiendo estándares mínimos de acceso y las formas de instrumentarse, las discusiones ya habían avanzado en otros lugares del mundo e incluso de la misma Argentina.

24. Como puede leerse en notas periodísticas del 2015. Radio Sudamericana (Corrientes). Notas del 10 de mayo de 2015. Disponibles en <https://www.radiosudamericana.com/nota/politica/123950-santa-rosa-gan%EF%BF%BD-el-si-a-la-destituci%EF%BF%BDn-de-marcelo-otazo-5.htm>

25. Salvados: Es un programa de televisión español de reportajes de actualidad. Desde sus inicios hasta 2019 estuvo presentado por Jordi Évole, quien también es el productor. Fue múltiples veces premiado.

26. Salvados: Sin Transparencia. Programa N° 30. 6ta. Temporada. Mayo 2013. [https://www.lasexta.com/temas/sin\\_transparencia-1](https://www.lasexta.com/temas/sin_transparencia-1). Consultado el 03 de abril de 2023.

27. Évole Requena, Jordi. Es un comunicador español, presentador y guionista de televisión. [https://es.wikipedia.org/wiki/Jordi\\_%C3%89vole](https://es.wikipedia.org/wiki/Jordi_%C3%89vole)

28. WikiLeaks: es una organización mediática internacional sin ánimo de lucro que publica a través de su sitio web informes anónimos y documentos filtrados con contenido sensible en materia de interés público, preservando el anonimato de sus fuentes. Su nombre es una conjunción de la palabra Wiki (del hawaiano rápido y que alude a un proyecto colectivo) y la palabra Leaks (del inglés leak, fuga, goteo o filtración). Más info en <https://www.infobae.com/america/tecnologia/2019/04/15/de-donde-viene-el-termino-wiki-de-wikipedia/>



Traigo a colación, un programa televisivo, porque de las reflexiones que surgieron de las entrevistas se evidencia el nuevo paradigma en lo que a la información pública respecta, en la nueva sociedad de las TIC's.

Por ejemplo, el diputado galés Chris Bryant, defensor de la normativa británica de transparencia, esta última que disponibiliza al ciudadano información sensible de los funcionarios, ponía de relieve que la simple acumulación de información pública sin sistematización o procesamiento, importan tapar los árboles con el bosque. Reflexionaba, el parlamentario británico, que si bien es un avance que la información esté disponible, sin sistematización o análisis ello es insuficiente.

Por su parte, el periodista Borja Bergareche<sup>29</sup> realizó una verdadera demostración del potencial que tiene la información pública cuando es procesada por aplicaciones tecnológicas, permitiendo al ciudadano, la toma de decisiones informadas, desde el representante que vota, hasta la escuela o el centro de salud al que llevar a sus hijos.

Así, surge un nuevo paradigma en lo que a la transparencia gubernamental importa, elevándose lo cualitativo por sobre lo cuantitativo, es decir que, el estándar, ya no se alcanza con más datos o información, sino con la mejor calidad informativa de esta.

La publicidad del accionar de la administración entra en una nueva y compleja etapa que nos hace preguntarnos ¿bastan los medios tradicionales para entender públicos los actos y el ejercicio de la administración? ¿La publicidad es formalismo o sustancia? ¿Sirve la publicación sin sistematización accesible? ¿Sirve la comunicación sin lenguaje claro y entendimiento?

Lejos de los estándares mínimos quedaron las antiguas formas, a saber, el boletín oficial no sistematizado, los estados o informes contables inentendibles, las normas, actos de gobierno o actos administrativos redactados con sacralidades incompatibles con el lenguaje claro, en fin, herramientas útiles en su tiempo pero que, por obsolescencia resultan obstáculos, primero al entendimiento o conocimiento y luego a la participación ciudadana.

No podemos dejar de tener en cuenta que, tanto la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, como la Convención Interamericana contra la Corrupción, ambas suscriptas por la Argentina, entienden el libre acceso a información pública como un medio de prevención de este flagelo social, por cuanto posibilita la verdadera participación ciudadana.

Así las cosas, el acceso a la información pública resulta medio instrumental, destinado a lograr la mayor y mejor participación ciudadana en la sociedad en que vivimos, a través claro está, del control social que, en definitiva, previene la corrupción e impone los objetivos comunes y sociales.

En consecuencia, el interrogante teleológico que el nuevo paradigma impone es: ¿Qué características debe reunir la información pública para producir más interés social y, por ende, mayor control, compromiso y participación ciudadana?

Conviene resaltar que la relación estrecha entre la información pública suministrada (por medición de indicadores de la gestión pública) y la vida cotidiana resulta eficiente para el cumplimiento del objetivo de alcanzar, no solo el interés, sino también la respuesta del tejido social.

Si a ello sumamos herramientas tecnológicas y el análisis científico de datos (big data) es posible generar informes mucho más asequibles al ciudadano común desde una postura proactiva, más acorde a nuestro sistema republicano, democrático y participativo de gobierno.

La inteligencia artificial, surge como herramienta inmejorable para el manejo, clasificación y presentación de la información. Un recurso inestimable que permite el análisis sistemático de información referida a la administración pública en sus diversos estamentos, que con mecanismos clásicos generarían un desgaste financiero y organizacional impensado.

29. Borja Bergareche Sainz de los Terreros. Es un periodista español y consultor en comunicación multimedia y digital.

Asimismo, la emergencia de bots<sup>30</sup> o software de interfaz para los ciudadanos y usuarios, hacen mucho más accesible los procedimientos de requisitoria o indagación en la información pública disponible, tan sencillo como preguntarle libremente a una inteligencia artificial los datos requeridos para que la busque en las inmensas bases de datos.

La información pública, como medio destinado a la participación de los correntinos y correntinas requiere una reforma sustancial, que permita en una primera etapa retroalimentarse de las inquietudes de la sociedad.

Este desafío, no puede superarse sino a través de la conformación de equipos multidisciplinares especializados en la recopilación, conformación, exposición, comunicación y pedagogía de la información pública, con el fin de generar interés, compromiso, entendimiento y participación cívica.

Por otro lado, la información pública como los datos relacionados a la administración y la ejecución de los planes que, como sociedad y Estado tenemos, además de ser un derecho humano esencial, es sin dudas, una labor encomiable, necesaria para la existencia de una verdadera democracia moderna, participativa y plural.

En este sentido, el contexto en el que se debe desarrollar la participación ciudadana, evidencia cambios sustanciales más visibles con el desarrollo tecnológico y la revolución de las comunicaciones, todo con repercusiones claras en la educación, en las relaciones familiares, en el trabajo y hasta en el Estado<sup>31</sup>.

Proyectos de investigación internacionales como el denominado: Procesos que Influyen en la Participación y la Apropiación Democrática financiado por la Comisión Europea desde 2009 a 2012, indican que los ciudadanos más jóvenes a menudo optan por no comprometerse con los canales políticos tradicionales, al sentir que no son escuchados o no tienen los recursos o competencias necesarias para involucrarse políticamente<sup>32</sup>.

Como se ha dicho antes, la voluntad de participación ciudadana tiene como base la confianza en las instituciones, cuestión que está lejos de darse al no presentarse las condiciones mínimas, resultando imposible demandar a la población la participación necesaria en consecuencia<sup>34</sup>.

Ahora bien, además de la especialidad de los miembros del equipo multidisciplinario, su organización, financiamiento y estructura importan otro gran desafío, pues es esencial que se sostenga con criterios objetivos e independientes que lo hagan confiable, evitando volverse aparato de propaganda de las autoridades de turno.

En este sentido, debe discutirse su ubicación dentro del sistema republicano de gobierno, donde han fracasado sendos intentos de generar órganos de control eficaces en lograr la confianza pública, ya sean internos (SGN, Of. Anticorrupción, etc.) o externos (AGN, Defensor del Pueblo, etc.).

Así, es una necesidad garantizar que los tres poderes del estado en Corrientes sean controlados social y democráticamente por los y las correntinas, brindando acceso a información entendible, accesible y científicamente objetiva que permita la opción democrática y la toma de decisiones sociales eficientes y efectivas para el desarrollo.

30. Bot (aféresis de robot). Es un programa informático que efectúa automáticamente tareas reiterativas mediante Internet a través de una cadena de comandos o funciones autónomas previas para asignar un rol establecido; y que posee capacidad de interacción, cambiando de estado para responder a un estímulo.

31. Sandoval M., Mario. "La relación entre los cambios culturales de fines de siglo y la participación social y política de los jóvenes" en Balardini, Sergio (Compilador), "La participación Social y política de los jóvenes en el horizonte del nuevo siglo". Clacso. Bs.As. 2000. Pág. 152. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/gt/20101023014828/balardini.pdf>

32. PIDOP Processes Influencing Democratic Ownership and Participation (Procesos que Influyen en la Participación y la Apropiación Democrática) disponible en el siguiente enlace: <https://cordis.europa.eu/project/id/225282/reporting/es>.<sup>34</sup> Sandoval M. Mario. op. cit. Pág. 151.

Urge la articulación con diversos organismos técnicos o académicos, con asociaciones de la sociedad civil que representen intereses sociales diversos y, claro está, las distintas formas que asume el cuarto poder (periodismo o prensa) en el mundo de las redes sociales.

En conclusión, más allá del análisis del presente trabajo, junto a las propuestas que en el capítulo final humildemente se esbozaran, en conjunto no permiten sino delinear los parámetros generales de un debate en eterna evolución en una sociedad moderna atravesada por la revolución tecnológica de la información.

Para garantizar el derecho humano y político de los correntinos y correntinas de acceder a la información pública para participar activamente de la democracia, es necesario primero generar información accesible, entendible, interesante y confiable como medio para alcanzar la participación cívica y el compromiso social necesario para nuestro futuro.

### **c. Las vías de acceso a la información pública.**

Estudiado que fuera el objeto del derecho, es decir, la información pública o información de interés general en poder del Estado, corresponde avanzar en otro elemento esencial, como lo es la vía de acceso.

Una discusión que encierra un verdadero análisis evolutivo de las sociedades democráticas en el mundo moderno por su estrecha relación con la mejor o peor participación ciudadana.

Para ello, usaremos una categorización que no pretende ser exhaustiva, sino meramente didáctica, pero que nos permite transitar el debate del acceso a la información pública como un derecho en constante progreso, estrechamente relacionado a la mejora de las tecnologías de la información y el saber humano.

Tendremos como fuente de esta categorización, la clasificación de transparencia receptada por el 3° Plan de acción nacional de gobierno abierto<sup>33</sup>, plasmada en la Guía de buenas prácticas para Municipios de la provincia de Buenos Aires<sup>34</sup>, aunque con nuestro agregado.

Así, para categorizar las vías de acceso trabajaremos en la instrumentalización jurídica de la relación bilateral entre el sujeto obligado a brindar información (legitimado pasivo) y la persona con derecho a acceder (legitimado activo).

En este menester, surge inmediatamente en el pensamiento la petición de información, es decir, la formalización de esta relación jurídica bilateral a través de una requisitoria ya sea un escrito papel o digital, aplicación electrónica o, incluso, de forma oral.

A esta vía la conoceremos como vía pasiva o reactiva administrativa, por cuanto, posicionados en el sujeto obligado, se delega la iniciativa en manos del peticionante, es decir, que la administración es instada a reaccionar ante la acción de una persona. En palabras más claras, espera pasivamente y reacciona.

Decimos administrativa, por cuanto, mientras exista esta relación jurídica bilateral, sujeto obligado y sujeto activo, en materia de derecho de acceso a información siempre se está ante un procedimiento formal y materialmente administrativo.

Esta primera vía es tal vez la más discutida en doctrina y jurisprudencia, porqué despierta la curiosidad científica y jurídica el alcance que pueden tener estas peticiones desencadenado-justamente los conflictos jurídicos administrativos y judiciales.

33. 3° Plan de Acción Nacional de Gobierno Abierto de la República Argentina (2017-2019) . Disponible en [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/digital\\_-\\_tercer\\_plan\\_de\\_accion.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/digital_-_tercer_plan_de_accion.pdf)

34. Acceso a la información pública. Guía de buenas prácticas para municipios. Disponible en [https://www.gba.gob.ar/static/gobierno/docs/Guia\\_de\\_Acceso\\_al\\_Informacion\\_Publica\\_par\\_a\\_Municipios.pdf](https://www.gba.gob.ar/static/gobierno/docs/Guia_de_Acceso_al_Informacion_Publica_par_a_Municipios.pdf)

En el derecho argentino, esta vía garantizada avalada sin dudas por el derecho constitucional de acceso a la información pública, pero al mismo tiempo por el derecho constitucional de peticionar a las autoridades.

A lo largo de este trabajo, en el ámbito jurisprudencial de lo municipal, justamente analizaremos casos relacionados a esta vía de acceso con mayor profundidad.

Ahora bien, no todo en el Estado es respuesta o reacción, es por ello por lo que debemos reconocer esta vía tan esencial e importante para las democracias modernas, como lo es y ha sido la vía activa o proactiva administrativa.

Desde la posición del sujeto obligado importa por activa, la iniciativa o la acción de informar, transmitir o diseminar el conocimiento de lo público, es decir, aquí no hay una petición formal, sino un mandato constitucional, legal o, costumbre que la imponen.

El sujeto obligado está determinado en la norma, pero el sujeto activo o receptor es un sujeto colectivo, mejor dicho, un sujeto individual no determinado, en fin, la sociedad misma o el público general, subjetivamente hablando o más sencillo, cada uno de los y las ciudadanas.

En consecuencia, es importante destacar que no existe relación jurídica como la conocemos o, en realidad, existe un deber unilateral normativamente dispuesto exigible por la o el beneficiario, en definitiva, función administrativa formal y material.

Esta vía, ha tomado enorme dimensión en la discusión actual de la transparencia a la luz de las nuevas tecnologías de la información, pero es tan antigua como la república misma, con formas o tecnología más rudimentaria.

Desde el medieval heraldo, pasando por el histórico boletín oficial y hasta las modernas oficinas de prensa o información pública, son formas que ha asumido esta vía de acceso a la información pública a largo del tiempo, sin dudas, la más atravesada por el desarrollo tecnológico actual.

La internet con sus sitios webs o portales han abaratado casi a la inexistencia los costos de transmisión o comunicación de la información pública, dejando una vara realmente alta en lo que es posible y razonable poner a disposición de la ciudadanía sin necesidad de requerimiento expreso.

Así, la competencia por prestigio entre los sujetos obligados impone alcanzar más y mejor transparencia, lo que conlleva este segundo adjetivo destinado a describir la vía, es decir, lo proactivo, no solo actividad, sino además previsión, evolución y progresividad.

Sin dudas, esta vía es la se encaró supra, en cuanto a los nuevos debates, pues teniendo claro y presente el alcance del derecho, hoy el elemento teleológico del mismo, lograr mayor participación ciudadana, nos impone la discusión de hasta donde debe avanzar el Estado.

Dirá Bastera que la vía activa o proactiva resulta entonces una obligación estatal de poner en conocimiento de la ciudadanía, por imperio legal o motu proprio la información, acrecentando la participación ciudadana en los asuntos públicos y transparencia gubernamental<sup>35</sup>.

Una idea sencilla, pero al mismo tiempo ejemplificadora, son las cuentas oficiales en redes sociales, es decir, el avance del accionar del sujeto obligado, muchas veces lastimosamente propagandístico, pero que denota esta vía de acceso a lo público.

Las discusiones actuales nos llevan a la Inteligencia Artificial y el Big Data, como una nueva revolución en el acceso a la información pública que demuestra la constante evolución de este derecho constitucional, base del sistema republicano.

Finalmente, como no podía ser de otra forma, no siempre la acción y la reacción son las esperadas y ello acarrea el conflicto, en este caso surge el aporte propio a la clasificación, a saber, la vía contenciosa o compulsiva (jurisdiccional).

35. Bastera, Marcela I. op. cit. Págs. 307-308.



En este caso, esta vía está dada por la introducción de una autoridad jurisdiccional interna o internacional en el conflicto suscitado entre el sujeto obligado y el sujeto activo del derecho.

Dejo en claro que el conflicto puede surgir de cualquiera de las dos vías antes reseñadas, verbigracia la petición denegada u omitida o, incluso, el deber de publicidad no cumplido.

En este último caso, el sujeto activo indeterminado o colectivo, justamente se determina al iniciar la acción ante la jurisdicción, por lo que podemos hablar de una verdadera relación jurídica con sujetos determinados y específicos en conflicto, de ahí su adjetivación contenciosa.

Así, la vía importa ejercicio de función jurisdiccional material y formal, ejecutada en procesos judiciales ante Jueces naturales e imparciales de la República o de los Tribunales Internacionales, en palabras sencillas, el proceso judicial como vía de acceso.

De su calidad jurisdiccional surge su naturaleza compulsiva, de la obligatoriedad y coercibilidad de las decisiones, sentencias o fallos de los órganos judiciales, en palabras de procesalistas clásicos, la vía se caracteriza por los elementos *coertio*, *iudicium* y *executio*.

d. Los titulares del derecho a la información pública.

En este título, referimos la mentada legitimación activa del derecho de acceso a la información pública, es decir, la aptitud jurídica de ejercer este derecho fundamental ya sea ante los sujetos obligados o exigiendo su cumplimiento en una vía contenciosa jurisdiccional.

Como resalta Lavalle Cobo, en la protección de interés difusos o de incidencia colectiva, como el que nos convoca, el panorama no es tan sencillo, pues no siempre es posible identificar al grupo de personas que pueden verse afectados, lo que impulsa la flexibilización de la legitimación en los ordenamientos vigente.

En este sentido, la titularidad o legitimación activa, es definida por la autora como la aptitud que tiene una persona para presentar pedidos de información ante las dependencias públicas y obtener respuesta a tales solicitudes en debido tiempo y forma<sup>36</sup>.

En este sentido, conviene resaltar la postura de la Corte IDH en el caso *Claude Reyes* infra abordado y, esta doble dimensión del derecho de acceso a la información, a saber, la individual y la social.

Así podemos enumerar, al menos estos sujetos legitimados, conforme doctrina y jurisprudencia objeto de análisis en este trabajo, sin que sea exhaustiva, sino más bien metodológica.

### **i. El humano, la persona o el ciudadano.**

El ser humano o la persona es sin dudas, por definición jurídica, el titular por excelencia del derecho de acceso a la información pública, entendida claro está, como información de interés general en poder del Estado.

Su calidad de tal surge naturalmente cuando resulta el beneficiario, como individuo, de la protección del sistema republicano y democrático de gobierno, algo que efectivamente fue abordado *supra* y a lo largo de este trabajo.

Pero bien, sin perjuicio de su reconocimiento como derecho humano fundamental, lo cierto es que la legitimación exige algo más que la humanidad en su contenido, *Días Cafferata*, hablará que, por su relación con el sistema de gobierno, esta prerrogativa humana resulta un derecho político<sup>37</sup>.

Conclusión que entiendo adecuada, pero un tanto restrictiva, por cuanto limita la legitimación al sujeto político, es decir, al ciudadano o ciudadana, como sujeto activo del derecho.

36. Lavalle Cobo, Dolores. op. cit. Pág. 134.

37. *Días Cafferata*. Santiago. "El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley". Revista Lecciones y Ensayos N°86. UBA. 2009. Pág. 154.



En este sentido conviene recordar que la Corte IDH, justamente en el precedente *Claude Reyes* impone una concepción más amplia, al sostener la legitimación de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado obligado.

Esta postura convencional, coloca al derecho como clara consecuencia del sometimiento del humano al poder público, del que teóricamente forma parte a través de su participación democrática, al decir de la Corte Suprema en caso *ADC* infra desarrollado: la habilidad del individuo de participar en la toma de decisiones que lo afecten.

Ahora bien, como lo señala *Basterra*, cuando la corrupción y la falta de transparencia aparecen como las mayores dificultades para el desarrollo, es esencial que se otorgue una legitimación más amplia para ejercer el control sobre los gobiernos de turno, dotando de la mayor transparencia posible al Estado<sup>38</sup>.

Esta postura fue receptada en la expresión: toda persona, usada en la Ley Nacional 27.275, mientras que la Constitución de Corrientes ha optado por una visión más restricta como: el ciudadano y el vecino.

Como bien se analizará más adelante, jurisprudencialmente y luego normativamente, la legitimación activa en este derecho se desprendió del requisito del interés legítimo o la afectación personal directa, en palabras de la Corte Suprema en el caso *CIPPEC*, no se exige un interés calificado del requirente.

## **ii. La persona jurídica, la ONG, la empresa privada y el medio de prensa.**

Harto discutida ha sido la exclusión de la persona jurídica del sistema regional de protección de derechos humanos, en tanto como ficción jurídica instrumental, no tiene el mismo nivel de protección que el ser humano, persona humana o persona física.

Ahora bien, lo cierto es que la legitimación activa se extiende a las personas jurídicas, ya no como ejercicio del derecho humano en su dimensión individual, pero sí como instrumento del ejercicio del derecho en su dimensión social.

La persona jurídica como herramienta de acceso público y social a la información, en definitiva, el ejercicio de la dimensión social del derecho a través de la organización humana no estatal.

Así, la legitimación activa se extiende sobre la base del elemento teleológico del derecho, en palabras de la Corte Suprema en *CIPPEC*: el propósito de coadyuvar el ejercicio del derecho a saber de los miembros de la sociedad.

Las organizaciones de la sociedad civil sin fines de lucro, vulgarmente conocidas como ONG, sin importar su forma, son el producto del ejercicio de uno o varios derechos constitucionales de sus miembros, como asociarse con fines útiles, entre otros; y, a la vez, el instrumento de ejercicio de otros derechos esenciales, legales y constitucionales para los cuales el acceso a la información pública resulta un presupuesto infranqueable.

En tal sentido, es claro que, la legitimación activa amplia, las incluye en la medida de garantizar la activa participación social y democrática en el debate de lo público, pues no dejan de ser instrumentos jurídicos que formalizan el accionar de un colectivo determinado de personas.

Por su parte, la empresa privada, aparece también protegida con el mismo alcance que la ONG, pues la finalidad de lucro no la excluye, es más, resulta protegida en el derecho constitucional a ejercer industria lícita y a trabajar, sea cual sea la forma escogida por sus miembros.

Así las cosas, nada obsta la legitimación activa de la empresa privada para requerir información pública en orden a la consecución de sus fines o, el mejor ejercicio de sus derechos constitucionales garantizados.

38. 40 *Basterra*, Marcela I. op. cit Pág. 60.



Conclusiones, las antes esbozadas, que nos llevan sin dudas, a entender que los medios de comunicación e información efectivamente encuentran una doble protección constitucional y convencional por su rol esencial en el sistema republicano y democrático.

Por tal esta la libertad de buscar y recibir información resulta un presupuesto necesario del ejercicio de la libertad de expresión y de prensa, aspectos básicos de un sistema republicano de gobierno, que en palabras de la Corte en ADC, también importa, en esta faz social, el derecho colectivo de los ciudadanos a recibir información y a conocer el pensamiento ajeno.

Tales circunstancias hacen entender la protección constitucional del derecho de acceso para las personas jurídicas, sin importar su objeto con o sin fines de lucro y, especialmente la doble protección de las personas jurídicas medios de comunicación o información, por su conexión teleológica base de la república democrática. iii. Los Estados, los órganos estatales, los funcionarios públicos.

Por su lado, los estados, los órganos estatales o los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, estén o no relacionadas funcionalmente con el acceso a la información pública o el control interno o externo del Estado, tienen un régimen jurídico distinto.

Lo cierto es que, fruto de las relaciones y técnicas aplicadas a las organizaciones administrativas, la prerrogativa de acceso a información para los órganos o funcionarios públicos en ejercicio de su función encuentra andamiaje en otras fuentes jurídicas públicas, mas no en los derechos humanos, constitucionales y convencionales de los particulares.

Así el deber de informar y la prerrogativa de exigir la información surgen de las normas que reglamentan el accionar de la administración pública, y más que respeto a derechos constitucionales, hablamos del respeto al principio de juridicidad que debe observar la administración en su accionar.

Por otro lado, en una forma de estado federal, como la nuestra, el derecho de los estados que conforman los diversos estamentos, a saber, el nacional, provincial o municipal de exigirse mutuamente información, se sustenta, además de las leyes, en la necesaria concertación y coordinación federal, presupuesto de la unidad nacional y el respeto mutuo exigido por los constituyentes nacional, provinciales y municipales.

En definitiva, la legitimación de estados, órganos estatales o funcionarios públicos para exigir información surge del derecho público y administrativo, sin andamiaje en el sistema de protección de derechos humanos convencionales y constitucionalizados.

Cabe agregar que el pedido de información en estos casos debe tener estrecha relación con la función desempeñada por el funcionario, el interés general perseguido por el órgano y, en caso de estados, una necesaria utilidad pública que exija la concertación federal.

#### **e. Los obligados a brindar información pública.**

Definidos como legitimados pasivos o sujetos obligados, son las personas jurídicas estatales o no estatales obligadas a cumplir con el deber de brindar información ante una petición o informar al público en general.

En la Ley Nacional se hablará de ámbito de aplicación, específicamente en su art. 8, pero no es sino un listado no taxativo de sujetos obligados a cumplir el deber contracara del derecho de acceso a la información.

Lavalle Cobo detalla claramente el abordaje que, en la experiencia, han hecho las distintas normativas o criterios, a saber, formular una regla amplia donde toda oficina publica este obligada, establecer una enumeración de dependencias no taxativa o, enumerar taxativa y excluyentemente los órganos sometidos al deber.<sup>39</sup>

39. Lavalle Cobo, Dolores. op. cit. Pág. 194.





### **i. El estado, el órgano y el funcionario.**

En este sentido, conviene iniciar claramente por el principal legitimado pasivo u obligado a suministrar información que, no es otro que el mismo Estado argentino.

Esta obligación, que surge como hemos visto de su norma fundacional y el sistema de gobierno republicano y democrático elegido por el constituyente, no es sino una obligación autoimpuesta, que se suma por sus propios actos, a las obligaciones asumidas a nivel internacional a través de las convenciones y pactos.

Ahora bien, no son menos obligados los Estados provinciales, que por clausula federal, se ven obligados, pese a ser preconstituyentes, a sostener el mismo sistema republicano y democrático como lo han hecho, en mayor o menor medida, en sus propias constituciones.

Finalmente, los Estados municipales, no son la excepción pues el respeto de su autonomía está estrechamente vinculado al cumplimiento de los principios del sistema republicano y democrático. En sus cartas orgánicas y las leyes orgánicas vigentes, así se ha cumplido.

Al decir de Díaz Cafferata, el primer sujeto pasivo y principal obligado a informar a los ciudadanos sobre la marcha de la cosa pública es, el mismo Estado, en sus tres poderes y en todos sus órganos centralizados y descentralizados.<sup>40</sup>

### **ii. Las empresas públicas y con participación estatal.**

Fuera de la estructura estatal tradicional, surgen también, con origen legal, jurisprudenciales y hasta convencional, sujetos obligados que se encuentran en el mundo jurídico privado.

En primer lugar, se encuentran las empresas públicas propiedad de los Estados, estos instrumentos o ficciones jurídicas que asumen formas o técnicas del derecho privado, son sin dudas una clara manifestación de la acción estatal en pos del interés general y, por tanto, la información en su poder y de su funcionamiento, no es sino información pública trascendente.

Ahora bien, Díaz Cafferata sostiene que además deben sumarse otros actores de la vida pública, a saber, las personas jurídicas mixtas, cuyo capital sea en parte privado y en parte público.<sup>43</sup>

Por su parte la Ley Nacional impone la obligación a las empresas y sociedades del Estado, abarcando: las empresas y sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias.

En el caso YPF que abajo se desarrolla, la Corte, sostuvo que el Estado tiene la facultad de recurrir a figuras empresariales del derecho privado, en pos de ciertos cometidos públicos, agilizando la obtención de objetivos comerciales sin las limitaciones procedimentales de la Administración, pero ello no permite sustraerla de la obligación informativa.

Ahora bien, por otro lado, la Ley Nacional prevé como sujeto obligado incluso las sociedades con participación minoritaria de los Estados, aunque circunscribiendo el acceso a la información referida a esa participación y sus efectos, verbigracia las empresas cuyas acciones forman parte del fondo de sustentabilidad de la ANSES.

En consecuencia, el accionar del estado en todas sus formas, por regla, debe ser sometido al escrutinio público, por cuanto asiste a los sujetos activos el derecho a censurar la actividad estatal de sus representantes, tanto en el ámbito público como privado, como forma de participar democráticamente de la dirección de los asuntos públicos que importan la dirección de los intereses generales que representa el Estado.

40. Díaz Cafferata, Santiago. op. cit. Pág. 161. <sup>43</sup> Ibidem.



### iii. Las personas jurídicas públicas no estatales.

Como destaca Basterra, las personas públicas no estatales manifiestan una organización insertable en el mundo público, pero ajena al Estado, originada o vinculada, con el mundo privado no Estatal.<sup>41</sup>

La Corte Suprema en el caso ADC es contundente al señalar que sin perjuicio de que estas personas jurídicas se encuentran fuera del Estado, los intereses generales y públicos que se les encomendó, las introducen dentro de la legitimación pasiva, pues los datos que reúnen son de indudable interés y trascendencia para los ciudadanos.

Ingresa también a la legitimación pasiva en cuanto ejerzan funciones administrativas delegadas en razón de su naturaleza, por ejemplo los colegios profesionales que regulan la colegiación obligatoria y ejercen superintendencia y control del ejercicio profesional.

### iv. Las personas jurídicas privadas de trascendencia pública.

Finalmente, bajo esta caracterización personas jurídicas de trascendencia pública, he decidido abordar la situación de instituciones o empresas privadas, sin participación accionaria, ni dirección de ningún Estado, pero que, por distintos aspectos, ingresan a la lista de los obligados a brindar información.

Conviene iniciar con los concesionarios, permisionarios, y licenciarios de servicios públicos o del dominio público, algo que podrá ahondarse en el fallo TASA (Telefónica Argentina S.A.) infra analizado.

Lo cierto es que, el interés general reconocido en la declaración legal de algunos servicios como públicos, no es sino la extracción de esa actividad del sector privado sometiéndola, publicatio mediante, al control o incluso el ejercicio del Estado.

Su concesión o licencia de manera alguna pueden alterar el espíritu público intrínseco en su naturaleza, pues es servicio público por cuanto interesa a la sociedad y, como tal, es elevado al régimen exorbitante.

En consecuencia, quien lo ejerza, sea el Estado o un particular debido a un contrato o un acto administrativo, resulta obligado con la sociedad por ese régimen exorbitante y el interés general encomendado.

Asimismo, las licencias o permisos de uso del dominio público, extraordinariamente tratadas en el fallo TASA referenciado, nos ponen en igual situación, los bienes del dominio público no pertenecen al Estado, sino al pueblo, por cuanto, las actividades, industrias o ejercicio de derechos sobre ellos tienen intrínsecamente un valor social superlativo.

En consecuencia, la estrecha vinculación de los intereses públicos, en estos casos, justifican sin más el debido interés social en la información generada o en poder de estas personas jurídicas privadas.

Finalmente, en este mismo grupo, como señala Díaz Cafferatta, se introducen las personas jurídicas privadas que reciban subsidios o aportes provenientes del sector público, aunque es razonable limitar el ámbito de la información a proporcionar con la relacionada con dichos subsidios o aportes.<sup>42</sup>

Ilustrativos de este criterio, son los fallos ADC y YPF de la Corte Suprema, sumando argumentos a la legitimidad pasiva ante la constatación de los aportes y subsidios recibidos, independientemente de la naturaleza jurídica de las personas jurídicas condenadas.

41. Basterra, Marcela I. op. cit. Pág. 102.

42. Díaz Cafferata. Santiago. op. cit. Pág. 162



## **f. Los principios que rigen el derecho a la información pública.**

Los principios que a continuación se desarrollan, surgen de diversas fuentes normativas, jurisprudenciales y convencionales, como forma de dar una imagen adecuada de la entidad del derecho de acceso a la información pública.

### **i. Máxima divulgación.**

El principio de máxima divulgación resulta medular en lo que al derecho en análisis importa, por cuanto ha sido reconocido no solo en el sistema interamericano, sino también en nuestro sistema legal argentino.

Puede resumirse en la premisa que toda información en poder del Estado, se presume pública y debe estar disponible para conocimiento de quien la solicite.<sup>43</sup>

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH<sup>44</sup>, recuerda que como principio rector impone la presunción de que toda la información que esté en posesión, custodia o control de cualquier autoridad es pública y accesible, sometida a un régimen limitado de excepciones.

La publicidad y transparencia son la regla y, por tanto, las limitaciones son verdaderamente excepcionales, previa y legalmente consagradas, con objetivos legítimos y en atención a la necesidad que las motivaron y estricta proporcionalidad.

### **ii. Buena Fe.**

Conviene recordar que por más clara y justa que sea la norma, de nada sirve si al momento de ejecutarla las autoridades, por medio de su conducta, buscan frustrar o eludir su fin.

Es así de esencial el principio de buena fe, puesto que su observancia implica que los sujetos obligados interpreten y ejecuten la norma de manera que cumpla con los fines perseguidos, es decir, garanticen el ejercicio de acceso, brinden asistencia a los requirentes, promuevan la cultura de la transparencia, actuando con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional.<sup>45</sup>

En este sentido la Relatoría especial para la libertad de expresión de la CIDH, es clara al recomendar a los países parte que el principio de buena fe sea acogido expresamente en la norma para garantizar de manera inequívoca su cumplimiento por las autoridades.<sup>46</sup>

### **iii. Carga invertida de la prueba del daño.**

Como derivación lógica del principio de máxima divulgación, es decir, la publicidad y accesibilidad presunta de la información y la imposición de un régimen excepcional de limitaciones, surge la carga de prueba en el sujeto obligado del supuesto de reserva o excepción.

La Relatoría de la CIDH ya citada, es clara al incluirla como una de las consecuencias del principio de máxima divulgación, mas precisamente como la segunda consecuencia, sintetizándola en la imposición de la carga probatoria que justifique la negativa de acceso justamente al

43. Basterra, Marcela I. op. cit. 28.

44. CIDH. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. "El derecho de acceso a la información pública en las Américas, Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales". 2012. CIDH/RELE/INF.7/12. Pág. 5-6

45. Basterra, Marcela I. op. cit. 22.

46. CIDH. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. "El derecho de acceso a la información pública en las Américas, Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales". 2012. CIDH/RELE/INF.7/12. Pág. 162



órgano al cual le fue solicitada, evitándose al máximo la actividad discrecional y arbitraria en las restricciones.

Es así que si bien la información reservada es sin dudas una necesidad en un Estado moderno, como bien lo ha dicho la Corte IDH en caso *Claude Reyes* analizado en este trabajo, la legitimidad y compatibilidad de la excepción debe ser acreditada. iv. Informalidad a favor del requirente.

Este principio se presenta como una clara extrapolación del principio de informalismo o formalismo relativo a favor del ciudadano, impuesto en el ordenamiento jurídico del derecho administrativo, y por tal, tiene un contenido análogo con la especificidad del derecho bajo tratamiento.

Nuestra ley nacional impone el principio bajo la idea que las reglas de procedimiento deben facilitar el ejercicio del derecho, por lo que su inobservancia no podrá constituir obstáculo para ello. Los sujetos obligados no pueden fundar su rechazo a una solicitud amparados en el incumplimiento de requisitos formales o reglas de procedimiento.

Este principio importado del derecho administrativo se complementa con los principios de gratuidad e *in dubio pro petitor*.

#### **iv. No discriminación.**

Como su nombre lo indica, y claramente lo determina la ley nacional, la información debe ser entregada a todas las personas que lo soliciten en condiciones de igualdad, excluyendo cualquier tipo de discriminación sin expresión de causa o motivo.

El derecho de acceso a la información es un derecho humano universal, por tanto, toda persona, sin consideración de fronteras, tiene derecho a solicitar información sin que sea necesario acreditar interés directo o afectación personal.<sup>47</sup> vi. Gratuidad.

Consagrado en la ley, así como también derivado de la interpretación convencional de la CIDH, el acceso a la información pública, como derecho humano fundamental, no puede someterse a una restricción de tipo económica que lo desvirtúe.

En definitiva, en el derecho convencional el principio de gratuidad o bajo costo, implica una materialización de la tutela administrativa efectiva, es decir, el derecho de los seres humanos a tener un recurso administrativo eficaz para garantizar su derecho.

A nivel nacional la ley recepta este principio, lo mismo hace la Constitución de Corrientes en su art. 21 a establecer una verdadera garantía constitucional de acceso y conocimiento de lo público.

#### **v. Oportunidad.**

Al igual que el principio anterior, este principio es receptado en la Constitución de la Provincia de Corrientes, en el art. 21. Por otro lado, la Ley Nacional en su lugar habla del principio de máxima premura, que ordena la respuesta con la mayor celeridad posible y en tiempos compatibles con la preservación del valor de la información.

Los plazos claros y razonables son a nivel convencional, la manifestación del derecho a la tutela administrativa efectiva y la existencia de recursos eficaces que garanticen el derecho tutelado.

47. CIDH. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “El derecho de acceso a la información pública en las Américas, Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales”. 2012. CIDH/RELE/INF.7/12. Pág. 32.

En el ámbito constitucional argentino, la respuesta oportuna es parte esencial del derecho constitucional de petionar a las autoridades, por lo que también tiene una clara incidencia en este derecho.

Podemos decir, entonces que este principio impone que el plazo y tiempo de cumplimiento de la petición, deben ser los más cortos posibles y son tan importantes como la sustancia misma de la información requerida.

vi. Accesibilidad e integridad.

Este principio es recepcionado en la legislación nacional a través de tres subprincipios, a saber, máximo acceso, apertura y disociación. En la provincia de Corrientes su constitución resalta el acceso debe ser actualizado y completo.

En definitiva, lo que importa este principio es que la información suministrada de oficio o a petición de parte, debe ser completa y con el mayor nivel de desagregación posible y por la mayor cantidad de medios o soportes disponibles.

Los soportes deben ser accesibles, en formatos libres que faciliten su procesamiento, permitan su reutilización y su distribución a terceros.

Finalmente, como conjunción de la máxima divulgación y buena fe, se requiere que en caso de que existan datos reservados en parte de la información a suministrar, esto no sea óbice para entregarla con las tachas, ocultamientos o disociaciones de esas partes cumpliendo ambos fines en el mismo acto.

vii. In dubio pro petitor.

Nuevamente, este principio se extrapola del derecho administrativo, pues el acceso a la información pública, en casi todas sus vías no es sino una actividad administrativa del sujeto obligado, por lo que la duda debe siempre favorecer a la persona.

Tanto a nivel convencional, como a nivel nacional, el principio implica que la interpretación de las normas debe ser efectuada en favor de la mayor vigencia y alcance del derecho.

En caso de duda, debe siempre estarse a la regla de la máxima divulgación, interpretando restrictivamente los casos de excepción o reserva, lo único que resulta compatible con el sistema interamericano de derechos humanos.

**“una sociedad que no está bien informada  
no es plenamente libre”**

Corte IDH. “opinión Consultiva  
OC-5/85” (1985)

### **3. La información pública en la realidad jurídica Interamericana**

#### **a. El acceso a la información pública en la Convención Americana de Derechos Humanos.**

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, expresamente consagra este derecho en su artículo 13°.

Así, bajo la forma de los derechos “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a acceder a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el estricto régimen de restricciones establecido en dicho instrumento.

Debe tenerse en cuenta también, que la tutela judicial y administrativa efectiva como derecho humano previsto en la Convención (art. 25°) atraviesa aspectos instrumentales de este derecho humano fundamental.

Para mayor profundidad este tema es tratado en conjunto en el análisis del caso Claude Reyes infra desarrollado.

### **b. La CIDH y la relatoría de libertad de expresión.**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó la Relatoría Espacial para la Libertad de Expresión en octubre de 1997, contando desde su creación con un fuerte respaldo de los Estados miembros de la OEA.

Este organismo busca promocionar el derecho a la libertad de expresión y pensamiento en todas sus dimensiones, incluyendo el derecho de acceso a la información, preparando informes temáticos y regionales, realizando visitas oficiales, conferencias y seminarios, y asistiendo técnicamente en casos, medidas cautelares y otros.

Su sitio web contiene enorme cantidad de informes doctrinarios, jurídicos y jurisprudenciales que han servido en mucho a la realización de este trabajo, y están disponibles en <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/index.asp>.

### **c. El Comité Jurídico Interamericano.**

Es uno de los principales órganos de la Organización de Estados Americanos encargado de promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional y de estudiar la posibilidad de uniformar las legislaciones de los países del Continente.

En materia de Derecho de acceso a la información pública ha dictado la Resolución CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08), donde determina los principios sobre el derecho de acceso a la información, disponible en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso\\_informacion\\_Principios\\_CJI.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_Principios_CJI.pdf)

### **d. Fallos trascendentes de la Corte IDH.**

#### **i. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile (2006)**

Es una sentencia<sup>48</sup> dictada por la Corte IDH en septiembre de 2006 y constituye, sin duda alguna, un fallo esclarecedor del enfoque que el sistema regional de derechos humanos le otorga al derecho de acceso a la información pública.

Ha sido fuente doctrinaria, como se verá más adelante, del criterio que sentó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en varios fallos emblemáticos sobre la cuestión.

Resumen Fáctico:

Un grupo de organizaciones no gubernamentales chilenas, peruana y argentinas<sup>52</sup>, presentaron una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 17 de diciembre de 1998.

La denuncia iba dirigida al Estado de Chile como responsable de la violación de derechos humanos de Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero, a quienes el demandado se había negado a través de su Comisión de Inversiones Extranjeras, a brindarle información sobre Forestal Trillium y el Proyecto Río Condor, que implicaba una deforestación en la decimo segunda región de Chile.

48. Corte IDH. En "Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile". Petición N° 12.108. Sentencia Serie C No. 151 del 19 de septiembre de 2006. Ficha técnica disponible en [https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=332](https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=332) <sup>52</sup> Clínica Jurídica de Interés Público de la Universidad Diego Portales, ONG FORJA, Fundación Terram y la Corporación la Morada todas de Chile; el Instituto de Defensa Legal del Perú; la Fundación Poder Ciudadano y la Asociación para los Derechos Civiles ambas de Argentina; y los señores Baldo Prokurica Prokurica, Oswaldo Palma Flores, Guido Girardo Lavín y Leopoldo Sánchez Grunert.



La Corte IDH condenó al Estado chileno por la violación de los derechos humanos de las víctimas del caso, y le ordenó la entrega de la documentación o decisión debidamente fundada de la negativa, la publicación de la Sentencia, adoptar medidas de derecho interno para garantizar el derecho, capacitar órganos, autoridades y agentes públicos al respecto y finalmente el pago de gastos y costas.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

Para decidir de esta forma, la Corte IDH, realizó varias consideraciones relacionadas a los aspectos del caso, iniciando por la violación del derecho a la libertad de pensamiento y expresión (Art. 13).

En primer lugar, se resaltó de los hechos, que la información requerida guardaba relación con un contrato con intervención del Estado y tres empresas, dos de ellas extranjeras, que generó gran discusión pública por el impacto ambiental que pudiera tener.

En ese sentido, también se destacó que la información guardaba estrecha relación con la verificación del adecuado actuar y cumplimiento de funciones por parte de un órgano estatal, abundando en su calidad de pública.

Por otro lado, la calidad de víctima de la violación fue adquirida por la simple prueba de que solicitó información, que no fue entregada en su totalidad, es decir, una negativa parcial de la información como objeto de la controversia.

Adentrándose en el derecho de libertad de pensamiento y expresión, la Corte destaca sus dimensiones individual y social, de las que se desprenden una serie de derechos protegidos en el artículo 13 de la Convención.

Así, el derecho de libertad de pensamiento y expresión incluye la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, también es garantizado en otros instrumentos internacionales como la Declaración Internacional de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en definitiva, un derecho positivo a buscar y recibir información.

Es por este derecho de toda persona a solicitar acceso a la información bajo el control del Estado, que consecuentemente se consagra la obligación positiva de éste de suministrarla, de forma tal que el solicitante pueda conocer esa información o reciba una respuesta fundada cuando por un motivo permitido el Estado limitar el acceso a la misma.

Por otro lado, la entrega de la información debe realizarse sin necesidad de acreditar interés directo para su obtención o una afectación de tipo personal, salvo caso en los que opere una legítima restricción, pues el acceso de una persona puede permitir que esta circule en la sociedad para que se conozca y se valore.

El deber del Estado es respetar y hacer respetar el derecho, así como promover la adopción de legislación necesaria para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva.

La Corte IDH sostiene que la democracia representativa es determinante al punto de ser un principio fundamental del Sistema Interamericano, y el acceso a la información pública es un requisito indispensable para su funcionamiento, una mayor transparencia y una buena gestión pública.

En un sistema democrático, representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales, a través de una amplia libertad de expresión y del libre acceso a la información. El fallo recuerda que la libertad de expresión es un elemento fundamental para la existencia de una sociedad democrática, indispensable para la opinión pública y condición para que la comunidad al momento de ejercer sus opciones este suficientemente informada. Una sociedad que no esté bien informada no es plenamente libre.

En relación con el Estado, sostiene que su actuar debe regirse por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, permitiendo que las personas que están bajo su

jurisdicción ejerzan el control democrático de la gestión estatal, cuestionando, indagando y considerando si se está dando un adecuado cumplimiento de la función.

Es, para la Corte IDH, el acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, lo que puede permitir la participación ciudadana en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.

En definitiva, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control, fomentando mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad, la transparencia de la actividad estatal y la responsabilidad de los funcionarios.

Consecuentemente, el fallo desentraña una verdadera teoría sobre los requisitos de validez y compatibilidad convencional de las restricciones o reglamentaciones del derecho de acceso a la información pública.

Como toda restricción a una libertad, resulta esencial sea fijada por una ley previa, como medio de asegurar que no quede al arbitrio del poder público y, por razones de interés general y en la medida del propósito para la cual han sido establecidas. Así, destaca la Corte IDH, que el bien común como elemento teleológico de la ley es, además elemento integrante del orden público del Estado democrático.

Asimismo, se destaca que los objetivos que la Convención admite son restrictos y expresos, a saber, el respeto de los derechos y la reputación de las personas, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas.

La razonabilidad, entendida como adecuación fines-medios de la restricción también es abordada en el fallo. Se considera como requisito que deben ser: necesarias para satisfacer un interés público imperativo en el marco de una sociedad democrática, al mismo tiempo que, proporcionales al interés que las justifiquen y conducentes para alcanzar ese legítimo objetivo, siempre interfiriendo o restringiendo en la menor medida posible el efectivo ejercicio del derecho.

Así surge, sin lugar a duda, el principio de máxima divulgación que implica la presunción de que toda información es accesible, dejando las excepciones en un ámbito restringido cuyos supuestos y extremos deben ser acreditados por el Estado.

Lo contrario, destaca la Corte IDH, sería admitir la creación de un campo fértil para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como secreta, reservada o confidencial, y se genera inseguridad jurídica respecto de este derecho y las facultades del Estado para restringirlo.

Finalmente, con relación a otros aspectos de este trabajo, la Corte IDH, también aborda la tutela administrativa y judicial del derecho de acceso a la información bajo poder del Estado.

En este sentido, señala con certeza que las garantías dispuestas por la Convención, no se aplican solamente a tribunales y jueces, sino que deben ser observadas en los distintos procedimientos en los que los órganos estatales adopten decisiones sobre la determinación y alcance de los derechos.

Es, en el fallo, donde se determina el alcance del deber estatal en su función administrativa, a saber, la autoridad estatal administrativa debe tomar decisiones escritas y debidamente fundamentadas, que permitan conocer cuáles fueron los motivos y normas en las que se basó para no otorgar información en el caso concreto y determinar si la restricción es convencionalmente compatible.

Por su parte, en relación con el accionar jurisdiccional del Estado, la Corte IDH ha sido clara al imponer a los jueces el deber de dictar decisiones justas y en cumplimiento del debido proceso, otorgando recursos efectivos para garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos a toda persona bajo su jurisdicción. En fin, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales.



Ello así, puesto que la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos, por tal, además de existir los recursos en la formalidad, deben ser efectivos restableciendo el imperio del derecho cuando ha sido quebrantado por actos u omisiones arbitrarias o ilegales.

## ii. Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil.

La sentencia<sup>49</sup> aborda una compleja situación de violación sistemática de derechos humanos por la República Federativa del Brasil, durante el régimen militar dictatorial que dirigió el Estado brasileiro entre 1964 y 1985.

Si bien, su principal importancia como fallo radica en la protección de otros derechos humanos, le dedica un título entero al derecho de las personas de obtener la información sobre el destino y la verdad de los hechos por parte del Estado represor.

### Resumen Fáctico:

En los años setenta se formó un grupo de resistencia conformado por miembros del partido comunista y campesinos de la región amazónica del Brasil que desarrollo su actividad a lo largo del Río Araguaia.

Este movimiento guerrillero tomó como denominación Guerrilha do Araguaia, y fue combatido por el ejército brasileiro, el que llevo adelante represión y erradicación de sus integrantes, hasta el día de hoy desaparecidos.

En 1979 el Estado Brasileiro dictó una ley de amnistía que hizo que el Estado no investigara los hechos, mucho menos procesado o sancionado a los culpables de las violaciones a los derechos humanos cometidas por el régimen militar.

Así en 1995, más precisamente un 07 de agosto, el Grupo Tortura Nunca Más de Río de Janeiro, la Comisión de familiares de Muertos y Desaparecidos Políticos del Instituto de Estudios de la Violencia del Estado y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil) iniciaron la petición ante la Comisión.

Las víctimas reconocidas en la sentencia fueron justamente los desaparecidos miembros del Partido Comunista de Brasil y campesinos de la región, como tambien sus familiares.

### Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

En enorme perjuicio del valor doctrinario y jurisprudencial de este fallo, brevitatis causae me exijo cercenar su análisis al estricto tópico que aboca a este trabajo, puesto que impone una interpretación sumamente amplia del deber de información del Estado.

Entre las consideraciones se destacan que: a) no hay ningún interés legítimo en reservar información relativa a la violación masiva de derechos humanos; b) el desconocimiento de la verdad por parte de familiares y la falta de información es una situación equiparable a la tortura; c) el Estado no puede negar información a jueces y organismos autónomos de investigación; d) la libertad de expresión y el acceso a información contribuyen a garantizar los derechos a la verdad, justicia y reparación.

Así se reputa una violación a este derecho, no solo la negativa a entregar documentos sino tambien, la falla de las autoridades en comprobar y evitar la destrucción de estos. Las limitaciones de los mecanismos del Estado, las ineficacias de las acciones civiles (judiciales) para acceder y de las mismas misiones estatales, como las normas que limitan legislativa y administrativamente el acceso a información reputada secreta, en conjunto han impedido la reconstrucción y esclarecimiento de los hechos.

49. Corte IDH. En "Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil". Petición N° 11.552. Sentencia N° Serie C No. 219 del 24 de noviembre de 2010. Ficha técnica disponible en [https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=342](https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=342)

Conviene aclarar que la destrucción de los documentos oficiales se ordenó en 1977 por un decreto 79.099, por lo que se volvió casi irremediable el perjuicio consumado a la verdad.

Es, en el párrafo 200, donde el fallo introduce una dimensión de este derecho que resulta novedosa por su alcance, dice la Corte IDH, que toda persona tiene derecho a conocer la verdad, especialmente en el caso de familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos.

Los familiares y la sociedad toda deben ser informados de todo lo sucedido respecto de esas lamentables violaciones, conforme lo reconoce este derecho a la verdad, como ya lo reconoció la misma Corte IDH en el caso Velásquez Rodríguez<sup>50</sup> y otros precedentes posteriores.

En este caso, el deber del Estado de dar acceso se transforma, en un deber positivo de investigar y dar respuestas como una forma de reparación, no pudiendo el Estado ampararse en mecanismos como el secreto de estado o la seguridad nacional para negarle a los jueces acceso, pues la calificación de secreta no puede depender justamente del órgano estatal a cuyos miembros se le atribuye la comisión de los delitos.

**“la publicidad debe atravesar todas las etapas del accionar público y decantar desde la norma general a todo lo que hace a su instrumentación particular ya que solo así es posible prevenir en forma efectiva la configuración de nichos de impunidad”**

CSJN. Caso CIPPEC (2014)

## 4. La información pública en la realidad jurídica nacional y federal

### a. El derecho en la Constitución Nacional (implícito).

Conviene iniciar resaltando que si bien nuestra Constitución Nacional carece de cláusula expresa que disponga el derecho de acceso a la información pública, lo cierto es que, como bien se analizará en los fallos de la Corte, este derecho es uno de los implícitos en el texto constitucional conforme lo autoriza el art. 33 de la misma.

Así, a través de la forma republicana y representativa (democrática) declarada en el art. 1, el constituyente introduce el principio de publicidad de los actos de gobierno, la participación ciudadana en las decisiones públicas a través de sus representantes, todo lo que implica sin dudas el reconocimiento implícito a este derecho.

El art. 14 reconoce los derechos a la libertad de prensa tiene este derecho como presupuesto necesario y el de peticionar a las autoridades de clara incidencia conforme lo detallado precedentemente.

El art. 38 pone en cabeza de los partidos políticos el derecho a requerir y tener acceso a la información pública para el desenvolvimiento de su función democrática.

Por otro lado, las expresiones de la democracia participativa (art. 39 y 40) se tornan ilusorias si se carece de este derecho esencial para el desarrollo democrático de los individuos.

Finalmente, el artículo 75. Inc. 22 al incorporar al bloque constitucional los derechos humanos consagrados en convenciones internacionales, no hace sino incorporar el derecho expresamente reconocido en los instrumentos internacionales.

50. Corte IDH. En “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”. Petición N° 7.920. Sentencia Serie C 4 del 29 de julio de 1988.



## **b. La ley nacional de acceso a la información pública (Ley 27.275).**

Esta ley fue sancionada el 14 de septiembre de 2016 y publicada el día 22 de septiembre de 2016, cuenta con cuarenta artículos y esta dividida en cuatro títulos que abarcan, conforme Basterra:

En su título preliminar precisa el objeto y cada uno de los principios del derecho de acceso a la información; en su título primero delimita el contenido y alcance del derecho de acceso a la información, sus excepciones, las vías de acceso y reclamo, y la creación de la agencia de acceso a la información; en su título segundo impone la transparencia activa e impone la vía proactiva de acceso; finalmente en su título tercero, contiene cláusulas transitorias e invita a las provincias a adherirse.

Esta norma nacional ha sido fuente de este trabajo y, al mismo tiempo, fue un reclamo social y jurisdiccional de muchos años, brindando seguridad jurídica y reglamentando en un marco jurídico moderno este derecho humano fundamental.

## **c. El decreto nacional 1172/03.**

Antecedente normativo de la Ley Nacional y una de las bases normativas de los precedentes jurisprudenciales que se analizan en este capítulo, es el reglamento general de acceso a la información pública para el poder ejecutivo dictado por el Presidente Néstor Carlos Kirchner.

Entre sus mayores destacados, se establece una legitimación pasiva amplia, incluyendo al poder ejecutivo nacional ya sea que se trate de organismos, empresas, entidades, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo su jurisdicción.

Extiende la obligación a organizaciones privadas que reciban fondos del erario nacional, bajo la forma de subsidios o aportes y aquellas instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado nacional, como también las empresas que presten servicios públicos o exploten un bien del dominio público.

## **d. Fallos trascendentes en la Justicia Federal:**

### **i. ADC contra PAMI (2012)**

A principios del mes de diciembre del año 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó una sentencia<sup>51</sup> por medio de la cual se confirmó la condena al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, en adelante PAMI, a que brinde información precisa respecto al presupuesto e inversión publicitaria durante el año 2009.

Cabe recordar que, desde la primera instancia, la suerte le fue adversa al PAMI, pues la Jueza Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal impuso condena y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal la sostuvo rechazando la apelación interpuesta.

El fallo en sí tiene varios aspectos relevantes respecto del tema sub examine que pueden observarse en el sucinto análisis que sigue:

Resumen Fáctico:

La Asociación de Derechos Civiles<sup>56</sup> inició una acción de amparo contra el PAMI, a fin de que se le hiciera entrega de la información relativa al presupuesto de publicidad oficial del año 2009, a saber, el detalle de la inversión presupuestaria realizada en los meses de mayo y

51. CSJN. En Autos "Asociación Derechos Civiles c. EN-PAMI (dto.1172/03) s. amparo ley 16.986". Sentencia del 04 de diciembre de 2012. Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/adj/pdfs/ADJ-0.759089001354635680.pdf> <sup>56</sup> Asociación Derechos Civiles. <https://adc.org.ar/sobre-la-adc/>

junio de 2009, discriminada por rubros y medios de comunicación, el tipo de campaña al que corresponde la asignación de la pauta, y los procesos de contratación utilizados.

Además de denunciar la violación de las normas convencionales vigentes, solicitó la aplicación del Decreto 1172/03 de acceso a la información pública, entendiendo que el PAMI está incluido en los sujetos obligados de la norma, pese al planteo del instituto de tener personalidad jurídica propia e individualidad financiera que surge de la ley de creación de este.

La Cámara de Apelaciones, por su parte, confirmó la condena entendiendo arbitraria la denegatoria del PAMI a brindar la información requerida, por contrariar el principio de publicidad de los actos de gobierno, pese a reconocer su naturaleza no estatal.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

Si bien la sentencia analizada es la dictada por la Corte Suprema, justicia obliga detallar la caracterización de la legitimación pasiva que hizo la Cámara de Apelaciones resumida también en la citada.

Así, el fundamento de la Cámara para condenar al PAMI a la entrega de la información, aún ante el expreso reconocimiento de su naturaleza no estatal, fue conformado por los siguientes criterios: a) el carácter público de los intereses que gestiona, lo que conlleva b) su creación como persona de derecho público, c) la injerencia estatal en su gobierno, control y financiación, y finalmente, d) la recepción de subsidios o aportes del sector público nacional.

Adentrándonos ya en el fallo de la Corte Suprema, se destaca la consolidación de un criterio amplio de acceso, que se sienta en la relación existente entre la información y el interés público desarrollado.

Así, sostendrá la máxima Jurisdicción federal, que las especiales características del PAMI, los importantes y trascendentes intereses públicos involucrados en su accionar, pese a no tener naturaleza estatal, convierten su negativa de información en un acto arbitrario e ilegítimo, contrario al derecho de todo ciudadano, en tanto se traten de datos de indudable interés público, que hagan la transparencia y publicidad de la gestión de gobierno, pilares fundamentales de una sociedad democrática.

El fallo reconoce la jerarquía convencional y constitucional del derecho de buscar y recibir información, destacándolo como contenido amplio del derecho a la libertad de pensamiento y expresión en sus dimensiones, individual y social.

Se dice, en la sentencia, que el derecho de acceso a la información encuentra fundamento en el derecho de toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios se desempeñan, asignándole un carácter instrumental.

Por su parte, refiriéndose a la legitimación pasiva o lo que aquí llamamos sujetos obligados, se dice que se debe adecuar la normativa vigente a fin de garantizar el derecho no solo en el ámbito puramente administrativo o del Poder Ejecutivo, sino en todos los órganos del poder público, como única forma de regular y fiscalizar las instituciones, públicas o privadas, que ejercen funciones de carácter público.

Así, la naturaleza pública de la información deja de tener estrecha relación con la naturaleza del sujeto, para centrarse en el servicio o función que el mismo ejerce, es decir, no solo los órganos estatales en todas sus ramas y niveles, sino también instituciones de otra índole, no estatales o privadas con capacidad estatal o ejercicio de funciones públicas.

Con cita al fallo Reyes, se destaca la instrumentalidad del derecho sub examine, que hace posible a las personas que se encuentran bajo la jurisdicción ejercer el control democrático de las gestiones estatales, cuestionando, indagando y considerando si es adecuado o no, en definitiva, instrumento esencial del control social de la gestión de intereses públicos.

Asimismo, se recordó el sentado criterio de que este derecho es también presupuesto básico del derecho a la libertad de prensa, en cuanto brinda el derecho no solo de dar, sino

también de recibir información de especial relevancia en asuntos atinentes a la cosa pública o de trascendencia al interés general.

En esa profunda incidencia que se le reconoce en el sistema democrático, la Corte destaca su rol en la existencia de un debate plural de los asuntos públicos y su naturaleza indivisible con la libertad de pensamiento y expresión.

Así, surge entonces una caracterización del derecho como contracara del derecho a la libertad de expresión, por cuanto importa en esta faz social, el derecho colectivo de los ciudadanos a recibir información y a conocer el pensamiento ajeno.

También, al analizar la aplicación del Decreto 1172/03, resalta que el ejercicio de este derecho es una instancia de participación ciudadana consistente en requerir, consultar, y recibir información entendida como toda constancia que obre en poder o bajo control del sujeto obligado, o cuya producción haya sido financiada por el erario.

Por otro lado, también se destacó la trascendencia del derecho como oxígeno de la democracia, entendida ésta como la habilidad del individuo de participar en la toma de decisiones que lo afecten. Se promueve así la transparencia y la rendición de cuentas, procurando un debate público sólido e informado como condición de una democracia sana.

## **ii. CIPPEC contra Min. Desarrollo Social (2014).**

En 2014, siguiendo la línea del fallo ADC antes referido, la Corte Suprema hizo lugar al pedido de CIPPEC<sup>52</sup> una ONG que había requerido al Ministerio de Desarrollo Social, información referida a los planes sociales de asistencia a la comunidad que administraba.

En este sentido, la Corte Suprema en su sentencia<sup>53</sup>, convalidó la sentencia de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que había revocado la sentencia denegatoria de la primera instancia.

Resumen Fáctico:

La ONG referenciada, inició un amparo contra el Estado nacional, específicamente, el Ministerio de desarrollo social, a fin de obtener respuesta en un pedido de información precisa sobre ayuda social otorgada a personas físicas y jurídicas, los padrones, las transferencias y subsidios otorgados, como también, su alcance territorial durante los años 2006 y 2007.

En el fallo, se destacan las posiciones de la Defensoría del pueblo de la Nación, el Instituto nacional contra la discriminación, xenofobia y racismo (INADI) y la Subsecretaría para la reforma institucional y fortalecimiento para la democracia (SRIyFD) que argumentaban que la información de identificación personal de los beneficiarios de ayudas sociales importaba un menoscabo a su intimidad y una verdadera estigmatización.

Por su parte, la Oficina Anticorrupción, señaló en un criterio contrario que no podía incluirse estos datos en la categorización de sensibles y que por tanto no podía vedarse su acceso al público por el interés social que acarrea.

Estos órganos estatales establecen en definitiva las posiciones que sientan la base de discusión del fallo que, en definitiva, determinó la naturaleza de los datos requeridos y el alcance de la protección de los datos personales sensibles.

Finalmente, la Corte Suprema confirma la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones en un fallo con votos concurrentes de todos los magistrados intervinientes, sosteniendo la condena al Ministerio de Desarrollo Social a entregar la información requerida.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

52. Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento. <https://www.cippec.org/nosotros/>

53. CSJN. En autos "CIPPEC c. EN-Min. Desarrollo Social - dto.1172/03 s. amparo ley 16.986" Sentencia del 26 de marzo de 2014. Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/adj/pdfs/ADJ-0.569225001395848223.pdf>



El fallo en análisis tiene una especial redición de fundamentos análogos al caso ADC c. PAMI, antes desarrollado, así en ambos casos, se hizo una expresa mención y relación con el sistema internacional y regional de derechos humanos, destacando su enorme incidencia en lo que a este derecho respecta.

Dirán en consonancia ambos fallos, que la información no es propiedad del Estado, sino que pertenece a las personas, por ello su acceso no es una gracia o favor de las autoridades, sino su esencial obligación.

Por otro lado, la Corte vuelve a resaltar el carácter amplio de la legitimación activa, es decir que, cualquier persona tiene el derecho a requerir información sin alegar o explicitar interés directo o afectación personal, con el propósito de coadyuvar el ejercicio del derecho a saber de los miembros de la sociedad.

Ahora bien, sostiene el voto mayoritario que este derecho solo encuentra limite en un régimen limitado y expreso de excepciones acordes con una sociedad democrática y solo con el alcance proporcional de los intereses que los justifican.

En este sentido, en el aparente conflicto entre el acceso a la información y la protección de los datos personales, la Corte admite que el dilema requiere una interpretación armónica de las disposiciones existentes dilucidando que las restricciones de interés legítimo vigentes para los datos personales, no se aplican cuando los mismos forman parte de la gestión pública y tienen un especial interés público como en el caso.

Así, la Corte entendió que el derecho de acceso a la información pública obra, en el supuesto y respecto de cualquier ciudadano, como el interés legítimo requerido para acceder a los datos, dejando circunscripto el debate a si el acceso a los datos de los beneficiarios afectaría sus derechos a la intimidad y dignidad.

En este sentido, el voto de la mayoría es contundente al afirmar que resulta indiscutible que para asegurar la publicidad que caracteriza el sistema republicano y garantizar el derecho a la información, el acceso debe atravesar todas las etapas del accionar público y decantar desde la norma general hasta su total instrumentación particular, como única forma de prevenir nichos de impunidad.

Asimismo, los cortesanos condenan la suerte de paternalismo alegada por el Estado, cuando justamente del control social del accionar público de esos datos se podrían constatar los criterios empleados y la existencia de arbitrariedad o desigualdad, lo que redundaría en protección y no desmedro del colectivo vulnerable.

Es importante que se destaque que la máxima jurisdicción nacional, deja a resguardo la responsabilidad ulterior de quien procesa los datos o quien los utiliza con fines discriminatorios o estigmatizantes.

Concluye así, el voto mayoritario, que es medular la transparencia en el manejo de los fondos públicos y la participación ciudadana, como garantías indispensables para hacer efectivo el progreso y la protección de las personas. El control social en punto a la razonabilidad, eficacia y eficiencia de la instrumentación de políticas estatales permite definir si el accionar público contribuye o es disfuncional a los fines perseguidos.

También en línea con la propuesta de este trabajo, la Corte señala e íntima con claridad a los legisladores, en su responsabilidad de brindar las pautas generales, uniformes que aseguren la previsibilidad en el ejercicio de este derecho a través de una ley estandarizada y razonable, como lo reclaman la sociedad y la comunidad internacional.

Destaco las apreciaciones vertidas en el voto concurrente de Petracchi, Argibay y Highton en cuanto a que, es la transparencia -y no la opacidad- la que beneficia a los vulnerables, se hacen así accesibles las ayudas y se garantiza que lleguen a quienes tienen derecho a ellas.

### iii. Giustiniani contra Y.P.F. S.A. (2015)

El 10 de noviembre de 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia<sup>54</sup> en un caso emblemático, haciendo lugar al amparo presentado por, el entonces senador por la provincia de Santa Fe, Héctor Rubén Giustiniani.

De esta manera, se ordenó a YPF S.A., empresa con participación social estatal, que haga públicas las cláusulas del acuerdo de proyecto de inversión suscripto con Chevron Corporation para la explotación de hidrocarburos no convencionales en las áreas de Lomas de la Lata Norte y Loma Campana de la Provincia del Neuquén.

Resumen fáctico:

El 13 de julio de 2013, YPF y Chevron firmaron un acuerdo de proyecto de inversión para la explotación de hidrocarburos no convencionales en el yacimiento conocido públicamente como “Vaca Muerta”.

El acuerdo contaba con expresas cláusulas reservadas en las que se incluían cuestiones relacionadas a los flujos de dólares a holdings<sup>55</sup> en otros países, contratos con proveedores y cuestiones geológicas estratégicas.

La intervención de Chevron en Argentina generó polémica ante la existencia de antecedente de grave daño ambiental que se tramitaba en una causa judicial en Ecuador.

Estos aspectos señalados motivaron al Senador Giustiniani a iniciar una acción judicial para acceder al contenido integral del acuerdo, la demandada por su parte alegaba ser una empresa privada no alcanzada por la obligación de publicidad y la existencia de secretos comerciales, científicos e industriales estratégicos.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

Es conveniente iniciar destacando que, este fallo, resulta una reiteración de fundamentos de los antes desarrollados, a saber, ADC y CIPPEC, pero avanza en una interpretación más amplia e integral del derecho.

En este sentido, las dos cuestiones esenciales que dilucida el fallo son: por un lado, si YPF es sujeto obligado y, por otro lado, si la información comercial estratégica resulta una excepción al deber de publicidad.

Respecto de este primer punto, ha destacado la Corte que la participación estatal en YPF fue obtenida por un proceso de expropiación por causa de utilidad pública mediante Ley 26.741 y que, conforme dicha norma, el Poder Ejecutivo Nacional, por sí u organismo designado al efecto, ejercerá los derechos políticos de la totalidad de las acciones designando incluso a los directores en representación de su participación.

También señaló que fue la misma presidenta quien, por Dto. 676/12 designó al Gerente Comercial de la empresa, Miguel Matías Galuccio y luego, a Axel Kicillof como director titular Dto. 536/13.

Estos aspectos permitieron entender que YPF S.A. funciona bajo la órbita del Poder Ejecutivo Nacional, pues es éste que ejerce los derechos políticos sobre la totalidad de las acciones expropiadas y despliega un control sobre ella capaz de determinar de manera sustancial los asuntos que requieran mayoría de accionistas, en línea con el objetivo de interés público de lograr el autoabastecimiento, exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos para el desarrollo económico con equidad social, creación de empleo e incremento de la competitividad de los sectores económicos nacionales y regionales.

54. CSJN. En autos “Giustiniani, Rubén Héctor c. Y.P.F. S.A. s. Amparo por mora”. Sentencia del 10 de noviembre de 2015. Disponible en <https://www.cij.gov.ar/adj/pdfs/ADJ0.951412001447165194.pdf>

55. RAE. Diccionario. Holding: Sociedad financiera que posee o controla la mayoría de las acciones de un grupo de empresas. <https://dle.rae.es/holding>

Asimismo, fue tenido presente el reconocimiento que el mismo Poder Ejecutivo realizó en el dto. 1189/12 de regulación de provisión de combustibles y lubricantes donde se entendió a la firma como integrante del Sector Público Nacional, equiparándola a las empresas o sociedades del Estado.

Según la Corte, el Estado tiene la facultad de recurrir a figuras empresariales del derecho privado, en pos de ciertos cometidos públicos, agilizando la obtención de objetivos comerciales sin las limitaciones procedimentales de la Administración, pero ello no permite sustraerla de la obligación informativa.

El control democrático supone el acceso a la información pública, y que pueda realizar cualquier ciudadano para vigilar la marcha de los asuntos de interés general.

Adentrándose en la naturaleza de la información del caso, la Corte, admite que el derecho de acceso a la información no es absoluto y que admite limitaciones razonables, que deben perseguir objetivos legítimos y ser necesarias para una finalidad perseguida, así el secreto solo puede asegurarse para proteger un interés igualmente público.

En consecuencia, los obligados solo pueden rechazar una requisitoria de información solo cuando expongan, describan y demuestren que la entrega causara un daño, no alcanzando las afirmaciones genéricas e imprecisas para obstaculizar la divulgación de la información.

En tal sentido, señala, con gran acierto la Corte que convalidar este tipo de posiciones de vaguedad, significaría dejar librada la garantía de acceso al arbitrio discrecional del obligado, reduciendo la actividad del magistrado a conformar, sin posibilidad de revisión, el obrar lesivo.

Argumentos complementarios (Obiter Dictum):

Es interesante destacar, pues fue materia de disidencia, el argumento utilizado por el voto mayoritario para descartar la necesidad de un litisconsorcio pasivo, o la integración de la litis con Chevron en el caso.

A diferencia de lo sostenido por Highton, la Corte mayoritariamente sostuvo que el tercero (Chevron), más allá de su interés, al momento de suscribir el contrato revelado por la sentencia, conocía o debía conocer el régimen de publicidad al que se encontraba sometida la actuación de la sociedad con la que concluyó su negocio jurídico. iv. CoDIUNNE contra UNNE e ISSUNNE (2022)

A finales del año 2022, la Corte Suprema de Justicia dictó sentencia<sup>56</sup> haciendo lugar a la queja y el recurso extraordinario federal por arbitrariedad interpuesto por CoDIUNNE<sup>57</sup> ordenando a la Cámara de Apelaciones de Corrientes, el dictado de una nueva resolución.

La sentencia realiza una remisión al dictamen de la Procuradora, Laura Monti, quien con criterio entiende que la jurisdicción preinterviniente obró con excesivo rigor formal, sopesando el valor del derecho de acceso a la información pública en relación con cuestiones procesales instrumentales.

Resumen fáctico:

La actora se presentó ante el Juez federal de primera instancia de Corrientes requiriendo se intime a las demandadas a brindar una respuesta a una requisitoria de información pública oportunamente realizada, a través de un amparo por mora.

Específicamente, se pidió a ISSUNNE<sup>58</sup> información vinculada a las empresas y personas físicas que prestan servicios o son proveedoras de dicho instituto, a saber, nombre o denominación social, DNI o CUIT, domicilio, copia del contrato celebrado con dicho proveedor y montos abonados a cada persona y/o proveedor en los últimos 2 (dos) años.

56. CSJN. En autos: "Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa CODIUNNE c/ (ISSUNNE) - y/o Universidad Nacional del Nordeste s/ amparo por mora de la administración". Sentencia del 8 de noviembre de 2022.

57. Consejo de Docentes e Investigadores de la Universidad Nacional del Nordeste. <https://codiunne.org.ar/institucional/>

58. Instituto de Servicios Sociales de la Universidad Nacional del Nordeste. <https://issunne.unne.edu.ar/quienes-somos>





Conviene resaltar que antes de la sustanciación el Instituto contestó negativamente el pedido, aduciendo no ser de los sujetos obligados a brindar información pública por no recibir fondos del Estado Nacional.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

La decisión, que destacó correcta, esta embebida en el dictamen de la Procuradora, que sostiene que si bien es cierto que la vía procesal elegida (amparo por mora) tiene por objeto una respuesta de la administración, el accionante había impugnado la denegatoria de acceso a la información, pidiendo que sea brindado el acceso por orden jurisdiccional.

En consecuencia, exigir al actor el inicio de un nuevo procedimiento para atacar el acto denegatorio, trasunta un injustificado rigor formal, ni pudiéndose perder de vista que la norma vigente consagra una vía rápida y expedita para impugnar las decisiones que denieguen acceso a información pública, sin necesidad de agotar la vía administrativa, ni se aplican supuestos de inadmisibilidad formal del amparo.

#### **v. ACIJ contra Telefónica de Argentina S.A. (2021).**

En diciembre de 2021, la Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, dictó sentencia<sup>59</sup> en una causa iniciada por ACIJ<sup>65</sup> contra la empresa Telefónica Argentina Sociedad Anónima (TASA).

En este caso, tanto la Jueza federal de primera instancia como la Cámara le dieron la razón a la accionante y ordenaron a la empresa a brindar información referida al mismo. El fallo es interesante por cuanto es un precedente de la legitimación pasiva de las empresas privadas como sujetos obligados de esta prerrogativa del ciudadano argentino.

Resumen fáctico:

En 2019 la empresa TASA se negó a brindar información sobre la provisión de sus servicios en villas y asentamientos del área metropolitana de Buenos Aires, conforme lo había pedida ACIJ para revertir la discriminación que sufren quienes habitan en dichos barrios para acceder al servicio de Internet.

La empresa, justamente se había negado argumentando que no podía brindar información geo-referenciada de sus servicios de telefonía y, que no se encontraba obligada a brindar datos de sus servicios de internet por no ser un servicio público. Asimismo, sostuvo que la información requerida no era de naturaleza pública y por tanto accesible para la accionante.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

El argumento de TASA, respecto de que internet no resultaba un servicio público cuya explotación por la demandada importaba la obligación de informar, hizo a la Jueza sostener que había dos tipos de obligados del sector privado, a saber, los concesionarios, permisionarios o licenciatarios de servicios públicos y, los concesionarios y permisionarios de uso del dominio público, en la medida que cumplen servicios de interés público.

En este sentido, destacó la primera instancia que TASA, además de ser licenciataria del servicio público de telefonía, es una empresa licenciataria de tecnología de las comunicaciones (TIC) cuyo desarrollo fue declarado de interés público permitiendo a los usuarios el acceso a la información de prestación del servicio.

También destacó la magistrada que la georreferenciación de sus usuarios era una actividad propia de la empresa, que publicaba y mantenía la guía telefónica actualizada y pública incluso disponible de forma online, desbaratando la objeción de la empresa.

59. Cám.Cont.Adm.Fed. Sala III. En autos "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia C/ Telefónica de Argentina Sa s. Amparo Ley 16.986". Sentencia del 02 de diciembre de 2021. 65



Consecuentemente, la Cámara de Apelaciones, introduce el concepto de legitimación pasiva amplia como coherente respuesta ante el principio de máxima divulgación y el in dubio pro petitor que rigen la materia, no surgiendo cuestionable que se obligue a TASA en su carácter tanto de prestadora del servicio público de telefonía, como prestadora del servicio de internet usuaria del dominio público estatal (espectro radioeléctrico).

En consecuencia, los hechos de desarrollar una actividad en el espectro radioeléctrico del Estado y la declaración de interés público de las TIC, hacen a la legitimación pasiva de TASA y a la naturaleza pública de la información referida a sus servicios de internet.

Argumentos complementarios (Obiter Dictum):

Si bien forma parte de la sentencia y la condena a TASA, lo cierto es que esta argumentación escapa al fondo esencial del caso, pero resulta interesante a los fines de delimitar el alcance del derecho y sus principios.

La norma que establece que el sujeto pasivo debe entregar la información como está, sin procesarla o clasificarla, debe interpretarse con armonía con el principio in dubio pro petitor, es decir, siempre en favor de la mayor vigencia y alcance del derecho a la información.

Así el fallo también flexibiliza la posición estricta respecto a la clasificación y procesamiento de la información, imponiendo un horizonte de transparencia activa que importa también un miramiento adecuado con los principios del derecho en pugna.

**“las autoridades competentes están obligadas  
a difundirlos... garantizando al ciudadano  
el acceso al conocimiento... de manera oportuna,  
actualizada, completa y gratuita”**  
Constitution Provincial. (2007)

## 5. La información pública en la realidad jurídica provincial

### a. La garantía de acceso en la Constitución de Corrientes.

La Constitución de Corrientes contiene expresamente consagrado el derecho de acceso a la información pública, así como sendas garantías constitucionales que no solo lo resguardan, sino que imponen la forma de instrumentarlos.

En principio, como la Constitución Nacional, lo consagra implícitamente en sus artículos 1°, 3°, 6°, 27°, y 31° al declarar lo forma representativa republicana para su gobierno local, la soberanía popular, la libertad de expresión, examen y censura de autoridades, razonabilidad, existencia de derechos implícitos.

Asimismo, en su art. 21° reconoce expresamente el principio de publicidad de los actos de gobierno, impone la forma del boletín oficial, y la difusión en medios de comunicación e información. Consagra la garantía de acceso a la información y conocimiento del ciudadano de manera oportuna, actualizada, completa y gratuita.

Finalmente, en su art. 232°, vuelve a reconocer el principio de publicidad, esta vez en el ámbito municipal, concluyendo con una manda expresa que reza “La petición de información formulada por los vecinos en ningún caso puede serle negada”

### **b. Ley provincial de derecho a la información y derecho de acceso a documentos administrativos (Ley 5.834).**

La ley es una norma vetusta de 2008, que ha quedado totalmente desactualizada, por cuanto no se condice con los parámetros y principios convencionales, constitucionales y jurisprudenciales vigentes.

En principio, la legitimación activa, lejos de ser amplia requiere acreditación o invocación de un interés legítimo contradiciendo el sistema interamericano de derechos humanos.

La legitimación pasiva es confusa, por cuanto su articulado habla de órganos públicos de la provincia, pero la ley se auto circunscribe al ámbito del poder ejecutivo provincial.

La determinación de información pública es adecuada, aunque su acceso gratuito solo se aplica al examen y no a las copias o reproducciones.

El plazo de treinta días dispuesto es un plazo que atenta contra el principio de oportunidad, salvo casos donde la información no este disponible fundadamente.

### **c. Sentencia Pelozo y otros. La falta de transparencia y el delito de incumplimiento deberes de funcionario público**

Durante el mes de septiembre de 2022, el Tribunal Oral Penal<sup>60</sup> de la ciudad de Goya, dictó la Sentencia N° 250 en la que juzgo varios hechos cometidos por otrora autoridades de la Municipalidad de San Roque.

Entre esos hechos investigados, entendió configurado el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público, justamente ante la gravísima omisión dolosa de publicar los actos de gobierno en el boletín oficial.

A lo largo de sus páginas, es interesante la visión integral que desarrolla el Tribunal sobre la importancia y el nivel de afectación de la comunidad por la conducta de los condenados.

Se lo trae a colación como fuente jurisprudencial para este trabajo, por cuanto al tratar la naturaleza de orden público y republicano que tiene el deber de publicar y suministrar la información pública, el análisis de este caso se hace esencial.

#### **i. Resumen fáctico:**

Se condenó a prisión a Orlando Raúl Pelozo y Carlos Guillermo Pelozo, ambos intendentes municipales de San Roque sucesivamente electos desde 2001 hasta 2017, por el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público conforme el art. 248° del Código Penal Argentino.

La conducta punible descripta en la sentencia, entre otros varios hechos imputados, fue la omisión de publicar los actos de gobierno en el boletín oficial, llevada adelante con pleno conocimiento de las obligaciones legales, la voluntad de no ejecutarlas y, sin ninguna justificación legal admisible.

El tribunal entendió que el hecho cometido por Orlando Raúl Pelozo y Carlos Guillermo Pelozo durante sus mandatos de omitir deliberadamente dar a publicidad sus actos de gobierno, dejó en un estado de incertidumbre total a las gestiones venideras sobre la manera en la que administraron la comuna.

Los Jueces, por unanimidad, sostuvieron que el daño causado era imposible de remediar por el extenso lapso temporal de desidia y autoritarismo con el que los condenados condujeron

60. T.O.P. Goya. En autos “Pelozo Marcelo Fabian y Pelozo Carlos Guillermo p. Incumplimiento de los deberes de funcionario público - San Roque (T.O.P. N° 9517)” Expte. PXG 27801/18. Sentencia 250 del 14 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/sin-categoria/pdf/2022/S.250.ExptePXG27801-TOP-GOYA.pdf>

los designios del municipio de San Roque, luego de ser votados por su pueblo para que los represente, traicionando su voluntad con sus manejos imposibles de ser medidos o evaluados.

#### **vi. Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio Decidendi):**

En la sentencia entendieron que, como intendentes, los encartados eran los funcionarios públicos obligados, reglamentaria y jurídicamente, a cumplir con la obligación de dar a publicidad los actos de gobierno.

Dijeron que la omisión de ejecución de leyes, cuyo cumplimiento les estaba impuesto en su calidad de funcionarios, como si no existieran configura el delito mediante conductas omisivas de rehusar hacer o retardar algún acto de su oficio.

Así en calidad de funcionario públicos jerárquicos, obviamente obligados a sujetarse a las leyes que regulan el funcionamiento de los organismos estatales, omitieron dolosamente a su arbitrio y sin sujeción a las normas locales y provinciales, substrayendo su accionar al control y vigilancia de otros funcionarios que pedían informes, sin dejar registros, auditorias y, en definitiva, de la comunidad toda, generado perjuicio a la comunidad y a los particulares que debieron accionar judicialmente.

En este caso, consideraron que el tipo penal protege la transparencia, buen servicio y sobre todo que la administración pública se halle ceñida a la legalidad, que es la base, las discrecionalidades se pueden dar solo dentro de la ley. Haciendo hincapié en ese principio que la ley provincial consagra, en la faz subjetiva hubo dolo de los imputados, tuvieron oportunidades, conocían la ley y era una facultad del intendente y secretario, cumplir.

Se advirtió que en el caso se discutieron cuestiones que exceden el interés individual, pues se proyectan sobre instituciones básicas del sistema republicano de gobierno, tratándose de un tema que reviste trascendencia jurídica o comunitaria, configurado una hipótesis de alteración del orden público que compromete valores sociales.

Valoraron, los magistrados, que los imputados eran entonces titulares de la cartera ejecutiva municipal, los bienes jurídicos afectados, trascendencia de las maniobras pesquisadas, la posición asumida por los imputados, la vulneración del deber público, la ausencia de la acción esperada y la posibilidad de realizarla, el riesgo de la integridad de la población, que no se pudo dilucidar destino de los fondos; todo lo cual permite aseverar que la actuación de los encausados se encuentran comprendido en la calificación jurídica asignada en la presente.

Por su parte el Dr. Carbone, resaltó que no puede perderse de vista que, estos hechos investigados se relacionan con conductas consideradas especialmente graves y así se promueve su prevención y el Estado Nacional se ha comprometido a perseguirlas, tanto por la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” (ley N° 26097) como la “Convención interamericana contra la Corrupción” (ley N° 24759) debiendo aplicarse políticas coordinadas y eficaces, la obligación de rendir cuentas así como, en definitiva, combatir la corrupción en todas sus formas incluida la recuperación de activos, la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos; siendo responsabilidad de los Estados la erradicación de la impunidad, decidiendo hacer todos los esfuerzos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio, en su la participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refieren dichos instrumentos, remarcándose la malversación y enriquecimiento ilícito, entre otros.

De esta manera, concluyeron que se había conculcado el bien jurídico protegido en la norma del art. 248° del C.P.A., lisa y llanamente, el correcto, normal y recto funcionamiento y

desarrollo de la administración pública, recayendo la conducta sobre el sujeto pasivo: la administración pública municipal de San Roque.

Así, el no acatamiento de las normas, omitiendo la ejecución de las leyes cuyo cumplimiento les estaba impuesto en su calidad de funcionarios públicos al frente del municipio sanroqueño, no exige malicia, ni pretensión de daño en el sujeto activo; sí un dolo directo, más allá de querer no acatar la manda discernida en cabeza y dentro del ámbito de incumbencia funcional del agente público, la omisión de la publicación de los actos de gobierno desde el año 2008 al 2017, previsto por la Ley N° 6042, Constitución Provincial en orden a la publicación de los actos de gobierno en el Boletín Oficial.

**“los ejercicios confidenciales de rendiciones de cuentas a puertas cerradas carecen de credibilidad ya que la falta de publicidad las convierte en farsas, en caricaturas de rendiciones de cuentas”**

Roberto Ulises Candas.  
Juez. “Caso Hadad” (2017)

## **6. La información pública en la realidad jurídica municipal**

### **a. El acceso a la información pública municipal en la Constitución de Corrientes.**

Conforme ya fue detallado supra, el art. 232° de la Constitución de la provincia es una verdadera garantía de acceso para los vecinos de las distintas municipalidades de Corrientes. Por razones de brevedad me remito a ese apartado antes desarrollado.

### **b. Ley provincial orgánica de municipalidades (Ley 6042).**

La Ley provincial orgánica de municipalidades es un cuerpo normativo de aplicación supletoria e interpretativa en el ámbito municipal, se aplica en Municipalidades sin carta orgánica sancionada y, en las que tienen tiene una función de suplir silencios y lagunas.

Asimismo, es una ley que dispone los principios y reglas del régimen municipal de la provincia, así como todo lo relacionado a las relaciones intermunicipales, y con el estado provincial.

En su texto, hay varios reconocimientos expresos del principio de publicidad de los actos de gobierno, así el art. 18 habla de la publicidad de los actos en el Boletín Oficial municipal o provincial en caso de no existir, imponiendo claramente la causal de destitución ante la omisión de autoridad de publicar.

En el art. 19 se impone una transparencia activa, es decir, una vía proactiva de acceso, como es la difusión por medios masivos de difusión de los datos de la marcha financiera y económica del municipio.

Finalmente, el art. 20° consagra el derecho de acceso a la información pública completa, veraz, adecuada, gratuita y oportuna, de cualquier órgano perteneciente a la administración pública de la Municipalidad y de todas las empresas privadas prestatarias de servicios públicos.

Esta reglamentación legal, es clara contundente y se corresponde con los principios y bases convencionales del derecho, demostrando que esta ley pase haber sido sancionada en 2011 ya receptaba adecuadamente las responsabilidades estatales.

### **c. El acceso a la información pública en Cartas Orgánicas Municipales.**

Las Cartas Orgánicas Municipales más modernas, como la de Corrientes, San Roque,



Virasoro y Santa Lucía consagran expresamente el derecho de acceso a la información, como también el principio de publicidad de actos de gobierno.

Ahora bien, como se detalló supra, en casos donde la Carta Orgánica no los recepte, lo cierto es que la aplicación supletoria de la Ley provincial 6042 y la manda constitucional provincial del art. 232 conforman la garantía y el derecho de acceso sin importar el Municipio.

#### **d. Fallos trascendentes de acceso a información pública municipal**

##### **i. Aromi c. Municipalidad de Mburucuyá.**

Este caso comprende varias sentencias que son de sumo interés por cuanto importa un caso que actualmente se encuentra tramitando ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, en consecuencia, tiene potencialidad de volverse un precedente Nacional.

Resumen fáctico:

Durante el año 2016, el concejal de Mburucuyá, José Gustavo Aromi, presentó notas al Intendente municipal, Cristian Sebastián Guastavino y a la Presidenta del Concejo Deliberante, Sonia Ramírez, requiriendo copias certificadas del balance y memoria anual 2015, nomina de empleados públicos del Estado y los balances del Concejo Deliberante del primer y segundo trimestre 2016.

Ninguna de sus requisitorias fue contestada y el 08 de marzo de 2017 inició un amparo por mora contra la Municipalidad requiriendo se ordene a los departamentos legislativo y ejecutivo la entrega de la documentación incoada.

La demanda se radico en el Juzgado en lo Contencioso Administrativo 2 de la ciudad de Corrientes, a cargo de la Dra. María Belén Güemes, donde tuvo una sentencia parcialmente favorable.

Luego por apelación de la demandada, intervino la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral de Corrientes, que confirmó la sentencia de primera instancia, lo que motivo la interposición del recurso extraordinario que elevó la causa al Superior Tribunal de Justicia.

Fue en el máximo órgano jurisdiccional de Corrientes, donde sorpresivamente para el actor, se acogió la defensa de la Municipalidad, revocando las sentencias anteriores y rechazando la acción del amparista.

Sentencia<sup>61</sup> esta ultima que será objeto de crítica en el presente trabajo y que se encuentra bajo análisis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por medio de un Recurso extraordinario de hecho deducido por el actor.

Fundamentos de las sentencias de instancias inferiores (Ratio decidendi):

Comenzando por la sentencia<sup>62</sup> de primera instancia, cabe decir que la Jueza analiza la naturaleza del amparo por mora, determinando que ante la omisión de la autoridad en un expediente administrativo quien es parte en el expediente puede requerir una orden de pronto despacho para emitir dictamen, o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado

En el caso, la Jueza entendió que además arcaba el derecho a acceder libremente a la información existente en archivos y documentos del Estado, garantía fundamental de la democracia en cuanto asegura la participación ciudadana en la discusión y decisión de los asuntos comunes.

61. STJ Ctes. En autos: "Aromi Jose Gustavo c. Municipalidad De Mburucuya s. Amparo Por Mora" Expte. EXP 147271/17. Sentencia 18 del 05 de junio de 2019.

62. Juzg.Cont.Adm. 2. Ctes. En autos "Aromi Jose Gustavo c. Municipalidad De Mburucuya s. Amparo Por Mora" Expte. EXP 147271/17. Sentencia 24 del 8 de agosto de 2017.

Entendió que el actuar del Estado debía estar ajustado a los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, por cuanto el derecho deriva de la forma republicana de gobierno conforme el texto constitucional y el derecho a peticionar a las autoridades.

Con respecto a la legitimación activa del concejal resaltó que el derecho a la información resulta una excepción por cuanto la sola condición de vecino alegada resultaba suficiente para justificar la solicitud.

Consideró que había operado una demora no razonable en brindar respuestas al concejal, y en consecuencia entendió procedente el amparo por mora contra el Ejecutivo Municipal ordenando la puesta a disposición de la documentación requerida.

En orden a lo requerido al Concejo Deliberante, entendió que no se integró adecuadamente la litis, pese a haber sido demandada la Municipalidad como persona de derecho público, por cuanto pretendía que el Concejo Deliberante como órgano sea citado a juicio de forma autónoma conforme criterio del Superior Tribunal.

Este fallo fue confirmado por la Cámara de Apelaciones, que desestimó el recurso interpuesto por la Municipalidad en su sentencia<sup>63</sup> con voto de la Dra. Nidia Alicia Billinghurst y adhesión de la Dra. María Herminia Puig.

Las juezas entendieron que el recurso solo contenía meras expresiones de desacuerdo que no se erigían como crítica seria, concreta y razonada, así como tampoco acreditaba el menoscabo que le causa la orden judicial, ni la gravedad de poner a disposición del actor información pública.

Destacó que la información requerida debía necesariamente existir en el registro del Municipio, no generándole mayor inconveniente en la marcha de la administración.

La revisora entendió que obraban acreditadas las demoras injustificadas, el transcurso de plazo más que razonable en una conducta municipal en abierta contradicción con los derechos y garantías constitucionales invocados por el accionante, los que merecen especial tutela por una decisión judicial justa y equitativa.

Fundamentos de la sentencia del Superior Tribunal (Ratio decidendi):

Así las cosas, fue en instancia extraordinaria que la posición de la Municipalidad encontró sorpresivo acogimiento en una sentencia basada en el voto del presidente, Dr. Luis Eduardo Rey Vázquez, que luego compartieron sus colegas.

En el fallo en cuestión se decidió revocar las sentencias dictadas precedentemente, argumentando una incongruencia entre la pretensión sustancial de acceso a información pública y la vía de amparo por mora que solo autoriza ordenar un pronto despacho.

Pese a la posibilidad de reconducir la causa o declarar una nulidad para ordenar un nuevo proceso, el Superior Tribunal, en instancia extraordinaria, ingresa a la jurisdicción positiva rechazando la acción con costas.

En este sentido, conviene criticar alguna de las consideraciones vertidas, a saber, por un lado, sostienen los Jueces que pese haberse acreditado la presentación de notas en el Ejecutivo municipal, no se observa la existencia de un procedimiento en que la administración tuviera que pronunciarse.

Por otro lado, sostuvo la sentencia que el deber de publicidad exige la publicación en el boletín oficial y en medios de comunicación e información, no que se le suministre personalmente acceso al actor conforme lo requirió.

Critica al Fallo:

El fallo ha sido puesto en crisis por un recurso extraordinario federal y un recurso de hecho federal ante la Corte Suprema de Justicia que ha requerido el expediente actualmente en trámite ante esa máxima jurisdicción nacional, como se recalcó supra.

63. Cám.Apel.Cont.Adm. Ctes. En autos "Aromi Jose Gustavo c. Municipalidad De Mburucuyá s. Amparo Por Mora" Expte. EXP 147271/17. Sentencia del 01 de junio de 2018.



Ahora bien, debemos decir que es acertado el fallo en cuanto detecta la existencia de una incongruencia entre la finalidad de un amparo por mora con la pretensión sustancial esgrimida por el actor.

La discusión se centrará en, sí el Superior Tribunal de Justicia tiene facultades en instancias extraordinarias de hacer prevalecer una cuestión formal en defensa de un Estado por encima un derecho fundamental del ser humano, como lo venimos sosteniendo hasta aquí.

En principio, la respuesta a la luz de los principios que rigen el derecho de acceso a la información pública manifiestamente aparece como contraria a la validez de la sentencia escrita por el Dr. Rey Vázquez.

Así, los derechos a la tutela judicial efectiva y las garantías constitucionales que se le reconocen al Sr. Aromi, como vecino y concejal, no pueden ser soslayadas o vueltas ineficientes por un error material del justiciable.

Abona esta postura la introducción del Superior Tribunal en la jurisdicción positiva, pese a ser una instancia extraordinaria, y la decisión de rechazar una acción tendiente a obtener información pública.

La abierta contradicción de la sentencia con el artículo 232 de la Constitución provincial denota la profundidad del agravio constitucional que importa un fallo de esta naturaleza.

Finalmente, surge abrumador el cuestionamiento de qué debe ordenarse en un amparo por mora donde la Constitución y la Ley ordenan sin hesitación alguna la respuesta debida.

Es decir, si bien el amparo por mora importa el requerimiento judicial de decisión sin importar el sentido, lo cierto es que en el supuesto sub examine la Constitución provincial prohíbe denegar el pedido de información de un ciudadano (art. 232 in fine), por lo que la decisión de primera y segunda instancia aparecen claramente razonables.

## **ii. Hadad c. Municipalidad de San Roque (2017).**

La sentencia<sup>64</sup> bajo análisis resulta la primera de una serie de precedentes judiciales que importaron el reconocimiento judicial del derecho de acceso a la información pública en el ámbito municipal de por parte de la Justicia de Corrientes.

Resumen fáctico:

El entonces concejal de la localidad, Raúl Eduardo Hadad, se presentó ante el Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de San Roque, requiriendo en su doble carácter (legislador y ciudadano) por nota, copias de los balances o memorias anuales 2015, informes de ejecución presupuestaria de nueve meses de 2016 y un detalle del estado de una obra pública (peatonal Berón de Astrada).

Ante la falta de respuesta de la administración por más de treinta días, inició la acción de amparo ante el Juzgado con competencia en lo contencioso administrativo de Goya.

El Juez, Roberto Ulises Candas, hizo lugar a la acción de amparo y condenó a la Municipalidad de San Roque, más precisamente a su Intendente, Carlos Guillermo Pelozo, a la entrega de la información requerida, asimismo exhortó a las autoridades a retomar el dialogo institucional y ajustar sus conductas a la Carta Orgánica Municipal y las Constituciones provincial y nacional.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

El magistrado para tomar la decisión detallada comienza rechazando excepciones previas interpuestas por la Municipalidad que desconocía el carácter de concejal del accionante, cuestión que fue desvirtuada por cuanto la jurisdicción entendió, con acierto, que la calidad de con-

64. Juzg.Civ.yCom. 1. Goya. En Autos "Hadad Raúl Eduardo c. Municipalidad De San Roque (Ctes.) s. Amparo" Expte. GXP 30427/17. Sentencia N° 3 del 07 de Agosto de 2017.



cejal en una localidad pequeña, donde solo hay siete, es del dominio público conocido por todos o casi todos los vecinos, imposible de ser desconocido por quien se desempeñaba como Intendente.

Asimismo, el sentenciante destacó que Hadad, tanto en sus notas como en su rol de concejal, dejó acreditada su calidad de vecino de la localidad y, conforme los arts. 40 inc. 8 y 48 de la Carta Orgánica Municipal, en adelante COM, tendrá acceso a la información pública y legitimación sustancial activa procesal, para exigir el cumplimiento de lo reconocido por dicho cuerpo normativo.

En este sentido, se entendió que el proceder del Ejecutivo Municipal de pretender excusarse en omisiones formales como la negación del carácter de concejal o el desconocimiento de la identidad del peticionante, con el único fin de no brindarle la información requerida, resultó a todas luces injustificado, arbitrario y, sin dudas, una actividad ilegítima.

Luego, en orden a la admisibilidad de la vía de amparo el Juez entendió que acreditada que fuera la petición de información y la falta de respuesta oportuna del Ejecutivo Municipal, se configura una omisión ilegítima que habilita la acción de amparo.

En cuanto a la urgencia, la entendió configurada por el plazo que el Ejecutivo municipal omitió resolver las peticiones requeridas e incluso el tiempo que sumaría y conllevaría una acción ordinaria o de conocimiento para lograr la finalidad buscada.

Respecto de la caducidad para iniciar la acción, el magistrado sostuvo que, en principio, los urgimientos o escritos de pronto despacho interrumpieron el plazo, pero que en estos supuestos existe ilegalidad continuada, que habilita la instancia judicial para garantizar la tutela judicial efectiva.

Resaltó por otro lado que la situación de hecho que el amparista denunciaba se proyectaba de forma directa sobre garantías que hacen al sistema republicano adoptado por la Constituciones nacional y provincial.

Dijo, además, con gran acierto y lo cito textualmente que: encontrándose en juego en el presente proceso el derecho de acceso a la información pública, el que puede ser ejercido permanentemente y no en un acto único, dará preeminencia a la garantía de acceso a la Justicia, la que no puede ser retaceada legalmente de manera arbitraria, y rechazare la defensa en examen.

Adentrándose en el fondo de la cuestión, sostuvo que la normativa citada por el amparista no dejaba resquicio alguno para la duda, es clara y contundente, el Ejecutivo debe cumplir con el principio de publicidad de los actos de gobierno, fiel expresión de la forma republicana adoptada por los constituyentes, como se desprende de la Carta Orgánica (art. 10) y de conformidad con los principios, derechos y garantías consagrados en las Constituciones provincial y Nacional.

Con cita a autores el Juez refirió que una consecuencia inmediata de la democracia representativa y la propiedad colectiva sobre las finanzas del Estado es el derecho del ciudadano de acceder a la información de los asuntos públicos, por principio de transparencia democrática.

Destacando las normas de la COM que establecían el claro y manifiesto deber del Ejecutivo Municipal de publicar en el boletín oficial, en medios de comunicación masiva y, disponibilizar en lugares público la información que era requerida en el amparo, el magistrado entendió que la conducta asumida por el Intendente al contestar el informe de ley es contraria a las normas y al principio de buena fe que debe reinar los procesos judiciales.

En clara conclusión, el sentenciante sostuvo que el intendente no puede excusarse de entregar la información al concejal, por haberla remitido al Concejo Deliberante, pues dicha conducta contraria el derecho de información y la amplia legitimación que reconoce la COM.

La sentencia también destaca que la presentación de obstáculos formales para conseguir lo pretendido por el actor, es contraria no solo al principio de buena fe procesal, sino también contrario al rol institucional que le cabe como Intendente Municipal y al derecho-deber de

información que debe asumir como funcionario público y máximo referente de la localidad. Responsabilidad que la ciudadanía aspira sumida por sus representantes.

Reconoce el Juez que el Código Iberoamericano de Buen Gobierno de 2006 destaca que la responsabilización y la transparencia deben ser particularmente válidas para el alto escalafón gubernamental, de tal manera que los patrones de calidad y comportamiento ético deben ser respetados por todos aquellos que ocupan cargos públicos y no solo por los funcionarios de carrera.

En este sentido, resalta el art. 232 de la Constitución provincial, en cuanto dispone que la petición de información formulada por los vecinos en ningún caso podrá serle negada, por la sencilla razón que los ejercicios confidenciales de rendiciones de cuentas a puertas cerradas carecen de credibilidad ya que la falta de publicidad las convierte en farsas, en caricaturas de rendiciones de cuentas. Por eso deben estar sujetas a estándares de transparencia, austeridad y eficiencia.

Por su parte, si bien no era norma vigente por falta de adhesión de la provincia de Corrientes, cito la Ley Nacional 27.275 destacando y detallando sus principios, como presunción de publicidad, transparencia y máxima divulgación, informalismo, máximo acceso, apertura, disociación, no discriminación, máxima premura, gratuidad, control, responsabilidad, alcance limitado de las excepciones, in dubio pro petitor, facilitación y buena fe.

También destacó la innecesaria acreditación de interés legítimo o derecho subjetivo en lo que a la petición de información pública refiere, como manifestación del derecho a buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar, y redistribuir la información en custodia del Estado.

Concluyó el magistrado que, en orden a la amplia legitimación reconocida por la Carta Municipal, del derecho de acceso a la información que es inherente al sistema republicano y a la publicidad de los actos de gobierno, que permiten auditar en forma permanente y libre la gestión pública de los gobernantes, admitiré el reclamo y ordenare a la Municipalidad de San Roque que haga entrega al amparista de la información requerida.

Argumentos complementarios (Obiter Dictum):

Si bien no hacen al derecho de acceso a la información, en sí mismos, es interesante revisar algunos argumentos que de manera clara flexibilizaron lo formal del proceso judicial en beneficio del peticionante de información.

Así, sostuvo el Juez que los plazos en el procedimiento administrativo -salvo el de los recursos- no son perentorios, y el archivo de las actuaciones administrativas debe ser la última alternativa, ya que además del interés particular que invocó el peticionante, siempre se encuentra comprometido el interés público, aunque sea indirectamente.

Asimismo, sostuvo que la existencia de otras vías procesales como la acción contenciosa administrativa, por sí misma, no es causal de inadmisibilidad del amparo, pues comporta un planteo dogmático cuando el recurrente no alega cual ha sido la defensa o prueba que el proceso sumarísimo le hubiese impedido deducir o producir.

Ambos criterios que denotan una tutela judicial efectiva en casos como el de análisis, donde se conculcan derechos humanos debidamente reconocidos.

### **vii. Magaldi c. Municipalidad de Pago de los Deseos (2019).**

En sentencia<sup>65</sup> de octubre de 2019, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral de la provincia de Corrientes, revocó el fallo dictado por la Jueza en lo Contencioso Administrativo N° 1 de la ciudad de Corrientes haciendo lugar a la acción de am-

65. Cám.Apel.Cont.Adm.yElec. Ctes. En autos "Magaldi Sintia Soledad c. Municipalidad De Pago De Los Deseos s. Amparo (Contencioso)" Expte. EXP 140653/16. Sentencia 378 del 10 de octubre de 2019.



paro y ordenando la entrega de un informe de ejecución presupuestaria a la entonces concejala Sintia Magaldi.

Resumen fáctico:

Durante el año 2016, la concejala Sintia Soledad Magaldi se había presentado por escrito ante el Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de Pago de los Deseos, requiriéndole a su Intendente, Eduardo Ramón González, una copia certificada del informe de ejecución presupuestaria del primer trimestre de 2006.

Ante la falta de respuesta en un lapso prolongado, la funcionaria decidió iniciar una acción de amparo contra la Municipalidad de Pago de los Deseos ante el Juzgado con competencia contenciosa administrativa de la ciudad de Corrientes.

La sentencia de primera instancia le fue adversa, conforme los argumentos esgrimidos en esa instancia por la magistrada, María Gabriela Romero Feris.

La Jueza sentenció que la actora, como concejal no podía desconocer las normas que regían su función y la del Concejo deliberante, debiendo haber formulado un proyecto resolución de pedido de informe que una vez aprobado obligaba al intendente y no una simple nota en el departamento ejecutivo.

Así la magistrada correntina entendió que no existía para la concejala peticionante un derecho cierto ni líquido por omisión de los procedimientos esenciales del Concejo Deliberante para petición de información al titular del Ejecutivo.

Cabe recordar también, por alarmante, que la magistrada sostuvo que al no haber ordenanza de presupuesto municipal sancionada por el Concejo, no se podían requerir o solicitar el informe de su ejecución.

En fin, la petición fue acogida por el recurso de apelación impetrado por la actora que dio lugar al fallo bajo análisis, construido sobre el voto de la Dra. Martha Helia Altabe y la adhesión de la Dra. Nidia Alicia Billingham.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

Para así resolver, la Cámara de Apelaciones recordó que conforme el art. 21 de la Constitución provincial todos los actos de gobierno deben ser publicados y las autoridades competentes están obligadas a difundirlos a través de los medios masivos de comunicación e información, garantizando al ciudadano el acceso al conocimiento de los mismos de manera oportuna, actualizada, completa y gratuita.

También resaltó la jurisdicción el art. 232 de la misma norma fundamental correntina, el que dispone la publicación de la información sobre movimientos de fondos, imputaciones presupuestarias y demás datos económicos o financieros en medios de difusión disponibles, como también la regla que una petición de información de un vecino no puede serle negada.

Por su lado, también se referenció la ley orgánica de municipios<sup>66</sup> y la exigencia impuesta en su art. 134 respecto de los informes de ejecuciones presupuestarias trimestrales y el 18 que impone el deber de publicar mensualmente el estado de ejecución de los presupuestos.

Asimismo, se destacó el art. 20 de la norma provincial de aplicación municipal, que reconoce el derecho de toda persona de solicitar y recibir información completa, veraz, adecuada, gratuita y oportuna de cualquier órgano de la Municipalidad.

Se tuvo en cuenta que el Concejo Deliberante informó adentrado 2019, que aún no habían sido presentados los informes de ejecución presupuestaria requeridos de 2016, ni sus correspondientes documentaciones respaldatorias.

La Cámara, sostuvo que el derecho en estudio comprende la información que hace a los asuntos de la comunidad, considerada como un todo y no con cada uno de sus ciudadanos individualmente. Así, la legitimación activa deriva del derecho de toda persona de conocer la

66. 72 Ley provincial N° 6042.



manera en que sus gobernantes y funcionarios se desempeñan, la sola condición de integrante de la comunidad resulta suficiente para justificar la solicitud.

La amparista había invocado su calidad de concejala, pero también de vecina de Pago de los Deseos, por lo que, para la Alzada, tenía legitimación sustancial activa procesal para exigir el cumplimiento del derecho que no puede someterse a un proceso administrativo burocrático, propio del Concejo Deliberante como pretendía la primera instancia, pues con ello perdería eficacia.

### **viii. Franco c. Municipalidad de Mariano I. Loza (2021).**

La sentencia<sup>67</sup> es un precedente dictado por la Jueza Teresa del Niño Jesús Oria que condena a la Municipalidad de Mariano I. Loza para que otorgue y actualice la información requerida por el concejal José Nolberto Franco.

Resumen fáctico:

El 15 de enero de 2021, el entonces concejal de la localidad de Mariano I. Loza, también conocida como Solari, presentó en su doble carácter de vecino y legislador local un pedido para que se le informara una nómina completa de empleados (de planta permanente y temporaria), su afectación en la administración general y sus remuneraciones por un lado, e inventario general de los bienes municipales y los balances correspondientes a los períodos 2017, 2018 y 2019, por el otro.

Luego de ello, promediando el mes de marzo el concejal presentó sendos urgimientos de pronto despacho de las solicitudes de información presentada, sin que al momento de interponer la acción las mismas hayan sido contestadas.

Motivado por lo cual inicio acción de amparo contra la Municipalidad a fin de obtener las copias e informaciones requeridas y tácitamente negadas por la administración municipal.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo ordenando la información sea entregada por el departamento ejecutivo municipal, declaró abstracto parte del pedido que había sido cumplido al momento del traslado, y exhorto a que se confeccionara y publicara en un plazo dos meses el inventario municipal.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

La sentencia comienza analizando la admisibilidad formal del amparo y, en ese menester, reconoce la calidad de vecino del actor y su condición de concejal conforme el público conocimiento, acordándole legitimación activa,

toda vez que se trataba de una afectación de un interés concreto y directo a su respecto.

Lo entendió así, ya que la información que requería era pública e indispensable para ejercer las funciones que ostentaba en la Municipalidad, lo que resultaba suficiente para justificar su pedido.

Resaltó la Jueza, en consonancia con la Corte Suprema, que en materia de acceso a la información pública la legitimación para presentar solicitudes es amplia y no exige un interés calificado del requirente, la información no pertenece al Estado, sino al pueblo.

Respecto de la admisibilidad formal de la vía, sostuvo que la claridad o lo evidente que surge la antijuricidad de la conducta y la lesión constitucional, es lo que permite resolverla sin necesidad de un estudio profundo de los hechos en un marco amplio de debate, es decir, debe poder resolverse en el reducido marco cognoscitivo del amparo.

De manera acertada la jueza, relaciono el acceso oportuno a la información pública, entre otras características del derecho, como razón por la cual la acción de amparo se transforma en

67. Juzg.Civ.Com.yCont.Adm. Curuzú Cuatiá. En autos "Franco, Jose Nolberto c. Municipalidad de Mariano I Loza s. Amparo (Contencioso)" Expte. CXP 14946/21. Sentencia del 06 de septiembre de 2021.



una vía idónea. La vía ordinaria impone esperar el silencio o la negativa tácita y luego una demanda ordinaria, lo que no le pareció ser idóneo ante la importancia del derecho a la información.

Por otro lado, el derecho adquiere, para ella, especial relevancia con relación a la función propia del actor (concejal) que le impone la necesidad de conocer como marcha la administración, como se compone el patrimonio municipal y quienes son los agentes públicos que trabajan en el Municipio.

Las conductas omisivas de las autoridades municipales resultaron para la Jueza, evidentemente contrarias al orden jurídico, en especial a los principios de publicidad de los actos de gobierno y transparencia.

Para sostener ello, la magistrada recuerda que la Constitución Nacional, adopta para el gobierno de la Republica la forma representativa, republicana y federal, con lo cual el derecho a la información deriva de esos postulados, pues la forma republicana requiere la publicidad de los actos.

Por su parte, también cita el art. 232 de la manda provincial destacando que, conforme a esa norma, cualquier persona puede pedir información y se le debe suministrar en la forma detallada en la Constitución.

Tampoco consideró que existiera impedimento alguno para las autoridades para brindar la información pública requerida por el actor, en las notas oportunamente presentadas en mesa de entradas.

En síntesis, sostuvo que el actor en su carácter de vecino y concejal tiene derecho a acceder a la información veraz y de forma oportuna (art. 20 L.O.M.), todo lo cual es de suma importancia para saber cómo se desempeña la administración municipal y cuál es el destino de los fondos públicos, todas cuestiones que atañen a la función de concejal y que sin la información adecuada resultan de imposible cumplimiento.

Finalmente, respecto a la información que la Municipalidad manifestó no tener confeccionada (inventario de bienes), la Jueza entendió que era indispensable para la función del actor, los demás concejales, los vecinos que tienen derecho como ciudadanos a conocer el patrimonio municipal y hasta para la demandada y su correcta administración.

Así, la Jueza exhorto a las autoridades del Ejecutivo Municipal para que, en un plazo prudencial de dos meses desde notificación de sentencia, terminen de confeccionar el inventario de bienes, lo publiquen en el boletín oficial y medios de publicidad pertinentes.

Concluyó entonces, la sentenciante, que la omisión antijurídica de proveer la información es manifiestamente arbitraria e ilegal y torna además de admisible, procedente la presente acción de amparo. ix. Echevarría c. Municipalidad de Alvear (2021).

La sentencia<sup>68</sup> es fue dictada por la Jueza María Dionicia Zovac, quién condenó a la Municipalidad de Alvear a la entrega de información pública presupuestaria requerida por el concejal Gilberto Echevarría.

Resumen fáctico:

El 06 de junio de 2019, el concejal de la localidad correntina de Alvear, requirió por nota en su doble carácter de vecino y edil un pedido para que se le brindara copia de los balances y memorias anuales 2017 y 2018, nómina de trabajadores municipales, inventario de bienes e informe de ejecución presupuestaria primer trimestre 2019.

El departamento ejecutivo municipal no dio respuesta alguna a las requisitorias planteadas, motivando el inicio de acción de amparo contra el Estado local a fin de obtener las copias e informaciones requeridas y tácitamente negadas por la administración municipal.

68. Juzg.Civ.Com.Men.yFam. Santo Tomé. En autos "Echevarría Gilberto c. Municipalidad de Alvear s Amparo (Fuero Civil)" Expte. TXP 10631/21. Sentencia 02 del 29 de septiembre de 2021.



La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo ordenando la información sea entregada por el departamento ejecutivo municipal y declaró abstracto parte del pedido que había sido cumplido al momento del informe de ley, pese a condenar en costas por considerar que fue la perdedora la que ocasiono la necesidad de acción judicial.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

Para tomar esta decisión, la Jueza consideró que la arbitrariedad como presupuesto del amparo, supone una conducta injusta, caprichosa, la sustitución de la voluntad de la ley por la del funcionario, porque prescinde de la norma o no tiene en cuenta los hechos, o porque carece de fundamentación o no sigue el procedimiento lógico.

Por su parte, la ilegalidad fue entendida en el fallo como el proceder en franca contradicción con el ordenamiento jurídico vigente al que la administración debe subordinarse.

En el caso el actor acredita ser concejal y vecino, por lo que la magistrada recordó que la legitimación para solicitar acceso a información debe ser considerada amplia pues, al igual que los fallos precedentes, entendió que la información no es del Estado, sino que pertenece al pueblo.

En este sentido son todos los integrantes de la sociedad los que ejercen el derecho a saber, por lo que no puede, al decir de la Jueza, depender de la acreditación de un interés legítimo ni de la exposición de motivos.

Así en cuanto al fondo de la cuestión, sostuvo que la Constitución garantiza el principio de publicidad de los actos de gobierno y el derecho de acceso a la información pública a través de su artículo 1, de los artículos 33, 41, 42 y concordantes del capítulo segundo -que establece nuevos derechos y garantías- y del artículo 75 inciso 22, que incorpora con jerarquía constitucional diversos tratados internacionales.

Por su parte, a nivel provincial destacó el art. 21 de la Constitución, que impone que todos los actos de gobierno deben ser publicados en la forma que la ley determine, especialmente aquellos relacionados con la percepción e inversión de los fondos públicos y con la enajenación y afectación de bienes pertenecientes al Estado Provincial y a las Municipalidades. También rescató que las autoridades están obligadas a difundir la información por medios masivos de comunicación e información garantizando el conocimiento del ciudadano de forma oportuna, actualizada, completa y gratuita.

Resaltó también el art. 232 en su parte final que prohíbe que toda petición de información formulada por vecinos pueda ser rechazada por la Municipalidad, en línea con los arts. 18, 19 y 20 de la Ley orgánica de municipalidades que enmarcan el deber de publicidad y el derecho de acceso a la información.

Luego de las consideraciones realizó un cotejo de la documentación aportada al momento de contestar informe de ley la Municipalidad y sostuvo que respecto del balance y la memoria anual 2017 la demandada omitió presentarla incumpliendo la obligación de presentarla de forma oportuna, resultando procedente la acción de amparo pues entendió le asistía el derecho al accionante de acceder a la información solicitada, siendo manifiesta la omisión de las autoridades ante las notas presentadas.

En conclusión, la Jueza sentenció que la conducta de la demandada, contraria a la ley, cercena el derecho de acceso a la información pública que posee el actor como vecino de la localidad de Alvear y como concejal, pues la información requerida se vincula con la función pública que desempeña y resulta relevante para el ejercicio de esa función.

Al momento de la imposición de costas, la magistrada también fundó su decisión en argumentos relevantes, pues si bien entendió que parte de la documentación requerida fue presentada un tanto antes de la promoción de la demanda, otro tanto al contestar el informe de ley y otro tanto fue objeto de la condena, lo cierto es que la conducta de la Municipalidad fue la que generó la acción judicial.

#### **x. Díaz c. Municipalidad de Garruchos (2021).**

Esta sentencia<sup>69</sup> al igual que la anterior, fue dictada por la Jueza María Dionicia Zovac, quién condenó en costas, esta vez, a la Municipalidad de Garruchos por la entrega inoportuna de información pública presupuestaria requerida por el concejal Néstor Fabian Díaz.

Resumen fáctico:

El 08 de septiembre de 2020, el entonces edil de la localidad de Garruchos, hizo sendas presentaciones por ante el Intendente municipal, José Alejandro Minigozi, solicitando en su doble carácter de vecino y concejal copia de los balances y cuentas de inversión 2018 y 2019, inventario de bienes de la Municipalidad y documentación respaldatoria.

Ante la omisión de respuesta por parte de la administración local, el 15 de diciembre de 2020 se inició una acción de amparo a fin de lograr el acceso a la información la que fue aportada en el Juzgado referenciado.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

Conviene resaltar que el fallo sub examine resulta análogo al caso Echevarría, arribando, con acierto, a las mismas conclusiones la sentenciante, basándose en las mismas normas y argumentos, aunque resalta artículos de la Carta Orgánica de Garruchos, a saber, los arts. 13, 22 inc. 12, 161 incs 21 y 40.

Así sostuvo la Jueza que la información requerida es de suma importancia para saber cómo se desempeña la administración municipal y cuál es el destino de los fondos públicos, todas cuestiones que atañen a la función del Concejo Deliberante y que sin la información adecuada resultan de imposible cumplimiento.

Finalmente, pese a que el Ejecutivo municipal cesó su omisión durante la tramitación de la acción de amparo, entregando en el Juzgado la documentación requerida, lo hizo luego de presentado el informe de ley, por lo que la condenaron en costas.

#### **xi. Andersson c. Municipalidad de Tatacuá (2021).**

Esta sentencia<sup>70</sup> fue dictada por la Jueza María Marcela Oviedo, quién condenó en costas a la Municipalidad de Tatacuá por la entrega inoportuna de información pública presupuestaria requerida por el concejal Cesar Antonio Andersson.

Resumen fáctico:

El 03 de septiembre de 2020, el legislador de la localidad de Tatacuá, presento notas ante el Intendente municipal, Sergio Ramirez, solicitando en su doble carácter de vecino y edil copia de los balances y cuentas de inversión 2018 y 2019, inventario de bienes de la Municipalidad y ejecuciones presupuestarias del primer trimestre 2020.

Ante la falta deliberada de respuesta por del Intendente, el 04 de febrero de 2021 se inició impetru un amparo a fin de lograr el acceso a la información, acción que tuvo acogida en el Juzgado referenciado y entregada antes de la sentencia.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

Conviene iniciar resaltando que la Municipalidad, al momento de contestar el informe aportó la mayor parte de la documentación requerida por el amparista, pero ello no obsta que la Jueza llevara adelante sus fundamentos sobre la viabilidad y procedencia de la acción y condenara en costas a la demandada.

69. Juzg.Civ.Com.Men.yFam. Santo Tomé. En autos "Díaz Néstor Fabian C/ Municipalidad de Garruchos -Ctes. S/ Amparo" Expte. TXP 10594/20. Sentencia 03 del 13 de octubre de 2021.

70. Juzg.Cont.Adm. 2. Corrientes. En autos "Andersson Cesar Antonio c. Municipalidad de Tatacuá s. Amparo (Contencioso)" Expte. EXP 209626/20. Sentencia 315 del 29 de noviembre de 2021.



Así sostuvo la Jueza que, si bien tiene dicho que los concejales solo tienen legitimación procesal cuando los actos les ocasionan un perjuicio hacia ellos como individuos, o como legisladores sufran un daño en sus prerrogativas o sean privados de sus atribuciones, resulta excepción a esta regla el derecho de acceso a la información donde la sola condición de vecino justifica la solicitud.

También adujo la sentenciante que la información era requerida por el amparista resultaba indispensable para el ejercicio adecuado del cargo que desempeñaba, lo que justificaba las solicitudes de informes requeridos.

En su razonamiento incluso la Jueza desestimó como inatendible la excusa del ejecutivo respecto a que la pandemia había retrasado el desenvolvimiento de la administración, por considerar de información que debe estar en los registros municipales sin excusas.

Entendió, con acierto, que el acceso a la información pública no se refiere al mero conocimiento de datos, por el contrario, se trata del reconocimiento de un derecho que tiende a promover la participación ciudadana y que se convierte en una herramienta fundamental a fin de controlar posibles desvíos de poderes.

Finalmente, pese a que el Ejecutivo municipal cesó su omisión durante la tramitación de la acción de amparo, entregando al Juzgado la documentación requerida, la jueza entendió que debía haberlo hecho oportunamente en el ámbito interno de la administración, por lo que condenó a la Municipalidad en costas.

## **xii. Romero c. Municipalidad de San Lorenzo (2022).**

En una sentencia<sup>71</sup> más novedosa, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral de la provincia de Corrientes, reitera fallo en idénticas condiciones el fallo dictado en Magaldi, supra analizado.

En el caso se vuelve a revocar una decisión de la Jueza en lo Contencioso Administrativo N° 1 de la ciudad de Corrientes, y en consecuencia se hace lugar a la acción de amparo y se ordena la entrega de la información requerida por el entonces concejal Vicente Adrián Romero.

Resumen fáctico:

En similar supuesto que el de Magaldi, durante el año 2016, el concejal Vicente Adrián Romero se había presentado por escrito ante el Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de San Lorenzo, requiriéndole a su Intendente, Rufino Acevedo, una copia de los informes de ejecución presupuestaria del primer y segundo trimestres de 2006.

Ante la falta de respuesta en un lapso prolongado, el Edil decidió iniciar una acción de amparo contra la Municipalidad de San Lorenzo ante el Juzgado con competencia contenciosa administrativa de la ciudad de Corrientes.

La sentencia de primera instancia le fue adversa, conforme los argumentos esgrimidos en esa instancia por la magistrada, María Gabriela Romero Feris.

La Jueza volvió a sentenciar, como en Magaldi, que el actor no podía desconocer las normas que regían su función y la del Concejo deliberante, debiendo haber formulado un proyecto de resolución de pedido de informe que una vez aprobado obligaba al intendente y no una simple nota en el departamento ejecutivo.

Así la magistrada correntina reiteró su criterio errado de que no existía para el concejal peticionante un derecho cierto ni líquido por omisión de los procedimientos esenciales del Concejo Deliberante para petición de información al titular del Ejecutivo.

71. Cám.Apel.Cont.Adm.yElec. Ctes. En autos “Romero Vicente Adrián c. Municipalidad De San Lorenzo s. Amparo (Contencioso)” Expte. EXP 140530/16. Sentencia 84 del 28 de junio de 2022.





Cabe recordar nuevamente, por alarmante, que la magistrada adujo que al no haber ordenanza de presupuesto municipal sancionada por el Concejo, no se podían requerir o solicitar el informe de su ejecución.

En fin, la petición fue acogida por el recurso de apelación impetrado por la actora que dio lugar al fallo bajo análisis, construido sobre el voto de la Dra.

Martha Helia Altabe y la adhesión de la Dra. María Herminia Puig.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

Debido a la brevedad requerida para el presente trabajo, cabe destacar la identidad de fundamentos con la causa Magaldi antes reseñados, por cuanto resulta una idéntica situación y respuesta jurisdiccional, pero que empieza a marcar jurisprudencialmente un criterio en la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral.

### **xiii. Bizarro c. Municipalidad de El Sombrero (2022).**

Esta sentencia<sup>72</sup> nuevamente la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral, reitera su criterio en análogas condiciones al fallo dictado en Magaldi y Romero, supra analizados.

En el caso se vuelve a revocar una decisión de la Jueza en lo Contencioso Administrativo N° 1 de la ciudad de Corrientes, y en consecuencia se hace lugar parcialmente a la acción de amparo y se ordena la entrega de la nómina de trabajadores requerida por el entonces concejal Eduardo Javier Bizarro.

Resumen fáctico:

En un nuevo caso análogo al de Magaldi y Romero, durante el año 2018, el concejal Eduardo Javier Bizarro presentó notas al Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de El Sombrero, requiriéndole a su Intendente, Raúl González, copia del balance anual y memoria 2017, el informe de ejecución presupuestaria del primer trimestre de 2008 y nómina de trabajadores.

El Intendente notificó al concejal requirente, un dictamen legal de la Asesora del Municipio, la Dra. Piragine Niveyro, donde entendía que el pedido era improcedente y se recomendaba su rechazo, sin que se dicte acto administrativo final.

Con la omisión de respuesta extendida en un lapso prolongado, el legislador local inició un amparo contra la Municipalidad de El Sombrero ante el Juzgado con competencia contenciosa administrativa de la ciudad de Corrientes.

La sentencia de primera instancia le fue adversa, conforme los argumentos esgrimidos en esa instancia por la magistrada, María Gabriela Romero Feris.

La Jueza insistió, pese a las distintas revocatorias sufridas en sus sentencias con el criterio de que el concejal debía formular su reclamo por las vías de un proyecto resolución de pedido de informe que una vez aprobado obligara al intendente y no una simple nota en el departamento ejecutivo.

Así, la magistrada correntina también consideró que el Tribunal de Cuentas como órgano había aprobado las cuentas del Municipio, por lo que el amparista carecía de derecho cierto a acceder a la información como lo pretendía.

En fin, la petición fue parcialmente acogida por el recurso de apelación impetrado por la actora que dio lugar al fallo bajo análisis, construido sobre el voto de la Dra. Nidia Alicia Billinghamurst y la adhesión de la Dra. Martha Helia Altabe.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

72. Cám.Apel.Cont.Adm.yElec. Ctes. En autos “Bizarro Eduardo Javier c. Municipalidad de El Sombrero s. Amparo (Contencioso)” Expte. EXP 180239/19. Sentencia 63 del 31 de mayo de 2022.



Es dable destacar que los argumentos del caso son análogos a los fallos dictados en Magaldi y Romero, pero introduce un análisis interesante en lo que respecta al fundamento de la imposición de costas.

Así la sentencia que la jurisdicción debe apartarse del principio general de la derrota y las costas, toda vez que obedece al compromiso ciudadano que implica el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y la necesidad de fomentar la participación de la sociedad civil en los asuntos públicos, pues coadyuva a brindar transparencia y sirve como herramienta contra la corrupción.

#### **xiv. Amaro c. Municipalidad de San Carlos (2022).**

El fallo<sup>73</sup> tiene como sentenciante a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral, que reitera su criterio en análogas condiciones al fallo dictado en Magaldi, Romero y Bizarro, supra analizados.

En esta oportunidad la sentencia revocada corresponde a la Jueza en lo Civil, Comercial y Laboral de la ciudad de Santo Tome, Dra. Gabriela Catalina Borgo y, en consecuencia, se hace lugar parcialmente a la acción de amparo y se ordena la entrega de la nómina de trabajadores y documentación respaldatoria requerida por el entonces concejal Roberto Carlos Amaro.

Resumen fáctico:

El concejal Amaro realizó presentaciones el 24 de septiembre de 2020 ante la Intendenta municipal, Graciela Cristina del Rosario Larraburu a fin de requerir copia de los balances y memorias anuales 2018 y 2019, copia del inventario de bienes y la nomina de trabajadores, con documentación respaldatoria.

La Jueza de primera instancia terminó por rechazar la acción entendiendo que cuando el departamento ejecutivo presentó las documentaciones ante el Concejo Deliberante, el concejal tuvo o debió tener acceso, rechazando las copias requeridas.

En fin, la petición fue parcialmente acogida por el recurso de apelación impetrado por la actora que dio lugar al fallo bajo análisis, construido sobre el voto de la Dra. Nidia Alicia Billingham y la adhesión de la Dra. Martha Helia Altabe.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

Si bien los argumentos que llevan a tomar la decisión, pueden decirse idénticos a los fallos que venimos analizando previamente, en este caso conviene resaltar la consagración de los precedentes señalados.

En definitiva, la sentencia resulta la primera vez que, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral, hoy Cámara de Apelaciones con Competencia Administrativa y Electoral, reconoce y explica el criterio jurisprudencial alcanzado y sentado en los fallos relatados.

Lo hacen las juezas al sostener que los fundamentos resultan suficientes para modificar la solución de origen, siguiendo los lineamientos expuestos en casos análogos (“BIZARRO”, “ANDERSSON CLARISA AVIGAIL”, entre otros).

## **7. Conclusiones y propuestas**

- a. Aspectos para normar a nivel provincial, intermunicipal y municipal. Ley de presupuestos mínimos.

73. Cám.Apel.Cont.Adm.yElec. Ctes. En autos “Amaro Roberto Carlos c. Municipalidad De San Carlos s. Amparo (Fuero Civil)” Expte. TXP 10649/21. Sentencia 85 del 28 de junio de 2022.



Es importante destacar que la actual ley provincial no se condice con los presupuestos básicos del derecho y las garantías que sí se encuentran debidamente reconocidas en la Constitución de la Provincia.

En este sentido es conveniente proponer a la Legislatura provincial el dictado de una nueva ley o, simplemente, la adhesión a la ley nacional a fin de instaurar un régimen legal compatible con el sistema interamericano y constitucional de derechos humanos.

A nivel intermunicipal y municipal, lo cierto es que la norma detallada, a saber, la Ley provincial 6042 es una norma de avanzada que se ajusta a los parámetros constitucionales y convencionales, aunque su cumplimiento actualmente no es controlado.

En consecuencia, el dictado de una ley provincial que establezca los principios antes desarrollados e incluso invite a las Municipalidades a sumarse aparece realmente como esencial a los fines de consolidar una verdadera democracia republicana y participativa como declara nuestra Constitución.

b. Aspectos para reglamentar un procedimiento administrativo de acceso a información pública constitucional y convencional viables.

El procedimiento administrativo dispuesto por la Ley vigente a nivel provincial impone requisitos inadmisibles en un sistema republicano y representativo de gobierno moderno, afecta la participación ciudadana de los y las correntinas.

Resulta esencial avanzar en la reglamentación de un proceso ágil y expedito de acceso a la información pública con legitimación pasiva amplia, así como una legitimación activa que no requiera otros intereses o derechos que la participación democrática del ciudadano.

Es importante destacar que pese a existir una dirección de información pública, la naturaleza de los datos que se publican resultan de índole propagandísticos incompatibles con el verdadero espíritu de control social y transparencia que debieran cumplir.

Así es necesario contar con un órgano público estatal, con autonomía presupuestaria y personal de carrera con designación calificada, que lleve adelante como órgano de aplicación, la normativa, recopilando, sistematizando, publicando y brindando acceso a la información pública correntina.

c. Aspectos esenciales para la estandarización de información pública proactiva en todos los niveles de las administraciones provinciales y municipales. La decadencia del Boletín Oficial en la sociedad de la información.

El Boletín Oficial como herramienta histórica ha perdido su utilidad como mecanismo de publicidad, aún en sus versiones digitales, no cumple con el fin propuesto de poner en conocimiento de la sociedad la realidad de la gestión gubernamental del Estado.

La falta de sistematización normativa, la inexistencia de digestos jurídicos provinciales y municipales, del tipo infoleg o saij repercuten en la calidad institucional de la provincia y los municipios.

Es necesario crear sistemas de información actualizados y completos, así como documentos entendibles para las y los ciudadanos correntinos.

En definitiva, la aplicación de los principios desarrollados supra, y la adecuación de la provincia al rol proactivo que las nuevas tecnologías de la información nos lo hacen posible.

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

Andrea Raquel Fortín

*Director*

Mgtr. Gustavo Santiago Leguizamón

---

## Glosario

- Acto administrativo: es la “declaración emitida por un órgano estatal o un ente no estatal en ejercicio de función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros.” (COMADIRA, J.)
- Apropiador: persona que toma para sí, la vivienda social, haciéndose dueña de ella sin derecho alguno.
- Avocación administrativa: Decisión de asumir los órganos superiores, cuando esté previsto en las leyes, el conocimiento de un asunto cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos administrativos dependientes, cuando circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial lo hagan conveniente.
- Buena fe: persona que cree poseer una cosa debidamente, ignorando los vicios de su adquisición.
- Contrato de obra pública es un contrato administrativo que constituye una especie dentro del género de los contratos, caracterizado por elementos especiales... que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado (FAYT).
- Década perdida: período de estancamiento económico en países de Latinoamérica, debido a la carga agobiadora de una deuda que limitaba el acceso a los mercados financieros internacionales, a una reducción del 9% del ingreso per cápita entre 1980 y 1990, y a la inflación que sobrepasó en algunos países al 1.000%.
- Discrecionalidad: es la posibilidad de escoger válidamente entre dos o más alternativas
- Dominio público: bienes de propiedad del Estado y, en el caso, destinados al fin público de viviendas sociales.
- Ente autárquico: es una entidad descentralizada de derecho administrativo con personalidad jurídica, creada para una función de interés común, con cierta libertad e independencia, con sus propios recursos y con capacidad para nombrar y remover empleados.
- Interés público: es el conjunto de aspiraciones surgidas de las necesidades colectivas de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado
- Interinstitucional: dos o más instituciones, en el caso administrativa y judicial, relacionadas entre sí coordinan su labor conforme su competencia.
- Locación de obra: es aquel contrato por el cual una de las partes, denominada locador de obra (contratista), se compromete a alcanzar un resultado eficaz, material o inmaterial, reproducible o susceptible de entrega, asumiendo el riesgo técnico o económico, sin subordinación jurídica y la otra parte, denominada locatario de obra (comitente), se obliga a pagar un precio determinado o determinable en dinero. Tiene duración hasta la finalización del resultado determinado.
- MDS: Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.
- MDTyH: Ministerio de Desarrollo Territorial y Hábitat.
- Obra pública: para el sistema jurídico argentina es la cosa mueble o inmueble construida para utilidad” o comodidad común, que pertenece a una entidad estatal. Para la doctrina se refiere sólo a inmuebles.
- Planes habitacionales: determinan las metas y objetivos propuestos, en reducir la brecha de desigualdad habitacional entre los habitantes de un territorio, dentro de un periodo determinado, generalmente a mediano plazo.
- Poder de policía: el Poder de Policía es la atribución que tiene el Estado, en ejercicio de su función legislativa, de reglamentar el ejercicio de los derechos de las personas mediante razonables limitaciones impuestas por la ley, a fin de promover el bienestar general y mejorar la convivencia en sociedad. CSJN, Estrada. Id SAIJ: FA05000211



- Poder exorbitante: desde la perspectiva jurídica argentina, es una opinión común que el término “exorbitante” no puede ser entendido como indicativo de un régimen cuya definición deriva de un ámbito regulatorio residual, por oposición al principal o central constituido por el derecho privado ... se considera que la exorbitancia del derecho administrativo deriva hoy de la especificidad de su contenido equilibrado de prerrogativas y garantías, tanto sustanciales como procesales; y de su carácter de derecho común de la Administración, ámbito, en principio, excluido de la órbita propia del derecho privado (COMADIRA, 2012).
- Policía administrativa: la policía es la función administrativa que realizan los órganos de la Administración, que consiste en ejecutar las normas dictadas en ejercicio del poder de policía, con el fin de tutelar los bienes generales como el orden, la seguridad, moralidad y salubridad pública, a través hechos, actos o reglamentos administrativos. CSJN, Estrada. Id SAJJ: FA05000211
- Política pública: “(...) un conjunto de acciones u omisiones que manifiestan una determinada modalidad de intervención del Estado en relación con una cuestión que concita la atención, interés o movilización de otros actores de la sociedad civil” (OSZLAK Y O’DONNELL) Las decisiones u omisiones deberían proyectarse a largo plazo, como parte del plan de cada Estado, y no del gobierno de turno
- Prescripción adquisitiva corta: La prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante diez años... Si la cosa es registrable, el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título (artículo 1898CCyCN).
- Prescripción adquisitiva larga: Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de veinte años. No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión (artículo 1899CCyCN).
- Prescripción adquisitiva: es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley (artículo 1897CCyCN).
- Principio de Progresividad: El fundamento del principio de la realización progresiva de los derechos es que los gobiernos tienen la obligación de asegurar condiciones que, de acuerdo con los recursos materiales del Estado, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de tales derechos (artículo 19CN).
- Programas habitacionales: son las acciones orientadas a alcanzar las metas y objetivos propuestos en cuestiones de viviendas y mejoramientos de las existentes.
- Progreso: implementar políticas económicas y sociales que logren el aumento de la riqueza y bienestar general de todos los ciudadanos
- Proporcionalidad: sometimiento del acto administrativo al fin que lo justifica, por eso tiene prohibido perseguir fines distintos y debe adecuar los medios o procedimiento a los fines perseguidos por el propio ordenamiento jurídico.
- Razonabilidad: La Corte Suprema argentina, aplica el criterio de la razonabilidad de las leyes: la interpretación de la norma administrativa debe ser armónica y conectada con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico.
- Regularización dominial: significa el cumplimiento de las etapas previas y necesarias para la obtención de la escritura de propiedad registral de la vivienda, con la seguridad jurídica que ello implica.
- Título oneroso: adquirir algo bajo contraprestación, normalmente un precio.

## Introducción

¿Se preguntó alguna vez, cómo es posible que, en la provincia del Chaco, con una organización gubernamental que incorpora una estructura jurídica y de gestión en permanente proceso de modernización, en el mercado inmobiliario sigue existiendo un importante porcentaje de irregularidades dominiales urbanas y déficits habitacionales de relevancia? Históricamente, es una de las tres provincias argentinas que ostenta mayor irregularidad dominial de inmuebles, especialmente urbanos.<sup>1</sup> Su impacto social negativo es evidente.

Una de las modalidades de apropiación indebida de dichas propiedades es la usurpación.

1. URL: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/plan\\_estrategico\\_territorial\\_de\\_la\\_provincia\\_de\\_chaco\\_publicacion\\_provincial\\_septiembre\\_de\\_2013\\_.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/plan_estrategico_territorial_de_la_provincia_de_chaco_publicacion_provincial_septiembre_de_2013_.pdf)



Incluso en el período de la pandemia a raíz del Virus del Covid 19, este delito, fue el único que no se redujo a raíz del aislamiento social obligatorio<sup>2</sup>, siendo incluso expresamente excepcionados los procedimientos de desalojo, junto a otras causales que habilitan este trámite judicial.

En los años de ejercicio de mi profesión liberal de abogada y como personal de planta del Instituto Provincial de Desarrollo Urbano y Vivienda de la Provincia del Chaco (IPDUV)<sup>3</sup> he detectado un incansable intento de reducir a través de políticas públicas, la informalidad en la posesión de los inmuebles urbanos. Esta situación afecta directamente a un amplio sector de los habitantes de esta Provincia, que no logra encontrar estabilidad patrimonial formal en lo que respecta a la titularidad del inmueble donde reside con su familia, situación que incluso habilita el estudio de varias redes de actores involucrados, tanto en la esfera pública como privada.

Por otra parte, dentro del espacio de la obra pública del Instituto antes mencionado, también existe este inconveniente, por lo que, para solucionar esta cuestión, deviene un trabajo integral y su análisis puede ser materia de varios trabajos de investigación administrativa, jurídica y política.

Dentro de estas posesiones irregulares, particularmente serán objeto de la presente investigación, el caso de las soluciones habitacionales ejecutadas en inmuebles públicos, a través del IPDUV que fueron objeto de denuncias de usurpación, y cuyos apropiadores ilegales los comercializaron ni bien advirtieron que no los desalojarían en la inmediatez, engañando o abusando de la confianza de otras personas que necesitan acceder a estas posesiones por precios bajos, incluso engañándolos al mencionar que son beneficiarios de las mismas.

Estas obras públicas, que no alcanzan a obtener el cierre definitivo de la obra, no cuentan con planos de mensuras aprobados y las causas judiciales iniciadas por los Contratistas, por cuestiones de conductas omisivas de éstos y por cuestiones procesales en la justicia penal, terminan remitiéndose al archivo de las Fiscalías actuantes.

Los ocupantes, habitan estos barrios intentando pasar inadvertidos, mientras año a año residen en un espacio con cierta dignidad con la esperanza de regularizar en el futuro ante el IPDUV. No pagan impuestos y tasas, y obviamente tampoco la cuota de amortización de la construcción de su hogar. También son beneficiarios de infraestructura urbana privilegiada respecto a otros ciudadanos, por el crecimiento propio de la ciudad, sin haber aportado para ello y deviniendo paulatinamente un incremento de costos que afecta tanto al gobierno municipal como provincial, y desde allí al mercado.

Pasan los años y el problema surge cuando los organismos, especialmente de servicios de infraestructura, inician juicios de cobranzas o conexiones clandestinas en dichos barrios, donde sus ocupantes no son los titulares legítimos de la deuda, sino el mismo Instituto por ser el titular registral del inmueble.

Por otra parte, los beneficiarios que residen en dichos espacios, habilitados de hecho para residir en esas viviendas por la ausencia de desalojo, al no aportar a la sociedad con una legitimación de posesión, le será muy difícil en el futuro plantear una prescripción adquisitiva, porque lo único que eventualmente pueden aportar como prueba de su añosa residencia, es algún pago de una empresa de telefonía, video-cable o internet, no pudiendo probar ante la justicia que, de hecho, cumplen con los pagos de impuestos y tasas a título de dueños, aunque no lo sean registralmente. El Estado, si mantiene esta conducta pasiva, no recupera la amortización

2. URL: <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/adn-del-crimen-usurpaciones-un-delito-que-no-se-detuvo-enpandemia-nid05112022/> Diario La Nación, CABA, 5/11/2022

3. Este Instituto es una entidad autárquica de derecho público creada por la ley provincial N° 318-K con capacidad para actuar en forma privada y pública, para actuar a todos los efectos previstos en la Ley Nacional

24.464. Su vinculación con el Poder Ejecutivo Provincial es a través del Ministerio de Desarrollo Urbano y Territorial.

de la ejecución de la vivienda construida y corre el riesgo de posibles y cuantiosas demandas en su contra.

Esta problemática, genera una situación que ni el mercado ni la justicia penal que archivará el caso tiempo atrás, lo van a solucionar. Tiene que transcurrir al menos veinte años y luego de engorrosos trámites judiciales, con altos costos económicos que ello implica, algunos de ellos lo logren; el Instituto será demandado sin recupero de la inversión.<sup>4</sup> El Estado, habilitado por el derecho administrativo, debe intervenir en el marco de sus potestades exorbitantes<sup>5</sup> y, sobre todo, evitar que en el futuro se vuelva a producir.

El fin del Estado es operativizar el cumplimiento de los derechos de jerarquía constitucional y otorgar soluciones concretas y sustentables, en el marco de los principios propios del derecho administrativo y el derecho en general. Por otra parte, la Administración Pública si no lo soluciona, como titular registral y Comitente de los contratos de obra pública, producirá un perjuicio económico en el desarrollo sostenible del suelo urbano formal, y en el presupuesto público, que cada vez cuenta con menos dinero en términos reales de inversión para viviendas sociales, especialmente en lo que va del año 2023.<sup>6</sup> (ver ANEXO I)

Para entender el contexto social, económico, político y administrativo en el que está inmersa esta investigación, se reflexiona primero y brevemente sobre las ideas del estado y el mercado como institutos políticos y económicos por excelencia y su impacto en el sistema democrático actual globalizado. La interrelación de estas organizaciones, impactan directamente en la cuestión social, los derechos individuales, y particularmente sobre el derecho a la propiedad.

Se dará relevancia en esta investigación, a la demanda habitacional desproporcionada a la oferta de viviendas, especialmente para acceder a la primera vivienda. Esta posibilidad, se torna cada vez más difícil debido al aumento de las brechas de desigualdad, resultando insuficiente las acciones estatales y del mercado, para revertir esta situación a niveles óptimos.

El Ejecutivo Provincial, como ejecutor de la política pública habitacional, que en la Provincia del Chaco se realiza a través del IPDUV, ente autárquico de dicho poder gubernamental, debe seleccionar los beneficiarios de viviendas, conforme los baremos que reglamentariamente se consideran como prioritarios, así como establecer un equilibrio presupuestario para la devolución de las inversiones a fin de ejecutarse nuevas obras. Bajo esta proyección, se analizará la intervención del Estado, sobre los temas que se consideran centrales para el caso problemático, avanzando sobre como los contratos de obras públicas con el Estado, con poderes de exorbitancia otorgados por la misma ley, como Comitente y el dominio público.

Lamentablemente, la real demanda social, sobre todo de los sectores de menos recursos económicos va en aumento, generando un conflicto de intereses colectivos e individuales, públicos y privados. En este contexto incluso, algunas personas utilizan la usurpación como un modo de incrementar ilegalmente sus propios ingresos. Aprovechan la buena fe de algunas familias necesitadas, que cuentan con un pequeño ahorro y que están urgidas de acceder de manera inmediata a una vivienda propia. Los sujetos apropiadores, entregan una posesión que en apariencia sería legal cuando lejos está de serlo.

Este trabajo pretende sugerir soluciones para esas históricas irregularidades de posesión de los barrios usurpados, lo que permitirá relevantes beneficios público-privados. También se brinda una posible solución de coordinación interinstitucional para evitar nuevos sucesos similares.

4. Artículo 1899. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Prescripción larga.

5. RODRÍGUEZ, M.J. (2022) La atmósfera de derecho público de la contratación administrativa: el régimen exorbitante. URL:[https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Dra.\\_Mar%C3%ADa\\_Jos%C3%A9\\_Rodr%C3%ADguez\\_\\_La\\_At\\_m%C3%B3sfera\\_MES\\_10-2022.pdf](https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Dra._Mar%C3%ADa_Jos%C3%A9_Rodr%C3%ADguez__La_At_m%C3%B3sfera_MES_10-2022.pdf)

6. [http://acij.org.ar/wp-content/uploads/2022/11/Habitat-y-vivienda\\_-\\_Semana\\_-\\_Presupuesto-y-Derechos\\_2022.docx-1.pdf](http://acij.org.ar/wp-content/uploads/2022/11/Habitat-y-vivienda_-_Semana_-_Presupuesto-y-Derechos_2022.docx-1.pdf)



### **Problema a analizar**

A la fecha y a futuro, estos predios serán un problema cada vez mayor para el Estado en todos sus niveles de gobierno y para los ocupantes que residen en la actualidad y que de buena fe, viven en dichos espacios sin poder capitalizar las inversiones que hagan en esa residencia familiar ni transmitir las a sus futuras generaciones.

En este contexto, considero de relevancia también advertir el compromiso que se genera al Estado. No contará con estas obras públicas, para sortear entre los postulantes inscriptos. ¿Cómo debe actuar, entonces, en sus áreas de gobierno, para dar solución a esta situación?, pero por, sobre todo, ¿cómo prevenir que la usurpación no se convierta en un comercio reiterado?

### **Tema**

El tema de investigación, es la regularización dominial de soluciones habitacionales urbanas ejecutadas en inmuebles del Estado, a través de obras públicas de la provincia del Chaco, y que tuvieron denuncias de usurpación y comercialización posterior, transmitiéndolas en forma engañosa y abusiva.

Los apropiadores advierten que no los desalojan en un tiempo inmediato por lo que proceden a engañar y abusar de personas necesitadas de viviendas, entregándoselas a título oneroso, por convenios particulares de cesiones de derechos o renunciaciones de posesión que aquéllos legalmente no las tenían. Los adquirentes son impulsados a suscribir estos acuerdos por la oportunidad de recibir un techo de entrega inmediata y a un costo accesible a sus ingresos.

### **Objetivo**

Incorporar al suelo formal de la provincia del Chaco, barrios ejecutados por el Estado que cuentan con denuncias de usurpación pasadas a archivo.

Evidenciar lo significativo que sería para la Administración, el recupero de la inversión pública construida y el beneficio de incorporar inmuebles que respondan al pago de impuestos y tasas de servicios de infraestructura.

Demostrar lo beneficioso que sería para los ocupantes de buena fe que cumplan con los requisitos del Fondo Nacional de Viviendas (FO.NA.VI.), el otorgar la seguridad jurídica para una posterior transferencia registral de las viviendas, brindando al mercado inmobiliario un movimiento económico, por años estancado.

Sugerir posibles soluciones administrativas inmediatas que evitarían en el futuro las demandas judiciales contra el Estado, con concretos perjuicios económicos al erario público.

Recuperar puntualmente las viviendas cuyos ocupantes, en evidente trasgresión al derecho a habitarlas, no cumplan con los requisitos para regularizar.

### **Enfoque metodológico**

El proyecto que se presenta, es de tipo descriptivo-explicativo, con análisis de datos obtenidos en el Instituto Provincial de Desarrollo Urbano y Vivienda de la Provincia del Chaco y el aporte del Ministerio Público Fiscal del Poder Judicial, en la persona del Sr. Procurador General.

El trabajo se hace, en base a la experiencia personal y profesional de la autora, especialmente como Jefa del Departamento Operativo de la Dirección Legal de Obras Públicas, perteneciente a la Gerencia Legal y Técnica del IPDUV. También se efectúan consultas a la Municipalidad de Resistencia, Barranqueras, Puerto Tirol y Fontana como las más afectadas, y a la Dirección de Catastro de la Provincia.

La recolección de datos surge de fuentes de carácter mixto (primario y secundario) derivadas de publicaciones de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE), del Colegio de Escribanos de la Provincia, del Consejo Profesional de





Ingenieros de la Provincia del Chaco, doctrinarias jurídicas y periodísticas, de organismos internacionales, nacionales y locales, y del análisis de la normativa a nivel nacional y provincial vigente respecto al tema.

Este trabajo pretende vincular en su desarrollo, los aportes que le brindan el derecho constitucional y el derecho político al derecho administrativo, incorporando los nuevos paradigmas de éste, en el marco de un sistema jurídico integral razonado, proporcional y eficiente en beneficio del administrado.

## Capítulo I

### Aproximación al contexto institucional político y económico en democracias modernas y contemporáneas

La representatividad democrática y sus instituciones tienen, por sí, la esencia de legalidad y legitimidad. La primera, por la estructura jurídica que razonablemente los respalda, y la segunda, por el consenso social que los avala. En este último aspecto se puede recordar la visión de Rosanvallon: legitimidad de imparcialidad en la puesta en acción, la legitimidad de reflexividad vinculado al trabajo de pluralización de las expresiones de la soberanía social y la legitimidad de proximidad relacionado a atender en igualdad jurídica a los casos particulares que lo demanden.<sup>7</sup>

Las instituciones, entendidas como orden social que reducen la incertidumbre y el riesgo para los comportamientos individuales, como también los costes de transacción, serán la cuestión central para iniciar el análisis. Ellas pueden ser: formales, como las políticas y las económicas, e informales como los códigos de conducta, valores y normas. En el campo gubernamental, el instituto por excelencia es el Estado y en lo económico es el mercado. Las mismas se analizarán insertas en el sistema democrático moderno y contemporáneo argentino y regional latinoamericano, para entender la estructura del sistema jurídico y administrativo actual.

Las instituciones otorgan credibilidad a las personas y a la sociedad en general, porque determinan los incentivos de inversión (capital físico y humano) y con ello, las posibilidades de crecimiento agregado (crecimiento macroeconómico coherente con el de la microeconomía). En el caso latinoamericano, sus instituciones son el producto de los procesos de colonización, de la inserción en la economía internacional y de su desarrollo a largo plazo.<sup>8</sup>

Lo importante en una institución, es que sea capaz de propiciar un cambio social, adaptándose a la realidad de la población y encaminándola a mejorar su calidad de vida. Incluso, en algunos casos, la perseverancia de las instituciones informales, tornan ineficaces a las formales. Algunos autores, como Alonso, concluyen interpretando que la *causa del atraso económico podría estar no tanto en las instituciones coloniales en sí, cuanto en la resistencia de las instituciones informales al cambio*.<sup>9</sup> No existe una fórmula única de institución óptima, por la variedad de realidades existentes, pero sí se puede afirmar que aquella lo será cuando sea la mejor de las posibilidades alternativas socialmente factibles.<sup>10</sup>

7. ROSANVALLON P. (2009) Traducción Cardoso Heber. La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad. Ed. Manantial, Buenos Aires. p. 26/32.

8. ALONSO J.A. (2007) “Desigualdad, instituciones y progreso: Un debate entre la historia y el presente”, Revista N° 93 LC/G.2347-P. (CEPAL)

9. ALONSO J.A. (2007) “Desigualdad, instituciones y progreso: Un debate entre la historia y el presente”, Revista N° 93 LC/G.2347-P. (CEPAL)p. 71. <sup>10</sup> Óp. Cit p.74.



Se debería lograr que el mercado y el Estado, como estructuras organizadas, competencias específicas y diseños definidos, interactúen en el contexto económico, social y político de cada jurisdicción, por cuanto de sus surgimientos, interacción, sus aportes y debilidades dependerá el desarrollo del Estado en sus distintos niveles.

### **El Estado como instituto político**

La formación del Estado tiene un carácter histórico, con un desarrollo y evolución institucional y que puede, por ende, también podría desaparecer en su potestad territorial, en el mundo globalizado donde ocurren cambios de relevancia política y administrativa.<sup>10</sup> En el contexto actual, lo fundamental de esta formación de Estado es que sea formador de orden y que respete la propiedad privada, teniendo esta última, una visión más funcionalista respecto a la clásica de absolutismo y exclusivismo.

Una corriente ideológica más reciente, incluso se permite definir una nueva corriente de Estados con estructuras jurídicas internacionalizadas, y manifiestan que se encuentra en necesaria construcción la idea de un derecho administrativo globalizado, dado que el centro de la cuestión del Estado, es la dignidad del ser humano que lo habita, sus derechos fundamentales y las exigencias de desarrollo, pilares formadores de un Estado social y democrático de Derecho. El respeto efectivo de los derechos humanos habilita la construcción civil y política del progreso humano y social.<sup>11</sup>

El Estado entendido como bien público fundamental para algunos autores es el orden (Hobbes) - pero implica un costo producirlo. Este costo se financia con el impuesto y se organiza con el presupuesto. Así, en su estructura, tiene un costo fijo, sin importar a cuántos beneficia o cuántos lo usan, y otro costo variable, que aumenta a medida que los usan más personas. Lo apropiado sería lograr una contribución mayor de personas para que sea menor el costo per cápita.<sup>12</sup> Otros autores en cambio, con una mirada más constitucionalista, definen al Estado como una estructura jurídicamente organizada que se manifiesta a través de sus órganos: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial; la relación que tengan éstos con su ciudadanía, configurará su derecho administrativo y constitucional diseñando con ello su propia organización.<sup>13</sup>

### **El mercado como instituto económico. Su interrelación con el Estado**

El mercado, como instituto económico por excelencia, es definido por casi todos los autores como un intercambio voluntario que distribuye recursos y servicios. El intercambio libre del producto lo otorga justamente el beneficio de cada parte en función del valor de la utilidad que le asigna al mismo.<sup>14</sup>

En el mercado desaparece el elemento fundamental de coerción que tiene el Estado. Ello hace eficiente al mercado. Ambos institutos tienen lógicas territoriales distintas: uno tiende a la parcialización y el otro a la universalización y la globalización. De igual manera, así como muchas veces el Estado avanza en su protagonismo en cuestiones económicas por las fallas de mercado, también el mercado avanza cuando existen fallas del Estado. Su interacción es tan consistente que se puede afirmar que no hay mercado sin Estado, y ello impacta directamente

10. SOTELO DE ANDREAU, M. (2016) El nuevo paradigma del estado. Su impacto en el derecho interno. La globalización, las normas supranacionales y el derecho administrativo. A&C Revista de Derecho Administrativo y Constitucional. ISSN 1516-3210 | e-ISSN 1984-4182. Curitiba-PR, Brasil, CEP 80730-060 URL: <http://www.revistaaec.com>.

11. RODRÍGUEZARANA MUÑOZ, J. (2012) Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional. Editorial Novum, México

12. MAZZUCA S. (2021) "Latecomer State Formation. Political Geography and Capacity Failure in Latin America". EE. UU., Yale University Press. ISBN: 978-0-300-24895-1.

13. GORDILLO, A. (s/f) Bases del derecho administrativo. T.1 URL: [https://www.gordillo.com/pdf\\_tomo9/libroi/capitulo1.pdf](https://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo1.pdf)

14. Universidad Nacional de la Plata. WEBER, M. (2020) URL: <https://perio.unlp.edu.ar/catedras/pyp/wpcontent/uploads/sites/64/2020/04/max-weber.pdf>



en otras instituciones como las jurídicas, especialmente, en la del derecho de propiedad y en el campo del derecho que nos ocupa, en el derecho administrativo. Los analistas económicos por su parte, le otorgan a la propiedad, el valor de ser un elemento indispensable para el desarrollo económico.<sup>15</sup>

El desarrollo económico dentro de un Estado, donde sus habitantes tengan la posibilidad de superarse en bienes y servicios como en su formación personal y familiar, es la meta perseguida, al menos debería serlo, por los gobernantes de los poderes del Estado y del mercado mismo. Cuando las políticas públicas no arrojan los resultados esperados en el mercado, comienzan los intentos del ejecutivo, primer receptor de la demanda poblacional en la cultura latinoamericana, de intervenir para generar cambios que disminuyan o solucionen los problemas de relaciones de propiedad. El Poder Legislativo, por su parte, debería revisar más detenidamente las asignaciones de recursos y rendiciones de su labor, para que sean aplicados con eficiencia.

Los estados latinoamericanos, desde su época colonialista, no supieron intervenir eficientemente para generar su crecimiento económico. La escasa calidad de las instituciones explica en parte el desarrollo lento y poco equitativo de la región.<sup>16</sup> Esta debilidad institucional condiciona la brecha de desigualdad que afecta negativamente al desarrollo hasta la actualidad.<sup>18</sup>

## Capítulo II

### Las instituciones democráticas argentinas. Democracia delegativa

En la Argentina, si bien existen numerosos autores que investigan las instituciones democráticas, resalto la figura del contemporáneo Guillermo O'Donnell, que expresa que la democracia ideal nace con un sentido de nacionalidad que, luego se extiende con la democratización, a prácticamente toda la población adulta de un Estado. *"Un régimen democrático es uno en el cual el acceso a las principales posiciones gubernamentales (con la excepción del poder judicial, fuerzas armadas y bancos centrales) se determina mediante elecciones limpias"*. En la democracia la ciudadanía política es potencialmente facultante; cada individuo es visto como una persona legal y portadora de derechos subjetivos (civiles, sociales y políticos). Sus gobernantes están limitados a tres delegaciones (*accountability* según el autor): 1) vertical electoral (elecciones limpias e institucionalizadas) 2) vertical societal (individuos y grupos con el fin de movilizar el sistema legal) 3) horizontal (instituciones estatales actúan para prevenir, compensar y/o condenar acciones u omisiones presumiblemente ilegales de otras instituciones o funcionarios estatales). Los países que no cumplen con las condiciones de *"democratización"* de la democracia, practican democracias delegativas, donde se aprecia un ejercicio del poder político ejecutivo, avalado por un porcentaje mayoritario de la opinión pública y de los demás poderes del Estado, donde aquél no acepta límites constitucionales/legales para el ejercicio de su gestión; por lo que transgrede o extra-limita las fronteras institucionales legalmente establecidas, especialmente en períodos de crisis. El líder delegativo asume interpretar los intereses de la población y tomar las decisiones, que supone, son las mejores, con una auto-concepción de la gestión pública. El sector de la ciudadanía, que se dice desplazado de ella, presiona al líder y habilita estas prácticas y hasta las encuentra políticamente alienada.

Veinte años después O'Donnell analiza las nuevas ideas y políticas públicas, y agrega que, en los países latinoamericanos que incluye a la Argentina, a pesar del avenimiento de los cambios sistémicos con mayores controles gubernamentales, el poder político insiste en esta

15. HOSKINS, L y O' DRISCOLL Jr., G. (2006) "Derechos de propiedad: La clave del desarrollo económico", Traducido del Policy Analysis N° 482 publicado por el C. Institute el 7/08/2003. Washington D.C. URL: <http://www.elcato.org/derechos-de-propiedad-la-clave-del-desarrollo-economico>

16. ALONSO J.A. (2007) "Desigualdad, instituciones y progreso: Un debate entre la historia y el presente", Revista N° 93 LC/G.2347-P. (CEPAL) <sup>18</sup> ALONSO, J.A., Op. Cit. p.63.



estructura delegativa<sup>17</sup>. La conclusión que puede hallarse de las ideas de este autor a través de sus últimas obras, es una reafirmación de volver a la democracia representativa, pero se debe hacer una “*crítica democrática a la democracia*” para corregir sus debilidades estructurales, institucionales, morales y ciudadanas. La representación así recuperará su esencia.

## Capítulo III

### El paradigma clásico y la modernización del Estado

La crisis de los 80, recordada por algunos autores como la “*década perdida*”<sup>18</sup> para los países latinoamericanos especialmente, generó una crisis financiera mundial debido a las grandes deudas externas impagables para estos Estados, y rearticuló la relación Estado-sociedad, comenzando la liberación del mercado en oposición al Estado céntrico. Se demandó el inicio de un proceso de transparencia y publicidad institucional exigida por los Organismos Internacionales— la CEPAL, el ILPES y la OEA-, impulsando un nuevo paradigma de gestión pública para el desarrollo.<sup>19</sup>

Surgen así dos cuestiones problemáticas centrales a nivel institucional estatal: los resultados ineficientes de las políticas públicas, dado que cada vez alcanza menos el presupuesto que no se invierte en tiempo y forma (reglada), y la necesidad de contar con actos administrativos que cuenten con transparencias legal y moral.

Se precisa entonces, un cambio estructural en las instituciones políticas y en las administraciones públicas, es decir, se demanda un proceso por el cual los gobiernos, reorientan sus acciones, objetivos y fiscalizaciones; reorganizan sus procesos de producción institucional, sus sistemas organizativos y sus tecnologías de gestión para hacer frente de un modo diferente a transformaciones cualitativas del entorno, nuevas demandas, o crisis sistémicas.<sup>22</sup>

Será entonces necesario, que las organizaciones gubernamentales que inicien determinados cambios, a saber: 1) La primera etapa es la modernización, como adopción de políticas, procesos, sistemas y tecnologías gerenciales originadas en los modelos administrativos, políticos y de gestión de los países del capitalismo avanzado (en el actual contexto, postindustrial). Se sustituye el clásico pensamiento weberiano.<sup>20</sup> Los países de Latinoamérica, como la Argentina, incorporaron masivamente tecnologías de información, nuevos *know how* técnicos y profesionales, y nuevas tecnologías de gestión. 2) La segunda es la adaptación, como proceso de aprendizaje donde los gobiernos producen cambios estructurales variando los modelos externos a las producciones internas teniendo en cuenta la cultura y la conducta de sus actores involucrados; descentraliza las responsabilidades<sup>21</sup>. La tercera etapa es la innovación, cuando el gobierno es capaz de *producir una novedad* en la gestión según los objetivos, metas, misiones, estrategias, procesos, actividades, tareas, recursos, tecnologías, sistemas y tecnologías que se

17. O'DONNELL, G., IAZZETTA, O. y QUIROGA, H. (2011) Democracia Delegativa. Ed. Prometeo. Buenos Aires.

18. BRIEGER, Pedro. De la década perdida a la década del mito neoliberal. Neoliberalismo. Economía. Globalización. América Latina; URL:<https://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/gt/20101004010308/21.pdf>

19. QUINTIN, A. “Paradigmas emergentes de la reforma administrativa: La nueva gestión pública. Cap. VI”<sup>22</sup> SCHWEINHEIM, Gu. Revista Estado y Políticas Públicas. FLASCO Argentina, Revista N° 10. CABA

20. En “La política como vocación” (1919), Weber definió el Estado como una *entidad que ostenta el monopolio de la violencia legítima y los medios de coacción*. Su teoría de la burocracia, es una forma de organización jerárquica del trabajo basada en el poder de las clases; es un instrumento de dominación y otorga eficacia en el trabajo y la organización, resolviendo así los problemas de la sociedad y, por ende, los de la empresa. LÓPEZ ZAMORA, Paula. Aproximación a la figura y obra de Max Weber Compañía Española de Reprografía y Servicios S.A. 1ª ed., 1ª imp. octubre de 2006.

21. CEPAL, (2006) MEDINA VÁSQUEZ, Javier y ORTEGÓN Edgar. Manual de prospectiva y decisión estratégica: bases teóricas e instrumentos para América Latina y el Caribe. Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES) Área de Proyectos y Programación de Inversiones. Serie Manuales N°51. Santiago de Chile, septiembre de 2006. <sup>25</sup> Op. Cit. p.92



buscan. Si las innovaciones se conservan en el tiempo, se institucionalizarán<sup>25</sup>. Cuando ocurre esta última situación, estamos en presencia de un deuteroaprendizaje, que es la cualidad que tienen los gobiernos para aprender a aprender, formando ambientes políticos, culturales y de civilidad que favorezcan la creatividad y la novedad.

### **El Estado argentino y la nueva mirada constitucional globalizada. Vinculación con el mercado**

El sistema jurídico del Estado argentino se organizó con una estructura de normas que, básicamente, respeta la pirámide kelseniana<sup>22</sup>, apoyándose en la libertad de los particulares, protegido desde el Preámbulo de la Constitución Nacional (CN) y especialmente en el art. 31CN. Por ende, la iniciativa económica o economía de mercado puede desenvolverse en la medida que no exista una normativa que se lo impida. Sin embargo, en lo que respecta a la función administrativa, a los fines de dar transparencia y límites al poder exorbitante que el derecho público ostenta, la normativa es la que va a determinar su competencia para actuar, fiscalizar, contratar, o sancionar, por nombrar algunas de las actividades, que determinarán la legalidad, legitimidad y ejecutoriedad, presunciones jurídicas propias de un acto administrativo.<sup>23</sup>

A partir de las modificaciones constitucionales del año 1994, se incorporan los tratados internacionales a la jerarquía constitucional, sin alterar el sistema autónomo precitado. Se reconoce esta jerarquía supralegal y que, por su contenido, también bregan por los derechos fundamentales que deben ser respetados por la universalidad de los Estados que se comprometieron a hacerlo. Algunos autores los clasifican en categorías por la materia que tratan: a) tratados sobre derechos humanos (artículo 75, inc. 22, párr. 2° y 3°); b) tratados de integración (artículo 75, inc. 24); c) tratados no incluidos en los ítems anteriores celebrados con otras naciones o con organizaciones internacionales (artículo 75, inc. 22, párr. 1°); d) concordatos con la Santa Sede (artículo 75, inc. 22, párr. 1°); y, e) convenios celebrados por las provincias con conocimiento del Congreso Nacional (artículo 124).<sup>24</sup>

También los clasifican por jerarquía normativa: a) tratados con jerarquía constitucional (artículo 75, inc. 22, párr. 2°); b) tratados con jerarquía superior a la ley; que a su vez pueden sub-clasificarse en: i) tratados que pueden alcanzar la jerarquía constitucional (artículo 75, inc. 22, párr. 3°); y, ii) tratados que no pueden alcanzar la jerarquía constitucional (artículo 75, inc. 22, párr. 1° y artículo 75, inc. 24).

Consecuentemente, es relevante dejar establecido que esta nueva jerarquía también exige la adecuación del derecho internacional a los principios insertos en la Constitución Nacional argentina, es decir, a: *"a) la forma representativa, republicana y federal de gobierno (artículo 1); b) el principio de juridicidad y el de reserva (artículo 19); c) el principio de igualdad (artículos 15, 16, 75, inc. 23, y concordantes); d) el carácter no absoluto de los derechos y la pauta de razonabilidad para su reglamentación (artículos 14, 28, 99, inc. 2, y concordantes); e) el debido proceso legal (artículo 18 y concordantes); y f) las medidas de emergencia adoptadas para garantizar la existencia misma de la Nación"*<sup>25</sup>. Por otra parte, deviene relevante remarcar que el ejercicio de los derechos evoca el principio de razonabilidad y el de proporcionalidad. Nuestro sistema jurídico, habilita la posibilidad de reglamentar el ejercicio de tales derechos, los cuales no son absolutos ni excluyentes de otros con similar jerarquía.<sup>26</sup> Los derechos por los

22.URL: <https://conceptodefinicion.de/piramide-de-kelsen/>

23. COMADIRA, J. Derecho administrativo: acto administrativo (2003), 2 ed. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

24. URL: <https://juezrosatti.com.ar/doctrina-judicial?!=92>

25. Fallos 344:2175. Molinos Río de la Plata S.A. c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo, fallado el 2 de setiembre de 2021; voto conjunto con el juez Maqueda, Considerando 9)

26. Artículos 14,19, 37 y 75 inc. 22 CN argentina. Fallos 344:2175 cit., considerandos 7), 8) 9) y 10)



que los Estados deben bregar e intervenir en el campo de los particulares quedaron expresamente establecido, habilitando con ello a los Organismos Internacionales, de los que la Argentina es parte, a ser materia de investigación, análisis y de recomendación<sup>27</sup>

Asimismo, a partir del art. 79 inc. 19 se le permite su injerencia estatal en el plano social y con la incorporación de los tratados internacionales también se habilita la intervención en el plano económico. Todo ello, siempre garantizando el bien general sin coartar la libertad de la iniciativa particular.

El Estado, no escapa a la lógica del mercado; es el receptor y administrador principal de las necesidades infinitas del particular y de los recursos limitados que pudiera obtener, tanto a nivel nacional como provincial en el marco del artículo 5CN.

Es relevante mencionar el artículo 14 de la Constitución chaqueña, que incorpora como suyos los derechos, deberes, declaraciones y garantías establecidos en la Constitución Nacional como los receptados a través de los tratados internacionales por el artículo 75, inc. 22CN; en este sentido afirma la plena operatividad en sede administrativa o jurisdiccional, sin que *“su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación”*. En el mismo marco del sistema representativo, republicano y federal de gobierno, y conforme lo establece el artículo 5 de la Carta Magna provincial, se reafirma la autonomía de los poderes públicos. Ellos no pueden *“delegar”* las atribuciones específicas de su competencia, bajo pena de nulidad de ellas.

Así, el Ejecutivo, debe diseñar conforme su estructura organizacional, con eficiencia, respetando las prioridades axiológicas de su sociedad para tornar operativos los derechos constitucionales protegidos. Necesita entonces, contar con la mayor información posible, para corregir o redistribuir sus recursos previamente aprobados por el poder legislativo con la ley de presupuesto, generalmente obtenidos con intercambios forzados -impuestos- y reducir el gasto público y empréstitos que tengan que mitigar a futuro. Con ello, los costes de transacción tienen mayor certidumbre, asumiendo riesgos mitigables, evitando riesgos económicos. Desafortunadamente, la realidad histórica ha mostrado en los distintos gobiernos, un camino oscilante e ineficiente con difícil retorno.<sup>28</sup>

El trabajo integral de los tres poderes del gobierno deviene fundamental, por cuanto es el poder ejecutivo el que cuenta con la información de las necesidades y urgencias de la población, pero es el poder legislativo el que controla el presupuesto y cuenta con la legitimación de las decisiones porque sus integrantes son los representantes de la República. Cuando se pretende una regulación, es decir, la restricción, en mayor o menor medida de un derecho reconocido constitucionalmente, se debe analizar que ese coste de transacción sea la decisión más óptima, luego de analizar su coste/beneficio.

En el contexto de crisis económica expuesto, el Estado argentino diseña muchas veces cambios sustanciales normativos, con repercusión directa en los distintos fallos jurisprudenciales, produciendo modificaciones sustanciales en los paradigmas de las reglas de intercambio. Ello genera incertidumbre en el mercado porque el riesgo no alcanza a ser mitigado con el aporte de los terceros necesaria en esa relación económica. Desde su lugar, el mercado no arriesga, no invierte, provocando recesión y/o fuga de precios si la normativa/Estado no se lo impide. Por su parte, el art. 968 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) es claro al respecto, y el Estado, en uso de las facultades exorbitantes no puede ejercer su regulación de

27. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Documentos Básicos. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (OEA) URL: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> CEPALSTAT. Bases de Datos y Publicaciones Estadísticas. URL: <https://statistics.cepal.org/portal/cepalstat/perfil-regional.html?theme=2&lang=es>

28. URL: <https://www.iprofesional.com/economia/353497-20-anos-de-riesgo-pais-asi-esta-argentina-en-elranking>

URL: <https://www.puentenet.com/cotizaciones/riesgo-pais>

manera abusiva. La regulación, para que sea constitucional debe bregar por su carácter social (art. 75 inc.19) y por proteger la economía (art. 42 CN).

El Estado debe contar con una estructura jurídico-institucional clara y coherente, y con planes de gobierno a mediano y largo plazo que marquen el sendero al gobierno de turno. La intervención estatal en el mercado implica el ejercicio de su poder de policía,<sup>29</sup> respetando la defensa del consumidor y la protección de los derechos de los particulares, que incluyen la defensa de la competencia y la lealtad comercial como fundamentales. Las instituciones, como reglas que habiliten el intercambio de recursos con competitividad eficiente -calidad y precio-, deben generar una transferencia de riquezas a favor del consumidor.<sup>30</sup>

Así surge la economía de regulación<sup>31</sup>. Se protege el bien público (bienestar social), donde interviene el Estado armonizando la oferta y la demanda y evitando, en lo posible, altos costos de transacción.<sup>32</sup> El actuar o el no hacerlo, como una posible decisión, por parte del Estado, demanda un análisis técnico en profundidad, que tiene como vector el principio de proporcionalidad.<sup>33</sup> Este enfoque iuspublicista permite al Estado, proyectar (planificar) con anticipación (ex - ante) los impactos en los actores involucrados de una regulación. La razonabilidad por sí sola, que es el principio tradicional de aplicación, deviene insuficiente, más en un contexto de emergencia real, como es el caso que se analiza en el presente trabajo.<sup>34</sup> Este nuevo enfoque paradigmático habilita evaluar si la regulación proyectada es la más óptima respecto a los costes de transacción, permitiendo incluso evaluar si corresponde o no, una intervención diferente.<sup>35</sup>

La estructura delegativa de la Argentina, arraigada en las instituciones y la sociedad misma, generalmente compromete al Estado para que asuma los costes a través del gasto público, lo que repercutirá en impuestos o empréstitos. La regulación, para que sea constitucional debe bregar por su carácter social (art. 75 inc. 19) y por proteger la economía (art. 42 CN).

La ley 27.442 de Defensa de la Competencia (LDC) como ejercicio del poder de policía en materia de defensa de la competencia y sus derivaciones en las relaciones de consumo, en la práctica deviene compleja porque el

comportamiento eficaz y racional perfecto no existe, y el control estatal, demanda una importante presencia fiscalizadora. El mercado inmobiliario que nos ocupa en el presente trabajo no escapa a esta lógica. Consecuentemente, el juicio de necesidad se vincula íntimamente al juicio de eficiencia. Esa eficiencia en el mercado también contribuye con su eficacia, al desarrollo del bien común. La CSJN justamente aplicando el principio de subsidiaridad, consideró que el Estado se encuentra facultado para encontrar el justo medio (la proporcionalidad) entre el interés del particular y los medios para ese fin, vulnerando en la menor medida posible el derecho de propiedad de la persona objeto de restricción.<sup>36</sup>

29. CSJN, Ángel Estrada y Cía. Vs. Secretaría de Energía y Puertos, 05/04/05, LA LEY 2005-D, 439

30. BIANCHI, A. (1984) en “La declaración de utilidad pública como causa de la expropiación irregular”. Revista ED 107-983, la denomina a esta intervención como “expropiación irregular”.

31. VISCUSI, K. y otros (2000) *Economía de la Regulación y Monopolio*, Fourth Taurus, The MIT Press, Nueva York.

32. VISCUSI, K., VERNON J. y HARRINGTON, J. (2005) *Economía de la Regulación y Monopolio*, Fourth Taurus, The MIT Press, Nueva York.

33. CIANCIARDO, J. (2009). “El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad”. Segunda edición. Ábaco. Buenos Aires.

34. COVIELLO, P.J.J. (2009) “El Control judicial de la emergencia”, *Jurisprudencia Argentina*, t. 2009-1, p. 1086.

35. AGUILAR VALDEZ Ó.R. (2016) ¿Regular o competir? El caso de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual de la República Argentina y el Principio de Proporcionalidad como Criterio Delimitador. *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho* N° 76. p. 307. URL: <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201601.013>.

36 (CSJN 2008, número 63; 2012, número 222)



## El alcance del derecho administrativo argentino actual en el marco de las reformas constitucionales del año 1994

El derecho administrativo es “*la rama de la ciencia del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta.*”<sup>37</sup> La función administrativa puede ser ejercida por un órgano estatal o un ente no estatal con funciones administrativas bajo un régimen jurídico exorbitante.<sup>42</sup> Otros autores resaltan en su definición, algunos aspectos relevantes que sirven para entender su alcance: “*es la rama del derecho público interno que determina la organización y funcionamiento de la administración pública, tanto centralizada como paraestatal*”.<sup>38</sup> Cabe aclarar que la función administrativa puede ser ejercida por cualquiera de los tres poderes del Estado - Ejecutivo, Legislativo y Judicial-<sup>39</sup>, como por los entes privados que cumplen funciones de poder público -de policía-, propio del derecho administrativo.

Este derecho administrativo tendrá en la Argentina, características bien determinadas, especialmente después de las reformas constitucionales del año 1994; su carácter local, reglamentario y procesal como regla general, dado la estructura federal de gobierno<sup>40</sup>, las fuentes históricas de la Constitución Nacional como fuente axiológica de los institutos<sup>41</sup> y, por último, el modelo del control judicial con el rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se expide y determina los reconocimientos y alcances de los derechos protegidos en esa Ley Suprema.<sup>42</sup>

Ahora bien, esta situación garantista del derecho administrativo con vectores en el Estado de Derecho, donde se advierte cierta subordinación de los gobernantes ante la ley en todas sus jerarquías, nos lleva a tener que estudiar este marco dogmático al del campo práctico, especialmente en un país como en de la República Argentina, donde la crisis y fallas económicas, han determinado los designios del país, impactando en lo socio-político.

Esta estructura jurídica entra en crisis, particularmente en la implementación organizacional y práctica consuetudinaria, especialmente cuando se vincula con un mercado, como el argentino, que ahonda cada vez más las brechas de igualdad y del ejercicio de los derechos fundamentales, con fallas que el mismo no los resuelve.

Los principios propios del derecho administrativo, son la base de la legitimidad de los actos de la administración y uno de los vectores de su sistema de fuentes. Son sus principios específicos: 1) la oficialidad, es un órgano del poder público responsable desde el inicio hasta la culminación del proceso con el dictado del acto administrativo, sin necesidad de instancias de partes; 2) la legalidad objetiva, el acto de este órgano debe ser razonable y en concordancia a su jurisdicción; 3) informalismo a favor del administrado, el administrado, cuenta con el respeto de sus derechos fundamentales y puede ser juzgado sin el cumplimiento estrictos de las formas, para otorgar una solución acorde a su caso; 4) de garantía de la defensa, donde el Estado debe respetar los derechos consagrados en la norma, especialmente las de jerarquía constitucional;

37 GORDILLO, A. (s/f) El Derecho Administrativo, t.5, cap.4 URL: [https://www.gordillo.com/pdf\\_tomo5/01/01-capitulo4.pdf](https://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo4.pdf)

42 FRAGA, G. Derecho administrativo, Méjico, 1958.

38. GARRIDO FALLA, F. (1961) Tratado de Derecho Administrativo, t. I. Madrid.

39. GORDILLO, A. (2013) Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, t. 8. Teoría General del Derecho Administrativo. I.S.B.N.: 978-950-9502-51-2. Copyright by Fundación de Derecho Administrativo. 2da. edición, Buenos Aires.

40. Los gobernadores son agentes naturales del Gobierno Federal y deben velar por el cumplimiento de la Constitución Nacional-art. 128 CN-. Ello no implica que existen poderes de derecho administrativo delegados a Nación-art. 126 CN- y otros que los ejercen de manera concurrente- art. 125 CN-.

41. La Constitución Nacional, sigue la estructura básica en lo político institucional a la norteamericana, y el sistema jurídico de derecho administrativo se basó en la doctrina francesa y española, con aportes de la italiana y la alemana, otorgándoles características propias.

42. IVANEGA, M. (2021) Reflexiones acerca del Derecho Administrativo en la República Argentina. Garantías Jurídicas en el Procedimiento, el Control Judicial y la Responsabilidad del Estado. URL:[https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-B-2021-1000170002](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-B-2021-1000170002)





se resalta el derecho a la información en forma clara y oportuna, para el ejercicio de los demás derechos que le pudieran corresponder al administrado como defensa.

Complementan estos principios, los correspondientes a los generales del derecho, por tener raíces constitucionales. Se pueden enunciar como aplicables en el derecho administrativo: 1) el del interés general, por cuanto toda la actividad administrativa tiene dicho fin pues el bien común y el interés colectivo tienen supremacía sobre los individuos; 2) el de la separación de poderes, donde el ejecutivo es el órgano con funciones administrativas y no puede ejercer los otros poderes del Estado; 3) el de legalidad, mencionado anteriormente; 4) el de la descentralización, donde el Estado moderno gestiona con distribución de funciones y responsabilidades; 5) el de moralidad, para que la Administración, se desenvuelva dentro de una rigurosa ética, cumpliendo sus deberes, responsabilidades, incompatibilidades, inhabilidades, por mencionar algunos aspectos; 6) el de economía procesal, para que los actos se resuelvan con el menor trámite posible, respetando el espíritu de la norma; 7) el de celeridad, con la que la Administración debe impulsar de oficio el proceso iniciado; 8) el de eficacia, para que el proceso sea el apropiado para cumplir el fin proyectado, evitando ociosidades; 9) el de imparcialidad, donde la Administración garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales, sin discriminaciones; 10) el de publicidad de las decisiones de la Administración, debiendo tener informado al administrado de cuestiones que le incumban en lo particular y como ciudadano; y 11) el de contradicción, para que la Administración garantice al administrado la posibilidad de controvertir sus actos para ser revisados por las autoridades judiciales.

El derecho administrativo actual, no se limita a una estructura jurídica pública específica por sus propios principios y materia<sup>43</sup>, sino que abarca todas las situaciones jurídicas que un sujeto puede tener frente a la Administración<sup>44</sup>.

La buena administración será entonces, el principio general que presida la relación jurídico administrativa, como también el deber estatal, *que se le impone respecto a los intereses generales o individuales del administrado que surgen de las relaciones jurídicas concretas*,<sup>45</sup> correlativo del derecho de los administrados, como base de un Estado de Derecho, repercutiendo en una enriquecedora convivencia social, comprendiendo resultados positivos en el campo político como el económico.

### **La discrecionalidad en la función administrativa**

La actividad de la administración pública, tal como se expuso más arriba, en sus funciones administrativas, es principalmente reglada por un ordenamiento jurídico con normas establecidas específicamente desde las declaraciones de los derechos fundamentales en la jerarquía constitucional, hasta la actividad de alcance general y actos administrativos resueltos en los casos concretos que cada órgano resuelve. De igual manera, la actividad de los órganos emisores de actos administrativos puede consistir en actividades no regladas por ausencia de norma escrita, pudiendo incluso optar por dos o más soluciones jurídicamente válidas.

Se puede dar la situación que no existan reglas específicas o que se esté, ante una situación con ausencia de reglas. Consecuentemente, el acto administrativo dictado en estas circunstancias será efectuado en el marco de las facultades discrecionales que la Administración posee, como manifestación concreta de las facultades otorgadas por ley por el régimen exorbitante que conserva el Estado respecto al régimen de derecho privado.

43. Los conceptos clásicos enuncian: "El Derecho Administrativo es el conjunto de reglas relativas a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos y a las relaciones de estos con los particulares" Primeros conceptos de GORDILLO.

44. DELPIAZZO, C. E. (2013) Derecho Administrativo General, A.M.F., Montevideo, vol.2, p. 241 y ss.

45. GARCÍA DE ENTRERRÍA E. y FERNÁNDEZ T. R. (2004) Curso de Derecho Administrativo, tomo II, 9ª edición.



Los actos discrecionales, en la actualidad, no son instrumentos legales que habiliten a su órgano emisor la reducción de los elementos fundamentales que daba contener todo acto administrativo: 1) sujeto, 2) la voluntad, 3) objeto, 4) motivo, 5) el fin y 6) la forma. Todo lo contrario, son actos que deben instrumentarse con mayor autosuficiencia y validez formal y sustancial, siendo relevante la motivación del mismo.

La doctrina y jurisprudencia han analizado en profundidad la diferenciación de concepto entre motivo y motivación del acto administrativo discrecional.<sup>46</sup>

El acto administrativo discrecional que razonablemente enuncie el marco normativo existente, los antecedentes fácticos del caso, las opciones posibles de resolución de la cuestión y el interés público en concreto que se protege con la decisión administrativa, cumplirá con las reglas de oportunidad, mérito y conveniencia como motivadores del acto. Otorga al mismo, los efectos jurídicos propios de cualquier acto fundado en norma escrita de presunción de legitimidad y ejecutoriedad.

Acota también, conforme al principio de juridicidad del debido proceso adjetivo que otorgue una tutela judicial efectiva, derivada del artículo 18 y 116CN<sup>47</sup>, la posibilidad que el acto administrativo, la posibilidad de revisión y modificación en los tribunales, por vicios sustanciales que habiliten una sentencia de nulidad del mismo, absoluta o relativa.<sup>48</sup>

Se reduce así, con técnicas jurídicas de interpretación del sistema jurídico que contienen unidad de criterios razonados, la posibilidad de utilizar la discrecionalidad para actos arbitrarios y desproporcionados, con ilegalidad manifiesta.

## Capítulo IV

### La cuestión social en el derecho a la propiedad sobre inmuebles

#### Reconocimiento constitucional. Evolución del pensamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN)

La expansión política y económica en Latinoamérica mencionada anteriormente tuvo como consecuencia, entre otras cuestiones, el aumento del valor de las tierras y sus pertinentes gastos de transferencia para el registro pertinente. Ello nos lleva a formular que el desarrollo económico y el derecho de propiedad privada son conceptos inseparables. El Estado a través de su sistema institucional administrativo, reglamentará el ejercicio de dicho derecho, influyendo directamente en la economía de la región.

La propiedad privada, en todas sus manifestaciones, es un derecho fundamental<sup>49</sup> que se encuentra jerarquizada en una categoría inmediatamente posterior al derecho a la vida para algunos autores como Nicolás Perrone (2013).<sup>50</sup> De igual forma, no es sencilla su definición, por cuanto depende de cada Estado las especificaciones y la función social que se le atribuya a este

46. CASARINI, L.(s/f) La motivación como instrumento de control de la discrecionalidad administrativa. URL: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-casarini-motivacion.pdf>

47. MERTEHIKIAN E. (2010) Cuestiones de Control de la Administración Pública. Breves anotaciones acerca del alcance del control judicial sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las conductas de la Administración. Ed. Rap S.A. p. 21Id SAIJ: DACF130326

48. CASSAGNE J.C.(s/f) La discrecionalidad administrativa URL:[http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La\\_discrecionalidad\\_administrativa.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf)

49. Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Su artículo 17 dice: “1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”. URL: [http://www.un.org/es/documents/udhr/index\\_print.shtml](http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml)

50. ALONSO REGUEIRA, E. (Coord.) (2013) La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino. Autor de la publicación PERRONE, Nicolás M. Ed. La Ley, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, p. 355.



derecho<sup>51</sup>. Se puede enunciar que el derecho a la propiedad privada “*es una facultad jurídica de derecho real sobre un bien que otorga a su titular la posibilidad de usar, gozar y disponer del mismo, conforme a las normas que establecen su ejercicio*”.<sup>57</sup>

Originariamente, la CSJN expresa el alcance del derecho de propiedad a través del caso “Bourdieu” en 1925, y manifiesta que es la institución jurídica que comprende “*todos los intereses apreciables que el hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley ( ) a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo*”. El fallo, bajo esta perspectiva es una proyección de lo normado en la Constitución Nacional de 1853 y sobre todo se vinculaba a las propiedades sobre inmuebles. El objetivo de esta protección al derecho de propiedad, se plasmó como instrumento legitimante de un nuevo modelo de sociedad elitista. Los Artículos 14 y 17 CN eran la forma de garantía contra el uso abusivo del poder expropiatorio que poseían los colaboradores del gobierno nacional en la historia argentina, cuyas tierras eran entregadas, como recompensa de colaboración y espacio de explotación económica con mano de obra que comprendía a la nueva población inmigrada. Esta concepción absolutista fue normada también en el Código Civil de 1871 habilitando por otra parte, la formación de poderosos monopolios y oligopolios ligados al nuevo modelo económico nacional, y que subsiste en alguna medida hasta la actualidad.

Esta inmigración poblacional, habilitó la incorporación de nuevas ideologías que cuestionan el desequilibrio en el reparto de la propiedad privada de las tierras, generando una reacción social.<sup>52</sup> También los cambios ideológicos ingresan a través de la Universidad de Buenos Aires con la visita en el año 1911 de León Duguit, reconocido autor francés y uno de los pioneros en las transformaciones del derecho público.

De igual manera, esta estructura de poder económico agrario mantiene su derecho de propiedad absolutista, hasta la Constitución del año 1949 que plasma la nueva corriente socialista de la doctrina internacional, consagrando la función “*social*” de la propiedad, junto a otros derechos sociales y laborales y la intervención estatal en algunas cuestiones de la economía. Dice que “*la organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social*”. Desde esta Constitución, los servicios públicos pasan a ser pertenencia originaria del Estado y no pueden ser enajenados o concedidos para su explotación sin indemnización previa y cuando la ley lo determine. Con esta mirada se socializan los medios de producción con un impacto directo y determinante en el mercado, naciendo un nuevo actor político y clase social, el del trabajador. El Estado incluye en su agenda de gobierno un nuevo paradigma de distribución de la riqueza, un cambio en la producción de bienes y servicios.

El Código Civil y Comercial argentino (CCyCN), articula la propiedad en los artículos 1.941 al 1.945; define al dominio perfecto como el “*derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley. El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario*”. Así, tiene una proyección de perpetuidad no dependiendo incluso de su ejercicio efectivo, salvo que se den las condiciones de propiedad por prescripción adquisitiva, corta o larga. Su titular también ostenta la exclusividad de su ejercicio, pudiendo elegir o excluir este uso y goce por parte de terceros, siempre respetando las normas locales que lo regulen. Este derecho, otorga a su beneficiario la

51. MARX, C. explica en el año 1842, la “lógica del interés privado” en desmedro de la idea de una “res publica” con el relato del robo de la leña; atribuye que una apropiación será o no desposesión ilegal, a partir de si el bien en cuestión, es un bien común o privado.<sup>57</sup> Elaboración propia.

52. Cito a modo de ejemplo, la “Huelga de inquilinos” y la “Marcha de las escobas” de 1907 que cuestionaban los derechos de propiedad, así como el Grito de Alcorta de 1912, como rebelión de pequeños agroganaderos ante el poder oligárquico de los latifundistas.



posibilidad de evaluar los costos y beneficios sobre un bien determinado, permitiendo conservarlo si le resulta ventajoso o descartarlo si lo perjudica, y su decisión impacta directamente en la sociedad y en el mercado.<sup>53</sup>

La CSJN por su parte, modifica su postura en el año 1922 a través del caso Ercolano, Agustín contra Lanteri de Renshaw, Julieta que, si bien es una cuestión de congelamiento de alquileres por una ley nacional, la N°11.157, a causa de una emergencia mundial, también define cuestiones como que esta norma es una reglamentación válida y razonable sobre el derecho de usar y disponer de la propiedad, conforme el artículo 14CN advirtiendo incluso que *“un derecho ilimitado sería una concepción antisocial”*. También expresa que no implica una privación de su ejercicio, en contra del artículo 17CN. Valida la intervención estatal en el ejercicio de este derecho por las circunstancias *“muy especiales”* y de *“un intenso interés público”* y por las condiciones en que los inquilinos eran explotados. La convivencia social impone un límite al interés individual. El Estado tiene la obligación de proteger la seguridad, la salud y la moralidad en el marco de su *“poder de policía”* y como protector de *“intereses económicos”*, pronunciados en los artículos 14 bis, 42 y 75 inc. 22CN.

El artículo 17CN, luego de la modificación incorporada en el año 1994 sobre el artículo 14CN, también incluye al derecho de propiedad, que se bien resulta inviolable, su ejercicio será conforme a las leyes reglamentarias vigentes reforzando su mirada social. En concordancia, el artículo 40 de la Constitución del Chaco (CPCH) lo enuncia de manera similar que la propiedad es inviolable y su ejercicio está subordinado al interés social. Su restricción por expropiación debe fundarse en el interés social o en la utilidad pública. Esta declaración normativa la dicta la legislatura a través de una ley luego de haber indemnizado en efectivo a su propietario.

Ambas constituciones mencionadas, establecen la superioridad de la utilidad pública al derecho individual del propietario, más debe ser razonada, fundada y siempre sobre inmuebles determinados específicamente (art. 5 ley 21499). Esta restricción sobre el bien, puede ser de forma total o parcial, y deberá ser reparada previamente teniendo en cuenta el valor del bien más los daños directos e inmediatos que se le generen a su propietario por causa de la expropiación (art. 10 ley 21499). La CPCH en su art. 37, incluso reconoce la preexistencia de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, estableciendo incluso en sus cláusulas transitorias la transmisión de las tierras que dichos pueblos ocupan en la actualidad, determinando que esas reservas son adjudicadas como reparación histórica, a título gratuito, y son inembargables, imprescriptibles, indivisibles e intransferibles.

La propiedad, con la reforma constitucional del año 1994, también considera una perspectiva funcional en lo social y ambiental<sup>54</sup>, en pos de un desarrollo sostenible. Asimismo, con la incorporación de las declaraciones y los tratados internacionales con jerarquía constitucional, el uso y goce de la propiedad se subordina al interés social, así como prohíbe *“toda forma de explotación del hombre por el hombre”*<sup>61</sup> (art. 21). También surgen garantías en identidad y organización para los pueblos indígenas y sus comunidades y, por ende, a sus derechos de propiedad comunitarios, con una lógica jurídica muy diferente a la propiedad tradicional existente (art. 75 inc. 17 CN).

### **La cuestión social de la región en las agendas de gobierno. Globalización y el Derecho Administrativo**

Según muchos autores, la formación del Estado es un proceso de construcción social,

53. O' DRISCOLL JR., GERALD P. y HOSKINS Lee (2006) Derechos de propiedad. La clave del desarrollo económico. El Cato Institute -Washington, D.C.- URL: <http://www.elcato.org/publicaciones/ensayos/ens-2006-04-05.pdf>

54. MIDON, M.A.R. (1997) Manual de derecho constitucional argentino, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, p.242. <sup>61</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 21.



donde los gobiernos diseñan sistemas de redistribución popular, debilitando la acumulación de los sectores económicos dominantes.<sup>55</sup> De este modo, la agenda de gobierno no es una yuxtaposición de elementos que surgen históricamente, sino que tiene elementos elaborados a partir de problemas relativos al “orden” y al “progreso” de determinados actores. El Estado evalúa los temas que devienen como prioritarios y los incluyen, en su agenda de gobierno.<sup>56</sup>

En el proceso de formación estatal debe analizarse como manifiesta O’Donnell, la vinculación entre el proceso y la constitución de clases sociales. Ahí residirá la habilidad del gobernante en articular y garantizar las relaciones sociales capitalistas.<sup>57</sup> La historia argentina de las provincias, justamente, marca situaciones gubernamentales de control y reacción social, a raíz de intereses económicos y políticos, pero lo cierto es que, a través de estos procesos, el Estado argentino fue formándose a partir de derrotas de unos y consagraciones de otros, lucha que deja de estar en el campo de batalla para trasladarse a las instituciones construidas.<sup>58</sup>

Desde la contemporaneidad, y cada vez en mayor medida, el Estado transforma su estructura tradicional del período moderno. La globalización del mercado y la tecnología, modifican sus vinculaciones y a su sistema jurídico interno. Como consecuencia también repercute en el ejercicio del poder público en las normas y su vinculación con los habitantes, por citar algunas cuestiones. Así nacen las comunidades supranacionales, creando un ordenamiento jurídico propio, supranacional, y una fuerza unificadora que se constituye en puente para el acuerdo de pactos y tratados internacionales, donde los Estados sientan los principios fundamentales, especialmente en derechos humanos. Algunos autores manifiestan incluso, que, de esta manera, se delega soberanía; otros, en cambio, encuentran que se habilitan las garantías y máximas que velarán sobre la unión y fortalecimiento de sus países miembros, unificando cuestiones básicas en su legislación interna para cumplir aquellos acuerdos, y con ello avanzar progresivamente a su desarrollo. El Estado es concebido como orden jurídico, como Estado de Derecho.

El derecho supranacional globalizado influye directamente en el derecho administrativo<sup>59</sup>, en lo que respecta a su relación con los administrados, a la creación de normas administrativas generales que se complementan con la norma nacional en obras públicas compartidas, en cuestiones aduaneras, en derechos individuales como los de propiedad<sup>60</sup>, salud, vivienda<sup>61</sup> y seguridad, e incluso en tribunales para ejercer funciones jurisdiccionales en los temas vinculados a sus tratados y acuerdos internacionales.<sup>62</sup>

55. O’DONNELL, G. (1977) Apuntes para una Teoría del Estado, Documento CEDES/g.e. CLACSO, 9. Buenos Aires.

56. OSZLAK, O. (2011) Lecturas sobre el Estado y las políticas públicas: Retomando el debate de ayer para fortalecer el actual. Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación. Proyecto de Modernización del Estado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires - República Argentina. URL: [http://www.jefatura.gob.ar/archivos/pme/publicaciones/libro\\_acuna.pdf](http://www.jefatura.gob.ar/archivos/pme/publicaciones/libro_acuna.pdf)

57. O’DONNELL, Op. Cit

58. SABATO, J.F. (1979) Notas sobre la formación de la clase dominante en la Argentina Moderna” (18801914) CISEA. Buenos Aires.

59. Derecho Administrativo es el “conjunto de reglas relativas a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos y a las relaciones de estos con los particulares” GORDILLO, A. (2013). Tratado de Derecho Administrativo. 5ª ed. Astrea. F.D.A. Buenos Aires.

60. El artículo 17, Declaración Universal de Derechos Humanos, garantiza el derecho a la propiedad.

61. La vivienda es un derecho, no una mercancía (2019) Naciones Unidas. Derechos humanos. Oficina del Alto Comisionado. URL: <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-housing/human-right-adequatehousing#:~:text=La%20vivienda%20es%20un%20derecho%2C%20no%20una%20mercanc%C3%ADa&text=E n%20virtud%20del%20derecho%20internacional,del%20hogar%20o%20la%20tierra>

62. SOTELO de ANDREAU, M. G. (2000) “El nuevo paradigma del Estado, su impacto en el Derecho interno”, publicado en AeDP N° 6, Ed. Ad. Hoc, Buenos Aires.



## Capítulo V

### **El derecho al acceso a la vivienda digna – adecuada –. El alcance del concepto**

La consideración de los derechos fundamentales analizados ut supra, constituyen el sustento para desarrollar la cuestión principal que motiva este trabajo, que es el derecho al acceso a una vivienda digna, con un reconocimiento constitucional expreso en los arts. 14bis y 75, inc. 22 CN, este último, a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos. En este contexto de derecho internacional incorporado con jerarquía constitucional, enuncia a la vivienda digna con distintos alcances según los casos que aborden y el momento en la historia en que se pronuncien.<sup>63</sup>

A nivel provincial, el artículo 35 CPCH, menciona la protección de la familia, como célula formadora de la sociedad, le otorga el derecho al resguardo de su intimidad y le asegura las condiciones necesarias para su desarrollo, enunciando expresamente el acceso a la vivienda digna y al bien de familia. Aunque esta Ley Suprema se encuentra desactualizada, al especificar el alcance del término familia únicamente a la unión de un hombre con una mujer. Por el contrario, los tratados internacionales vigentes consideran la conformación de grupos familiares en un sentido más amplio. Sí es relevante mencionar que la constitución establece otras cuestiones facilitadoras de acceso a la vivienda, cuando enumera el destino de la tierra pública en el artículo 42, la reducción o eliminación de impuestos en el artículo 59 y los derechos del trabajador en el artículo 29 del mismo cuerpo normativo.

La acepción digna se refiere a un espacio edilicio con las comodidades de habitabilidad que le otorgue a la familia, protección, salud y seguridad, con una infraestructura mínima para desarrollar una vida. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir pacíficamente en un lugar seguro. Su acceso, aunque suene algo utópico, debe estar garantizado a todas las personas sin interesar sus ingresos o su acceso a recursos económicos. Es decir, se aplica a todos los grupos de personas en la actualidad, en su condición de ser humano, independientemente de la edad, la situación económica, la afiliación de grupo o de otra índole, la posición social o de cualquier otro factor. Estas familias comprenden también a grupos monoparentales o cualquier otro grupo con trato de familia, incluyendo al formado por una sola persona.

La erogación que demande el derecho de acceso a la vivienda digna, no debe impedir o menoscabar los gastos que determinen el logro y satisfacción de otras necesidades básicas.<sup>64</sup> Debe, por lo tanto, ser asequible a los grupos sociales que se encuentran en desventaja de tener su acceso y sostenibilidad, por lo que debe considerarse grupo prioritario de intervención a los grupos desfavorecidos, adultos mayores, grupos con niños, discapacitados físicos, los enfermos terminales o con enfermedades que no les permiten laborar por sus problemas médicos persistentes, enfermos mentales y víctimas de desastres. Las Resoluciones internacionales referenciadas, resaltan que estas situaciones deben estar previstas en la normativa como en las políticas

63. Los Documentos Oficiales de la Asamblea General ONU, Sesión 43, supl. N° 8, edición (A/43/8/Add.1). También la abordan las Resoluciones 1986/36 y 1987/22 de la Comisión de Derechos Humanos; los informes del Sr. Relator Especial de la Subcomisión Danilo Türk, (E/CN.4/Sub.2/1990/19, párr. 108 a 120; E/CN.4/Sub.2/1991/17, párrs. 137 a 139); también la Resolución 1991/26 de la Subcomisión; el art. 25, párr. 1 de la Declaración Universal de DDHH; el art. 5 párr. e), ap. iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; el art. 14, párr. 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; el art. 27 párr. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el art.10 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social; la secc. III, párr. 8 de la Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos, 1976 (Informe de Hábitat: Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.76.IV.7, y corrección); el cap. I), art. 8, el párr.1 del de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo; y la Recomendación N° 115 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Vivienda de los Trabajadores, 1961.

64. Incluso estos acuerdos internacionales comprometen como obligación del Estado, el garantizar la adopción de medidas que aseguren un porcentaje de los gastos sean, en general, una proporción de los niveles de ingresos, y no confiscatorios de ellos.



habitacionales de los Estados, dado que son necesidades especiales, por lo que se deben asumir obligaciones concretas en este sentido.

Por otra parte, la vivienda, debe ubicarse en un espacio que permita opciones de trabajo, transporte, atención de salud y educación, como también en una localización sin riesgo de contaminación e inundabilidad. Por último, debe respetar la identidad cultural del beneficiario a la que está dirigida, adecuando esa utilización conforme sus costumbres en equilibrio con la modernización del espacio donde residen. Como ejemplo, en la Provincia del Chaco, se construyen viviendas destinadas a grupos étnicos originarios y cada prototipo a ejecutarse es provisto de un fogón individual externo sobre el suelo, además de la cocina.

La estructura jurídica y organizacional público-privada, en materia habitacional, no debe destinarse a beneficiar a los grupos sociales y económicos ya beneficiados con la estructura existente y que marcan la brecha de inaccesibilidad a la vivienda propia con suelo formal, sino que deberá más bien dirigirse a reducirlas.<sup>65</sup> Es consecuentemente necesaria una estrategia nacional de vivienda que determine una clara distribución de responsabilidades y rendición de cuentas de su ejecución para que los resultados sean eficientes. También se deben adoptar medidas con transparencia institucional para asegurar la coordinación intra e interinstitucional público-privada, y la participación real de los actores involucrados. Es una compleja red de actividades para el cumplimiento de los objetivos trazados. Las recomendaciones internacionales determinan como fundamentales, la fiscalización y vigilancia eficaz, especialmente en el relevamiento de los grupos sociales sin hogar o alojados inadecuadamente, aunque la experiencia demuestra que el Estado cada vez tiene menos capacidad para solucionar esta problemática.

La estructura jurídica de protección del derecho a la vivienda adecuada comprende según la ONU en: *"a) apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los tribunales; b) procedimientos jurídicos que buscan indemnización después de un desahucio ilegal; c) reclamaciones contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación racial u otras formas de discriminación; d) denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda; y e) reclamaciones contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas.."* Incluso, algunos sistemas jurídicos habilitan el control judicial cuando se da un gran aumento de personas sin hogar, como alerta de una posible mala gestión de los recursos asignados.

En este sentido, el derecho a la vivienda se circunscribirá no sólo a lo edilicio sino a la seguridad jurídica en la posesión efectiva y sustentable. Ella normalmente, no cuenta con un seguimiento y fiscalización efectivos, provocando conflictos producidos por esa falta de continuidad del trámite de registro del beneficio.

Cuando se proyecta una obra pública de viviendas en la Provincia, la coordinación de las áreas involucradas recae casi en exclusividad en el Poder Ejecutivo. En la urgencia de no perder los presupuestos asignados desde el gobierno nacional, se diseñan proyectos con mucha improvisación que extienden los tiempos de ejecución de las obras, modificando sustancialmente las ecuaciones económico-financieras de las Contratistas. Todo ello conlleva a tener posibles problemas futuros que serán juzgados más de una vez, con el duro martillo de la justicia. Esta situación que se circunscribe a manejo de información integral por parte de los gobiernos involucrados, generalmente puede preverse con un trabajo integral, moderno y coordinado, teniendo especialmente en cuenta el marco normativo que los habilita y que no se utiliza apro-

65. Estrategia Mundial de Vivienda. URL: <https://onuhabitat.org.mx/index.php/vivienda-inviable-para-lamayoria>. La Nueva Agenda Urbana en español. URL: <https://onuhabitat.org.mx/index.php/la-nueva-agenda-urbana-en-espanol>



piadamente por falta de protocolos o reglamentaciones acordes a las nuevas tecnologías de la información digital.

### **El caso Q. Su legado respecto a la vivienda digna para una situación con grave vulnerabilidad**

La CSJN y luego de una audiencia pública informativa<sup>66</sup>, tuvo su fallo emblemático en la cuestión de vivienda digna en “*Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*”, revocando la resolución de los Tribunales inferiores. La actora litiga contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) argumentando su imposibilidad de trabajar para atender a su hijo menor discapacitado y que los ingresos recibidos del Estado son insuficientes para el acceso a una vivienda digna y atención del menor; expone que se le niega el acceso a una vivienda, en virtud del subsidio que recibía para salir de su situación de calle. Esta madre se encuentra en una situación de extrema precariedad económica. La Corte determinó que su recurso era considerado por sus efectos jurídicos al de un caso definitivo, porque agotaba la instancia del planteo en las jurisdicciones donde reclamara, y que el punto a debatir se refiere a “*procurarse los medios para acceder a un lugar para vivir, con las condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral*” declarando al caso como de competencia concurrente a la normativa federal, provincial y municipal<sup>67</sup>.

Enuncia el sistema de fuentes normativas constitucionales, nacionales y locales de protección al acceso a la vivienda digna como derecho humano, a la familia, a la minoridad y a la discapacidad; resalta el deber de protección por parte del Estado en los casos de desamparo extremo otorgando los beneficios de la seguridad social de manera “*integral e irrenunciable*”. Agrega que esos derechos humanos y deberes no son meras declaraciones, sino que deben ser decisiones efectivas y operativas. La Ley Suprema con las reformas del año 1994, en el marco del artículo 14 bis, obliga al Estado a tutelar la protección a la familia y a las situaciones de vulnerabilidad social como el caso. Pertenecen a esas características, los niños y discapacitados - art. 75, inc. 23 CN-. En el Considerando 8º expresa que es el legislador federal, el primer responsable gubernamental, por la misma división de poderes de esta democracia constitucional, de diseñar un régimen de seguridad social, especial e integral para proteger al niño desamparado, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental.

El fallo cita las fuentes internacionales con jerarquía constitucional aplicables al caso: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Expresa que el Estado debe adoptar las “*medidas apropiadas*” en sus tres poderes del gobierno y todas las instituciones públicas o privadas de bienestar social concernientes a los niños, ayudando a los padres o personas responsables de ellos con la asistencia material y programas de apoyo, como nutrición, educación, vestuario y vivienda (artículos 7, ap. 1 y 2 y 28, ap. 2 pto. d).

La CSJN cita el artículo 31 de la Constitución de CABA que reconoce el derecho a la vivienda digna y un hábitat adecuado, donde el Estado tiene claros deberes de “*asegurar la progresividad de su reconocimiento*” por medio de “*políticas especiales*”. También cita las leyes y programas de la ciudad, dictados en consecuencia, donde se procura la protección integral de

66. La Corte reguló estas audiencias por Acordada N° 30/2007 para elevar la calidad institucional y el estado constitucional de derecho, garantizando la participación ciudadana y la difusión de los procesos donde ejerce jurisdicción.

67. Cuestión fundamental en gobiernos, con costumbres y organizaciones de democracia delegativa.





los derechos humanos de las personas en situación de calle o en riesgo de ello. Por lo tanto, el control de convencionalidad de la CSJN es expreso en el caso, y si bien ordena que el gobierno dé solución concreta y definitiva al desamparo de la actora también es cierto que no determina cual plan concreto debe desarrollar el gobierno. Si la Corte ordena directamente la entrega de una vivienda a la actora, invadiría la competencia del Ejecutivo en contradicción con lo normado por la misma CN, y sentaría un precedente para que todos los ciudadanos judicialicen su solicitud de acceso a ella. Esto último, colapsaría el presupuesto y alteraría la misma normativa administrativa prevista para la selección de los beneficiarios. La misma justicia debe respetar las reglamentaciones de acceso a los beneficios, así como la administración debe operativizar las normas que prioricen la atención a los más vulnerables.

Resalta la Corte que la misma ley que goza de presunción de legitimidad se torna arbitraria, cuando los medios que adopta son desproporcionados a los fines perseguidos o a las causas que los motivaron.<sup>68</sup> El fin protector de los sectores excluidos debe ser respetado por los que diseñan las políticas públicas con una garantía mínima a esos derechos fundamentales. Su omisión implica una amenaza de gravedad en la existencia misma de la persona.

La falta de recursos no puede ser fundamento para el Estado del incumplimiento del Pacto, y lo obliga a fundar la necesidad de la mejor utilización de los recursos disponibles, inclusive recurriendo a soluciones de “*bajo costo*”; el problema surge de la mala administración presupuestaria; incluso ordena la intervención de la asistencia social con la misma estructura que el Estado ya tiene para acompañar a la madre en la atención del menor para que ella pueda trabajar y desarrollarse como persona.

El fallo deviene relevante porque fortalece los preceptos constitucionales con las declaraciones de derechos fundamentales establecidos en los acuerdos internacionales de los que el país es parte, reafirmando los criterios de garantía de una tutela judicial efectiva ante la ausencia de la tutela administrativa. Los tres poderes del Estado en todas sus jerarquías deben atender las garantías mínimas indispensables para las personas de extrema vulnerabilidad.

## Capítulo VI

### La obra pública en el Chaco aplicada a la vivienda. Potestades administrativas normadas y discrecionales

Una de las herramientas con que cuenta el Estado para invertir sus recursos presupuestarios en soluciones a la problemática habitacional es el diseño de políticas públicas. Cuanto más eficiente es la política pública, mayor interacción público (Estado)-privada(mercado) existe logrando sociedades más igualitarias. El Estado tiene un papel activo y estratégico para lograr el bienestar y progreso de todos, protegiendo a las personas de las asimetrías del mercado, y para ello requiere de políticas en varios frentes para un mayor y mejor mercado.<sup>69</sup>

El derecho administrativo es el campo jurídico más vinculado a los cambios institucionales políticos, sociales y económicos de las distintas realidades. En su espacio se encuentra permanentemente en puja una compleja red de actores involucrados. La realidad demuestra que se genera un complejo sistema jurídico, a veces con conflictos y otras, con contradicciones.<sup>70</sup>

68. Fallos 90:20; 147:402; 171:348; 200:450; 249:252; 256:241; 263:460; 288:325; 299:428

69. BÁRCENA A., Secretaria Ejecutiva; PRADO A., Secretario Ejecutivo Adjunto (2010) La Hora de la Igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir. Trigésimo tercer período de sesiones. Brasilia. Distr. General. LC/G.2432 (SES.33/3). Original: español. Naciones Unidas. Impreso en Santiago (CEPAL).

70. BARNES, J Conferencia XI Congreso Internacional de Derecho Administrativo, “El Derecho administrativo como el verdadero derecho de la sociedad, desafíos y consecuencias para el siglo XXI”



El trabajo avanza sobre uno de estos lineamientos de implementación de políticas públicas habitacionales, a través de la construcción de viviendas sociales por parte del Estado, que se constituye en Comitente en los acuerdos que suscribe para sus ejecuciones con los municipios de la Provincia o con Contratistas (empresas, cooperativas o asociaciones civiles). Esos acuerdos son denominados contratos de obras públicas y en la República Argentina, por su naturaleza, contiene los siguientes elementos: a) Es una locación de obra, b) referido a inmuebles, muebles, u objetos incorpóreos (en el derecho comparado sólo se refiere a inmuebles); c) no requiere necesariamente un fin público especial (la doctrina opina lo contrario); d) es celebrado por la administración pública nacional, centralizada o descentralizada, en nombre y cuenta propia (es decir, con fondos del tesoro de la Nación).<sup>71</sup>

Se diseñan así, los Planes y Programas habitacionales que se ejecutarán conforme a la demanda social y presupuesto disponible, generalmente enviado por Nación. La estructura normativa se encuentra establecida en las leyes de obras públicas de la Nación y de las Provincias, por ser facultades concurrentes de ambas administraciones. En la administración nacional, rige la ley N°13.064 y la ley de procedimientos administrativos N°19.549. A nivel provincial chaqueño la de obras públicas N°1182-K y la de procedimientos administrativos N°179-A.

Las funciones administrativas se encuentran principalmente regladas, aunque incorpora en algunos temas centrales algunas potestades no regladas, y que la doctrina las designa como discrecionales. La historia justamente enseñó que los gobernantes, representantes del Estado, fueron controlados en sus posibles abusos políticos a través del control normado, con una estructura procedimental rígida, que evitaba los desvíos de poder. La normativa citada regula las cuestiones fundamentales para el procedimiento de selección de los Contratistas, fiscalización de la ejecución de las obras de viviendas y su infraestructura y/o nexos, hasta la culminación de ellas o la aplicación de sanciones por incumplimientos que incluyen la rescisión contractual y devolución de los importes no invertidos en la obra pública, pero que fueran cobrados para ese fin.

El nuevo paradigma del derecho administrativo, pretende revertir las fricciones entre la administración, muchas veces denunciada por abuso de poder o corrupción, y el administrado. En la actualidad, las instituciones deben brindar transparencia en su gestión a los fines de lograr mejores resultados de sus gestiones con la correspondiente legitimación ciudadana. Para ello, se dicta la ley nacional N° 27.275 de acceso a la información pública, así como en la Provincia del Chaco la ley N° 2486-A crea la Oficina de Transparencia y Acceso a la Información Pública en el ámbito del Poder Ejecutivo.

El Chaco no escapa a la desigualdad de las provincias argentinas y tiene profundas raíces históricas con causales que persisten en menor o mayor grado, como son la concentración de la tierra, el control de la propiedad de los recursos económicos, las desigualdades en el capital humano acumulado, un sistema de captación de rentas inequitativo, las diferencias de género y el acaparamiento de los bienes productivos (ver ANEXO II). Con el tiempo, también se incorporaron las desigualdades relacionadas al uso de la tecnología, el acceso al conocimiento, a los servicios corporativos avanzados, a las innovaciones financieras, a los servicios de asesoramiento en la toma de decisiones y las ambientales. La organización burocrática actual, a pesar de intentar actualizar su gestión, conserva un diseño de jerarquía y controles verticales, sustento de la administración pública clásica. La legitimidad y legalidad de los actos administrativos depende del cumplimiento del procedimiento normado, sea o no eficiente, o se cumpla en mayor o menor medida, el objetivo previsto<sup>72</sup>.

Conforme el principio de legalidad antes expuesto, el marco normativo para la función administrativa de ejecución de viviendas sociales del Chaco se conforma con:

71. GORDILLO A. (1964) *Obra pública y contrato de obra pública*. T.11 Secc.6

72. QUINTÍN, A. *Paradigmas emergentes de la reforma administrativa: la nueva gestión pública*. Cap. VI.



- Constitución de la Provincia del Chaco

El artículo 67 enuncia que toda adquisición o enajenación de bienes provinciales o municipales, contratación de obras o servicios y cualquier otro acuerdo celebrado por la Provincia o los municipios con personas privadas y que sean susceptibles de subasta o licitación pública, deberán respetar dichos procedimientos bajo sanción de nulidad, y sin perjuicio de las responsabilidades emergentes. Exceptúa esta regla si una ley u ordenanza establecen lo contrario.

Los controles internos de la Administración y externo constitucional de la contratación, es efectuada por el Contador General que registra la gestión económica, financiera y patrimonial del sector público provincial (artículo 175 CPCh). El Tribunal de Cuentas, también participa fiscalizando externamente al sector público provincial y municipal y a las entidades privadas beneficiarias de la gestión de los aportes estatales recibidos (artículo 178).

- Las leyes y decretos provinciales son cuantiosas (ANEXO III) en lo que se vincula a la obra pública habitacional, muchas de ellas operativas, por lo que deviene un complejo sistema jurídico, siendo relevantes analizar en este trabajo específicamente la ley de obras públicas N° 1182-K, la N° 318-K de creación del IPDUV y la ley de procedimientos administrativos aprobada bajo el N°179-A.

De igual manera no todas las cuestiones problemáticas a resolver encuentran una normativa concreta que determine la resolución de todos los conflictos existentes para cumplir con el fin público social de ejecutar viviendas en la Provincia a costos accesibles o con precios condonados para el beneficiario.

La obra pública habitacional tanto a nivel nacional como provincial del Chaco, se rigen de manera similar; más el trabajo se avoca a analizar el marco normativo provincial, por lo que me circunscribiré a éste.

## Capítulo VII

### Contexto provincial chaqueño como formador de centros urbanos

El territorio chaqueño, en el período colonial del siglo XIX, fue parte de la Gobernación del Paraguay, y recibió desde entonces la inmigración semipermanente, por parte de paraguayos, santiagueños, correntinos y santafesinos con sus intereses económicos centrados en la explotación del monte.<sup>73</sup> La permanencia de la población en el Chaco, comienza en el período entre 1878 a 1890, con las ofertas gubernamentales en Europa, especialmente en Italia y España, de acceder a la propiedad de la tierra para la explotación agraria. Resistencia se convierte entonces, en el centro de la economía de la región por su acceso a los ríos conectados al Paraná. La explotación del quebracho para la extracción del tanino, de la caña de azúcar y el algodón, fueron estímulos para el asentamiento de muchas empresas dando lugar a la formación de centros urbanos como Presidencia Roque Sáenz Peña, Villa Ángela, General José de San Martín, Juan José Castelli, Las Palmas, entre otros. Cuando decae la producción en los años 60, se genera el desplazamiento forzado de la población hacia los principales polos urbanos de la Provincia, en busca de trabajo.<sup>74</sup> También se instaló históricamente, un polo metalúrgico en Puerto Vilelas, proveniente de minas jujeñas, pero tuvo una regresión considerable, no recuperada hasta la fecha.<sup>75</sup> Las industrias alimentarias, químicas -alcohol etílico-, papeleras, mobiliarias,

73. INDEC (2000) Situación Demográfica de la provincia del Chaco. INDEC (2002) Censo Nacional Agropecuario 2002.

74. ROFMAN, A.; MANZANAL, M. (1989). Las economías regionales de la Argentina, Crisis y políticas de desarrollo. Centro de Estudios Universitarios; Bibliotecas Universitarias, Centro Editor de América Latina.

75. MARQUES, A.P. (2010) La desindustrialización en Puerto Vilelas Editorial: Universidad Nacional del Nordeste. Facultad [ Cuadernos de Posgrado ]



carboníferas y ladrilleras, esa última en Taco Pozo, subsisten hasta la fecha, pero en escalas que no cubren el excedente de oferta laboral de la Provincia. El comercio se concentra principalmente en la ciudad de Resistencia, aunque algunas empresas nacionales de electrodomésticos, de supermercados y de ferreterías han abierto sucursales en algunas de las capitales de Departamentos más pobladas.<sup>76</sup>

Esta concentración poblacional en los centros urbanos, no pudo ser revertido. Surgen así, concentraciones de población con posesiones de tierras o locaciones informales de lotes que no cuentan con la infraestructura básica, ni cubren las necesidades mínimas para sus habitantes. Muchos de sus habitantes viven bajo la línea de pobreza. Esta situación afecta directamente a la salud y educación de estos habitantes marginados, que repercutirá indudablemente, en sus posibilidades de trabajo, generalmente empleados en la informalidad o con registro parcial de horas realmente trabajadas.<sup>77</sup>

En los planes de la Provincia, se advierten proyectos de industrialización para volver a poblar el interior, desconcentrando la población de los grandes polos urbanos<sup>78</sup> y se acompaña a los productores para que se organicen en consorcios de producción y servicios rurales asistidos. Desafortunadamente, a nivel nacional no se vislumbra el acompañamiento a la Provincia para poblar su interior e industrializarlo, apuntando a mantener principalmente la actividad de manufactura. El mercado internacional incluso se convierte en una utopía a pesar que la constitución provincial lo habilita<sup>79</sup>. El comercio exterior, sigue sin avanzar y el circuito comercial depende de la Aduana de Buenos Aires, a pesar de la cercanía geográfica de la Provincia con los países limítrofes.

Otra cuestión medular que desincentiva nuevos polos urbanos y que marca el contexto chaqueño, radica en la falta de infraestructura básica para la instalación de una industria hacia el interior de la Provincia. Hacia el Impenetrable Chaqueño, la disponibilidad de agua entubada en algunas épocas, no supera las tres horas, con cortes de luz frecuentes durante todo el día. El sector terciario en el producto bruto geográfico (PBG) de la provincia se desarrolla más por una oferta excedente de trabajadores en la ciudad, que por la demanda creciente de servicios concentrando más personas en las urbes existentes. En este contexto, continúa con la aglomeración hacia las ciudades capitales de Departamentos y en especial en la región que comprende el Gran Resistencia.<sup>80</sup>

La realidad es que, el ingreso de fondos del Chaco, corresponde principalmente a las remesas enviadas desde Nación, por la Ley de Coparticipación Federal N° 23.548; es una de las provincias que mayor importe recibe, por lo que el sector público es generador de actividades

---

de Ciencias Económicas. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas. ISSN: 1668-6365. Repositorio Institucional. CONICET Digital: URL <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/8610>

76. MARTÍNEZ, O.; MERLINO, D. (1992) Familia, Trabajo y Producción en una comunidad del Norte Argentino. CIPES.

77. BRAIER, G. (2002) Colab. ESPER, N.; CORINALDESI, L. Estudio de tendencias y perspectivas del sector forestal en América Latina al año 2020. Informe nacional complementario Argentina. Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable; Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos de la Nación; O.N.U. para la agricultura y la alimentación.

78. CAPITANICH J. M (2022) Provincia del Chaco Plan Quinquenal 2023 -2027 Políticas para el Crecimiento Económico, la Inclusión Social y la Sostenibilidad Ambiental; 1a ed. - Resistencia: ConTexto Libros, ISBN 978987-730-799-3 CDD 352.14 URL:<https://gobiernoabierto.chaco.gob.ar/wp-content/uploads/2023/02/plan-quinquenal.pdf>

79. Artículo 53 C.P.Chaco: El Estado Provincial promoverá acuerdos y tratados e integrará organizaciones nacionales, interprovinciales e internacionales sobre materia impositiva, producción, explotación de recursos naturales, servicios y obras públicas, y de preservación ambiental, propendiendo al desarrollo e integración regional.

80. ALBERTO, J. A. (2001) Geografía, Crecimiento Urbano, Ambientes, Paisajes y Problemas El Área Metropolitana del Gran Resistencia (A.M.G.R.). Departamento e Instituto de Geografía Facultad de Humanidades. UNNE. Resistencia "...El Área Metropolitana del Gran Resistencia -AMGR- como la conocemos hoy, es un conurbano ubicado en la provincia del Chaco, en el nordeste de la República Argentina, sobre la margen derecha del río Paraná, implantado en el ambiente pluvio lacustre y palustre que integra su valle, está conformado por cuatro ciudades y sus respectivos y sus respectivos municipios, Resistencia, capital de la provincia, Barranqueras, Puerto Vilelas y Fontana..." URL:<http://observatoriageograficoamericalatina.org.mx/egal12/Geografiasocioeconomica/Geografiaurbana/279.pdf>



y obras que repercuten directamente en el mercado.<sup>81</sup> A pesar de ello, algunas pocas empresas chaqueñas, en virtud de su cadena de producción, formularon acuerdos con empresas del sur brasileño.

De esta manera, la provincia del Chaco, no supera el atraso fiscal en relación al resto del país y su producción está lejos de ser la apropiada para el desarrollo. La crisis del trabajo y la economía, generalmente recae en demandas al poder ejecutivo, donde se delegan los problemas y soluciones (democracia delegativa), como usualmente fue la historia argentina. Los representantes del poder legislativo, pasan a un segundo plano.

### **Chaco urbano: viviendas y aglomerados poblacionales. Problema que demanda revertirse y evitarse**

El problema socio-económico expuesto repercute en el aglomeramiento urbano en busca de trabajo. El Instituto Nacional de Estadísticas y Censo de la Nación (INDEC) informó como resultado provisorio del Censo Nacional

2022, la alta concentración poblacional urbana en la provincia del Chaco, donde el 45% de un total de 1.142.963 habitantes, residen en los Departamentos San Fernando con 423.380 personas y Comandante Fernández con 102.086 individuos, a pesar de los 25 Departamentos que componen la misma.

También se relevaron en la provincia, unas 401.658 viviendas particulares y 443 viviendas colectivas (cuarteles; hogares religiosos, de ancianos, de menores o de estudiantes; hospitales, colegios o internados; hoteles turísticos; paradores; refugios o campamentos). La población en situación de calle, está en el Gran Resistencia, con 56 personas formalmente detectadas. De las viviendas relevadas, la cantidad de viviendas individuales creció en mayor proporción que la población, lo que significa la modificación de las organizaciones familiares en la Provincia, pero este análisis debe cotejarse con la calidad y condiciones de habitabilidad de dichos hogares, información que se encuentra con dificultad. Esta investigación es complementada con los aportes de las revistas científicas de la Facultad de Arquitectura de la UNNE, donde el Gran Resistencia, crece con aglomerados hacia los límites de las ciudades, de manera desorganizada, con la irregularidad jurídica de la posesión y sin la infraestructura básica para considerarla digna.<sup>82</sup> La gestión de los recursos, lejos está de reducir las brechas estructurales de desarrollo para la totalidad de la Provincia y de ésta respecto al país. Explican que la estructura urbana, tiene “*diferentes niveles y manifestaciones espaciales de pobreza*”, incrementándose la pobreza e insania hacia los límites de la ciudad.<sup>83</sup>

81. Diario Ámbito Financiero; 22 de octubre 2022. Economía. Presupuesto 2023 Cómo se distribuirán los recursos nacionales entre las provincias en 2023. “Respecto al Presupuesto 2023, el Estado nacional transferirá más de \$11 billones. El foco estará puesto en las provincias y en Ciudad de Buenos Aires... Cómo se distribuirán los recursos nacionales entre las provincias... La provincia de Buenos Aires encabeza la nómina con 2 billones 647.291 millones, seguida por Santa Fe (\$992.675 millones), Córdoba (\$965.835 millones), Chaco (\$549.768 millones) ...”

URL: <https://www.ambito.com/economia/presupuesto-2023/como-se-distribuiran-los-recursos-nacionales-las-provincias-2023n5565202#:~:text=El%20Estado%20nacional%20transferir%C3%A1%20en,de%20Coparticipaci%C3%B3n%20Federal%20de%20Impuestos>.

82. BREST I. (2006) Folia Histórica del Nordeste, N° 16 IIGHI, CONICET - IH, UNNE, N°225 Diferenciación espacial de los niveles de pobreza en el Gran Resistencia en la actualidad, Resistencia. ALCALÁ, L., PELLI, M.B., CERNO L., LEDESMA, E. y OLMEDO R. (2018) Caracterización urbano ambiental de una Selección de áreas periféricas del Gran Resistencia. Revista Arquitectura y Diseño del Noreste Argentino, N° 6, FAU-UNNE y CONICET, ISSN: 2347-1107.

83. BREST I. (2006) Diferenciación espacial de los niveles de pobreza en el Gran Resistencia en la actualidad. Folia Histórica del Nordeste, N° 16 IIGHI, CONICET - IH, UNNE.

## Capítulo VIII

### El Instituto Provincial de Desarrollo Urbano y Vivienda del Chaco (IPDUV)

El principal organismo provincial estatal encargado de construir viviendas sociales o primera vivienda para sectores de ingresos bajos o medios<sup>84</sup>, es el Instituto Provincial de Desarrollo Urbano y Vivienda del Chaco creado por la ley provincial 318-K, autónomo en su estructura y organización. Fue creado en el marco de la ley nacional N° 24.464 e integra el Sistema Federal de la Vivienda junto a las demás provincias argentinas y la CABA. El Sistema tiene como objeto principal el posibilitar el acceso a la vivienda digna a la población de recursos insuficientes, en cumplimiento del artículo 14CN. Sus recursos provienen del Fondo Nacional de la Vivienda (FO.NA.VI.) y coordinan los planes y programas a través del Consejo Nacional de la Vivienda.

Sus obras públicas se regulan por la ley provincial N° 1182-K, la que tiene como regla general, la contratación a través de la licitación pública, con características similares a las de nivel nacional.

El circuito tradicional de proyectar una obra pública de viviendas hasta su construcción total con la entrega del título de propiedad correspondiente. Se inicia con la demanda del financiamiento para la construcción de las soluciones habitacionales, identificando las posibles regiones o localidades y el perfil socio-económico al que estaría destinado. Paralelamente, se debe elegir el suelo apto para su construcción e identificar los postulantes que cumplan el perfil para el Programa a ejecutarse.

La ley provincial de obras públicas N°1182-K, establece el procedimiento para elaborar los proyectos de licitación, publicar las invitaciones a ofertar para ejecutar la obra pública, la modalidad de selección de la Contratista, como también el control de ejecución de la obra con sus pertinentes sanciones en caso de incumplimiento contractual. Como norma específica se diseñan las bases generales y cláusulas particulares del pliego licitatorio, previendo las cuestiones esenciales y específicas de la misma, estableciendo sus derechos y obligaciones, la rendición de cuentas de la labor de la Contratista para su posterior certificación y pago, como también las consecuencias jurídicas del incumplimiento contractual, remitiéndose a lo normado en la legislación antes enunciada. Respecto a las formas de crear los expedientes de obra, así como de efectuar las presentaciones con requerimientos ante la Administración, y recurrir de corresponder, se encuentran establecidas en la ley de procedimiento administrativo N° 179-A, que a la fecha se complementa con la ley provincial N°3203-A que establece la obligatoriedad de la realización de los trámites administrativos con el uso de la tecnología de la información. Esto es aplicado también en todo organismo autárquico y entes descentralizados, normativa a su vez complementada con decretos, resoluciones ministeriales y disposiciones de áreas específicas avocadas al expediente electrónico y la información digital, para tornarla operativa.

Este proceso explicado, en la práctica, deviene complejo y lento a pesar de los avances tecnológicos. Ante esta realidad, y la urgente demanda políticosocial, persisten las improvisaciones de gestión de los trámites generada por los agentes públicos no siempre formados convenientemente y que, a pesar de contar con el afán de acelerar los procesos, generan inconvenientes que hasta entorpecen la culminación de la obra conforme lo proyectado. La obra no ejecutada con la inversión proyectada en los tiempos establecidos, genera pérdida financiera para ambas partes contratantes, además de habilitar el ingreso de intrusos a la misma, porque la

84. Medición de la pobreza y distribución del ingreso. SIEMPRO. Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales. Presidencia de la Nación. URL:[https://www.argentina.gov.ar/sites/default/files/iv\\_informacion\\_social\\_medicion\\_de\\_la\\_pobreza\\_y\\_la\\_des\\_igualdad.pdf](https://www.argentina.gov.ar/sites/default/files/iv_informacion_social_medicion_de_la_pobreza_y_la_des_igualdad.pdf)



Contratista a cargo de la custodia minimiza los costos de seguridad en ella reduciéndolos a lo mínimamente obligatorio.

### **El sistema de selección de beneficiarios de viviendas del IPDUV**

Los habitantes chaqueños que cumplan con el perfil socio-económico para su primera vivienda, podrán ser tenedores, adjudicatarios y posteriormente propietarios de su inmueble<sup>85</sup>. Deben registrarse y actualizar su información de datos para estar en condiciones de acceder a los sorteos que el mismo Instituto efectúa con intervención notarial del Registro del mismo Organismo, para determinar los postulantes que se encontrarían en condiciones de presentar la documentación condicionante para ser beneficiarios de una vivienda social construida por el Estado. Sus requisitos socio-económicos surgen de la normativa nacional enunciada para acceder al financiamiento del FO.NA.VI.

Las áreas técnicas, notarial, social y financiera, conformadas por el Decreto Provincial N°194/10 y modificatorias, son las que informan sobre la no objeción para ser beneficiario de la solución habitacional, que incluye no haberlo sido titular o parte de un grupo familiar ya intervenido.<sup>86</sup>

Una vez que el o la titular de la vivienda, cuentan con la Resolución del Directorio de adjudicación, que beneficia a todo el grupo familiar declarado al momento de inscribirse o al grupo actualizado antes del sorteo donde fuera seleccionado, deben cumplir dos obligaciones básicas: la de ocupación efectiva y el pago de cuotas de amortización de la vivienda o mejora. Consecuentemente, el beneficiario que no cumpla con ambos requisitos, podrá ser despojado de su derecho posesorio por este Organismo, quien lo efectiviza en su calidad de propietario del inmueble en cuestión. Culminada dicha desadjudicación y en el marco de la ley provincial N° 3383-K, este Instituto puede recuperar administrativamente la posesión de la vivienda vacía, iniciar un proceso judicial de desalojo, o bien, si el actual ocupante lo solicita y cumple con los requisitos establecidos para ser beneficiario FONAVI, puede regularizar administrativamente su posesión y, por ende, la situación jurídica de ocupación con la adjudicación y su posterior propiedad registral. Este poseedor regularizado, deberá contar con un mínimo de ocupación pública, pacífica e ininterrumpida de seis meses para iniciar sus trámites y el inmueble no deberá estar vinculado a algún antecedente judicial de su anterior beneficiario.

Los barrios urbanos marginales, también son parte de la agenda del gobierno provincial, generalmente ocupados en tierras del Estado, adquiridos por compras, dación en pago, donación de particulares o expropiación. En estos casos, se complementa la ejecución de la vivienda, con la labor de regularización del inmueble, a través del Departamento de Abordaje Territorial y Registro Único de Beneficiarios del Hábitat (RUBH), área perteneciente a la Dirección de Planificación Urbana de la Subsecretaría de Ordenamiento Territorial del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Territorial Sostenible de la Provincia. Estos inmuebles, generalmente, carecen de viviendas dignas y de seguridad jurídica de su espacio habitacional, además de no contar con infraestructura en ellas (sin agua entubada ni baños accesibles y seguros para sus habitantes). Las mejoras precarias en las que habitan, muchas veces se encuentran en condiciones de hacinamiento e insanía. La

85. Los requisitos exigidos se encuentran establecidos en el marco de la normativa dictada por el Fondo Nacional de Vivienda (FO.NA.VI) URL: <https://ipduv.chaco.gob.ar/viviendas/>

86. Además de existir a través de la historia institucional del IPDUV, numerosas Resoluciones de Directorio de distintas gestiones que adherían al Organismo para los protocolos de selección de beneficiarios, a los fines de otorgar transparencia a la gestión pública, se encuentran en permanente elaboración y perfeccionamiento sistemas informáticos de cruzamiento de datos de los diferentes registros públicos para la selección de las personas que se encuentran en condiciones de acceder al acompañamiento del Estado para la adquisición de su primer vivienda familiar. URL: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/avanza-el-sistema-sigebe-para-que-las-viviendas-lleguen-quienes-realmente-lo-necesitan>



pobreza extrema se incrementó, y con ello, la situación crítica en este sector social, que no intenta mejorar su espacio de residencia (por la informalidad de la ocupación y sus bajos ingresos) ni es direccionado a modificar su actual situación. La realidad supera la letra del sistema jurídico existente, dado que el artículo 35 de la Constitución Provincial ya citado, prevé la protección a los sectores vulnerables de la población, así como las leyes provinciales dictadas en consecuencia. Se cita a modo de ejemplo, la Ley de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes N° 2.086-C que obliga a los órganos de la administración a comunicar la afectación de sus derechos para un abordaje integral de protección; la ley N° 1826-J, aprueba el Protocolo de actuación policial ante situaciones de violencia contra las mujeres en el marco de la ley nacional N° 26.485; la ley N° 1.794-B que aprueba el Régimen integral para la inclusión de las personas con discapacidad, en adhesión a las leyes nacionales N° 24.901 y N° 26.378; la ley N° 2.553-B de Promoción y protección integral de las personas adultas mayores y, la más reciente, ley N° 3.695-C de Asistencia, abordaje e intervención de familias y personas en situación de calle.

En el contexto de crisis habitacional y económico explicado, este sistema de adquisición de viviendas familiares a través de la administración pública, es el único accesible a la generalidad de la población chaqueña, especialmente para los sectores sociales menos favorecidos en su economía familiar. Los costos de adquisición del suelo formal en la Provincia, devienen cada vez más elevados y, consecuentemente, son menos las personas que pueden acceder a la bancarización de un crédito para la compra de su inmueble familiar.<sup>87</sup> El inicio de una obra pública de viviendas, va en simultáneo con la tensión de las empresas contratistas, de una posible usurpación de la misma.

Es relevante explicar, que las viviendas en ejecución, hasta el momento del acta de entrega provisoria de la obra por parte de la Contratista al IPDUV, se encuentran bajo su custodia, por lo que los grupos de ilegales esperan que la empresa comience a culminar la obra, para ingresar clandestinamente en las viviendas construidas. Las usurpaciones generalmente se hacen en estos casos de manera masiva, involucrando a mujeres, muchas embarazadas y niños, a los fines de evitar el uso de la fuerza por los grupos de seguridad.

La cuestión social se convirtió muchas veces, en la oportunidad de ejercicios abusivos de derechos y prerrogativas, desvirtuando en fin del Estado de invertir en los que realmente necesitan, de un acompañamiento para recuperar una vida en un espacio digno. Algunos grupos de personas incluso, con cierta organización previa, se apropian de barrios completos, cuyas viviendas ejecutadas todavía no fueron sorteadas a los beneficiarios inscriptos, aprovechando que la obra se encuentra en la esfera del dominio público. El argumento de los ilegales consiste, en que es ese mismo Estado, el que construye a otros y se olvidó de ellos, siendo éste el que debe solucionarle sus problemas económicos, habitacionales y laborales, siguiendo la estructura de la democracia delegativa al principio mencionada. Lo cierto es que, muchas veces los usurpadores, bajo la máscara de marginados sociales, se aprovechan de la situación de crisis para comercializar esas soluciones habitacionales, o bien, bajo la misma lógica de coacción intentan beneficios de toda índole, sin esperar ni respetar los procedimientos establecidos por ley, especialmente el de la espera.

### **La labor judicial de la Provincia ante las denuncias de usurpación de barrios**

La toma de barrios expuesto más arriba, configura una conducta tipificada en el Código Penal Argentino, la usurpación. En su artículo 181, se expresa que reprime con prisión de seis

---

87. Esta cuestión problemática es compleja y conlleva el estudio en profundidad para nuevas investigaciones, como ser la normativa rígida e inflexible para la aprobación de planos de mensura catastrales, además del excesivo tiempo que transcurre hasta su aprobación definitiva, por nombrar una de las causales, causado incluso por reiterados paros gremiales en dicho Organismo o en el Registro de la Propiedad Inmueble, ambos del Chaco.





meses a tres años al que *“por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes”*; o bien, *“que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterar los términos o límites del mismo”* como también *“el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble.”* La conducta principal es el despojo, conforme lo definen los artículos 225 y 226 del CCyCN. La invasión del inmueble se produce bajo las formas descriptas en el artículo transcrito, se evita la posesión por su dueño o legitimado por la ley o acuerdo para poseerlo.<sup>88</sup> Los mismos tribunales sostienen que la situación de no contar con posibilidad de uso y goce del inmueble, es suficiente para denunciar esta situación.<sup>96</sup>

Conforme lo establecido, y retomando el caso que nos ocupa, es la Contratista, la que se encuentra legitimada para denunciar judicialmente la usurpación de una obra pública en ejecución, como también para comunicarlo al IPDUV, como responsable hasta el momento de su entrega formal mediante el acta pertinente a suscribirse en ese sentido. Esa carga surge del contrato de obra pública<sup>89</sup> suscripto con el IPDUV y el pliego licitatorio que forma parte de la normativa que establecen los derechos y obligaciones de las partes contratantes, Comitente (Estado) y Contratista (empresa, cooperativa de trabajo o asociación), siempre en el marco de la ley de obras públicas citada. La denuncia generalmente se efectúa ante la Policía de la Provincia, según la sede del domicilio del barrio. Este órgano administrativo de seguridad y prevención, actúa como auxiliar del Poder Judicial<sup>90</sup>, y remitirá la denuncia a la Mesa Única de Ingreso de Intervención Temprana (MUIT), correspondiente al equipo Fiscal Penal de la Provincia perteneciente al Poder Judicial. Conforme al trámite de rito, se envía el expediente iniciado, a la Fiscalía Penal que en turno corresponda.

El delito de usurpación está dentro de la esfera de los calificados como de instancia pública con una condena máxima de tres años, comprendiéndolo la regla general incluso del art 71 CP que habilita el inicio de oficio de una acción penal por parte del Ministerio Público Fiscal, aunque la realidad es otra, dado el colapso de casos que ostentan estos órganos judiciales. En concordancia con ello, el artículo 7 del Código de Procedimientos Penal de la Provincia, explica la intervención de oficio de este Ministerio, aunque el artículo 8 del mismo cuerpo normativo expone las situaciones de excepción en las que este equipo fiscal puede abstenerse de ejercer la acción penal pública, desistir de la iniciada, o limitar sólo su labor sobre algunas de las personas que intervinieron en el hecho. Ello acontece cuando se produce el hecho que se transcribe y se aplica a este caso: *“... 3) Cuando se emplee cualquier sistema alternativo para la solución del conflicto, previsto en la presente ley, en la ley 1181-N y sus modificatorias o en otras leyes especiales dictadas a tal efecto, Para su aplicación se considerará especialmente la composición con la víctima, reparando el daño ”* El mismo cuerpo normativo reza en el artículo 343, que el Fiscal a cargo de la MUIT, dispondrá por resolución fundada, el archivo de las actuaciones. También podrá archivar la causa cuando el Fiscal que tenga a cargo la investigación decida aplicar uno de los criterios de disponibilidad de la acción del artículo 8° del Código Procesal. La decisión, en todos los casos deberá comunicarse fehacientemente a la víctima-denunciante

88. ROBERT J. (s.f.) Usurpación. Código Penal Comentado. Asociación Pensamiento Penal. URL: <https://www.pensamiento-penal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37804.pdf><sup>96</sup> Cfr. JA, 1985- IV- 225.

89. CSJN, 29/03/1990, Fallo: 313:376. Consid 8. Voto Dr. Fayt.

90. El artículo 312 del Código Procesal Penal del Chaco-Ley provincial 965-N - prevé que toda persona que pretenda formular una denuncia, puede hacerlo ante las oficinas del Poder Judicial instaladas para ello dependientes del MUIT, el Fiscal de investigación, el ayudante fiscal, las unidades descentralizadas de atención a la víctima y al ciudadano o a la policía judicial (que en la práctica y a la fecha, es la policía del poder ejecutivo, es la que auxilia a la justicia).

(Contratista) en el término de diez días hábiles, aun cuando no se hubiese constituido en querrelante. Las partes podrán oponerse a la decisión del Fiscal u optar por ejercer la conversión de la acción pública en privada. En la práctica, el trámite de archivo no contaba generalmente con una intervención efectiva del IPDUV.

Son los casos comprendidos en el trabajo de esta investigación, las situaciones de usurpación donde los ilegales que se apropiaron de la obra, ocuparon por tiempos extensos las viviendas públicas. Por su parte, los Contratistas no denunciaron oportunamente ni lo informaron al IPDUV en la inmediatez, o bien, denunciaron penalmente pero no activaron continuar con la acción penal. En ambos casos, es decisión del Comitente, rescindir los contratos de obra pública, por culpa de estos Contratistas incumplidores de sus obligaciones normadas y, en el marco de los artículos N° 80 a 82 de la ley provincial N° 1182-K.

Ocurrieron algunos casos, donde la Fiscalía Penal actuante, citó al IPDUV, exigiendo para materializar el desalojo, un abordaje integral efectivo del Ejecutivo Provincial para evaluar la situación de cada uno de los apropiadores para poder desalojarlos sin desprotección. Esta postura judicial, mucho antes que la Corte se expida a través de sus fallos jurisprudenciales, implicó un requerimiento que superaron las previsiones presupuestarias de emergencia de las áreas de la Administración involucradas. La ocupación ilegal de los barrios se prolongó en el tiempo, y fueron objeto de instrumentos particulares de transmisión de actos posesorios. Los apropiadores defraudaron a terceros, adquirentes de buena fe, que recibían a precios accesibles la disponibilidad inmediata de su vivienda familiar, solucionando efectivamente su carencia habitacional.

Transcurrieron los años, las causas judiciales se archivaron y el delito penal prescribió por transcurrir en exceso el tiempo de la posible condena, tal como le prevé la misma norma penal. Por otra parte, el IPDUV cuenta en la actualidad, con inversiones presupuestarias no recuperadas por parte del erario público, y poseedores que cuentan en sus hogares con servicios básicos de infraestructura que no aportan por el uso de los mismos, por la irregularidad misma de su posesión.

Considero relevante aclarar, ante tal situación problemática expuesta, que el presente trabajo, no pretende legitimar una ilegalidad que ni siquiera fue considerado por el órgano judicial competente tipificado como delito. La solución administrativa, generaría mayor incertidumbre jurídica, económica y social que lo que solucionaría. Sí se pretende avanzar en la regularización de la posesión y posterior propiedad que ostentan los poseedores de buena fe que residen por más de diez años en dichas obras, con el mismo sentido jurídico de la prescripción corta del CCyCN.

La propuesta no contradice a lo normado por la ley provincial N°3383-K que aprueba el Procedimiento y régimen de sanciones por irregularidades cometidas sobre viviendas adjudicadas por el IPDUV, aplicado en viviendas entregadas en tenencia precaria o adjudicación a personas que no cumplen a posteriori con las dos condiciones que el Organismo exige para ser propietario a futuro de la vivienda social, a saber: pagar las cuotas de amortización de la vivienda construida y residir efectivamente con el grupo familiar declarado como beneficiarios de la misma.

### **La discrecionalidad como propuesta para abordar una solución oportuna, necesaria y urgente**

Existen cuestiones centrales para analizar a los fines de determinar la competencia del IPDUV para resolver la cuestión problemática de la irregularidad de posesión posesión en barrios ejecutados por el Organismo, con antecedentes históricos de denuncia de usurpación.

Desde el punto de vista socio-económico, estamos en presencia de barrios que superan los diez años de posesión irregular por parte de sus ocupantes. En dicho lugar viven efectivamente familias que deviene evidente que eligieron dicho espacio para residir en ellas con destino a

hogar. Los dos últimos censos nacionales nos brindan dos conceptos centrales aplicables al caso; el del año 2010 define el término hogar como *“grupo de personas que viven bajo un mismo techo y comparten los gastos de alimentación. De esta forma, se considera también como un hogar a las personas que viven solas”*; el del año 2022 enuncia como vivienda particular a la *“destinada a alojar a personas que viven bajo un régimen de tipo familiar, sean parientes o no...”*

Por otro lado, desde el punto de vista de la propiedad del inmueble de la obra, estamos ante barrios que pertenecen a la Administración (al IPDUV) porque fueron ocupados antes de ser finalizada la obra y entregados a los beneficiarios que serían los sorteados de la lista de espera. Los mismos fueron ejecutados por Contratistas seleccionados bajo las modalidades establecidas por la ley de obras públicas de la Provincia, con financiamiento nacional y con obras de infraestructura ejecutadas con fondos propios del Organismo o de la Provincia, según los casos.

Otra cuestión central a analizar se refiere a la responsabilidad de la Contratista como responsable de la custodia del barrio a su cargo, en el marco del contrato de obra pública oportunamente suscripto. La Contratista, denuncia la usurpación ante la Policía de la Provincia de la localidad de la obra, tornándose a futuro imposible, la terminación de la construcción. Comunican este delito al Organismo administrativo y la obra se paralizada por esta cuestión. Ocurren dos tipos de casos, en lo que se refiere a la denuncia penal, pero todos con el mismo final de archivo de la denuncia impetrada. En algunos casos, las empresas, a los fines de no efectuar inversiones en asesoramiento legal letrado, a pesar de ser los custodios, no activan las denuncias penales como querellantes, abandonando la causa penal, por lo cual estos contratos de obras, son rescindidos por culpa de la Contratista-artículo 80-, con las consecuencias legales determinadas y específicas de la ley de obras públicas de la Provincia N° 1182-K. En otros casos, la Contratista impulsó el proceso de recupero de la obra, pero la Fiscalía interviniente, impuso a la Administración provincial, en las áreas de desarrollo social, cuantiosos requisitos específicos, determinantes y absolutos, como condicionantes del desalojo, en una clara invasión a la competencia administrativa y habilitando la permanencia de la posesión ilegal. Luego de expedirse la CSJN en el caso Q, la postura de las Fiscalías fueron diferentes.

En definitiva, el Instituto, como propietario de los inmuebles, y por depender del actuar de órganos ajenos a su competencia, se ve afectado hasta la fecha con obras ocupadas por ilegales desde hace más de diez años sin recuperar hasta la fecha la inversión pública.

Después de residir mucho tiempo los actuales residentes de las obras analizadas, e incluso convocados por las mismas invitaciones que el Instituto hace a la población para regularizar la posesión, toman conocimiento de la imposibilidad legal solucionar esta situación irregular de las viviendas donde residen por períodos que superan ampliamente a los establecidos por la ley 3383-K (antes 810-A). Hasta la fecha el Organismo, no le da una solución en concreto, por ser un caso no comprendido en la normativa usualmente.

Si no hay una pronta solución administrativa, estos ocupantes irregulares, estarían en breve, en condiciones de adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva larga, con los mayores costos y condenas judiciales que afectarían a la Administración: al IPDUV y al Gobierno de la Provincia representado por la Fiscalía de Estado (administrativa), demandados solidariamente.

Las apropiaciones ilegales y posteriores posesiones irregulares, nunca entraron en el ámbito del delito de usurpación. La Fiscalía Penal, no dictó la Resolución de elevación a juicio y mandó la causa a archivo por diferentes causas ya mencionadas. Pasaron los años y los archivos provisorios se convirtieron en definitivos, sin modificarse la situación de conflicto.

Por otra parte, después de distintas gestiones de gobierno, el área legal del Instituto no tiene una decisión jerárquica concreta y suficiente respecto a los pasos a seguir para solucionar esta cuestión. Los funcionarios temen solucionar estos casos por temor a que se conviertan en una modalidad coactiva y reiterada de adquisición de viviendas sociales. Tampoco el Estado

cuenta con un presupuesto para abordar una relocalización masiva de todos los barrios en esta situación. Esto incluso podría generar tensiones de dimensiones inesperadas en la opinión pública.

En la actualidad, con un estancamiento político y jurídico en lo que respecta a la toma de decisiones, el Instituto, en el marco de sus facultades discrecionales de oportunidad, fundada causa y conveniencia para el erario público, debería abordar una solución definitiva de la irregularidad de estos barrios con antecedentes de denuncia de usurpación. Se propone en concreto el dictado de una Resolución de Directorio, o por avocación de competencia<sup>91</sup>, dado que el Poder Ejecutivo por un Decreto Provincial, como acto administrativo de jerarquía superior, pueden resolver estas irregularidades de posesiones que quedaron desplazadas de la norma escrita, pero que su solución estaría fundada en los mismos principios jurídicos administrativos con sustento constitucional y en el sistema de fuentes del derecho administrativo. Puede incluso resolverse la coordinación integral de las áreas involucradas para resolverlo, a saber:

1. Instruir a la regularización de estas posesiones para un posterior registro de propiedad, en la medida que se verifique la buena fe de los miembros del hogar.
2. Actualizar el registro de ocupantes mediante un relevamiento con informe inmediato a producirse por la Gerencia de Asuntos Socioeconómicos del IPDUV, y verificar si los mismos cumplen con los requisitos normadamente requeridos para ser beneficiarios de viviendas FO.NA.VI. o si pertenecen a grupos vulnerables que ameriten activar otro protocolo de contención específica.
3. Instruir a la Gerencia de Desarrollo Urbano del IPDUV, a confeccionar los planos de mensura y subdivisión, de los lotes de cada solución habitacional, por ser la documental imprescindible para registrar en el futuro próximo, la transferencia de la propiedad por escritura pública a través del Registro Notarial Especial del Organismo.
4. Habilitar a la Dirección de Procuración de la Gerencia Legal y Técnica del Instituto, a recuperar por medio del desalojo ante los juzgados civiles y comerciales, las viviendas puntuales cuyos ocupantes no se encuentran en condiciones de ser merecedores de la solución habitacional, conforme a las normas vigentes.
5. Operativizar las comunicaciones pertinentes a Desarrollo Social, para que intervenga de manera expedita y efectiva, en los casos de relevante vulnerabilidad, tal como la CSJN ya lo tiene resuelto.<sup>92</sup>
6. Ordenar la entrega formal de las viviendas recuperadas, a las familias que se encuentran en lista de espera, para que accedan a su casa propia, seleccionadas de acuerdo a las prioridades reglamentarias vigentes.

Este acto administrativo, que considera la regularización de los barrios con posesiones irregulares por tener antecedentes históricos de denuncia de usurpación, se encuentra en el ámbito de las funciones pertenecientes al campo del derecho público, en ejercicio de sus poderes exorbitantes, haciendo uso de sus facultades discrecionales, debidamente razonadas y acordes a la estructura normativa administrativa existente.

La decisión administrativa tiene que acontecer, antes que transcurran los veinte años de ocupación, contados desde el momento de la apropiación original, cuya fecha se encuentra determinada por la misma denuncia de la Contratista, a los fines de evitar defensas y acciones

91. <https://dpej.rae.es/lema/avocaci%C3%B3n-de-las-competencias>

92. Existen antecedentes jurisprudenciales justamente en casos de viviendas particulares, que el Juzgado dio intervención a los órganos administradores de seguridad social, previo al desalojo para no generar desamparo a los ocupantes con características de vulnerabilidad social. Fallo: "Ferraro, María Eugenia c/Tejerina, Raúl José y otros s/Desalojo: Intrusos. CNCiv, sala I, 05/05/2020. LA LEY 14/05/2020,9. AR/JUR/15016/2020.

judiciales de prescripción adquisitiva larga contra el Estado, con los costos y complejidades económicos y administrativos extraordinarios que ello demandaría.

Considero relevante enfatizar, que tampoco habría una población potencialmente afectada por el acto administrativo discrecional propuesto, por cuanto también fue decisión de este Directorio, el priorizar sorteos de barrios recientemente culminados, entre las familias que se encontraban adecuadamente inscriptas y que demandaban una vivienda por más de diez años. Esta decisión, que también devino discrecionalmente razonada, produjo una aprobación generalizada y pública, considerada como justa.

Por último, recalco que las situaciones como las expuestas no deberían reiterarse. La crisis económica sigue e incluso, va en aumento, pero también se vislumbra una actitud espontánea, coordinada e inmediata, desde la voluntad y coordinación de los poderes públicos judiciales y administrativos para reducir los intentos de usurpaciones masivas de barrios del Estado.

A la fecha del presente trabajo, no existe siquiera una resolución ministerial en el Poder Judicial ni resoluciones Ministeriales administrativas definidas y coordinadas que obliguen un actuar inmediato, conjunto y eficiente de ambos poderes del gobierno.

### **Reflexiones finales y desafíos por alcanzar**

Actualmente, existe en la Provincia, un número significativo de barrios sin regularización dominial que, por distintos motivos, no se transfirieron a sus ocupantes legítimos. Afortunadamente, este abanico de situaciones problemáticas se encuentra en vías de soluciones, menos el abordado en el presente trabajo.

Esta situación de descoordinaciones y retrasos administrativos y judiciales es captada por el común de la ciudadanía, que demanda soluciones habitacionales, especialmente por los sectores que no cuentan con un trabajo formal estable, organizados por algunos referentes de movimientos sociales, y usurpan obras de manera masiva, intentando acceder a la ocupación de una vivienda social sin cumplir con todos los procesos previos de su selección, junto a otros postulantes que sí lo hacen y que accederían por sorteo, a su adquisición.

En el caso de las usurpaciones de barrios, existe una variable fundamental al momento del análisis, que es la postura adoptada por el Ministerio Público Fiscal en lo Penal (provincial) que debe actuar de oficio en los casos que detecte conductas reincidentes y de grupos vulnerables, dando participación a las Defensorías Oficiales para que, en este último caso, se asegure el seguimiento estatal de acompañamiento a estas personas indefensas.

Es inminente la necesidad de un Convenio de Colaboración Interinstitucional entre el Poder Judicial y el Ejecutivo, para prevenir situaciones como las históricas acontecidas. También debe considerarse el uso de las tecnologías de información para un desarrollo endógeno y manejo en tiempo real de la misma información en las áreas de los distintos poderes involucrados.

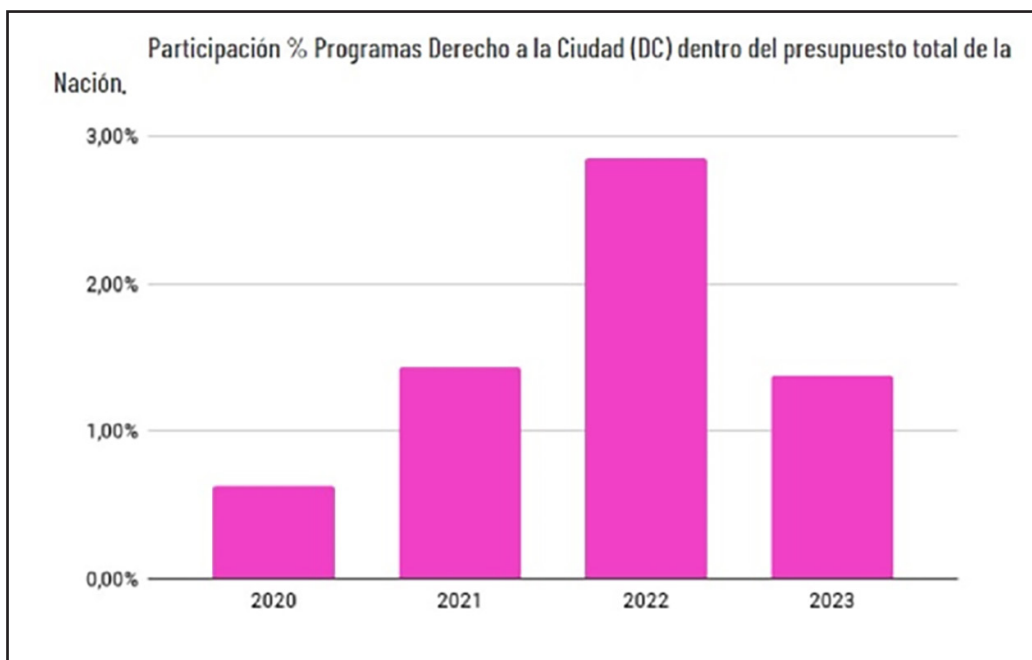
Por otra parte, se debe incrementar el sistema de seguridad de la obra con protecciones más efectivas, expresando esos requisitos en los pliegos licitatorios. Un sereno únicamente en este escenario deviene insuficiente porque al llegar la policía es demasiado tarde.

Es presente trabajo intenta aportar para la solución de una situación de excepción y en lo que implica un abordaje integral de intervención para prevenir esta situación de posibles usurpaciones. Es responsabilidad de los poderes del Estado que así sea. No se puede poner en riesgo de inaccesibilidad indeterminada a la primera vivienda, a las personas que respetuosamente actualizan sus datos de demanda habitacional y esperan ser beneficiados en los sorteos del IPDUV, cumpliendo la normativa establecida.

## Anexo I

Tabla 1: Presupuesto Inicial (en \$millones) valores reales 2020-2023 del MDS, MDyH y total

Presupuesto	Año 2020	Año 2021	Año 2022	Año 2023
MDS	371 (0,3%)	9.082 (2,57%)	6.183 (1,03%)	11.213 (2,81%)
MDTyH	123.116 (99,70%)	344.373 (97,43%)	592.449 (98,97%)	387.237 (97,19%)
Total DC	123.488 (100%)	353.455 (100%)	598.633 (100%)	398.450 (100%)
Total Nación	19.463.665	24.702.692	21.013.102	28.954.031



**Fuente:** [http://acij.org.ar/wp-content/upload/2022/11/Habitat-y-vivienda-\\_Semana-\\_Presupuestos-y-Derechos\\_2022.docx-1.pdf](http://acij.org.ar/wp-content/upload/2022/11/Habitat-y-vivienda-_Semana-_Presupuestos-y-Derechos_2022.docx-1.pdf)

## Anexo II

**Cuadro 1.4.** Provincia del Chaco. Viviendas particulares, viviendas colectivas, población en viviendas particulares, población en viviendas colectivas y población en situación de calle (vía pública), por departamento. Año 2022

Departamento	Total de viviendas particulares	Total de viviendas colectivas	Total de población	Población en viviendas particulares	Población en viviendas colectivas <sup>(1)</sup>	Población en situación de calle (vía pública)
<b>Total</b>	<b>401.658</b>	<b>443</b>	<b>1.142.963</b>	<b>1.137.027</b>	<b>5.877</b>	<b>59</b>
Almirante Brown	14.421	11	38.408	38.384	24	///
Bermejo	10.095	17	28.354	28.239	115	///
Chacabuco	12.806	19	34.674	34.569	105	///
Comandante Fernández	37.425	42	102.086	101.133	953	///
12 de Octubre	8.205	9	23.794	23.715	79	///
2 de Abril	3.608	7	9.336	9.326	10	///
Fray Justo Santa María de Oro	4.161	7	10.673	10.646	27	///
General Belgrano	4.190	-	12.822	12.822	-	///
General Donovan	5.290	2	15.515	15.506	9	///
General Güemes	25.634	59	68.341	67.875	466	///
Independencia	7.703	6	22.168	22.089	79	///
Libertad	4.385	7	13.839	13.769	70	///
Libertador General San Martín	21.589	33	65.588	65.242	346	///
Maipú	9.615	6	26.486	26.418	68	///
Mayor Luis J. Fontana	22.784	25	61.561	61.385	176	///
9 de Julio	11.754	8	30.630	30.586	44	///
O'Higgins	7.812	9	22.069	22.026	43	///
Presidencia de la Plaza	5.032	11	14.003	13.982	21	///
1º de Mayo	5.538	5	14.484	14.469	15	///
Quitilipi	11.397	13	32.605	32.373	232	///
San Fernando	142.311	104	423.380	420.621	2.700	59
San Lorenzo	6.207	5	16.235	16.218	17	///
Sargento Cabral	6.733	13	18.788	18.701	87	///
Tapenagá	1.595	9	4.166	4.158	8	///
25 de Mayo	11.368	16	32.958	32.775	183	///

<sup>(1)</sup> Incluye la población en situación de calle censada en refugios o paradores.

Fuente: INDEC, Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2022. Resultados provisionales.

## Anexo III

### Normativa local vinculada a la obra pública habitacional Leyes provinciales

- 1)L. 1794-B RÉGIMEN INTEGRAL PARA LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.
- 2)L. 1826-J ROTOCOLO DE ACTUACIÓN POLICIAL ANTE SITUACIONES DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES.
- 3)L. 2086-C PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.
- 4)L. 2553-B PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES.
- 5)L. 3695-C ASISTENCIA, ABORDAJE E INTERVENCIÓN DE FAMILIAS Y PERSONAS EN SITUACIÓN DE CALLE.
- 6)L.1058-A “COMPRESO CHAQUEÑO”. COMISIÓN QUE CONTROLA PREVIO A UNA ADJUDICACIÓN DE OBRA PÚBLICA, EL COMPROMISO DE LAS OFERENTES PARA LA COMPRA DE PRODUCTOS LOCALES
- 7)L.1092-A “ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL SECTOR PÚBLICO PROVINCIAL”
- 8)L.1182-K “LEY DE OBRAS PÚBLICAS”



- 9)L.172-C CREA DIRECCION DE PROMOCION Y DESARROLLO DE SOCIEDADES COOPERATIVAS
- 10)L.179-A CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS
- 11)L.2821-K TITULO EJECUTIVO PARA EL COBRO DE ACREENCIA DEL IPDUV. 12) L.2873-K ADHESIÓN LEY NACIONAL N° 27.397 - DETERMINA PRECIOS EN CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS -VIVIENDAS-.
- 13)L.3006-F LEY DE CRÉDITO PÚBLICO.
- 14)L.3025-G EMERGENCIA SOCIAL POR VIOLENCIA DE GÉNERO.
- 15)L.3053-A DÉBITO AUTOMÁTICO DE CUOTAS DEL IPDUV.
- 16)L.3100-W CENSO PROVINCIAL DE PUEBLOS ORIGINARIOS.
- 17)L.3108-A LEY DE MINISTERIO - DEROGA LEY 2420-A Y L.3333.A MODIFICA ARTS. 1º, 4º INCS.C) Y E), 11º, 20º, 22º INC. 24, 35º E INCORPORA AL ART. 18º INC. 14, 21º INC.12), 25º INCS. 12 Y 13 Y DEROGA ARTS. 24 Y 29 DE LA LEY 3108 – A.
- 18)L.3165-F TRANSFERENCIA O AFECTACION DE BIENES INMUEBLES.
- 19)L.3174-C DEL VOLUNTARIADO SOCIAL.
- 20)L.3201-K EMERGENCIA HABITACIONAL Y DE INFRAESTRUCTURA SOCIAL BASICA.
- 21)L.3204-F CONTABILIDAD GUBERNAMENTAL. PRESENTACION DE ESTADOS CONTABLES DEL SECTOR PÚBLICO.
- 22)L.3268-K ETIQUETADO DE EFICIENCIA ENERGÉTICA DE INMUEBLES DESTINADOS A VIVIENDA.
- 23)L.3331-A CREA BANCO PROVINCIAL DE TIERRAS URBANAS.
- 24)L.3331-A CREA BANCO PROVINCIAL DE TIERRAS URBANAS.
- 25)L.3383-K PROCEDIMIENTO Y RÉGIMEN DE SANCIONES POR IRREGULARIDADES COMETIDAS SOBRE VIVIENDAS ADJUDICADAS POR EL IPDUV. ABROGASE LA LEY 810-A.
- 26)L.3441-C LEY DE PROTECCION INTEGRAL PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA DISCRIMINACION EN RAZON DE LA EDAD EN TODOS LOS AMBITOS SOCIALES DE LA PROVINCIA.
- 27)L.3464-A INSTITUTO CHAQUEÑO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN (ICHCTI). ABRÓGASE LA LEY 1637-I -LEY DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN. ADHIERE A LEYES 25.467; 26.270; 27.570 Y 27.614.
- 28)L.3677-A ESTABLECE LINEAMIENTOS PARA EL DESARROLLO TERRITORIAL UN HÁBITAT ADECUADO.E INCORPORA INC.H DEL ARTÍCULO 20 CAPÍTULO II- RECURSOS MUNICIPALES DE LA LEY 854-P (ANTES LEY 4233).
- 29)L.3677-A ESTABLECE LINEAMIENTOS PARA EL DESARROLLO TERRITORIAL UN HÁBITAT ADECUADO.E INCORPORA INC.H DEL ARTÍCULO 20 CAPÍTULO II- RECURSOS MUNICIPALES DE LA LEY 854-P (ANTES LEY 4233).
- 30)L.3696-L MODIFICACIONES A LA LEY 2148.L RÉGIMEN DE CONSORCIOS LADRILLEROS.
- 31)L.3752-R PROGRAMA CONECTIVIDAD VIAL Y AMBIENTAL.
- 32)L.487-A NORMAS PARA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE PROVEEDORES DEL ESTADO
- 33)L.744-A CREACIÓN DE LA UNIDAD DE ORDENAMIENTO Y SUPERVISIÓN DE ADQUISICIÓN Y CONTRATACIONES (UOSAC).
- 34)L.945-N CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENAL DE LA PROVINCIA.



## Decretos Provinciales

- 1)DECRETO 1038/00 “PUBLICACIONES EN INTERNET DE ANUNCIOS DE LICITACIONES”
- 2)DECRETO 1090/00 “SISTEMA DE COMPRAS Y CONTRATACIONES DEL ESTADO PROVINCIAL”
- 3)DECRETO 1241/02 – 1242/02 (CAJA DE AHORRO-INSCRIPCIÓN PROVEEDORES)
- 4)DECRETO 2417/18 MONTOS CONTRATACIONES RÉGIMEN GENERAL
- 5)DECRETO 256/17; 346/17 MONTOS OBRAS PÚBLICAS
- 6)DECRETO 3100/18 CONTRATACIÓN DE SEGUROS DE LA PROVINCIA
- 7)DECRETO 365/19 MODIFICA PUBLICACIONES EN BO PROVINCIA
- 8)DECRETO 680/10 CONTRATACIONES ESTRATÉGICAS
- 9)DECRETO 692/01 RÉGIMEN DE CONTRATACIONES

## Bibliografía

AGUILAR VALDEZ Ó.R. (2016) ¿Regular o competir? El caso de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual de la República Argentina y el Principio de Proporcionalidad como Criterio Delimitador. Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho N° 76. p. 307.

AGUILAR, Luis F. (2009) Marco para el análisis de las políticas públicas. En MARIÑEZ, F. y VIDAL GARZA, C. (2009) Política pública y democracia en América Latina del análisis a la implementación. Porrúa, Méjico, D. F.

ALBERTO, J. A. (2001) Geografía, Crecimiento Urbano, Ambientes, Paisajes y Problemas El Área Metropolitana del Gran Resistencia (A.M.G.R.). Departamento e Instituto de Geografía Facultad de Humanidades. UNNE. Resistencia

ALCALÁ, L., PELLI, M.B., CERNO L., LEDESMA, E. y OLMEDO R. (2018) Caracterización urbano-ambiental de una Selección de áreas periféricas del Gran Resistencia. Revista Arquitectura y Diseño del Noreste Argentino, N° 6, FAU-UNNE y CONICET, ISSN: 2347-1107.

ALONSO J.A. (2007) “Desigualdad, instituciones y progreso: Un debate entre la historia y el presente”, Revista N° 93 LC/G.2347-P. (CEPAL)

ALONSO J.A. (2007) “Desigualdad, instituciones y progreso: Un debate entre la historia y el presente”, Revista N° 93 LC/G.2347-P. (CEPAL)

ALONSO REGUEIRA, E. (Coord.) (2013) La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino. Autor de la publicación PERRONE, Nicolás M. Ed. La Ley, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho.

BAÑÓN R. y CARRILO E. (comp.) (1997) Cap. 11 TAMAYO SAEZ M. El Análisis de las Políticas Públicas. Alianza Editorial SA, Madrid. ISBN: 84-206-8162-8.

BÁRCENA A., Secretaria Ejecutiva; PRADO A., Secretario Ejecutivo Adjunto (2010) La Hora de la Igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir. Trigésimo tercer período de sesiones. Brasilia. Distr. General. LC/G.2432 (SES.33/3). Original: español. Naciones Unidas. Impreso en Santiago (CEPAL).

BARNES, J Conferencia XI Congreso Internacional de Derecho Administrativo, “El Derecho administrativo como el verdadero derecho de la sociedad, desafíos y consecuencias para el siglo XXI”

BIANCHI, A. (1984) en “La declaración de utilidad pública como causa de la expropiación irregular”. Revista ED 107-983, la denomina a esta intervención como “expropiación irregular”.

BRAIER, G. (2002) Colab. ESPER, N.; CORINALDESI, L. Estudio de tendencias y perspectivas del sector forestal en América Latina al año 2020. Informe nacional complementario Argentina. Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable; Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos de la Nación; O.N.U. para la agricultura y la alimentación.

BREST I. (2006) Diferenciación espacial de los niveles de pobreza en el Gran Resistencia en la actualidad. Folia Histórica del Nordeste, N° 16 IIGHI, CONICET - IH, UNNE.

BREST I. (2006) Folia Histórica del Nordeste, N° 16 IIGHI, CONICET - IH, UNNE, N°225 Diferenciación espacial de los niveles de pobreza en el Gran Resistencia en la actualidad, Resistencia.

BRIEGER, Pedro. De la década perdida a la década del mito neoliberal. Neoliberalismo. Economía. Globalización. América Latina;

CAPITANICH J. M (2022) Provincia del Chaco. Plan Quinquenal 2023 -2027 Políticas para el Crecimiento Económico, la Inclusión Social y la Sostenibilidad Ambiental; 1a ed. - Resistencia: ConTexto Libros, ISBN 978-987-730-799-3 CDD 352.14

CASARINI, L.(s/f) La motivación como instrumento de control de la discrecionalidad administrativa. URL: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/caecasarini-motivacion.pdf>

CASSAGNE J.C.(s/f) La discrecionalidad administrativa

URL:[http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La\\_discrecionalidad\\_administrativa.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf)

CEPAL, (2006) MEDINA VÁSQUEZ, Javier y ORTEGÓN Edgar. Manual de prospectiva y decisión estratégica: bases teóricas e instrumentos para América Latina y el Caribe. Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES) Área de Proyectos y Programación de Inversiones. Serie Manuales N°51. Santiago de Chile.

CEPALSTAT. Bases de Datos y Publicaciones Estadísticas.

CIANCIARDO, J. (2009). “El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad”. Segunda edición. Ábaco. Buenos Aires.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Código Procesal Penal del Chaco de la Provincia del Chaco

COHEN E. y FRANCO R. (2005) Evaluación de proyectos sociales. Siglo Veintiuno Argentina Editores. Buenos Aires.

COMADIRA, J. (2003) Derecho administrativo: Acto administrativo 2 ed. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

COMADIRA, J.P. (2020) Presunción de Legitimidad, Ejecutoriedad y Suspensión Judicial de los Efectos del Acto Administrativo. Tesis Doctoral para optar al título de Doctor en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad Austral. Buenos Aires.

Constitución de la Nación Argentina

Constitución de la Provincia del Chaco



Convención Americana de Derechos Humanos.

COVIELLO, P.J.J. (2009) El Control judicial de la emergencia, *Jurisprudencia Argentina*, t. 2009-I, p. 1086.

CSJN Acordada N° 30/2007.

DELPIAZZO, C. E. (2013) *Derecho Administrativo General*, A.M.F., Montevideo, vol.2, p. 241 y ss.

Diario *Ámbito Financiero*; 22 de octubre 2022. *Economía. Presupuesto 2023* Cómo se distribuirán los recursos nacionales entre las provincias en 2023.

DYE T. (2008) “Entendiendo las políticas públicas”, América ed. Argentina.

Estrategia Mundial de Vivienda. La Nueva Agenda Urbana en español. URL:<https://onuhabitat.org.mx/index.php/vivienda-inviable-para-la-mayoria>.

Fallo Bourdieu, 1925. CSJN.

Fallo CSJN 2008, número 63; 2012, número 222)

Fallo Ferraro, María Eugenia c/Tejerina, Raúl José y otros s/Desalojo: Intrusos. CNCiv, sala I, 05/05/2020. LA LEY 14/05/2020,9. AR/JUR/15016/2020.

Fallo: 344:2175. Molinos Río de la Plata S.A. c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo

Fallo: JA, 1985- IV- 225.

Fallo: Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo. CSJN 2012 Nro. Interno: Q.64. XLVI. Id SAIJ: FA12000045

Fallos 90:20; 147:402; 171:348; 200:450; 249:252; 256:241; 263:460; 288:325; FRAGA, G. (1958) *Derecho administrativo*, Méjico.

GARCÍA DE ENTRERRÍA E. y FERNÁNDEZ T. R. (2004) *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 9ª edición.

GARRIDO FALLA, F. (1961) *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I. Madrid.

GORDILLO, A. (2013) *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, t. 8. *Teoría General del Derecho Administrativo*. I.S.B.N.: 978-950-9502-51-2. Copyright by Fundación de Derecho Administrativo. 2da. edición, Buenos Aires.

HOSKINS, Ly O’DRISCOLL Jr., G. (2006) “Derechos de propiedad: La clave del desarrollo económico”, URL: <http://www.elcato.org/derechos-de-propiedad-la-clave-del-desarrollo-economico>. Traducido del Policy Analysis N° 482 publicado por el C. Institute el 7/08/2003. Washington D.C. INDEC (2000) *Situación Demográfica de la provincia del Chaco*. INDEC (2002) *Censo Nacional Agropecuario 2002*.

INDEC (2010) *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas de la Argentina*.

INDEC (2022) *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas de la Argentina. Resultados provisionales del CENSO 2022*

Instituto Provincial de Desarrollo Urbano y Vivienda de la Provincia del Chaco. URL:<https://ipduv.chaco.gob.ar/viviendas/>

IVANEGA, M. (2021) *Reflexiones acerca del Derecho Administrativo en la República Argentina. Garantías Jurídicas en el Procedimiento, el Control Judicial y la Responsabilidad del Estado*.

LÓPEZ ZAMORA, P. (2006) *Aproximación a la figura y obra de Max Weber* *Compañía Española de Reprografía y Servicios S.A.* 1ª ed., 1ª imp.

MARQUES, A.P. (2010) *La desindustrialización en Puerto Vilelas* Editorial: Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de



Ciencias Económicas. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas. ISSN: 1668-6365. Repositorio Institucional. CONICET Digital.

MARTÍNEZ, O.; MERLINO, D. (1992) Familia, Trabajo y Producción en una comunidad del Norte Argentino. CIPES.

MARX, C. (1842) El Capital. T.1. Digitalizado: LIBROdot.com

URL:<http://biblio3.url.edu.gt/Libros/CAP-TOM1.pdf>

MAZZUCA S. (2021) "Latecomer State Formation. Political Geography and Capacity Failure in Latin America". EE. UU., Yale University Press. ISBN: 978-0-300-24895-1.

MAZZUCA S. (2021) "Latecomer State Formation. Political Geography and Capacity Failure in Latin American". EE. UU., Yale University Press. ISBN: 978-0-300-24895-1.

MERTEHIKIAN E. (2010) Cuestiones de Control de la Administración Pública. Breves anotaciones acerca del alcance del control judicial sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las conductas de la Administración. Ed. Rap S.A. p. 21Id SAIJ: DACF130326

MIDON, M.A.R. (1997) Manual de derecho constitucional argentino, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, p.242.

O.E.A. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Documentos Básicos. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 299:428

O' DRISCOLL JR., GERALD P. y HOSKINS Lee (2006) Derechos de propiedad. La clave del desarrollo económico. El Cato Institute -Washington, D.C.-

O'DONNELL, G. (1977) Apuntes para una Teoría del Estado, Documento CEDES/g.e. CLACSO, 9. Buenos Aires.

O'DONNELL, G., IAZZETTA, O. y QUIROGA, H. (2011) Democracia Delegativa. Ed. Prometeo. Buenos Aires.

ONU. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

ONU. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

ONU. Convención sobre los Derechos del Niño.

ONU. Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos, 1976 (Informe de Hábitat: Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.76.IV.7, y corrección).

ONU. Declaración sobre el Derecho al Desarrollo.

ONU. Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social.

ONU. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

URL:[http://www.un.org/es/documents/udhr/index\\_print.shtml](http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml)

ONU. Derechos humanos. Oficina del Alto Comisionado. La vivienda es un derecho, no una mercancía (2019)

ONU. Informes del Sr. Relator Especial de la Subcomisión Danilo Türk, (E/CN.4/Sub.2/1990/19, párr. 108 a 120; E/CN.4/Sub.2/1991/17, párrs. 137 a 139).

ONU. Los Documentos Oficiales de la Asamblea General, Sesión 43, supl. N° 8, edición (A/43/8/Add.1).

ONU. Recomendación N° 115 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Vivienda de los Trabajadores, 1961.



ONU. Resolución 1991/26 de la Subcomisión n de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.

ONU. Resoluciones 1986/36 y 1987/22 de la Comisión de Derechos Humanos.

OSZLAK, O. (2011) *Lecturas sobre el Estado y las políticas públicas: Retomando el debate de ayer para fortalecer el actual*. Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación. Proyecto de Modernización del Estado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires - República Argentina.

Presidencia de la Nación. SIEMPRO. Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales.

Medición de la pobreza y distribución del ingreso.

URL:<https://www.argentina.gob.ar/politicassociales/siempro>

QUINTIN, A. "Paradigmas emergentes de la reforma administrativa: La nueva gestión pública. Cap. VI

REPETTO, F. (2012), director del Programa de Protección Social de CIPPEC. WAISGRAIS S., Especialista en Monitoreo y Evaluación de UNICEF. FERNÁNDEZ ARROYO, N., Planificación de políticas, programas y proyectos sociales / FERNÁNDEZ ARROYO N. y SCHEJTMAN L. - 1a ed. Fundación CIPPEC. 125 p.; 23x23 cm. ISBN 978-987-1479-36-8. 1. Políticas Públicas. I. SCHEJTMAN, Lorena II. Título CDD 320.6. Buenos Aires.

REPETTO, F. y FERNÁNDEZ, J.P. (2012). *Coordinación de políticas, programas y proyectos sociales*. Buenos Aires: CIPPEC y UNICEF, p. 14.

ROBERT J. (s.f.) *Usurpación. Código Penal Comentado*. Asociación Pensamiento Penal.

URL:<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpccomentado/cpc37804.pdf>

RODRÍGUEZARANA MUÑOZ, J. (2012) *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*.

Editorial Novum, México.

ROFMAN, A.; MANZANAL, M. (1989). *Las economías regionales de la Argentina, Crisis y políticas de desarrollo*. Centro de Estudios Universitarios; Bibliotecas Universitarias, Centro Editor de América Latina.

ROSANVALLON P. (2009) Traducción Cardoso Heber. *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad*. Ed. Manantial, Buenos Aires. p. 26/32.

SABATO, J.F. (1979) *Notas sobre la formación de la clase dominante en la Argentina Moderna* (1880-1914) CISEA. Buenos Aires.

SCHWEINHEIM, Gu. *Revista Estado y Políticas Públicas*. FLASCO Argentina, Revista N° 10. CABA

SOTELO DE ANDREAU, M. (2016) *El nuevo paradigma del estado. Su impacto en el derecho interno. La globalización, las normas supranacionales y el derecho administrativo*. A&C Revista de Derecho Administrativo y Constitucional. ISSN 1516-3210 | e-ISSN 1984-4182. Curitiba-PR, Brasil, CEP 80730-060 URL: <http://www.revistaaec.com>.

SOTELO de ANDREAU, M. G. (2000) "El nuevo paradigma del Estado, su impacto en el Derecho interno", publicado en *Ae DP* N° 6, Ed. Ad. Hoc, Buenos Aires.

Universidad Nacional de la Plata. WEBER, M. (2020)

URL: <https://perio.unlp.edu.ar/catedras/pyp/wp-content/uploads/sites/64/2020/04/max-weber.pdf>



URL:<http://dx.doi.org/10.18800/derecho-pucp.201601.013>.

URL: <https://datos.bancomundial.org/pais/argentina?view=chart>

URL: [https://www.gordillo.com/pdf\\_tomo8/capitulo03.pdf](https://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo03.pdf)

URL:<http://observatoriogeograficoamercalatina.org.mx/egal12/Geografiasocioeconomica/Geografia>

*Hacia una óptima administración:*

## **La administración pública digital y su impacto en el trabajo remoto en contexto post pandemia**

Juan Ignacio Godeas

---

### **Introducción**

La situación desencadenada por la pandemia del COVID □ 19, y la necesidad de sostener el distanciamiento social, preventivo y obligatorio (DISPO), como medida prioritaria para proteger la salud pública, reducir la circulación de personas, evitar la propagación del virus y mitigar el impacto sanitario del mismo; precipitó el adoptar en forma sorpresiva y masiva, la modalidad del trabajo remoto en la Administración Pública sin la posibilidad de planificar y anticipar las acciones y formas de trabajo.

Esta medida motivó una reconversión de la modalidad de trabajo para distintos sectores de la sociedad. En cuanto a las actividades consideradas esenciales, en la mayoría se mantuvo la modalidad presencial, respetando los protocolos estipulados por cada organización. Distinta fue la situación en las actividades no esenciales, ya que en muchos casos se adoptó la modalidad de trabajo remoto, en pos de contribuir a la disminución de la circulación de personas en espacios públicos. Esto facilitó, en las ocupaciones que así lo permitieran, la continuación del trabajo desde el domicilio particular y por medio de la utilización de herramientas electrónicas y digitales como teléfonos, tablets y computadoras, lo que aminoró los efectos económicos causados por la aparición del virus y su rápida propagación en todo el planeta.

El trabajo desde el domicilio no es un fenómeno nuevo. Sin embargo, con la irrupción de la pandemia por COVID-19, y las medidas de confinamiento implementadas para contener la emergencia sanitaria, esta modalidad de trabajo se incrementó significativamente en los países de América Latina y el Caribe, al igual que en el resto del mundo.

La mayor parte de las actividades que comenzaron a desarrollarse desde el domicilio están basadas en tecnologías de la información y de la comunicación (TIC'S) lo que determinó un importante incremento del teletrabajo.

El trabajo remoto, por lo tanto, facilitó la continuidad de ciertas actividades económicas y de la relación laboral. Ello resultó de particular importancia teniendo en cuenta el fuerte impacto de la crisis en los mercados de trabajo, que se expresó en significativas pérdidas de ocupaciones y de horas trabajadas.

Sin embargo, si bien este fenómeno no es nuevo, varias dimensiones relevantes diferencian la naturaleza del trabajo desde el domicilio antes y durante la vigencia de las medidas de confinamiento y de restricción a la movilidad de las personas.

Con anterioridad a la pandemia, el trabajo a domicilio se combinaba con trabajo en el establecimiento, pero en el contexto de cuarentena pasó, en muchos casos, a ser la modalidad exclusiva de trabajo, al ser una de las pocas alternativas para continuar la actividad económica y la relación laboral en circunstancias excepcionales.

Como era esperable, las posibilidades efectivas de realizar trabajo desde el domicilio han dependido –entre otros factores– del tipo y naturaleza de la ocupación y de las tareas, y del acceso efectivo a las tecnologías necesarias para realizar el trabajo de manera remota.

En una región caracterizada por estructuras laborales con baja intensidad global en el uso de TIC'S y con elevadas brechas tecnológicas era esperable que la difusión de la modalidad de trabajo a domicilio y, en particular del teletrabajo, no fuera homogénea entre los diferentes grupos de trabajadores.

Nuestro país ha reportado avances en materia de regulación del teletrabajo. Sin embargo, el aumento sin precedentes de esta modalidad de trabajo expuso una multiplicidad de desafíos que deben ser abordados de modo de asegurar que contribuya positivamente a las empresas y a los trabajadores. En la Resolución N° 109 de Junio de 2021, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo, se insta, entre otras iniciativas, a “introducir, utilizar y adaptar el teletrabajo y otras nuevas modalidades de trabajo para preservar los puestos de trabajo y ampliar las oportunidades de trabajo decente a través de, entre otros medios, la reglamentación, el diálogo social, la negociación colectiva, la cooperación en el lugar de trabajo, así como la adopción de medidas para reducir las disparidades en el acceso a la tecnología digital, respetando las normas internacionales del trabajo y la privacidad, y promoviendo la protección de los datos y la conciliación de la vida laboral y la vida privada”.

Para identificar el trabajo a distancia es necesario, en primer lugar, definir el lugar de trabajo predeterminado. Este es un concepto de referencia espacial teórico que determina el lugar físico en donde se espera que se lleve a cabo el trabajo teniendo en cuenta el tipo de puesto, las tareas y la categoría ocupacional. Por ejemplo, si el trabajador es dependiente, el lugar predeterminado de trabajo será el local perteneciente a su empleador, o las instalaciones del cliente de la unidad económica de la que depende el trabajador, o un espacio público si las tareas que realizan así lo requieren. En el caso del trabajador independiente el lugar predeterminado será el local o emplazamiento del propio trabajador (incluyendo su propio domicilio), las instalaciones de un cliente o un espacio público. Finalmente, en el caso de un trabajador familiar el lugar predeterminado de trabajo corresponde al negocio familiar donde se ocupe.

En segundo lugar, es necesario identificar la ubicación física en donde se realiza efectivamente el trabajo. Es la comparación entre esta última y el lugar predeterminado la que permite identificar el trabajo a distancia. En efecto, si bien aún no existe una definición estadística internacional, se define como trabajo a distancia a aquellas situaciones donde parte o el total de las tareas no se realizan en el lugar predeterminado de trabajo. En el caso de los trabajadores asalariados los lugares de trabajo alternativos pueden ser, por ejemplo, oficinas de cotrabajo, cafeterías o incluso el propio domicilio del trabajador.

La correcta identificación del trabajo a distancia para los trabajadores independientes es compleja y en muchas ocasiones este concepto suele utilizarse exclusivamente para los trabajadores dependientes, principalmente en los casos donde el propio domicilio del trabajador no asalariado puede considerarse como su lugar predeterminado de trabajo.

A partir de estas definiciones surge otro concepto: el teletrabajo. Esta modalidad se origina de la combinación de dos componentes: en primer lugar, el trabajo se realiza en una ubicación alternativa al lugar de trabajo predeterminado y, en segundo lugar, se requiere el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC'S), tales como una computadora o un teléfono. Definido de esta manera, el teletrabajo es, por tanto, un subgrupo del trabajo a distancia.

El trabajo a domicilio, por su parte, es aquel que se efectúa total o parcialmente en la propia vivienda del trabajador, independientemente de cuál sea su lugar de trabajo predeterminado. Dentro de la definición de trabajo a domicilio se incluyen todas las unidades que estén en la vivienda del trabajador, pero quedan excluidos locales anexos a la residencia que no forman parte de ésta, como tiendas o talleres que tengan una entrada propia o terrenos y tierras para explotación económica.



Con anterioridad a la emergencia de la pandemia por COVID-19 algunos países de América Latina ya contaban con legislación sobre el teletrabajo. Por ejemplo, Colombia en 2008 estableció garantías sindicales y de seguridad social para los trabajadores bajo esta modalidad. Perú legisló sobre esta materia en el año 2013. Brasil en 2017 modificó la Consolidación de la Legislación del Trabajo (CLT) incorporando un capítulo sobre teletrabajo. Costa Rica reguló el teletrabajo en 2019. Durante el año 2020 otros países avanzaron en este sentido: México, Panamá, El Salvador, Chile y Argentina.

En Uruguay, en abril de 2020 ingresó a la Cámara de Senadores un proyecto de ley de teletrabajo, el cual recibió media sanción en octubre de ese año. En el mes de mayo del año 2021, Colombia sancionó la Ley de Trabajo en Casa. Finalmente, Paraguay sancionó en junio de 2021, la ley de teletrabajo.

Cuando se implementa esta modalidad no sólo se reduce el riesgo individual de contagio en el lugar de trabajo, sino que esto también implica la desaglomeración de medios de transporte, disminuyendo el riesgo colectivo. Al ser una modalidad tan inevitable como novedosa para varios sectores de la economía, en el mundo emergió el debate sobre su regulación y promoción. Argentina no fue una excepción: se promulgó la ley 27.555 y su correspondiente reglamentación a través del decreto 27/2021 publicado el 20 de enero de 2021 en el Boletín Oficial.

Las medidas de confinamiento generaron la necesidad de adaptar rápidamente la organización del proceso de producción y trabajo, lo que derivó en aumentos significativos del trabajo realizado desde los hogares. Sin dudas, el teletrabajo permitió que las empresas pudieran continuar con sus operaciones y que ciertos trabajadores pudieran mantener su relación laboral. Ello, a su vez, evitó un impacto aún mayor de la crisis sobre los indicadores laborales en la región. El tránsito del trabajo presencial al trabajo remoto, sin embargo, no estuvo exento de desafíos para las empresas y para los trabajadores, quienes debieron implementar rápidamente esta modalidad de trabajo.

En este contexto, este trabajo tiene como objetivo principal el brindar las herramientas para visibilizar la necesidad de la sanción de un Régimen Jurídico específico para implementar y sostener de forma exitosa el trabajo remoto en la Administración Pública, poniendo a disposición un instrumento confiable, seguro y jurídicamente válido, ajustando las conductas a los nuevos tiempos.

Sin lugar a dudas que la sanción de un marco legal específico para el trabajo remoto en la Administración Pública garantizará los derechos y las obligaciones de los trabajadores de modo protectorio. Los modelos de trabajo remoto son una oportunidad para las organizaciones públicas y por ello la necesidad de una regulación normativa adecuada y especial.

Los objetivos específicos se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

1.- Establecer el marco jurídico aplicable que regule el trabajo remoto en la Administración Pública.

2.- Buscar la inclusión socio-laboral de los empleados públicos.

3.- Mejorar los indicadores de ausentismo y de accidentes “in itinere”.

4.- Evitar el traslado de los trabajadores, minimizando la contaminación del medio ambiente y disminuyendo el tránsito vehicular.

5.- Mejorar las condiciones del personal en cuanto a su calidad de vida (Alimentación, optimizar sus actividades personales, ahorrar tiempo y dinero por traslados de su hogar a la oficina y viceversa, mejorar el equilibrio de vida familiar y laboral).

6.- Crear puestos de trabajo móviles en los que los empleados pueden trabajar de manera segura con los datos de la organización en cualquier momento y desde cualquier lugar.

Para alcanzar los objetivos propuestos nos formulamos las siguientes preguntas científicas:  
¿Cómo han influenciado las actividades laborales cotidianas ante la ausencia de legislación específica del trabajo remoto en la Administración Pública?

¿Qué efectos tienen en la Administración Pública la nueva modalidad de trabajo a distancia realizada fuera de la organización?

¿De qué manera se pueden garantizar los derechos y las obligaciones de los trabajadores del Sector Público en la República Argentina?

En función a ello, el presente trabajo de investigación consta de una introducción, luego se lo dividió en Capítulos y Secciones. Con relación a la dinámica del trabajo, la primera parte de esta investigación estuvo abocada al análisis del Marco Conceptual, teniendo en cuenta las referencias conceptuales que delimitan la propuesta de la investigación. Para ese fin estudiamos artículos y publicaciones, tesis, ponencias en congresos, documentos oficiales, textos de expertos, legislación vigente y jurisprudencia al respecto.

En segundo término, se analizó como se proyecta el buen gobierno a través de la vinculación remota y digital entre el Estado y la Ciudadanía.

Luego, como influye el derecho a la tecnología en el liderazgo, para de esta manera mencionar los principios que deberían regir, desde nuestra humilde posición, y tener una visión, además, de las ventajas y desventajas que este tipo de trabajo genera. Para finalizar, de esta manera, con conclusiones destacadas, junto con los anexos y bibliografías utilizadas.

Veremos, por consiguiente, como sin lugar a dudas todas estas cuestiones planteadas nos llevarán a la necesidad de brindar respuestas, a través de un marco legal específico para el Trabajo Remoto en la Administración Pública, que garantice los derechos y obligaciones de los trabajadores de modo protectorio. Constituyendo a su vez verdaderas oportunidades – para las organizaciones públicas- de optimizar la eficiencia, eficacia y transparencia en su accionar, mediante una regulación normativa adecuada y especial, que contemple principios esenciales conforme se desarrollaran en este trabajo.

## Capítulo I: Marco Conceptual

### Sección 1. Antecedentes Históricos

A comienzos de los años 70, el científico Jack Nilles, graduado en tres universidades distintas, ex-ingeniero en la NASA (National Aeronautics and Space Administration) y la Fuerza Aérea de EEUU (United States of America), donde se ocupó, entre otras cosas, del diseño de sistemas de comunicación y vehículos espaciales, tenía una obsesión: acabar con los atascos.

La inquietud, como contó él mismo en varios de sus trabajos, nació de una pregunta de uno de los encargados de planificar la por aquel entonces ya masificada ciudad de Los Ángeles, en los Estados Unidos.

En plena euforia tecnológica tras el alunizaje del Apolo 11, la NASA le vino a decir a Nilles: “Si los de la NASA habéis podido mandar a un hombre a la Luna, igual hasta podéis acabar con los atascos de la ciudad”. Y ni corto ni perezoso, Nilles se puso a ello.

En realidad, detrás de la petición a Nilles había mucho más. El año en que este planificador le dejó caer al investigador la necesidad que había de acabar con los atascos tiene poco de casual: 1973.

Fue el momento en que se desató la que se terminaría conociendo como la crisis del petróleo de los 70. Como represalia al apoyo de EEUU a Israel en la guerra de Yom Kippur, la OPEP (Organización de Países Exportadores de Petróleo), organización que aglutinaba a los



principales países árabes exportadores de petróleo, cerró el grifo a Occidente.

Como respuesta, Nilles se unió a la Universidad del Sur de California que, en su intento por reemplazar transporte por telecomunicaciones, rápidamente dio con un concepto: el teletrabajo. En 1976, Nilles y su equipo alumbraron Telecommunications-Transportation Tradeoff: Options for Tomorrow (Un intercambio entre transporte y telecomunicaciones: opciones para el futuro).

La principal hipótesis del estudio era que bastaba con que tan sólo uno de cada siete estadounidenses no tuviera que desplazarse en coche para trabajar para que E.E.U.U. no tuviera que importar petróleo nunca más.

Para lograrlo, Nilles planteó la posibilidad de conectar a los trabajadores remotamente a sus empresas a través de pantallas y teclados. La propuesta, desde luego, tuvo su mérito, ya que faltaban todavía unos cuantos años para que se generalizara el uso de los ordenadores y de internet.

Superada hasta cierto punto la crisis del petróleo del 73, sin embargo, las autoridades se mostraron ya mucho menos interesadas en aquel proyecto. En los siguientes años, Nilles se las vería y se las desearía para que alguna empresa o agencia estatal se prestara a probar el teletrabajo.

La idea fue calando. Hubo quien, conocedor de los esfuerzos de investigadores como Nilles, quiso probar qué ocurría si se daba a la gente la posibilidad de trabajar desde casa.

Fue el caso de IBM (International Business Machines), una de las empresas que más hizo por la popularización de los ordenadores. A principios de los 80, cuando internet todavía estaba en pañales, instaló módulos de trabajo conectados al cuartel general a un grupo de trabajadores.

El experimento no fue mal. IBM, de hecho, lleva décadas presumiendo de haber sido una de las primeras empresas en implantar el teletrabajo.

Incluso el propio Nilles encontró quien diera cobijo a su idea: la administración del estado de California le permitió iniciar una prueba piloto con más de doscientos trabajadores a finales de los 80.

## Sección 2.- Definición De Palabras Claves

En esta sección definiremos las palabras claves que describen la temática de la investigación, siendo una herramienta de búsqueda para encontrar artículos relevantes que darán soporte e información a este trabajo de investigación. Podemos citar a:

**Trabajo a distancia:** Son aquellas situaciones donde parte o el total de las tareas no se realizan en el lugar predeterminado de trabajo. En el caso de los trabajadores asalariados los lugares de trabajo alternativos pueden ser, por ejemplo, oficinas de co-trabajo, cafeterías o incluso el propio domicilio del trabajador.

**Teletrabajo o trabajo remoto:** se origina de la combinación de dos componentes: en primer lugar, el trabajo se realiza en una ubicación alternativa al lugar de trabajo predeterminado y, en segundo lugar, se requiere el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TICs), tales como una computadora o un teléfono.

**Trabajo a domicilio:** El trabajo a domicilio es aquel que se efectúa total o parcialmente en la propia vivienda del trabajador, independientemente de cuál sea su lugar de trabajo predeterminado. Se incluyen todas las unidades que estén en la vivienda del trabajador, pero quedan excluidos locales anexos a la residencia que no forman parte de ésta, como tiendas o talleres que tengan una entrada propia o terrenos y tierras para explotación económica.

**Tecnologías de la información y la comunicación (tic's):** Son el conjunto de tecnologías que permiten la adquisición, producción, almacenamiento, tratamiento, comunicación, registro y presentación de información en forma de voz, imágenes y datos contenidos en señales



de naturaleza acústica, óptica o electromagnética. Las Tic's incluyen la electrónica como tecnología base que soporta el desarrollo de las telecomunicaciones, la informática y el audiovisual.

**Sociedad de la información:** Es aquella en la cual las tecnologías facilitan la creación, distribución y manipulación de la información, y juegan un papel esencial en las actividades sociales, culturales y económicas. La noción de sociedad de la información ha sido inspirada por los programas de desarrollo de los países industrializados.

**Administración digital:** Es el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (Tic's) en las Administraciones Públicas, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas. La adopción del Gobierno Electrónico en la Administración Pública se propone mejorar la información y los servicios ofrecidos a los ciudadanos, orientar la eficacia y eficiencia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación de los ciudadanos.

### **Sección 3.- Legislación vigente aplicable al trabajo remoto en el mundo y en la República Argentina.**

En términos normativos podemos coincidir que la legislación vigente como fuente del derecho juega un papel muy importante para el entendimiento, aplicación y base de todo el sistema jurídico.

En este punto, podemos mencionar los siguientes:

#### **3.1. CONSTITUCIÓN NACIONAL – ARTÍCULO 14 BIS**

Debemos decir que el teletrabajo cuenta con el resguardo constitucional, ya que si –conforme el art. 14 bis de la Constitución Nacional- “el trabajo en sus diversas formas gozará de protección de las leyes”, y el teletrabajo es una modalidad de aquel, no cabe dudas, por lo tanto, que en nuestro sistema existe una garantía constitucional de salvaguarda al teletrabajo, toda vez que el dispositivo citado implica un imperativo amplio y adaptable a todas las modalidades de trabajo, y en efecto, la mencionada posibilidad de prestación no puede ser una excusa para la violación a los derechos laborales del trabajador.

#### **3.2. CONSTITUCIÓN NACIONAL – ARTÍCULO 75 INC. 19**

La implementación del teletrabajo también surge del Art. 75 Inc. 19 de la C.N. que en la denominada “cláusula de nuevo progreso” o “cláusula de desarrollo humano”, atribuye la obligación al Congreso en torno a proveer al “desarrollo científico y tecnológico, difusión y aprovechamiento”, y que fundamenta el funcionamiento de la Administración en épocas de pandemia, pero seguramente también marcando los tiempos de una normalidad futura.

#### **3.3. LEY NACIONAL N° 25.800 DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (Año 2003)**

La ley 25800, promulgada de hecho el 28 de noviembre de 2003, aprobó el Convenio sobre el trabajo a domicilio (1996, número 177) adoptado en la 83° Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. En dicho convenio se hacen definiciones y precisiones importantes:

La expresión “trabajo a domicilio” significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador, a cambio de una remuneración; con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente

de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales.

Una persona que tenga las condiciones de asalariado no se considerará trabajador a domicilio a los efectos del presente Convenio por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual.

La palabra “empleador” significa una persona física o jurídica que, de modo directo o por conducto de un intermediario, esté o no prevista en la figura en la legislación nacional, da trabajo por cuenta de su empresa.

En los artículos siguientes, el Convenio fija su obligatoriedad para los países que lo ratifiquen (art. 3). La propensión al trato igualitario (art. 4) para los trabajadores a domicilio y “los otros trabajadores asalariados”, pero teniendo en cuenta las características particulares del trabajo a domicilio. A continuación, enumera, sin carácter taxativo, las cuestiones en donde particularmente debe fomentarse la igualdad de trato.

En los arts. 5; 6; 7 y 8 impulsa la “política nacional en materia de trabajo a domicilio”, estableciendo que las fuentes serán las leyes, convenios colectivos, laudos, reglamentación y “las decisiones judiciales”.

A partir del dictado de la citada norma, desde el Ministerio de Trabajo se trabajó conforme las recomendaciones y obligaciones asumidas, conformando una Comisión de Teletrabajo integrada por funcionarios públicos, representantes de los actores sociales, expertos del ámbito académico y especialistas informáticos a fin de generar un espacio de intercambio de consultas y elaboración de propuestas que con un enfoque interdisciplinario permitiese establecer las bases para una reglamentación de la actividad.

#### 3.4. LEY NACIONAL N° 27.078 DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (Año 2014)

El art. 1 de la ley 27.078 (Argentina Digital), establece que es de “interés público el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, las Telecomunicaciones y sus recursos asociados ” Esto se relaciona directamente con que el interés público o interés general debe ser satisfecho por la Administración Pública quien, desde un punto de vista material, es la titular de la Función Administrativa.

El segundo párrafo de la norma bajo análisis indica que “Su objeto es posibilitar el acceso de la totalidad de los habitantes de la República Argentina a los servicios de la información y las comunicaciones en condiciones sociales y geográficas equitativas, con los más altos parámetros de calidad.”

En esta línea de pensamiento entendemos que el legislador, al expresar “en condiciones sociales” tuvo en mira a indicar que el acceso a las TIC’S es un derecho social y, en este sentido, el Estado debe arbitrar absolutamente todos los medios a los efectos de hacer llegar estas herramientas a los habitantes. El mismo cuerpo legal menciona que “tienen como finalidad garantizar el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones ”.

Es importante destacar que vía art. 15 de la ley 27.078, se declaró que las TIC’S constituyen un “Servicio Público”. Va de suyo, que este es un fundamento más para reafirmar que está en cabeza de la Administración tomar todos los medios necesarios para poner al alcance de todos (y en particular de los sectores más vulnerables) estas herramientas.

#### 3.5. LEY NACIONAL N° 27.555 DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (Año 2020)

En julio del Año 2020, en contexto de pandemia y de Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio, se sancionó en Argentina la Ley 27555, con la que se creó el Régimen Legal del



Contrato de Teletrabajo para el Sector Privado. El 1 de abril del 2021 entró en vigencia y generó así un marco legal específico para personal en relación de dependencia que se desempeñan a distancia.

Como objetivo principal, buscó establecer los presupuestos legales mínimos para la regulación de la modalidad de Teletrabajo en aquellas actividades que así lo permitan.

En la modalidad de teletrabajo, se tienen “los mismos derechos y obligaciones que las personas que trabajan bajo la modalidad presencial, y su remuneración no podrá ser inferior a la que percibían o percibirían bajo la modalidad presencial”.

Entre los principales puntos de la ley, se establece “derecho a la desconexión” en horario fuera del pautado como laboral y si hubiera licencias. En cuanto a las herramientas necesarias para trabajar, será el empleador quien deberá proporcionarlas junto al soporte necesario para el desempeño de las tareas.

También está previsto por ley que, las personas que acrediten tener a su cargo de manera única o compartida, el cuidado de personas menores de 13 años, personas con discapacidad o adultas mayores que requieran asistencia específica, tendrán derecho a horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada.

Sin perjuicio de dejarlo casi todo librado a la negociación colectiva por actividad, la norma establece compensación sólo por los mayores costos en conectividad o servicios, lo que hace recaer sobre el trabajador todo el resto que no se menciona.

La modalidad de trabajo a distancia debe ser voluntaria por consentimiento escrito y puede ser revertida con una notificación por el trabajador, que podría regresar así al trabajo presencial.

### 3.6. CONVENIO N° 177/96 SOBRE EL TRABAJO A DOMICILIO, AÑO 1996 □ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

El Convenio N° 177/96 de la Organización Internacional del Trabajo sobre el trabajo a domicilio, así como la Recomendación correspondiente núm. 184, nacen con la vocación de proteger a una categoría de trabajadores especialmente vulnerable. La vulnerabilidad de la categoría de trabajadores protegida se debe a varios factores: En primer lugar, la esencia misma del trabajo a domicilio propicia que se realice en el sector informal y, por lo tanto, a menudo, la persona que lo lleva a cabo carece de una protección jurídica adecuada, o simplemente no existe a los efectos jurídico-laborales. Es más, en muchas ocasiones, a las dificultades a que se enfrenta, tales como su condición de económicamente dependiente, con cargas familiares, inmigrante o discapacitada, se suma otra más, esto es, que se vea obligada a aceptar unas condiciones laborales menos favorables. De aquí que se multipliquen las desventajas. En segundo lugar, la mayoría de los trabajadores a domicilio son mujeres. No en vano, en sus orígenes, este tipo de actividad se asociaba con la dinámica de trabajo de la “máquina de hilar”, más que con la del ordenador. De este modo, la desprotección se generaba por la precariedad y la dependencia, más que por el aislamiento y la autonomía del trabajador a domicilio actual. En tercer lugar, todas las características señaladas dejan a la persona en una posición más débil, en comparación con un trabajador “típico”, para poder asociarse y negociar sus condiciones de trabajo. Así las cosas, los objetivos del Convenio N°177 consisten en asegurar la “visibilidad” de los trabajadores a domicilio y promover su igualdad de trato con los demás trabajadores asalariados, en particular en lo que atañe a la libertad sindical, la protección contra la discriminación, la seguridad y la salud en el trabajo, la remuneración, la seguridad social, el acceso a la formación, la edad mínima de admisión al trabajo y la protección de la maternidad.

### 3.7. RESOLUCIÓN N° 1552/2012 SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO (Año 2012)

La Resolución 1552/12 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo impuso a los empleadores la obligación de informar la localización de los teletrabajadores y, además, la obligación de proveer a los mismos ciertos elementos ergonómicos y de higiene laboral, a saber: 1.- silla ergonómica; 2.- extintor portátil contra incendio (matafuego de 1 kg. a base de HCFC 123); 3.- botiquín de primeros auxilios; 4.- almohadilla para ratón (“pad mouse”); y 5.- Manual de Buenas Prácticas de Salud y Seguridad en Teletrabajo.

Es decir, para que el teletrabajo pueda realizarse válidamente el empleador debe cumplir, como mínimo, con esos requisitos que establece la Resolución 1552/12.

### 3.8. RESOLUCIÓN N° 21/2020 SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO (AÑO 2020)

El 17 de marzo de 2020 fue publicada en el Boletín Oficial de la Nación la Resolución 21/2020 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, que tiene por finalidad facilitar la inmediata implementación del teletrabajo en el sector privado.

La Resolución 21/2020 se enmarca en las políticas generales para contener la pandemia ocasionada por el Coronavirus COVID-19 en virtud las cuales el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación dictó diversas normas tendientes a, por un lado, proteger a los trabajadores que estuvieran en los grupos de riesgo y, por el otro, intentar evitar la transmisión del virus mediante la disminución de la afluencia de personas a los ámbitos laborales.

En este contexto, el teletrabajo, entendido como la prestación de tareas por parte del trabajador, fuera del establecimiento del empleador, en forma regular y mediante la utilización de elementos tecnológicos usualmente provistos por el empleador, aparece como una alternativa razonable para conciliar la protección de la integridad de los trabajadores con la necesidad de mantener la actividad económica por parte del empleador.

La Resolución 21/2020 exige a los empleadores, en el contexto de emergencia aludido, de cumplir con las exigencias de la Resolución 1552/12. A partir de su vigencia, los empleadores que habiliten a sus trabajadores a teletrabajar sólo deberán denunciar, ante la ART a la que estuvieran afiliados, los siguientes datos: 1.- Nómina de trabajadores afectados (apellido, nombre y CUIL); y 2.- domicilio donde se desempeñará la tarea y frecuencia (días y horas por semana).

La resolución tiene en cuenta los objetivos de la Ley de Riesgos del Trabajo, que busca disminuir los riesgos y accidentes laborales tomando medidas de prevención, y se dictó por la emergencia en materia sanitaria dictada por el Gobierno Nacional a raíz de la pandemia declarada por el Covid -19.

Los empleadores, los trabajadores y las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (A.R.T.) alcanzados por la Ley de Riesgos del Trabajo deben adoptar medidas legales para prevenir en forma segura los riesgos laborales y cumplir con las normas sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo.

La normativa relativa a la Higiene y Seguridad en el Trabajo se ocupa de dar técnicas, medidas sanitarias, de precaución, de cuidado para prevenir, reducir, eliminar o aislar los riesgos en todos los lugares de trabajo.

### 3.9. RESOLUCIÓN N° 595/13 DEL MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (AÑO 2013)

Por ésta Resolución se crea el Programa de Promoción del Empleo en Teletrabajo (PRO-PET) que tiene por objeto promover, facilitar y monitorear la aplicación de la modalidad de Teletrabajo en empresas del sector privado, a través de herramientas que brinden un marco jurídico adecuado para empleadores y teletrabajadores.



### 3.10. CARTA IBEROAMERICANA DE GOBIERNO ELECTRÓNICO - CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO (CLAD)

La Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico contiene un conjunto de conceptos, valores y orientaciones de utilidad para su diseño, implementación, desarrollo y consolidación como herramienta coadyuvante de la mejora de la gestión pública iberoamericana.

La Carta subraya que la perspectiva desde la que se tiene que abordar el empleo de las TIC'S en la gestión pública es la del ciudadano y sus derechos. Existen dos objetivos inseparables en el proceso de reconocimiento del Derecho de Acceso Electrónico a las Administraciones Públicas a los que alude esta Carta: 1.- Un objetivo final y directo: Reconocer a los ciudadanos un derecho que les facilite su participación en la gestión pública y sus relaciones con las Administraciones Públicas y que contribuya también a hacer éstas más transparentes y respetuosas con el principio de igualdad, a la vez que más eficaces y eficientes. 2.- Un objetivo estratégico e indirecto: Promover la construcción de una sociedad de información y conocimiento, inclusiva, centrada en las personas y orientadas al desarrollo.

### 3.11. MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS EN TELETRABAJO, AÑO 2011 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, EL MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA Y LA UNIÓN INDUSTRIAL ARGENTINA.

En el año 2007 también tuvo lugar el lanzamiento del primer “Programa de Promoción del Empleo en el Teletrabajo” (PROPET) que logró la coordinación de entidades sindicales (de trabajadores y empresarios), la adhesión de importantes empresas, la participación de la SRT

(Superintendencia de Riesgos del Trabajo) y, finalmente entre la OIT, el MTSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social) y la UIA (Unión Industrial Argentina) se firmó el 30 de noviembre de 2010 un acuerdo de colaboración para redactar lo que en 2011 resultó el “Manual de Buenas Prácticas en el Teletrabajo”

Este Manual de buenas prácticas en teletrabajo es producto de las experiencias y recomendaciones surgidas del Programa Piloto de Seguimiento y Promoción del Teletrabajo en Empresas Privadas, liderado por la Coordinación de Teletrabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, que ha facilitado el teletrabajo en las empresas.

El objetivo general de éste Manual es promover el teletrabajo en un contexto adecuado desde el punto de vista regulatorio, de la salud, la seguridad, la privacidad, la confidencialidad, el cuidado del medio ambiente y las condiciones laborales del teletrabajo, impulsando esta modalidad para generar nuevas oportunidades de trabajo decente bajo formas innovadoras de organización del trabajo, en un contexto de diálogo social que incremente la productividad de las organizaciones empresariales. Se aspira a que el manual contribuya a:

- Promover y facilitar la utilización del teletrabajo, tanto en el ámbito nacional como regional y en el marco del trabajo decente, orientando a los destinatarios en la aplicación de las mejores prácticas del teletrabajo.
- Crear trabajo decente, que actúe como motor de inclusión social.
- Impulsar el teletrabajo como mecanismo de inserción laboral de personas con discapacidad, con problemas de adicciones en proceso de recuperación y de distintos grupos vulnerables.
- Impulsar el teletrabajo como medio para la reconversión y reincorporación laboral de personas excluidas del mercado de trabajo y como modalidad para fomentar el empleo juvenil.
- Propiciar la generación de mejores condiciones laborales a través de las TIC'S.



- Promover la modalidad del teletrabajo en la negociación colectiva.
- Conciliar los ámbitos familiar y laboral.

### 3.12. REFERENCIAL N° 22 – IRAM –USUARIA PRIMERA EDICIÓN 2019 -10 SISTEMA DE GESTIÓN DE TRABAJO CONECTADO REMOTO (TCR)

Se desarrolló este referencial como herramienta para que las organizaciones que utilizan el Trabajo Conectado Remoto implementen un Sistema de Gestión, desde la planificación estratégica. La aplicación de este referencial contribuye a mejorar el desempeño global y proporcionar una base sólida para las iniciativas de desarrollo sostenible. Se basa en los principios de gestión de trabajo conectado remoto tales como el de conciliación entre la vida personal, familiar y laboral; la voluntariedad; la igualdad de trato; la reversibilidad y la localización y vinculación tecnológica.

### SECCIÓN 4: JURISPRUDENCIA APLICABLE AL TEMA PROPUESTO

La jurisprudencia constituye la interpretación de la ley por los tribunales. En este sentido, se dice que es fuente del derecho; por lo cual, cumplen la función de sentar un precedente de cómo debe ser interpretada una norma jurídica.

La jurisprudencia es lo que da lógica y coherencia al sistema jurídico como un todo. Si no existiera esta, se tomarían decisiones sin respaldo o antecedentes que den apoyo y sin sentido histórico. Y para mantenerlas en el tiempo, los jueces deben interpretarlas de manera similar en todos los casos.

Por ello citaremos aquí algunos fallos sobre la materia que nos ocupa, a saber:

#### 4.1. HADDAD FERNANDO DANIEL C/ TELECOM ARGENTINA S/ DESPIDO Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala I – Buenos Aires Sentencia de fecha 22/12/2022

En este caso, el Sr. Haddad comenta que comenzó a trabajar a favor de la demandada el 22/6/98 y consensuó con la misma que a partir de Agosto del 2012 comenzaría a prestar servicios de forma remota desde su domicilio, tres veces por semana. Dicha forma de trabajo transcurrió con normalidad hasta el año 2017, momento en el que la demandada, luego de un cambio de autoridades, suprimió de manera unilateral y sin opción alguna, la posibilidad de trabajar desde el domicilio.

Dicha decisión fue cuestionada por el actor, puesto que consideraba que se trataba de una medida irrazonable e ilegítima, debido al perjuicio económico y moral que le ocasionaba, ya que debía recorrer una distancia diaria de 52 km para llegar a su oficina y, por ello, emplazo a la empleadora para que deje sin efecto tal decisión. Ante la negativa de la misma, el actor se colocó en situación de despido indirecto.

Por su parte, la demandada invocó que el acuerdo celebrado con el actor contemplaba una cláusula de "Reversibilidad", mediante el cual le asistía el derecho tanto a la empresa como al trabajador de revertir dicha modalidad, circunstancia que había sido aclarada desde el inicio, por lo cual entiende que su decisión se ajustó a derecho.

La Jueza de Primera Instancia hizo lugar a la demanda incoada por el Señor Haddad y condenó a Telecom al pago de las indemnizaciones por despido, concluyendo que el despido indirecto en el que se colocó el actor resultó ajustado a derecho, en atención que a que quedó acreditado que la empleadora hizo un abuso de la facultad conferida por el Art. 66 de la LCT,

esto es la potestad que tiene el empleador de modificar las modalidades en el que el trabajador presta su débito laboral (IUS VARIANDI).

Ante ello, la demandada sostiene que lo convenido con el Sr. Haddad era temporal, que el programa de implementación del teletrabajo se renovaba una vez por año y que ambas partes celebraban, en ese mismo período, un convenio que contenía una cláusula de reversibilidad. Por ende, impugna la condena.

La Cámara Nacional de Apelaciones en cuestión realiza un exhaustivo análisis de la cuestión. Primeramente, en relación al Art. 66 de la Ley de Contrato del Trabajo, hace mención que, para legitimar una modificación al contenido de las condiciones de trabajo, debe mediar razonabilidad en el cambio, que este no altere el contrato y que de él no se derive perjuicio moral o material para el trabajador, situación que importaría un ejercicio irrazonable de dicha facultad.

Establece además, que el único argumento que pretende hacer valer la demandada es el uso del derecho de "reversión" incluido como cláusula en los contratos celebrados, mientras que testigos aportados por la parte actora se muestran contestes respecto de que dichos contratos culminaron ante el cambio de directivos en la empresa, por decisión unilateral de los mismos, pero no se alegó ni se demostró razón suficiente para que luego de cinco (5) años de labor en dichas condiciones, se dejara de lado el teletrabajo y el actor debiera viajar todos los días 50 km de ida y 50 km de vuelta para ir y regresar de su empleo.

Por ello, sostiene que la alteración en cuestión es considerada un ejercicio abusivo del ius variandi, alejado de los estándares de buena fe que deben regir la conducta de los contratantes durante la relación laboral. El perjuicio al trabajador se evidencia en razón del tiempo y el dinero que le hubiera insumido el cambio en la modalidad de trabajo con la consecuente transformación de su vida diaria y la demandada, además, no aportó ningún elemento que justifique los motivos por los que resultaba necesario el cambio intentado.

Insiste en que el principio de la necesaria justificación de la decisión empresarial en razones objetivas de organización de la misma empresa, ha sido receptado por los tribunales en todas las épocas y todas las jurisdicciones por cuanto es elemental en esta materia la exclusión de arbitrariedad en tanto la decisión está referida a una modalidad de la actividad pactada con el trabajador.

Por ende, concluye que la conducta de la empleadora constituyó una injuria de magnitud suficiente para impedir la prosecución del vínculo laboral y, consecuentemente, ratificó lo decidido por Primera Instancia.

#### 4.2. C.A.N. Y OTRO C/ DIRECTV S.A S/ DESPIDO

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo – Sala VIII – Buenos Aires

Sentencia 29 de Mayo 2013

La Sra. Maglione, a partir del 1/3/08 comenzó a trabajar para Directv S.A bajo la modalidad de teletrabajo dedicándose a la tarea de recupero de equipos, la cual se desarrollaba en su domicilio en Buenos Aires, de 9 a 15 hrs.

En Mayo de 2010 la actora debió trasladarse a fin de prestar servicios a la central de la empresa, en el microcentro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ante la caída del sistema. Posteriormente se le informó que la Empresa se trasladaría a Munro, en la Provincia de Buenos Aires. A partir del 19 de Agosto de 2010, la actora se presentó a trabajar en Munro pero con fecha 24/11/2010 inició el intercambio telegráfico que concluyó en su colocación en situación de despido indirecto.

La actora intimó para volver a trabajar bajo el sistema de teletrabajo, ya que su condición de madre de un niño muy pequeño tornaba imposible cumplir con las diversas tareas a su cargo a partir del cambio de su lugar de trabajo. La empleadora manifestó que una vez cesado el



problema técnico de la empresa podría continuar prestando el servicio bajo dicha modalidad. No obstante, la actora fundó su despido indirecto en las promesas incumplidas por parte de la demandada en relación al retorno de la modalidad de teletrabajo y en un ejercicio abusivo e irrazonable del *ius variandi*.

En similar sentido, la Sra. Cacciaguerra envió telegrama intimatorio a la empresa en fecha 19/06/2010, debido a que consideró también que desde su traslado a la localidad de Munro, se le había ocasionado un grave perjuicio en función que su lugar de residencia era el barrio de Caballito y que debió interrumpir sus estudios universitarios. Debido a ello se consideró gravemente injuriada y despedida.

La Jueza de Primera Instancia hizo lugar a la demanda y concluyó que le asistía razón a las actoras en relación a las razones que fundaron su despido indirecto y ordenó abonar las correspondientes indemnizaciones.

Los principales argumentos fueron:

- No existe elemento de juicio por el cual resulte justificada la actitud asumida por la demandada al trasladar a las actoras al nuevo lugar de trabajo.
- El accionar llevado a cabo por Directv implicó un cambio de modalidad de trabajo, dado que ambas actoras desarrollaban sus tareas de teletrabajo en sus domicilios particulares.
- La empleadora realizó un ejercicio abusivo del *ius variandi*, puesto que el cambio del lugar de trabajo conllevó una alteración de horarios en la vida de las trabajadoras, quienes tienen hijos menores a su cargo y son estudiantes de una carrera universitaria.

La demandada apela la sentencia. El Tribunal de Alzada comparte y ratifica la decisión de la anterior instancia.

Para ello estableció que el cambio de modalidad excedió claramente los límites del *ius variandi* en tanto alteró el horario y lugar de prestación de servicios que también integran la estructura de la relación laboral, por lo que no pueden ser modificados unilateralmente por el empleador, excepto por circunstancias razonables que deberá acreditar.

Además, las modificaciones realizadas por el empleador no caben dentro de las facultades que consagra el Art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo, norma que limita las posibilidades de alteración de contrato, mientras no se afecte moral ni materialmente a las trabajadoras.

Que dicho cambio sólo puede ser posible cuando exista conformidad expresa del trabajador, pero si fue unilateralmente dispuesto por parte del empleador (más aún cuando no retrocedió en su decisión ante una intimación), cabe hacer lugar al despido indirecto.

Por otra parte, consideró que el lugar de trabajo es un elemento estructural de la relación laboral porque el trabajador se incorpora al ritmo de producción en un sitio determinado, de acuerdo con el cual organiza su vida personal y familiar en materia de horario de salida y llegada, lugar de compras, colegio de los hijos, posibilidades educativas, etc.

En resumen, la Cámara concluyó que el ejercicio razonable del *ius variandi* sólo procede cuando se refiere a elementos accidentales de la relación, siempre que la modificación sea funcional y no cause perjuicios al trabajador.

#### 4.3. GARCIA PUMARINO PUENTE, MARIA PALONA C/ ORACLE ARGENTINA S.A S/ DESPIDO

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo – Sala IV – Buenos Aires  
Sentencia 14/02/17

La demandada en el caso no abonó a la actora el salario del Mes de Junio 2010 ni su sueldo anual complementario por entender que esta última no prestó tareas en dicho período ni estuvo a disposición de la demandada.

Por ende, sostuvo que no le correspondía el pago del sueldo puesto que nunca existió el elemento esencial de toda remuneración, a saber, la prestación de tareas o la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, conforme lo requerido por el Art. 103 de la Ley de Contrato de Trabajo.

La Magistrada de Primera Instancia admite la pretensión de la actora entendiendo que se acreditó la negativa de la empleadora de otorgarle tareas en dicho período. Fundó su decisión en que, dada la modalidad de teletrabajo, la actora necesitaba tener acceso a su correo electrónico laboral para la prestación efectiva de las tareas, no obstante, la accionada le suprimió dicho ingreso.

Por el contrario, la demandada manifiesta que la forma de ponerse a disposición del empleador en el teletrabajo es mediante el ingreso a la casilla de correo electrónico o telefónica-mente. Sin embargo, la actora recién se percató de que el dominio de su antiguo mail ya no funcionaba hasta luego de un mes de efectivizada la fusión de la empresa por absorción (transferencia de la compañía a Oracle), circunstancia que deja en evidencia que la accionante no se encontraba a disposición de su empleador.

Establece la Alzada que no puede imputársele responsabilidad a la trabajadora por la imposibilidad de acceso a la cuenta de correo electrónico cuando ello recae sobre el empleador, quien tiene la administración y el manejo de las mismas. Además, se debe tener en cuenta que la Sra. García desde la primera intimación solicitó copia del convenio de transferencia del contrato de trabajo para que pudiera evaluar las condiciones del documento y la demandada recién hizo entrega de los mismos cuarenta y cinco (45) días después de la solicitud, el 12 de julio.

Por ello, no considera admisible el argumento de la demandada, que pone en cabeza del accionante la responsabilidad de inactivación de la nueva cuenta de correo electrónico por no haber firmado la propuesta de la cesión de contrato.

Por ende, establece que no cabe duda respecto de la falta cometida por la demandada al deber de ocupación efectiva establecido en el Art 78 de la Ley de Contrato de Trabajo y, consecuentemente, confirma la sentencia de grado.

#### 4.4. FERNÁNDEZ DE KIRCHNER, CRISTINA EN CARÁCTER DE PRESIDENTA DEL HONORABLE SENADO DE LA NACIÓN S/ ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA Corte Suprema de Justicia de la Nación 24/04/2020

La Corte Suprema de Justicia de la Nación autorizó las sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación de forma remota, se extrae el citado razonamiento interpretativo cuando advierte el ministro Rosatti -según su voto- que al regular el funcionamiento del Congreso, la Constitución no previó el trabajo no presencial de sus integrantes en el marco de las sesiones. Ahora bien, de la circunstancia no se deriva la inconstitucionalidad de tal sistema, dado que no podría pedírsele a los constituyentes (originarios o reformadores), que imaginaran un futuro tecnológico, respectivamente. La ausencia de normas para atender a situaciones actuales, pero inexistentes al momento de sancionarse la Constitución (o de reformarse), no convierte a las soluciones posibles en inconstitucionales, sino que exige un esfuerzo interpretativo para ponderar si tales remedios son compatibles o no son compatibles con el espíritu del texto constitucional, siendo de suma significación considerar, además, de la letra de las normas, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad.

En conclusión, en este Capítulo definimos el marco teórico donde reunimos información documental para confeccionar el diseño de la investigación. Es a partir de las teorías existentes sobre el objeto de estudio, como pueden generarse nuevos conocimientos. Hicimos una revisión de la literatura existente, como libros, artículos, revistas, trabajos publicados, entre otros; como así también la base normativa legal y jurisprudencias que sustentan la investigación. Ello

nos permitirá conceptualizar la investigación, con lo que vamos a poder integrar y relacionar la teoría con la investigación que llevamos a cabo.

Si bien existe abundante normativa vigente sobre Trabajo Remoto tanto en la República Argentina como a nivel mundial, las mismas no son suficientes ni claras. Por ello, también surgieron fallos al respecto para poder interpretar las mismas. Ahora bien, nada se ha legislado aún sobre el Trabajo Remoto en la Administración Pública, lo que resulta una materia pendiente. Esta temática es la que nos ocupa en este trabajo de investigación tratando de brindar conocimientos y proponiendo soluciones al respecto.

Ahora bien, analizando el marco conceptual y normativo veremos en el próximo capítulo como las bases conceptuales y prácticas que sustentan la innovación tecnológica constituyen verdaderas herramientas para enriquecer el buen gobierno, la importancia de las Tecnologías de la Información (TIC'S) en la Gestión Pública, la revolución digital como herramienta para preservar el bien común y la resolución de problemas, surgidas desde el comienzo de la pandemia donde las Administraciones Públicas en Argentina se vieron enfrentadas al desafío de trasladar el trabajo a la modalidad remota.

## **Capítulo II: buen gobierno el derecho a la tecnología y la Inclusión digital**

Los nuevos formatos de trabajo remoto e híbrido en los Estados, impuestos por la pandemia, tanto para equipos de trabajo como para directivos públicos, marcan un rumbo de mayor trabajo sobre plataformas y dispositivos digitales, además de un avance marcado en la incorporación de tecnologías de información y comunicación en la gestión pública. Los desafíos comunes de coordinación, mejora de infraestructura tecnológica y sistemas de gestión y la necesidad de capacitación articulada a nivel nacional traen una oportunidad para fortalecer las herramientas de abordaje del trabajo remoto.

De esta forma, los Gobiernos con toda la crisis imperante volvieron a considerar y valorar el concepto del ser humano como eje de todo sistema, de una forma u otra y allí redefinir las administraciones, intentando como mandatos convencionales u líneas de interpretación apuntar a un buen gobierno o buena administración que tienda a la realización del ser humano como eje de todo. (Rodríguez Arana Muñoz, 2006).

### **La Buena Administración a la Luz de la Tecnología**

En este sentido, en el Preámbulo de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública se menciona que la buena administración pública adquiere una triple funcionalidad. En primer término, es un principio general de aplicación a la administración pública y al derecho administrativo. En segundo lugar, es una obligación de toda administración pública que se deriva de la definición del Estado social y democrático de derecho, especialmente de la denominada tarea promocional de los Poderes Públicos en la que consiste esencialmente la denominada cláusula del Estado social: crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social. En tercer lugar, desde la perspectiva de la persona, se trata de un genuino y auténtico derecho fundamental a una buena administración pública, del que se derivan, como reconoce la presente Carta, una serie de derechos concretos, derechos componentes que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las administraciones públicas y que están dirigidos a subrayar la dignidad humana. (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, 2013)

En una primera etapa, el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO) tuvo vigencia nacional y fue la única figura que rigió y restringió la circulación desde el 20 de marzo de 2020 hasta el mes de junio del mismo año, hecho por el cual hubo un fuerte aumento y crecimiento en modalidades remotas de trabajo para prevenir el contacto entre las personas.

A partir de junio del 2020, con la entrada en vigencia del

Distanciamiento Social Preventivo y Obligatorio (DISPO), comenzó una nueva etapa en la que se flexibilizaron las restricciones de acuerdo a la evolución sanitaria de cada provincia. El aumento de la presencialidad, tuvo como consecuencia la caída de las modalidades híbridas y remotas.

La evolución de las modalidades de trabajo en las administraciones públicas provinciales fue acompañada por situaciones epidemiológicas dispares desde julio del 2020 a marzo del 2021, pero con un patrón general caracterizado por picos de casos de COVID-19 durante la primavera y una baja considerable durante los meses de verano.

Las Provincias diseñaron e instrumentaron diferentes mecanismos para continuar funcionando de cara a la ciudadanía en contexto de emergencia. Dentro de la innovación de procesos, cada una de las administraciones gubernamentales adaptó los mecanismos de atención ciudadana al contexto de pandemia, así como también las formas de organización de trabajo.

Muchas de las herramientas desarrolladas durante la pandemia son como puntos de inflexión hacia el interior de las burocracias estatales. Estas herramientas constituyen un insumo valioso respecto de la modalidad previa a la pandemia, tanto para los formatos presenciales como híbridos, habiendo incorporado pautas de trabajo con determinados consensos y mecanismos mediante los cuales se facilitan y mejoran procesos que hacen al funcionamiento de las administraciones públicas provinciales, tanto en la gestión interna como respecto de la ciudadanía. (Diéguez, Chmielewski González, & Peralta, 2022)

El ejercicio de Gobierno Abierto ha planteado varios retos y en este nuevo escenario una de las necesidades más claras es contar con planes de metas, que además de permitir dar seguimiento a los compromisos adquiridos, sean el resultado de un ejercicio de creación conjunta que brinde legitimidad y garantice respuestas a las necesidades de la ciudadanía.

En términos generales se puede decir que el contexto de emergencia de salud, social y económica ha evidenciado las falencias de los sistemas y la necesidad de reforzar la participación ciudadana, haciéndola más incluyente.

La pandemia de COVID-19 no hizo más que demostrar esto que venimos diciendo: Internet se volvió absolutamente indiscutible en estos años en aspectos esenciales como la educación, la salud o el trabajo, que ha liderado la transición digital de manera acelerada y con buenos resultados, lo que nos ha permitido lograr un equilibrio entre las necesidades de aislamiento para combatir el virus y la continuidad laboral y educativa. Muchos sectores sociales, en especial los sectores populares y aquellos alejados de los centros urbanos, son los que han afrontado mayores dificultades para acceder a internet y quienes han requerido un esfuerzo adicional del Estado. El daño causado por esta brecha digital ilustra claramente porqué el acceso a internet es esencial, y por lo tanto, debe considerarse un derecho humano.

Este contexto demostró la necesidad ineludible de un Estado presente, activo y eficaz para resolver los problemas de los ciudadanos, trabajando para garantizar el acceso a Internet de todos los habitantes del país.

A nivel mundial, los ciudadanos están de acuerdo en que el acceso a

Internet es un derecho humano fundamental. Sin embargo, se estima que

3700 millones de personas internacionalmente no están conectadas a Internet, creando desigualdades y desequilibrios en el conocimiento y oportunidades, dañando desproporcionalmente a los grupos marginados, incluidos los niños, las mujeres, poblaciones rurales, entre otras.

Cabe destacar que en 2007 se formuló la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico que contiene un conjunto de conceptos, valores y orientaciones de utilidad para su diseño, implementación, desarrollo y consolidación como herramienta coadyuvante de la mejora de la gestión pública iberoamericana.

La Carta subraya que la perspectiva desde la que se tiene que abordar el empleo de las TIC'S en la gestión pública es la del ciudadano y sus derechos. Reconoce un derecho al ciudadano que le abre múltiples posibilidades de acceder más fácilmente a las Administraciones Públicas y de esa manera:

- a. Conocer, con la facilidad que implican los medios electrónicos, lo que están haciendo tales Administraciones.
- b. Hacerlas más transparentes y, por ello mismo, más controlables contribuyendo a luchar contra la corrupción y generando la confianza de los ciudadanos.
- c. Eliminar las barreras que el espacio y el tiempo ponen entre los ciudadanos y sus Administraciones y que alejan al ciudadano del interés por la cosa pública.
- d. Promover la inclusión y la igualdad de oportunidades de forma que todos los ciudadanos puedan acceder, cualquiera que sea su situación territorial o social a los beneficios que procura la sociedad del conocimiento.
- e. Participar activamente emitiendo opiniones, sugerencias y en general en el seguimiento de toma de decisiones, así como sobre el tipo de servicios que el Estado provee y el modo de suministrarlo. (CLAD, 2007)

A su vez, la Carta Iberoamericana establece que el Gobierno Electrónico se inspira en los siguientes principios:

- a. Principio de Igualdad: En ningún caso el uso de medios electrónicos puede implicar la existencia de restricciones o discriminaciones para los ciudadanos que se relacionen con las Administraciones Públicas por medios no electrónicos.
- b. Principio de Legalidad: Las garantías previstas en los modos tradicionales de relación del ciudadano con el Gobierno y la Administración se deben mantener idénticas en los medios electrónicos. También comprende el respeto a la privacidad, por lo que el uso de comunicaciones electrónicas comporta la sujeción de todas las Administraciones Públicas a la observancia de las normas en materia de protección de datos personales.
- c. Principio de Conservación: En virtud de la cual se garantiza que las comunicaciones y documentos electrónicos se conservan en las mismas condiciones que por los medios tradicionales.
- d. Principio de Transparencia y Accesibilidad: Garantiza que la información de las Administraciones Públicas y el conocimiento de los servicios por medios electrónicos se haga en un lenguaje comprensible.
- e. Principio de Proporcionalidad: De modo que los requerimientos de seguridad sean adecuados a la naturaleza de la relación que se establezca con la Administración.
- f. Principio de Responsabilidad: De forma que la Administración y el Gobierno respondan por sus actos realizados por medios electrónicos de la misma manera que de los realizados por medios tradicionales.
- g. Principio de Adecuación Tecnológica: Las administraciones elegirán las tecnologías más adecuadas para satisfacer sus necesidades. En ningún caso este principio supondrá limitación alguna al derecho de los ciudadanos a emplear la tecnología de su elección en el acceso a las Administraciones Públicas. (CLAD, 2007)

### La Revolución Digital

Las nuevas tecnologías han ingresado en nuestras vidas para quedarse. Con el surgimiento de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICS) que se atraviesa y avanza día a día, las Administraciones de todo el mundo van mejorando su cometido estatal y la utilización de los recursos a raíz de la aplicación de las mismas en la gestión pública.

Esta revolución ha forjado nuevas modalidades de crear conocimiento, educar a la población y transmitir información, ha reestructurado la forma en que los países hacen negocios y rigen su economía, se gobiernan y comprometen políticamente, ha proporcionado la entrega rápida de ayuda humanitaria y asistencia sanitaria, y una nueva visión de protección del medio ambiente.

En este sentido, el acceso a Internet se ha convertido en una parte esencial de la vida moderna; ya no se trata de un lujo, ahora es un elemento indispensable para garantizar la libertad de expresión, la participación política, la salud y otros derechos fundamentales. Proporciona un espacio invaluable donde las comunidades marginadas inician un cambio social y se crean identidades.

La irrupción de Internet y su expansión a la enorme mayoría de los hogares del mundo han constituido la más grande revolución de las comunicaciones en la historia de la humanidad. Su uso ha cambiado la forma en que concebimos la realidad misma: ahora todo es inmediato, no existen distancias ni fronteras ni idiomas excluyentes.

La universalización de Internet implicó ventajas y mejoras en todas las disciplinas desarrolladas. Aquello que no está vinculado a las redes resulta obsoleto y va camino a su desvanecimiento.

Como toda revolución tecnológica, desnuda las asimetrías de una sociedad que tiende a ordenarse cada vez más entre ganadores y perdedores en el acceso a internet, y que puede convertirse en un desigualador social si no se toman las medidas necesarias. Es allí donde el Estado posee un papel insoslayable y que debe asumir sin demoras con total responsabilidad.

El art. 1 de la ley 27.078 (Argentina Digital), establece que es de "...interés público el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, las Telecomunicaciones y sus recursos asociados..." Esto se relaciona directamente con que el interés público o interés general debe ser satisfecho por la Administración Pública quien, desde un punto de vista material, es la titular de la Función Administrativa. Balbín enseña que las funciones estatales administrativas son aquellas que satisfacen de modo directo, concreto y particular intereses colectivos. El segundo párrafo de la norma bajo análisis indica que "su objeto es posibilitar el acceso de la totalidad de los habitantes de la República Argentina a los servicios de la información y las comunicaciones en condiciones sociales y geográficas equitativas, con los más altos parámetros de calidad." Así, el mismo cuerpo legal menciona que "tienen como finalidad garantizar el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones". Siguiendo a Corvalán "El servicio de TIC'S, a su vez, comprende la confluencia de las redes tanto fijas como móviles que proporcionan a los usuarios la capacidad de recibir y transmitir información y datos en general.

El art. 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un recurso "efectivo" ante los tribunales nacionales competentes. En este mismo sentido, el art. 6° de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que en nuestra legislación fue aprobada por la ley 17.722, hace referencia de "recursos efectivos". Por su parte, el art. 11, ap. 1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los Estados Partes "tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho", aludiendo al derecho a un nivel de vida adecuado que incluye alimentación, vestido y vivienda "adecuados". Pues bien, Nuestra Constitución (art.



75 inc. 22) dispone que los Tratados sobre Derechos Humanos “deben entenderse complementarios de los derechos y garantías” de su primera parte. Las convenciones sobre derechos económicos y sociales constituyen compromisos que asumen los Estados firmantes y que requieren reglamentación interna.

Las tendencias crecientes en la política internacional señalan una convergencia de normas y un movimiento hacia el reconocimiento del acceso a internet como un derecho humano, este incluiría las obligaciones de los gobiernos de proporcionar la infraestructura física adecuada.

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU ha abordado el acceso a internet en varias Resoluciones no vinculantes sobre la promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en internet. La Resolución más reciente sobre el tema es el **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión**, por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; mediante el cual se enfatiza la importancia de aplicar un enfoque basado en los derechos humanos al acceso a la tecnología y llama a los estados a promover una conectividad asequible y confiable, el acceso digital y la inclusión digital. Podría decirse, entonces, que el derecho a la tecnología está implícito en los derechos humanos establecidos, incluido dentro de la libertad de expresión

Este derecho de acceso a las TIC'S, es considerado (por algunos tribunales) como “Derechos de 4ta. Generación, al expresar “derecho de los administrados a acceder y relacionarse con las administraciones públicas por medios electrónicos -entendiéndose por medio electrónico cualquier mecanismo, instalación, equipo o sistema que permita producir, almacenar o transmitir documentos, datos o información, incluyendo cualquier red de comunicación abierta o restringida, como la Internet, la telefonía fija, móvil, etc.- ha sido reconocido como un derecho de cuarta generación”. Por ello, se sancionó la ley 27.078 declarando estas herramientas como servicio público.

Por otra parte, la Hoja de Ruta para la Cooperación Digital de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 29 Mayo de 2020, resolvió que es fundamental que haya una cooperación digital efectiva para lograr el futuro que queremos y alcanzar los ambiciosos objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

A fin de garantizar que todas las personas tengan para 2030 un acceso seguro y asequible a Internet, que incluya el uso efectivo de los servicios digitales, de conformidad con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, las Naciones Unidas decidió:

- a. Apoyar los esfuerzos encaminados a establecer una base de referencia sobre la conectividad digital que las personas necesitan para acceder al espacio en línea, así como una definición de la “asequibilidad”, que incorporen metas y parámetros universales;
- b. Convocar un grupo mundial de inversores y expertos en financiación que estudie el desarrollo de una plataforma de financiación y encuentre nuevos modelos de inversión en conectividad, en particular, en las zonas rurales y de difícil acceso;
- c. Promover modelos nuevos y que puedan tener un efecto transformador para acelerar la conectividad;
- d. Promover el desarrollo de entornos reguladores propicios para los proveedores de Internet a menor escala, junto con evaluaciones locales y regionales de las necesidades en materia de conectividad;
- e. Acelerar los debates sobre la conectividad como parte de las labores de preparación, respuesta y socorro en caso de emergencia, entre otras cosas, colaborando a través del consorcio interinstitucional de telecomunicaciones en situaciones de emergencia.

Para asegurar que se escuchen las voces de quienes no se benefician plenamente de las oportunidades digitales, se decide establecer una coalición de múltiples interesados sobre inclusión digital, que será una red oficiosa de Estados Miembros, grupos de la sociedad civil, representantes del sector privado y otros interesados de ideas afines sobre este aspecto.

Podemos concluir, entonces, que la implantación del Gobierno Electrónico debe estar destinada al efectivo reconocimiento por parte del Estado del derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con sus Gobiernos y Administraciones Públicas, y en ese marco centrar su accionar en la realización de los derechos del ser humano, como objetivo máximo a aspirar tendiente a concretizar un buen gobierno o buena administración. Ello supone que las Administraciones estén conectadas entre sí a fin de simplificar los procedimientos, como así también, para mejorar la información y los servicios ofrecidos a los ciudadanos, orientar la eficiencia y eficacia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación de los ciudadanos.

La adopción del Gobierno Electrónico propone la satisfacción de las necesidades y la contribución al desarrollo de la sociedad, por lo que jamás podrá consistir en una simple respuesta a las ofertas tecnológicas que provienen del mercado. Por ende, tiene que estar orientado a facilitar y mejorar la participación de los ciudadanos en el debate público y en la formulación de la política en general o de las políticas públicas sectoriales. (CLAD, 2007)

El mundo contemporáneo se caracteriza por las profundas transformaciones originadas en el desarrollo y difusión de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC'S) en la sociedad, y en el caso de América Latina, por el mantenimiento de profundas desigualdades sociales.

En estas condiciones la información y el conocimiento constituyen factores esenciales de la productividad y el desarrollo humano, por ello es necesaria la concentración de esfuerzos para evitar la profundización de las desigualdades, facilitar la inclusión y fortalecer la cohesión social.

La idea es reducir la brecha digital y convertir la Sociedad de la Información y el Conocimiento en una oportunidad para todos, especialmente mediante la inclusión de aquellos que corren peligro de quedar rezagados. Ello implicaría mayor formación y, por ende, devendría en líderes que efectivamente dirijan su accionar utilizando herramientas que brinda la tecnología para incluir a toda la sociedad, conforme se verá en el capítulo siguiente.

### **Capítulo III: conducción y liderazgo de equipos con trabajo remoto**

Sabemos que los cambios en la modalidad laboral a raíz de la pandemia tendrán sus efectos aún en el largo plazo, ya sea porque muchas empresas adopten en forma voluntaria y permanente el trabajo remoto, porque los protocolos existentes impiden el regreso simultáneo de los colaboradores a las oficinas, o por la existencia de regulaciones tales como aquellas que otorgan licencia a quienes tienen hijos participando de clases virtuales en sus domicilios.

Esta situación dispara en las empresas la necesidad de pensar en nuevos esquemas organizativos, quizás mixtos (presenciales y remotos), y el desarrollo de nuevos estilos de liderazgo que se adapten a ello, principalmente, relacionados con la ética. Liderazgos ya no de crisis, sino de adaptación, más flexibles y permeables a los cambios.

Las Áreas de Recursos Humanos son las responsables de velar por el cuidado e integridad de sus trabajadores como así también asistir a la organización. Los empleados son el pilar de cualquier institución y es competencia de esta área, colaborar con quienes tengan equipos a cargo para preservar las condiciones del personal, debiendo gestionar en ambientes de volatilidad, incertidumbre, complejidad y ambigüedad a través de la colaboración, la transparencia, la



creatividad, la agilidad de respuesta, la comunicación activa y la empatía con los trabajadores. (Calos, Gambera, Padin, & Thorp, 2021)

Particularmente, en este contexto, podrán asumir el rol de asistir a quienes ocupan cargos directivos y/o de conducción en las Jurisdicciones, facilitándoles información y herramientas que permitan crear las condiciones laborales óptimas para poder gestionar en forma remota las tareas de cada área, manteniendo los estándares de calidad de los resultados de cada unidad organizativa. Transmitir confianza y disminuir la incertidumbre del personal, trabajando conjuntamente con quienes tengan equipos a su cargo, estableciendo lineamientos claros y concretos, permitirá reinventar la modalidad de trabajo habitual, y continuar desarrollándola con vistas al futuro, desarrollando, además, su habilidad para explorar y buscar nuevas soluciones de forma proactiva frente a diversas problemáticas que se le presenten y motivando al personal a afrontar situaciones desconocidas.

Por otro lado, es importante que las áreas vinculadas a las acciones del personal generen un espacio de comunicación con todos los agentes de la Jurisdicción favoreciendo e incrementando de esta forma el sentimiento de seguir perteneciendo a la organización.

Ello por cuanto uno de los aspectos negativos relacionados con el trabajo remoto ha sido la sensación de soledad y ansiedad que manifestaron haber experimentado los empleados a enfrentar dificultades.

Resulta necesario influenciar positivamente a los trabajadores, escucharlos y comprender situaciones y emociones. Liderar en forma colaborativa, realizando mayores esfuerzos para comprender que le ocurre al otro, y de este modo planificar en base a escenarios reales y evitar riesgos, fortaleciendo, para ello, la comunicación clara y fluida.

Entonces, es menester mantener un canal de comunicación que contribuya a promover el compromiso del personal con los valores y objetivos institucionales percibiendo que, desde su domicilio, también pueden brindar un servicio a la ciudadanía. Favorecer el compromiso constante con el trabajo y con las políticas públicas implementadas por el Estado, es fundamental en este contexto en el que es tan necesario el accionar de todo servidor público.

La situación de pandemia fue estresante para todos los trabajadores, más aún para quienes cuentan con equipos de trabajo a su cargo, por ello se hace necesario identificar aquellas situaciones desafiantes que plantea el trabajo remoto.

### **Guía de Recomendaciones Para la Conducción de Equipos con Trabajo Remoto**

Por este motivo, la Dirección de Gestión y Desarrollo de Carrera del Personal de la Oficina Nacional de Empleo Público, elaboró una serie de recomendaciones a través de la Guía de Recomendaciones para la Conducción de Equipos con Trabajo Remoto para acompañar la implementación de buenas prácticas por parte de las personas que conducen equipos de trabajo en forma remota:

- **Trabajo remoto, un nuevo desafío:** Es importante en primer lugar implementar todas las acciones necesarias para poder adaptarse a este contexto particular, creer que el trabajo remoto es posible y saber que su equipo es capaz de alcanzar un adecuado nivel de rendimiento más allá de los espacios laborales donde se encuentre, proponiendo nuevas ideas para adaptarse a este contexto laboral distinto, en forma eficiente, actuando proactivamente para el cumplimiento de las metas institucionales. Si ha construido una dinámica basada en el diálogo, la toma de decisiones fundada en el trabajo colaborativo y particularmente la interacción con su equipo, estas condiciones no cambiarán con la implementación del trabajo a distancia. Es importante que se fomente la participación de los colaboradores, inspirando valores de acción, motivando

a su equipo y manteniendo la cohesión necesaria para alcanzar los objetivos organizacionales. Confiar en el profesionalismo, responsabilidad y compromiso de los colaboradores, se verá reflejado en la distensión del ambiente de trabajo (así sea virtual) y en el aumento de la productividad. En este sentido, conocer el potencial de cada una de las personas en su equipo, confiar en sus capacidades y apoyarlos para que puedan resolver las dificultades, es fundamental para liderar en forma remota.

- **Definir con claridad los objetivos esperados:** Otro de los aspectos importantes para implementar el trabajo remoto consiste en designar tareas específicas y complementarias para cada uno de los miembros del equipo, teniendo en cuenta las particularidades de cada uno de ellos. Generar claridad entre los colaboradores sobre qué debe hacer y en qué condiciones, permitirá llevar adelante una eficaz organización del trabajo y alcanzar los resultados esperados. En este sentido, aunque la distribución de dichos objetivos o tareas se comunique verbalmente o ya sea conocido por todos, resulta indispensable dejarlos plasmados por escrito a través de un mail o documento, preferentemente a principios de semana. Idealmente, se sugiere establecer objetivos medibles y sus correspondientes indicadores, los cuales deben ser comunicados, al igual que el estado de avance y resultados en relación con los objetivos planteados. Paralelamente, en los casos que se deba informar a un superior del estado de avance de los proyectos en los que se encuentra involucrada su área, será de gran utilidad definir las fechas de entrega, efectuar y documentar el seguimiento de las tareas, conciliando los objetivos con los diferentes miembros del equipo para alcanzar las metas laborales establecidas. Asimismo, podría ser de utilidad, llevar listas de verificación diaria que coincidan con las tareas (lo más desagregadas posibles) de cada uno de los integrantes del equipo de trabajo. De esta manera es posible no sólo una fácil comunicación individual, sino también una verificación sencilla del estado de avance de cada uno.

- **Conocer los recursos con los que cuenta cada miembro del equipo:** Detectar lo más temprano posible las condiciones en las que cada miembro del equipo pueda cumplir con lo esperado. Conocer la situación particular de cada uno y sus posibles fluctuaciones, le permitirá replanificar las tareas a desarrollar.

Es importante no sólo identificar las necesidades de equipamiento tecnológico y de información sino también las competencias requeridas y condiciones del contexto en el que intentarán cumplir con sus obligaciones. Es por ello que resulta conveniente que quienes lideran equipos o grupos de trabajo, puedan conocer y tener en cuenta las distintas realidades del ámbito privado y familiar de cada integrante.

A partir de este conocimiento de la situación particular de cada uno, y en caso de ser necesario, se sugiere gestionar la disponibilidad de equipamiento tecnológico necesario y/o el acceso a información en los servidores de la unidad en que se desempeñan habitualmente. En otros casos podrá requerir tutelar y/o asistir a los miembros del equipo en la búsqueda y recuperación de información en la web.

La falta de acceso a la información ya sea por la imposibilidad de acceder a todas las fuentes disponibles con que se cuenta en la oficina, hasta la proximidad física con los compañeros de trabajo referentes y/o superior que puedan evacuar una simple consulta de manera inmediata, podrá percibirse como una nueva dificultad. Por ello, deberá asegurarse el acceso a las fuentes de información, ya que, si bien pudo haberse previsto de copias de archivos con el contenido necesario para sostener las actividades habituales, el paso del tiempo aumenta la probabilidad de necesitar acceder a nuevas fuentes de información.

- **Organizar el trabajo:** Quienes tengan equipos de trabajo a su cargo deben establecer y en caso de ser necesario, definir las □reglas del trabajo remoto□. Deben quedar en claro para todos los miembros de su equipo aspectos tales como horarios de prestación en línea, bandas horarias para actividades que impliquen contactos múltiples, horario para el cierre de actividades, políticas de envío de información, entre otros. Se sugiere que dichas reglas sean consensuadas de acuerdo a las variadas situaciones individuales y sean revisadas y adaptadas cada vez que sea necesario, pero debe asegurarse explícitamente cuál es la vigente.

Es importante respetar que cada miembro del equipo pueda establecer sus horarios individuales, acordando un horario común de contacto e intercambio diario. De esta manera se podrá respetar tanto el tiempo de trabajo, como el de descanso de todos.

- **Mantener la comunicación con el equipo:** La falta de contacto personal directo o “cara a cara” puede generar en el responsable y los integrantes del equipo la percepción de no poder acceder a consultas y devoluciones instantáneas tal como se presentan en el ámbito de la oficina de manera cotidiana. La conexión con todos y cada uno es vital. Continuar estimulando las relaciones interpersonales y saber que cada empleado puede contar con los demás es importante para no alterar del todo las rutinas de comunicación aún a través de plataformas virtuales. Por tal motivo, resulta imprescindible aprovechar todas las herramientas tecnológicas que pueden fortalecer el trabajo colaborativo y acortar la distancia entre los miembros del equipo: video conferencia, correos electrónicos, llamadas individuales, entre otras. (Calos, Gambera, Padin, & Thorp, 2021)

Si bien la comunicación presencial puede ser exitosamente suplida por las tecnologías de comunicación, la adaptación a las mismas exige un esfuerzo adicional. Debe poder garantizarse el intercambio entre los miembros del equipo, contando con un espacio de uso común virtual para manifestar sus dudas o inquietudes laborales, poniendo especial atención en los miembros que menos usen los mismos, generando estímulos positivos para que así lo hagan. En este sentido, no hay que tener reparos a la hora de utilizar el teléfono. Esta vía de comunicación es muchas veces más efectiva que el correo o la mensajería instantánea y evita ciertos malos entendidos de la comunicación. Es importante prestar especial atención a cómo se expresan las solicitudes de tareas, dado que, considerando la particularidad del contexto, pueden no haber sido comprendidas exactamente como se espera. Es por ello que repreguntar o hacer un seguimiento pueden ser buenos recursos para asegurarse de la comprensión de la tarea asignada.

Apelando a las tecnologías disponibles es aconsejable replicar la dinámica de trabajo que se solía tener, por ejemplo: si se hacían reuniones de equipo semanales, continuar realizándolas a través de las herramientas tecnológicas, saludarse/despedirse en cada jornada así, además, se podrá saber cuándo se encuentran disponibles los miembros del equipo y/o establecer las llamadas ventanas de coincidencia, periodos de varias horas en las que se acuerda que todo el equipo estará accesible remotamente.

- **Promover el sentido de pertenencia del equipo:** El sentido de pertenencia trasciende los espacios físicos de trabajo. Aunque ya no se comparta un espacio físico común, sostener y fortalecer el compromiso con la tarea, grupo de trabajo (pares, superiores y equipo a cargo) y la organización de la cual depende es fundamental, sobre todo en contextos en los que éste puede verse afectado. Promoverlo tiene un impacto positivo no sólo a nivel de la calidad del desempeño individual, sino también grupal. Al mantener una actitud positiva y un clima laboral ameno, las mismas se transmiten al resto del equipo, potenciando este compromiso. Tal como se mencionó anteriormente, en



este sentido también las áreas de recursos humanos cumplen un rol clave, por lo que trabajar conjuntamente permite asegurar que las acciones de los empleados continúen reflejando los valores y cultura de la Administración Pública.

- **Detectar necesidades de capacitación y sugerir la realización de ciertas actividades prioritarias:** Es importante implementar un Programa de Capacitaciones específicas sobre los diferentes formatos posibles de trabajo remoto, vinculado a los perfiles y competencias de los equipos de trabajo que interactúan bajo la coordinación de los directivos públicos. Estas estrategias de sensibilización y capacitación multipropósito podrían abordar, entre otros, lo siguientes ítems sustantivos de trabajo: gestión de sistemas informáticos, usos de plataformas digitales, habilidades para la comunicación y coordinación de equipos de trabajo a distancia.

En la página del Instituto Nacional de la Administración Pública (<https://capacitacion.inap.gob.ar/>) se pueden encontrar ofertas de capacitaciones de modalidad virtual que ampliarán conocimientos. Se recomienda especialmente desarrollar las competencias laborales vinculadas con el manejo de herramientas informáticas y de comunicación que pueden ayudar para trabajar en forma remota eficazmente y mantenernos comunicados con los demás.

- **Proponer ideas, proyectos o sugerencias:** Proponer mejoras en los procesos y/o soluciones nuevas y diferentes frente a situaciones que se presentan es un desafío para las personas que conducen equipos de trabajo. Pensar qué ideas podemos aportar para cumplir con las tareas bajo esta nueva modalidad de trabajo y transmitirlas al equipo, generará un clima que favorezca la iniciativa de cada uno de los colaboradores, con posibilidad que surjan propuestas, proyectos o nuevas ideas en ellos. Es importante en este sentido mantener una actitud receptiva frente a la opinión de los colaboradores y frente a las nuevas ideas, tratando de incorporarlas cuando resulten pertinentes.
- **Brindar confianza y apoyo:** Es importante asegurar que todos los integrantes del equipo sepan que se está disponible para ellos y reconocer el desempeño de cada uno. Compartir con ellos el estado de avance de las tareas asignadas, así como el cumplimiento de los objetivos, redundará en satisfacción e incluso puede funcionar como un estímulo para cada agente que finaliza la ejecución de las mismas. Asimismo, el liderazgo de equipos de trabajo conlleva el ofrecer cierta contención emocional a todo miembro que lo necesite, lo manifieste o no, y ante toda situación que afecte su desenvolvimiento, aunque esto no tenga un origen estrictamente laboral (temores por el impacto económico social de la pandemia, tensiones intrafamiliares originadas o agravadas por el aislamiento social preventivo, frustración ante la falta de dominio de herramientas tecnológicas, sensación de incertidumbre frente a la prolongación del periodo de aislamiento, entre muchas otras).

Las crisis inesperadas -el caso de COVID-19 es un ejemplo obvio- subrayan la importancia de que los directivos de las organizaciones sean capaces de demostrar un liderazgo sólido y de ayudar a sus empleados a afrontar la presión y la incertidumbre. Cuando la organización pase por un momento de prueba y salga intacta de él, las habilidades que hayan aprendido y cultivado durante este periodo les servirán para triunfar en el futuro. Al fin y al cabo, siempre habrá nuevos retos que la organización deberá superar y nuevas oportunidades que aprovechar. Entonces, ¿qué se debería hacer para liderar a el equipo y mantener a la gente bien informada y productiva, incluso en los momentos más difíciles?

## Herramientas para el cambio

En este sentido, consideramos menester proponer algunas herramientas que den solución a este interrogante, mencionadas a continuación:

**1.- Ser transparente y honesto:** Es probable que la organización se enfrente a muchas pruebas a lo largo de los años. Algunas afectarán al sector en general e incluso a toda la economía mundial, mientras que otras serán específicas de la organización.

Sean cuales sean los obstáculos que se presenten, siempre es mejor ser completamente honesto y transparente con el equipo sobre la situación en la que se encuentra la organización y el papel vital que cada uno tiene que desempeñar para alcanzar el éxito.

No pasa nada por admitir que hay cosas que no se saben, por ejemplo, y es vital dar siempre una imagen precisa de cómo está funcionando la organización. Los directivos que son abiertos y directos con los empleados ayudan a crear confianza, lo que probablemente resulte crucial para el rendimiento cuando uno se enfrenta a la adversidad.

Los esfuerzos por adoptar la honestidad y la transparencia podrían verse respaldados por un plan de comunicación a medida para los periodos difíciles. Al proporcionar a la gente toda la información posible sobre el estado de la organización y las circunstancias en las que se encuentra, se consigue que todo el mundo esté en la misma página y se muestra a los trabajadores individuales cómo pueden ayudar a la organización a superar este momento.

**2.- Predicar con el ejemplo:** Los trabajadores esperan que sus jefes les orienten sobre cómo deben comportarse y hacer su trabajo, por lo que es fundamental dar un ejemplo positivo no sólo en lo que se dice, sino en lo que se hace. Los líderes más fuertes demuestran los valores que quieren ver en quienes los admiran.

En resumen, hay que predicar con el ejemplo. Una de las formas más valiosas de aplicar este enfoque en tiempos de incertidumbre empresarial es encarnar un sentimiento de calma. Esto se puede hacer de la siguiente manera:

- Utilizar un lenguaje claro y controlado para transmitir los mensajes adecuados a los trabajadores y tranquilizar a los que están preocupados.
- Adoptar rituales y hábitos que proporcionen una sensación de estructura y apoyen el bienestar mental y emocional.
- Evitar etiquetar ciertas prácticas o personas como “incorrectas”, ya que esto puede conducir a sentimientos de victimización y ansiedad.

**3.- Aprovechar la tecnología:** La transformación digital ha sido un tema importante en la gestión de los recursos humanos y de los trabajadores en los últimos años, dando a las organizaciones modernas más oportunidades para convertir la tecnología en su ventaja mientras navegan en periodos de incertidumbre.

Uno de los ejemplos más claros de cómo la innovación tecnológica puede ayudarte a ser un mejor líder es la capacidad de mantener un contacto regular con tus empleados, incluso si las personas se encuentran en diferentes lugares o trabajan a distancia.

Las herramientas de videoconferencia y mensajería instantánea facilitan más que nunca el contacto entre las personas, lo que es vital si le das mucha importancia a la colaboración y al intercambio de conocimientos y mejores prácticas. Conexiones sólidas entre colegas y directivos de todos los niveles de la institución podrían ser la clave del éxito en los tiempos más difíciles.

**4.- Ser flexible en el estilo de liderazgo:** Existen varios estilos de liderazgo, que ofrecen una serie de beneficios y resultados potenciales para el equipo y la organización. Algunos ejemplos son:

- **Liderazgo afiliativo:** Hace hincapié en la confianza y la armonía, lo que puede contribuir a que las personas se sientan reconocidas e incluidas en tiempos de incertidumbre.
- **Coaching:** Una estrategia que ofrece a las personas objetivos significativos y relevantes para proporcionar un sentido de motivación e impulsar el compromiso y la productividad.
- **Liderazgo visionario:** Este estilo proporciona un sentido de dirección y unión al identificar un objetivo a largo plazo por el que toda la organización puede trabajar. Cuando la organización se enfrenta a la incertidumbre y los empleados esperan de un liderazgo sólido, la capacidad de cambiar de estilo y encontrar el enfoque adecuado para el clima actual podría resultar vital. Disponer de esta flexibilidad permitirá dar el ejemplo adecuado al equipo y ayudarlos a ellos a aumentar su rendimiento en un momento crucial para la empresa.

**5.-Incorporar la resiliencia en la estrategia:** Una de las cosas más importantes que puede hacer cualquier líder para prepararse para los periodos de incertidumbre es hacer de la resiliencia una parte fundamental de la estrategia organizacional. Siempre es posible que surjan circunstancias difíciles -previstas o imprevistas- que supongan un riesgo importante para la organización, por lo que es prudente planificar la adversidad tan a fondo como sea posible.

En conclusión, es claro que la emergencia sanitaria obligó a la Administración Pública a adaptarse a un entorno dinámico y desafiante, cambiando en pocas horas procedimientos y circuitos de trabajo que de otro modo hubiera tomado años modificar.

Las medidas de aislamiento social obligatorio impusieron a la práctica de trabajo remoto exigencias muy superiores a las impuestas bajo condiciones de normalidad, ya que no contempla siquiera la concurrencia mínima al ambiente de trabajo normal y habitual.

La diferencia en la modalidad de trabajo entre directivos y sus equipos refuerza el argumento sobre la necesidad de contar con un espacio directivo profesional institucionalizado, constituido mediante procesos claros y mecanismos de evaluación transparentes para el desempeño de las funciones ejecutivas, con ciertos espacios de autonomía relativa respecto a la discrecionalidad del poder político de turno.

La idea, entonces, es ser proactivo en la planificación de la resiliencia y considerar cómo uno enfrentaría a una serie de posibles escenarios, de esta manera estará mejor preparado para responder a diversos retos con rapidez y eficacia, en lugar de apresurarse para seguir el ritmo de una situación que cambia rápidamente.

## **Capítulo IV: principios rectores - ventajas y desventajas del trabajo remoto**

Anteriormente analizamos la importancia del liderazgo en el trabajo remoto para luego avanzar en este capítulo a describir los principios rectores que debieran respetarse y tenerse en cuenta a la hora de sancionar un régimen legal que regule dicha actividad en el ámbito público. Ellos serán la base para la sanción de una Ley íntegra y adecuada que contemple los aspectos y conductas necesarias para una buena relación laboral.



### Principios Rectores

La organización debe planificar y documentar el modo en que se cumplirán los principios rectores y las reglamentaciones legales vigentes aplicables. Ellos son:

**Voluntariedad:** El traslado de quien trabaja en una posición presencial a una posición a distancia debe ser voluntario. Un principio fundamental del teletrabajo es que tiene que ser una elección voluntaria y no un paso forzado.

El teletrabajo es voluntario para la persona y para la empresa para la cual trabaja. El teletrabajo puede formar parte de la descripción inicial del puesto de trabajo o puede incorporarse de forma voluntaria más tarde.

Si el teletrabajo no forma parte de la descripción inicial del puesto y la organización empleadora formula una oferta de teletrabajo, el trabajador puede aceptarla o rechazarla. Si es el trabajador quien expresa su deseo de teletrabajar, el empleador puede aceptar o rechazar el pedido.

La negativa de una persona empleada a teletrabajar no es, en sí, un motivo de rescisión de la relación laboral ni de modificación de las condiciones de trabajo de esa persona.

La decisión de incorporar un empleado a la modalidad de teletrabajo debe ser producto de una decisión consensuada entre la organización y la persona.

La organización debe acordar con el trabajador remoto la cantidad de días semanales en los que se utilizará esa modalidad, especificando lugar y días de trabajo conectado remoto.

**Reversibilidad:** El teletrabajador tiene derecho a volver al puesto de trabajo presencial en los establecimientos de la empresa. Ello significa que la empresa mantiene disponible el puesto en que trabajaba antes el teletrabajador.

Los acuerdos, individuales y colectivos, que refieran al teletrabajo deben garantizar el derecho a volver al puesto de trabajo en un futuro, tanto si lo solicita el teletrabajador como la organización.

El derecho a regresar a la actividad presencial es un derecho de ambas partes. Es conveniente fijar un plazo en relación con el ejercicio del derecho a retornar a la modalidad presencial, y que ese plazo sea igual para la organización y para el teletrabajador.

Se recomienda acordar el derecho a la reversibilidad, por medio de un acuerdo individual o colectivo, cuando la modalidad de trabajo conectado remoto no forma parte de la descripción inicial del puesto de trabajo.

**Acuerdo entre partes:** La organización debe celebrar un acuerdo individual con el trabajador o, en caso de corresponder, un convenio colectivo con la organización sindical. Dicho acuerdo o convenio debe contener las condiciones siguientes:

- a. Carácter voluntario, forma y tiempo de la reversibilidad cuando correspondiere.
- b. Los tiempos de trabajo, diario o semanal y los horarios convenidos, especificando los días acordados para trabajar en la modalidad conectada remota y en la forma presencial, respetando el régimen acordado de jornada laboral.
- c. Disponibilidad de espacio y condiciones adecuadas en el domicilio del trabajador.
- d. Medidas materiales y equipamiento a proveer por la organización y cuidado y mantenimiento de los mismos.
- e. Protección de datos, información, archivos y uso de internet.
- f. Mantenimiento de los derechos y obligaciones de las partes, especificando el puesto de trabajo, las funciones, dependencia jerárquica, remuneración, derecho de acceso a la formación, capacitación y oportunidades de desarrollo profesional, en igualdad con las personas que trabajan en forma presencial. (Organización Internacional del Trabajo, 2011)

### Ventajas y desventajas

Como en todo vínculo de empleo, existen ventajas y desventajas, y el trabajo remoto no es la excepción. Por ello es menester tener una correcta valoración de las ventajas y desventajas que la misma conlleva, para de esta manera tomar las decisiones más adecuadas.

En relación al trabajo remoto en el sector público y la identificación de escenarios posibles y deseables podemos sintetizar como **ventajas** del Trabajo Remoto en:

A.- Salud y Costos: Evita los traslados al lugar de trabajo: De esta forma, se ahorra tiempo y costos del transporte; esto impacta positivamente en la economía del trabajador al no tener que utilizar dinero para trasladarse. Elimina el hacinamiento en los transportes públicos o el stress de conducir el propio vehículo en calles o autopistas repletas de automóviles. Como ventajas adicionales puede permitirnos sostener hábitos saludables y mejorar la calidad de vida al facilitar, por ejemplo, comida casera y más sana.

B.- Tiempos: Optimiza el tiempo al evitar los traslados, lo cual permite contar con más tiempo a nuestro favor. La auto-regulación de ese mismo tiempo resulta beneficiosa, centralmente si pensamos en trabajar por resultados. Es posible realizar el trabajo con ropa cómoda y hasta con música si nos place.

C.- Diseño: Reduce el espacio de ocupación en oficinas o instalaciones de las organizaciones. Se va a requerir de menos espacios en las oficinas al necesitar menos metros cuadrados. Esto beneficia también a quienes por el tipo de tareas que realizan deben concurrir a los espacios de trabajo, pues redundará en una mejora sustancial del hábitat. Es decir, la administración pública tendrá un menor costo por gastos varios y los que sí concurren tendrán un espacio de desenvolvimiento más confortable al reducir la cantidad de empleados.

D.- Aprendizaje: Contribuye al perfeccionamiento permanente al acompañar la evolución de la tecnología de manera continua, mientras se desarrollan las tareas laborales, cotidianamente incorporamos nuevos saberes.

E.- Medio ambiente: Reduce la congestión de tránsito y las emisiones de carbono al evitar el desplazamiento entre el domicilio y el trabajo. Evita la exposición a cambios climáticos. Puede conllevar beneficios económicos para el Estado, por la disminución en los subsidios a empresas de transporte público. El beneficio para el medio ambiente por la reducción de las emisiones es central.

F.- Sociabilidad: Concilia la vida familiar, social y laboral. El tiempo se organiza de otra manera al no tener que lidiar con el tránsito o la espera del transporte público; el tiempo obtenido puede ser usado para ejercicios físicos, al igual que por momentos compartidos con la familia y la autonomía para disfrutar de actividades culturales o simplemente ocio, esparcimiento y descanso.

G.- Productividad: Incrementa la productividad. Si se posee un espacio propio se pueden evitar situaciones de distracción, se termina lo que comúnmente se llama el radio pasillo y también se elimina la presión presencial entre jefes y empleados. Permite mayor concentración en la tarea. Se evitan las conversaciones de las cuales uno puede tener poco interés en las oficinas.

H.- Ausentismo: Disminuye la tasa de ausentismo. El trabajo remoto cuenta con la opción de elegir el lugar donde desarrollar la actividad laboral; además, no expone al trabajador al dilema de qué hacer frente a situaciones complejas que puedan darse en el hogar, como, por ejemplo, en casos de cuidado de familiares a cargo. Además, facilita la continuidad laboral luego de licencias por maternidad o parental, y evita, de esta manera, la posible pérdida del ingreso del salario en caso de solicitar excedencia u otras licencias.

I.- Transición laboral: Facilita la transición de trabajadores próximos a jubilarse, de manera que no resulte abrupta y que puedan adaptarse progresivamente. Hace posible la continuidad de

algunas tareas que pueden ser un sostén emocional importante; permite mantener el contacto con sus pares y con otras personas con las que compartió su trabajo.

J.- Deslocalización: Podría facilitar la descentralización de oficinas centrales ubicadas en zonas urbanas densamente pobladas a lugares menos habitados del país. Disminuiría la contaminación sonora en las ciudades y sería más factible mantener condiciones de asepsia, lo cual disminuiría el riesgo de contraer enfermedades. (Blutman & Vaca, 2020) Las **desventajas** podemos enumerar en:

A.- Interacción social: Se pierde el vínculo físico con el entorno laboral. Se reduce la comunicación cotidiana y el contacto con compañeros de trabajo que, en muchas situaciones, ayuda a sostener la actividad. Muchas veces los procesos de trabajo no son claros y las tareas se tornan confusas. ¿Qué hacer?, ¿cómo hacer?, ¿a quién preguntar?, ¿cómo gestionar y tramitar las actividades laborales en soledad? Se pierde el tiempo compartido con compañeros de trabajo. Se reduce el vínculo con otras áreas. La comunicación informal que se hace en los espacios comunes, almuerzos, encuentros, reuniones internas, y que genera conexión entre los empleados, se estaría perdiendo con el trabajo remoto.

B.- Equipos de trabajo: Es un riesgo para la conformación de equipos y la sinergia entre los mismos. Se reduce la comunicación cotidiana y el contacto con compañeros de trabajo que ayudan a sostener la actividad. Se producen efectos sobre la cultura organizacional y la transmisión de valores organizacionales a los miembros de la organización.

C.- Competencias: Requiere capacitación previa o experiencia en el puesto. Se debe contar con determinadas competencias y formación puesto que es muy complejo realizar a distancia una tarea que no se conoce lo suficiente o no se ha experimentado previamente de manera presencial. Es indispensable el conocimiento, y manejo de las herramientas informáticas y adecuarse al funcionamiento de los sistemas tecnológicos utilizados por el organismo y a la incorporación de nuevos programas a los que el trabajador deberá adaptarse y realizar procesos de aprendizaje continuos que le demandarán más tiempo que el previsto para el desempeño de su labor de manera presencial.

D.- Tecnologías: Hay una fuerte dependencia de la tecnología: es preciso contar con los equipos informáticos como computadora de escritorio o portátil (o similar), conexión a internet y recursos en general. En el sector público, por el momento, la provisión de estos elementos no está garantizada. Además, los sistemas de trabajo no están preparados; por ejemplo, discos compartidos a los que a veces no se puede acceder, plataformas en vivo que tienen dificultades para el intercambio, aparte de los problemas tecnológicos.

E.- Reducción: Se reorganiza y se rediseña la oficina y esto puede implicar reducción de funciones que deriven en menor cantidad de empleados. Al necesitar menos infraestructura en general, posiblemente se necesiten estrategias para reubicar al personal de estas organizaciones que ya no tengan tareas específicas en el nuevo esquema laboral.

F.- Costos: Implica costos que debe absorber el trabajador, debido, por un lado, al desgaste del equipamiento que se utiliza —que en la mayoría de los casos es propio— y, por otro, a los gastos de consumo que demanda el trabajo remoto, como la electricidad, la telefonía y el servicio de internet.

G.- Auto-organización: Demanda autodisciplina y capacidad de autogestión del propio tiempo para poder producir y cumplir con los requerimientos del trabajo por la ausencia de un sistema de gestión y evaluación de desempeño o control por objetivos y a la dificultad para realizar un seguimiento compartido del trabajo y de los resultados alineados con la misión de la organización. A la vez, se corre el riesgo de lo opuesto, es decir, perder de vista los tiempos y espacios necesarios para el descanso. A esto se suman las dificultades para diferenciar tiempo de trabajo y vida personal.

H.- Género: Se corre el riesgo de intensificar la problemática de género. En la mayoría de los casos, las tareas domésticas y de cuidado de familiares recaen en las mujeres. Al sumar lo laboral al trabajo doméstico y de cuidado, se naturaliza y legaliza la doble imposición laboral. Además, la presencia de familiares y de hijos menores dificulta, o impide, concentrarse y disponer de la atención necesaria para cumplir con las demandas del trabajo.

I.- Exigencias Laborales: Es posible sufrir la sobredemanda y la exigencia de los jefes, que pueden pretender contar con la disponibilidad del trabajador en cualquier momento del día o todos los días de la semana. Es un potencial riesgo a creer que el trabajador está siempre disponible.

J.- Seguridad: Aumenta el riesgo de la captura de datos e información tanto privados como laborales. Es preciso contar con sistemas de protección. Y, de alguna manera, la colisión entre lo personal, lo íntimo y lo público se puede hacer evidente. (Blutman & Vaca, 2020)

## Conclusiones

En estos tiempos de post pandemia se tornó necesario e impostergable abocarnos a la problemática del teletrabajo o trabajo remoto en el sector público, porque allí se encuentran los mayores desafíos.

El Trabajo Remoto es una modalidad de trabajo más, como el trabajo presencial. El uso de las tecnologías de la información y comunicación permite trabajar desde un lugar diferente al domicilio del empleador. No altera la relación jurídica del teletrabajador, y por ende tampoco los derechos y obligaciones de las partes, previstas en las normas y convenios colectivos de trabajo. El cambio de una modalidad a otra no puede causar perjuicio alguno al trabajador. Habrá adaptaciones y variaciones que considerar y consensuar entre las organizaciones empleadoras y sindicales, en función de las características propias, específicas del trabajo remoto y en el marco del diálogo social.

En definitiva, el teletrabajo implica una modalidad de trabajo en relación de dependencia, cuyas tareas, misiones, responsabilidades y obligaciones son desarrolladas fuera del establecimiento del empleador, de manera no ocasional, y con el auxilio de las tecnologías de la información y la comunicación, siendo la deslocalización del lugar de la prestación de tareas lo que caracteriza principalmente a la problemática planteada en este trabajo de investigación.

La emergencia sanitaria generó un stress especial sobre el sector público, el cual tuvo que adaptarse a una modalidad de trabajo nueva y responder a la emergencia pública. En este contexto, el espacio directivo tuvo y tiene un rol central, tanto en el nivel de gobierno nacional como en administraciones provinciales, a la hora de implementar políticas públicas decididas por funcionarios públicos, y desarrolladas por quienes trabajan en las distintas dependencias públicas.

Las medidas sanitarias de aislamiento y después distanciamiento, social, preventivo y obligatorio, naturalmente motivaron declaraciones de receso administrativo y la suspensión de los plazos administrativos; declaración de actividades esenciales permitidas y autorizadas para el personal de salud, fuerzas de seguridad, bomberos, etc.; dispensa de cualquier presencialidad a personas consideradas grupos de riesgos; licencias y justificaciones de inasistencias a los lugares habituales de trabajo; reordenamiento de personal para ser destinados a otras áreas distintas a las habituales con nuevas funciones según las necesidades que la crisis generara; y con ello, traslados y permutas de los recursos humanos según los requerimientos; las exigencias de incrementar medidas de seguridad e higiene; la contemplación del COVID-19 para las ART; entre otros, a lo que se le añade naturalmente, una serie de políticas públicas llevadas a cabo por la Administración tendiente a profundizar el teletrabajo y asegurar las garantías complementarias que aquel supone.

El paso abrupto de una modalidad de tareas presenciales a un formato remoto dejó en evidencia las dificultades y disparidades en torno a la disponibilidad de infraestructura tecnológica y herramientas digitales -tanto plataformas como dispositivos- adecuadas para el correcto desenvolvimiento de las tareas en las burocracias públicas.

Algunas de las herramientas desarrolladas e incorporadas al trabajo cotidiano de las administraciones públicas durante la pandemia pueden pensarse como insumos clave para el rediseño, la mejora y facilitación de ciertos procesos que hacen al funcionamiento de las administraciones públicas, principalmente a su interacción con la ciudadanía.

La revolución de las tecnologías avanza cada vez más y la Administración no escapa de ello, y es debido en buena medida, a la creatividad humana y a los avances significativos de las TIC'S. Los grandes cambios que caracterizan esencialmente esta nueva sociedad son la generalización del uso de las tecnologías, las redes de comunicación, el rápido desarrollo tecnológico y científico, y la globalización de la información.

Los gobiernos tienen políticas públicas tendientes a acercar las TIC'S a las personas posibilitando el acceso de la totalidad de los habitantes de la República Argentina a los servicios de la información y las comunicaciones en condiciones sociales y geográficas equitativas, con los más altos parámetros de calidad.

Las TIC'S "representan no sólo un portal de acceso al conocimiento, a la educación, a la información y al entretenimiento, sino que constituyen, además, un punto de referencia y pilar fundamental para la construcción del desarrollo económico y social", rezan los fundamentos del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 690/2020, por el cual se institucionalizó en nuestro país el acceso a Internet, como un verdadero derecho humano, de naturaleza social, y por tal, exige al Estado obligaciones positivas.

En este sentido, consideramos fuertemente que deben llevarse a adelante acciones concretas con calidad que ayuden a establecer una metodología basada en la gestión de equipos y en el soporte tecnológico tanto en sistemas modernos de videollamadas como en la elección de la mejor web para videoconferencias.

En el ámbito organizativo, comúnmente se suele confundir los conceptos de innovación con el uso de la tecnología. Pero la innovación no es sólo tecnológica, es mucho más, la abarca, pero también se ocupa de otros aspectos, en general con la introducción de nuevas formas de hacer las cosas a través de cambios continuos, buscando incentivos para las innovaciones y soluciones creativas a los problemas, siempre desde una visión estratégica a través de un análisis prospectivo de la Administración Pública.

En este sentido, las Administraciones Públicas han de ser flexibles y ágiles, abiertas a nuevas ideas, pero siempre respetando el principio de juridicidad. "En todo caso hay que buscar un adecuado equilibrio entre la flexibilidad, agilidad y apertura con la ineludible garantía de neutralidad, objetividad y legalidad que debe regir en toda actuación de la Administración", señala el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) en su Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública (2020), apartado 23.

Como sabemos, el impacto que la legislación de emergencia dictada en el marco de la excepcionalidad dada por el COVID-19 ha tenido sobre el derecho administrativo en general, y el empleo público, en particular, no ha sido menor, y tal es así que los cambios provocados por la pandemia parece que han venido incuestionable, por lo que la Administración Pública debe definitivamente actuar en correspondencia a esa realidad.

Y así, luego de un análisis exhaustivo de la legislación vigente, la jurisprudencia y opiniones de expertos en la materia que nos ocupa, podemos concluir que si bien hubieron avances que se dieron a través del tiempo, los mismos no son suficientes como para asegurar los derechos de los trabajadores en la Administración Pública.

En los próximos años, el empleo público debiera verse reformulado o por lo menos complementado, lo cual a su vez implicaría acarrear modificaciones legislativas para adecuar las normas de la función pública. Debemos empezar desde la implantación con validez y eficacia el teletrabajo en la esfera de la gestión pública.

Para ello, proponemos una estrategia de política adecuada que debe avanzar sobre cuatro ejes estratégicos y complementarios:

**1.- El Diseño e Implementación de un Régimen Regulatorio** adecuado que balancee los objetivos de protección de quienes trabajan y la promoción de la modalidad.

Por ello, sugerimos la sanción de un Régimen Jurídico específico para implementar y sostener en forma exitosa el trabajo remoto en la Administración Pública, poniendo a disposición un instrumento confiable, seguro, jurídicamente válido, ajustando las conductas a los nuevos tiempos.

Sin lugar a dudas que la sanción de un marco legal específico para el trabajo remoto en la Administración Pública garantizará los derechos y las obligaciones de los trabajadores de modo protectorio. Ella debiera buscar la inclusión socio-laboral de los empleados públicos, mejorar los indicadores de ausentismo y accidentes “in itinere”, evitar el traslado de los trabajadores, minimizando la contaminación del medio ambiente y disminuyendo el tránsito vehicular, mejorar las condiciones del personal en cuanto a su calidad de vida (Alimentación, optimizar sus actividades personales, ahorrar tiempo y dinero en traslados de su hogar a la oficina y viceversa, mejorar el equilibrio de la vida familiar y laboral), crear puestos de trabajo móviles en los que los empleados puedan trabajar de manera segura con los datos de la organización en cualquier momento y desde cualquier lugar.

**2.- La Regulación de un Conjunto de Políticas de Promoción** para cerrar la brecha de teletrabajo. Esto incluye dos aspectos: la aceleración de la transformación digital y el desarrollo y adaptación de habilidades. Es necesario contar con infraestructura, habilidades y regulaciones adecuadas para poder extender el alcance y la profundidad de la economía digital y de la capacidad de teletrabajo, logrando así encauzar a la economía argentina en un modelo de desarrollo económico sostenible e inclusivo.

**3.- Contar con una Planificación Estratégica** que contemple el relevamiento integral de los procesos de trabajo administrativos y el diseño de protocolos específicos de trabajo remoto para el diseño de modalidades híbridas, que combinen la presencia física de empleados públicos, con una frecuencia y carga horaria reducida, y formatos virtuales de carácter no presencial en determinadas áreas dentro de las oficinas estatales. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) publicó una guía para el “trabajo desde casa” que bien podría aplicarse como lineamiento general de referencia para el diseño de protocolos específicos de trabajo remoto en el sector público (OIT,2020).

Apelando a la memoria institucional y a la puesta en práctica de ciertas capacidades estatales instaladas, las autoridades gubernamentales disponen de algunas herramientas e instrumentos de gestión – como la Base Integrada de Información de Empleo Público (BIEP) y las matrices de dotaciones de trabajadores públicos, que permitirían analizar variables claves como los perfiles y competencias profesionales, la franja etaria de los empleados públicos pertenecientes a cada organismo y asociarlos a los diferentes circuitos y procedimientos de tareas. A partir de esto, se podrían diseñar protocolos que contemplen el carácter sustantivo o de apoyo de los procesos administrativos y de gestión dentro de las burocracias estatales. Asimismo, estos protocolos de trabajo remoto orientados a procesos de trabajo y procedimientos administrativos -previamente identificados y sistematizados- podrían elaborarse contemplando como ejes de referencia los lineamientos generales contenidos en las guías destinadas a empleados públicos y cargos directivos por la Oficina Nacional de Empleo Público.

**4.- La Sensibilización y Capacitación sobre formatos de Trabajo Remoto.** Resulta importante implementar un Programa de Capacitaciones específicas sobre los diferentes formatos posibles de trabajo remoto, vinculado a los perfiles y competencias de los equipos de trabajo que interactúan bajo la coordinación de los directivos públicos. Estas estrategias de Sensibilización y Capacitación podrían abordar entre otros los siguientes ítems de trabajo: gestión de sistemas informáticos, uso de plataformas digitales, habilidades blandas para la comunicación y coordinación de equipos de trabajo a distancia.

El soporte de cursos de capacitación resulta fundamental para una mejora en el desempeño de las tareas, pero también para nivelar conocimientos de trabajo, especialmente en relación al uso intensivo de herramientas tecnológicas, estrategias de comunicación exitosas y coordinación efectiva de equipos de trabajo. Este aspecto, refuerza la complejidad del escenario de partida y los elementos disponibles para abordar la nueva modalidad de trabajo no presencial en la Administración Pública.

En resumen, ante esta realidad, el desafío es adaptarse a este contexto de post pandemia, siendo flexibles y demostrando a través del trabajo cotidiano, que el compromiso con el equipo de trabajo, la organización y las políticas públicas implementadas siguen intactas. Sin lugar a dudas, los modelos de trabajo remoto son una oportunidad para las organizaciones públicas.

---

## Bibliografía

Blutman, G., & Vaca, J. (2020). *Reflexiones surgidas del Trabajo Remoto en la Administración Pública*. Buenos Aires.

Calos, I., Gambera, M., Padin, L., & Thorp, M. (2021). *Guía de*

*Recomendaciones para la Conducción de Equipos con Trabajo Remoto*. CABA: Secretaría de Gestión y Empleo Público de la Republica Argentina.

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, C. (2013). *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*. Caracas .

CLAD, C. L. (2007). *Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico*. Santiago de Chile.

Diéguez, G., Chmielewski González, D., & Peralta, A. (2022).

*Administraciones Públicas Provinciales en la pospandemia*. Buenos Aires: Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento.

Constitución Nacional Argentina

Convenio N° 177/96 sobre el Trabajo a Domicilio - OIT - 1996

Guía de Recomendaciones para la Conducción de Equipos con Trabajo

Remoto - Secretaría de Gestión y Empleo Público Argentina - 2020

JURISPRUDENCIA NACIONAL

Haddad Fernando Daniel C/ Telecom Argentina S/ Despido - 2022

C.A.N. y Otro C/ Directv S.A. S/ Despido - 2013



García Pumarino Puente María Palona C/  
Oracle Argentina S.A. S/ Despido - 2017

Fernández de Kirchner Cristina S/ Acción  
Declarativa de Certeza - 2020

Ley Nacional N° 27.078 - 2014

Ley Nacional N° 27.555 - 2020

Organización Internacional del Trabajo,  
O. (2011). *Manual de Buenas Practicas en el  
Teletrabajo*. Buenos Aires: 1ra ed.

Referencial N° 22 - IRAM - Edición 2019

Resolución N° 595/13 - Ministerio de Tra-  
bajo, Empleo y Seguridad Social Argentina -  
2013

Resolución N° 1552/2012 - Superinten-  
dencia de Riesgos del Trabajo - 2012

Resolución N° 21/2020 - Superintendencia  
de Riesgos del Trabajo - 2020

Rodriguez Arana Muñoz, J. (2006). *El  
Buen Gobierno y la Buena Administración de  
Instituciones Públicas*. Pamplona: Aranzadi.



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

Georgina Vanesa Pereyra Ibarra

---

### **Introducción**

Desde la Reforma Constitucional de 1994, se ha otorgado rango constitucional a Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos -Art. 75 Inc. 22 CN-, generando múltiples efectos jurídicos en el derecho interno. Entre los instrumentos internacionales se destacan: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre los Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, Convención Belén do Pará entre otros.

El presente trabajo, tendrá como objetivo materializar el impacto de los

Informes producidos por la CIDH, las Opiniones Consultivas y Fallos de la Corte Interamericana, en la Jurisprudencia y Doctrina de la CSJN, con reseña de fallos de la Cámara Contencioso Administrativa de la Provincia del Chaco.

A los fines de pragmatizar el efecto del Derecho Internacional del SIDH en el derecho administrativo local, desarrollaré la regulación normativa del Acceso a la Información Pública, Transparencia y Participación Ciudadana como herramienta de control social, como nuevo paradigma; en el Estado Constitucional y Convencional, describiré su concepto, alcance, caracteres, legitimaciones, vías de reclamo, responsabilidades administrativas, civiles y penales, Autoridad de Aplicación, y su reconocimiento jurisprudencial.

Con el abordaje de estos derechos, se dimensionará el impacto de la convencionalidad en el derecho interno, en los principios del derecho administrativo, en las adecuaciones normativas y en las nuevas estructuras orgánicas de la administración, centralizando el abordaje en los nuevos paradigmas generados por aplicación de los criterios de interpretación y estándares internacionales fijados por la Corte Interamericana.

Para concluir, se identificará de qué manera incide el SIDH en el derecho interno, de qué manera se producen estas transformaciones y adecuaciones normativas y estructurales, se determinará si este impacto, es un procedimiento reglado en el Derecho Argentino? ¿Como las Administraciones Provinciales y Municipales reciben los estándares internacionales? ¿Existe un trabajo coordinado y articulado entre estos Organismos Internacionales y las Administraciones Nacional, Provinciales y Municipales? Existe algún Organismo de carácter Nacional, Provincial o Municipal con competencias específicas para analizar y proponer adecuaciones normativas, estructurales, promoviendo el cumplimiento de los derechos y garantías consagrados los diversos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos?

En este sentido, para ubicarnos en contexto la República Argentina, suscribió la Convención Americana de Derechos Humanos el 2 de febrero de 1984 en la Secretaría General de la OEA y el 1 de Marzo del mismo año el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 23.054 por medio de la cual aprueba la

Convención, y reconoce la Competencia de la C.I.D.H por tiempo indefinido y de la Corte Interamericana sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de dicha convención, bajo condiciones de reciprocidad.

Posteriormente, en 1994 el PSJCR adquiere jerarquía constitucional en el Art. 75 inc. 22 de la CN, de esta manera los derechos y garantías consagrados adquieren exigibilidad y obligatoriedad de cumplimiento dentro del Régimen Jurídico Argentino, norma que debe articularse con lo establecido por los Arts.

27 y 31 de la CN, de esta manera las opiniones emitidas por los Organismos Internacionales del SIDH comienzan a influir con mayor incidencia como fuente al derecho interno.

A su vez, en el régimen local de la Provincia del Chaco su Constitución recepciona con mayor extensión los derechos y garantías convencionales y prevé en el Art. 14 de la CCh, que: *“Los derechos, deberes, declaraciones, los acuerdos y tratados mencionados en el Art. 75, inc. 22 enumerados en la Constitución Nacional que esta Constitución incorpora a su texto dándolos por reproducidos, y los que ella misma establece, no serán entendidos como negación de otros no enumerados que atañen a la esencia de la democracia, al sistema republicano de gobierno, a la libertad, la dignidad y la seguridad de la persona humana. Los derechos y garantías establecidos expresamente o implícitamente en esta Constitución, tienen plena operatividad en sede administrativa o jurisdiccional, sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación”*.

A su turno, siguiendo la prelación definida en el Art. 31 de la CN, la C.O.M de la ciudad de Resistencia, establece en su Art. 11: *Prelación Normativa: “El orden de prelación de las normas que se aplican en el Municipio de Resistencia será el siguiente: La Constitución de la Nación Argentina; los tratados internacionales con jerarquía constitucional; los restantes tratados; las leyes nacionales; la Constitución de la Provincia del Chaco, Las Leyes provinciales y esta Carta Orgánica; y las Ordenanzas que en su consecuencia se dicten”*.

Delo expuesto, se puede inferir que la Convencionalidad es un fenómeno que genera un Impacto en el Derecho Interno, y tal como lo expresa la Dra. Gelli produce una *“transformación sustancial que impacta en el derecho interno de los Estados y genera tensiones en un proceso no consolidado. Por lo pronto, puede afirmarse que las opiniones Consultivas de la Corte Interamericana constituyen una fuente del derecho interno a la que recurren los tribunales y, en especial, la Corte Suprema”*<sup>1</sup>.

De esta manera, la CSJN ha comenzado a citar como fundamento de sus fallos criterios de interpretación sentados en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana para resolver los casos concretos sometidos a su jurisdicción, como ocurrió inicialmente en A. 917 XLVI “Asociación Derechos Civiles En-PAMI-(dto. 1172/03 S/Amparo Ley N° 16.986” del 4 de diciembre del 2012. Cita la Jurisprudencia de la Corte Interamericana el caso “Claude Reyes y otros v. Chile” sentencia del 19 de Septiembre del 2006, Serie C, 151, párr. 77.

Como también lo hace, al citar como fundamento la Resolución N° 2252 (XXXVI-O/06) de la Asamblea General de la OEA, en referencia a Informes de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, por medio del cual se insta a los Estados a que respeten el acceso a la información a todas las personas.

Por ello, otro objetivo consiste en identificar de qué manera, el Estado Argentino implementa las recomendaciones, opiniones consultivas, criterios de interpretación y Estándares Internacionales determinados por los Organismos Internacionales creados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, aquí debemos incluir a las Relatorías Especiales en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los fallos de Corte Interamericana.

Una vez efectuada la identificación, se puede realizar una cuantificación del impacto de la Convencionalidad, desde la legislación nacional, provincial y municipal, diseño de políticas públicas, programas y diseño institucional, determinar si existe un trabajo coordinado entre las

1. María Angelica Guelli, Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada 4ta. edición Ampliada y Actualizada. Tomo II. Editorial la Ley. pág. 223.

reparticiones públicas, en definitiva, será un trabajo descriptivo de cómo el derecho internacional ha marcado un camino en las Administraciones Nacionales, Provinciales y municipales, es por ello que se afirma que el principio de jurisdicción actualmente integra la dimensión de convencionalidad<sup>2</sup>.

Este efecto, coloca a los funcionarios en una posición activa al momento de confeccionar proyectos de leyes, políticas públicas y administrar justicia, se debe tener presente no solo el derecho positivo local, sino también los criterios de interpretación definidos por el Derecho Internacional, también resulta importante identificar si los remedios jurídicos actuales son idóneas para lograr la efectividad de los derechos y garantías.

Para concluir se tratará de responder a la preguntas de cómo ha influido la Convencionalidad en la Provincia del Chaco, como adecuó sus estructuras orgánicas, hay resistencias en las estructuras a cumplir con la normativa vigente, como se adecuaron a los cambios, desde las administraciones se garantiza la Tutela administrativa Efectiva ante el ejercicio de alguno de los derechos mencionados? Existe un trabajo coordinado y articulados entre las distintas dependencias para lograr la efectividad de los derechos? Existen datos estadísticos que reflejen los casos tramitados por afectaciones? Existe una autoridad administrativa responsable de promover el cumplimiento de las normas?

Sin perjuicio de lo descrito, puedo advertir que a veintinueve años de la reforma Constitucional se produjo una reconfiguración del Estado, desde sus estructuras orgánicas y normativas, en pos de pasar del reconocimiento de los derechos y garantías a la operatividad de los mismos.

## Capítulo I

### Impacto de la Convencionalidad en las Administraciones Públicas

La jerarquización de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en el Art. 75 Inc. 22 de la CN, produce un impacto en el derecho interno, en los ordenamientos jurídicos y en la propia orgánica y estructura del Estado.

El 2 de febrero de 1984 Argentina, suscribió ante la Secretaría General de la OEA, la Convención Americana de Derechos Humanos, denominada PSJCR, la cual fue aprobada por Ley Nacional N° 23.054 el 1 de marzo del mismo año, bajo las siguientes premisas: Art. 2, *“Reconócese la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta convención...”*.

De esta manera, Argentina adhiere al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, comprometiéndose a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna (Art. 1° 1. PSJCR)

Asimismo, asumió el deber de adoptar disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias, en el ámbito de su derecho interno y conforme a sus procedimientos constitucionales, a los fines de hacer efectivos los derechos y libertades consagrados (Art. 2 PSJCR).

De este último articulado, surge la obligación de los Estados a garantizar legislativamente o con medidas de otro carácter los derechos y libertades de la convención, así es como Argentina ha trabajado en una progresiva recepción y armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Sistema Jurídico Argentino, de esta manera, los principios de interpretación y aplicación de los derechos y garantías convencionales fue permeando y modifi-

2. Pablo Gutierrez Colantuono. Control de Convencionalidad en la Administración Pública, pág. 139



cando las legislaciones internas, actualmente el derecho internacional de los derechos humanos ha producido una transformación constitucional y el derecho interno de los Estados.<sup>3</sup>

Determinar la recepción normativa del derecho de acceso a la información y la participación ciudadana en el ordenamiento jurídico local, identificar los institutos jurídicos utilizados en sede administrativa y judicial para hacerlos efectivos y exigir su cumplimiento, como identificar los Organismos Públicos Locales vinculados a su promoción y protección, constituye el objetivo principal del trabajo.

## 2- Organismos Internacionales a) Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH

La CIDH, es el Organismo Principal y Autónomo de la Organización de los Estados Americanos -OEA, compuesto por siete miembros, encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano, fue creada por la OEA en 1959 y en forma conjunta con la Corte Interamericana instalada en 1979, es una Institución del SIDH.

Su función principal es promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en las Américas. De conformidad con el artículo 106 de la

Carta de la Organización,

“Habrà una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como òrgano consultivo de la Organización en esta materia.”

En el marco de estas facultades:

- Recibe, analiza e investiga peticiones individuales
- Observa la situación general de los Derechos Humanos de la Región.
- Elaborar y publica Informes especiales sobre cada Estado Miembro.
- Organiza y celebra visitas, conferencias, seminarios con representantes de gobiernos, instituciones académicas, entidades no gubernamentales.
- Solicita a los Estados Miembros la adopción de Medidas Cautelares.
- Solicita Opiniones Consultivas a la Corte Interamericana
- Estimula la conciencia pública respecto de los derechos humanos en las Américas.

Entre otras funciones, publica los datos estadísticos en formato multimedia, de todo lo actuado por cada Estado Miembro por año.

A su vez, cuenta con los siguientes aplicativos:

### 1. Simore

Es una herramienta informática en línea, que sistematiza las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de sus diferentes mecanismos: acuerdos de solución amistosa aprobados, informes anuales, informes de fondo publicados, informes de país, informes temáticos y medidas cautelares otorgadas.<sup>4</sup>

Es un mecanismo de rendición de cuentas, transparencia, participación y acceso a la información, que facilita el seguimiento de las recomendaciones, fortalece capacidades para la supervisión de medidas y la promoción del cumplimiento de obligaciones internacionales, e informa sobre los avances y desafíos para la protección de los derechos humanos en los países de la región.

3. Cfr. Albanese, “La Internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en Albanese (coord.), El Control de Convencionalidad.

4. <https://www.oas.org/ext/es/derechos-humanos/simore/>



Utilidad:

Permite buscar y organizar recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos según distintos criterios: por mecanismo, por tema/derecho, por población, por alcance geográfico, por año, por tipo de medida recomendada, y por nivel de cumplimiento.

Facilita el seguimiento de recomendaciones por parte de los distintos usuarios del sistema interamericano de derechos humanos.

Observatorio de Impacto

El 22 de septiembre de 2019, CIDH aprobó por Resolución N° 2/2019 la creación de un “Observatorio de Impacto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, con el objeto de mapear y sistematizar los impactos generados por la CIDH en las Américas, como también fomentar las sinergias con otras iniciativas similares, y promover el diálogo y articulaciones con actores estratégicos y comunidades interesadas en la efectividad del SIDH.<sup>5</sup>

El reciente Informe del 2023, denominado “Mecanismos Nacionales de Implementación de Recomendaciones de Derechos Humanos”, en relación a Argentina, se concluyó que:

*“(...) El Estado aseguró que a la fecha no se ha establecido un procedimiento o mecanismo general para implementar las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos. En cambio, indicó que estas suelen ser implementadas a través de procedimientos ad hoc. ...”*

*“Pese a la inexistencia de un mecanismo formal de implementación, el Ministerio de Relaciones Exteriores canaliza caso a caso la implementación interna de las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos, ya sea con la intervención Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos o de otras agencias de la rama ejecutiva, legislativa o judicial involucradas en las violaciones, incluidas autoridades provinciales. En el caso de estas últimas, las autoridades federales son intermediarias y no asumen un rol activo en la implementación de las decisiones”.*

*“Cuando las decisiones conciernen a otro tipo de cuestiones en el ámbito del poder judicial, su implementación suele facilitarse en algunos casos por las agencias públicas que se involucraron en el proceso internacional o en la tramitación doméstica del caso”.*

*“En general el poder ejecutivo es el responsable de canalizar las decisiones a las autoridades competentes, mientras que la Corte Suprema de Justicia y el Congreso de la Nación han regulado algunas dimensiones de la implementación de decisiones internacional.”<sup>6</sup>*

**3- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión - RELE**

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión fue creada en octubre de 1997, durante el 97° Período de Sesiones de la CIDH, por decisión unánime de sus miembros. Fue establecida como una Oficina Permanente e Independiente que actúa dentro del marco y con el apoyo de la CIDH. Con ello, buscó estimular la defensa hemisférica del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, considerando su papel fundamental en la consolidación y desarrollo del sistema democrático, así como en la protección, garantía y promoción de los demás derechos humanos. En su 98° Período de Sesiones, celebrado en marzo de 1998, la CIDH definió de manera general las características y funciones de la Relatoría Especial y decidió crear un fondo voluntario para su asistencia económica.

La iniciativa de la CIDH de crear una Relatoría Especial de carácter permanente encontró pleno respaldo en los Estados Miembros de la OEA. En efecto, durante la Segunda Cumbre de las Américas, los Jefes de Estado y de Gobierno reconocieron el papel fundamental que tiene el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Durante la Tercera Cumbre de las Améri-

5. <https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/observatorio/default.asp>

6. CIDH- Informe 26/3/23 “Mecanismos Nacionales de Implementación de Recomendaciones de Derechos Humanos” Pág. 44-45.



cas, celebrada en Quebec, Canadá, los Jefes de Estado y de Gobierno ratificaron el mandato de la Relatoría Especial, agregando el siguiente punto a su agenda:

*Apoyarán la labor del [s]istema [interamericano de [d]erechos [h]umanos en materia de libertad de expresión a través del Relator Especial [para la] Libertad de Expresión de la CIDH, y procederán a la difusión de los trabajos de jurisprudencia comparada, y buscarán, asimismo, asegurar que su legislación nacional sobre libertad de expresión esté conforme a las obligaciones jurídicas internacionales.<sup>7</sup>*

Desde entonces, tanto la Cumbre de las Américas como la Asamblea General de la OEA han manifestado su respaldo a la labor de la Relatoría

Especial y le ha encomendado el seguimiento o análisis de algunos de los derechos que integran la libertad de expresión, así como el monitoreo y promoción del derecho de acceso a la información pública. Durante los últimos años, la Asamblea General de la OEA ha ampliado la agenda de objetivos.

En el Informe Anual del 2008 de RELE, fijó como obligación de los Estados parte de la Convención Americana, la adecuación de los ordenamientos jurídicos a los estándares internacionales.

Estableció como requisitos: la remoción de los obstáculos legales o administrativos que dificultan el acceso a la Información; la promoción de mecanismos para implementar este derecho dentro de todas las entidades y autoridades que lo conforman, adoptando y ejecutando normas, procedimientos y entrenamiento a las autoridades en materia de custodia, administración, archivo y suministro de información.

Desde esta Relatoría, se elaboró la “Declaración de Principios de la Libertad de Expresión”<sup>8</sup> que es utilizada como guía de interpretación e implementación del

Art. 13 de la Convención Americana, la cual es referenciada por la Jurisprudencia Argentina.

b)- Corte Interamericana de Derechos Humanos

El 22 de mayo de 1979 los Estados Partes en la Convención Americana eligieron, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los juristas que en su capacidad personal, serían los primeros jueces que compondrían la Corte Interamericana. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington, D.C.

La Asamblea General de la OEA, el 1 de julio de 1978, recomendó aprobar el ofrecimiento formal del Gobierno de Costa Rica para que la sede de la Corte se estableciera en ese país.

Dicho tribunal se compone por 7 jueces, nacionales de los Estados Miembros. Entienden sólo en casos sometidos a su jurisdicción presentados por los Estados o la CIDH, una vez agotados los procedimientos previstos en ART. 48 a 50 de la Convención y siempre que el Estado haya reconocido su competencia.

Ante violaciones a un derecho o libertad protegido por la Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad, disponiendo en su caso la reparación de las consecuencias y el pago de una justa indemnización, también podrá adoptar medidas previsionales.<sup>9</sup>

Cuenta con un sitio web donde sistematiza y publica todos los casos en los que ha tomado intervención, consultado el mismo, se pudo identificar que la 171 resultados sobre casos emitidos

7. Plan de Acción. Tercera Cumbre de las Américas. 20-22 de abril de 2001. Quebec, Canadá.

8. <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosLE.asp>

9. Inc. 1. y 2. del Art. 63 PSJCR.



por la Corte Interamericana donde el Estado Argentino fue parte<sup>10</sup>, los cuales consistieron en:

- 39 Sentencias sobre Casos Contenciosos.
- 1 Resolución sobre Prueba y Audiencias sobre Opinión Consultiva. - 48 Resoluciones sobre Supervisión de Cumplimiento de Sentencias, - 3 Opiniones Consultivas: OC 21/14 □ OC 20/09 □ OC 13/93.
- 4 Solicitudes de Opinión de Opiniones Consultivas, efectuadas por:
  - -el Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto 2023.
  - Defensoría General de la Nación Argentina en conjunto con -el Ministerio de Dirección General de Derechos Humanos 2011.
  - Embajador Argentino en Costa Rica 2008.
- 7 Resolución de Reintegro al fondo de Asistencia Legal de Víctimas.
- 1 Resolución sobre Prueba y Audiencia OC.
- 3 Resoluciones sobre Solicitudes de Medidas Provisionales: Caso Romero Feris vs. Argentina.
- 23 Solicitud de Medidas Provisionales.
- 7 Resoluciones sobre Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.

### 3- Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto Argentina

Conforme último Informe 2023, elaborado por el Observatorio de Impacto de la CIDH sobre “Mecanismos Nacionales de Implementación de Recomendaciones de Derechos Humanos”<sup>11</sup>, la República Argentina recepciona las comunicaciones de los Organismos Internacionales a través del Secretario de Relaciones Exteriores del Ministerio de Comercio Exterior.

Dicha Secretaría actúa en representación del Estado ante los Organismos Internacionales y Regionales, como también elabora programas y planes de Acción entre otras funciones.

A los fines del presente trabajo, envié al correo oficial de dicha Secretaría [sereec@canceleria.gob.ar](mailto:sereec@canceleria.gob.ar) y solicite Información en el marco de la Ley N° 27.275 de Acceso a la Información Pública, Información en relación a las siguientes temas:

1. Procedimiento utilizado para implementar las decisiones de los Organismos de Derechos Humanos.
2. Cantidad de Casos recibidos, Área responsable del trámite de los casos.
3. Informe General si lo tuviere, que cuente con la información Sistematizada y Organizada en relación al trabajo realizado, ante la recepción de las decisiones de los Organismos Internacionales.
4. Convenios celebrados con gobiernos provinciales, Organismos Nacionales e Internacionales.

A la fecha de la presentación del presente trabajo, no he recibido respuesta y desde el sitio web oficial no puede visualizarse la información requerida.

### 4- Sujeto de Derecho Internacional

Delimitado los espacios geográficos, jurídicos y las competencias de los Organismos Internacionales del SIDH para garantizar el ejercicio de los derechos y garantías reconocidos por la región, podemos afirmar que estamos ante un nuevo paradigma de un sujeto de derecho internacional, quien puede exigir y demandar jurídicamente el respeto de sus derechos tanto en Sede Nacional como Internacional, ya sea solicitando el cumplimiento a cualquier Estado signatario, obligado a cumplir con las obligaciones internacionales asumidas.

10. [https://www.corteidh.or.cr/casos\\_sentencias.cfm](https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm)

11. Idem. 6



La Dignidad Humana se ha puesto en el centro de las Administraciones, así es como se lo reconoce en el Preámbulo de la PSJCR, *“Que los derechos esenciales del hombre no nacen por ser nacional de determinado estado, sino que tiene su fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifica una protección internacional, de naturaleza convencional, coadyuvante y complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Parte.”*

Sobre este punto, la Corte Interamericana ha dicho en sus primeros pronunciamientos:

*“La primera obligación asumida por los Estados partes, en los términos del citado artículo, es respetar los derechos y las libertades reconocidos en la Convención. El Ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al Estado”<sup>12</sup>*

En este contexto, tal como lo expresara la Dra. Gelli, estamos en un proceso sustancial de transformación aún no consolidado, asimismo, muchos juristas, advierten el peligro del alcance de la jurisprudencia de la Corte interamericana en casos relativos a otros estados donde Argentina no es parte, también se ha puesto de manifiesto en el reciente trabajo publicado por Global Center of Human Rights titulado *el Balance del Financiamiento de la CIDH y la Corte Interamericana 2009-2021 Opacidades e Influencias en una financiación condicionada*<sup>13</sup>, en el cual se pone de manifiesto cómo las donaciones por parte de Fundaciones y Países que no forman parte de la OEA, condicionan y determinan la agenda de la Región.

Para concluir, la Información reseñada se ha tenido acceso desde los sitios web oficiales de los Organismos Internacionales, sin embargo, a la fecha la República Argentina como Estado Miembro de la OEA, no cuenta con un registro público oficial donde publicite y a su vez puedan los Gobiernos Provinciales y municipales visualizar las Opiniones Consultivas y Resoluciones emitidas por estos Organismos en relación a Argentina.

En consecuencia, cómo podemos dimensionar el impacto en el derecho interno si no cuantificamos?, ni sistematizamos las comunicaciones recibidas de los Organismos Internacionales.

El Estado Argentino, debería asignar estas funciones específicas a algún Organismo Nacional?

## Capítulo II

### Acceso a la Información Pública

Con la finalidad dimensionar el impacto de la Convencionalidad en el Derecho Administrativo local, efectuaré una reseña de la armonización legislativa, en la regulación del Derecho a solicitar IP, con el fin de identificar y dimensionar los cambios normativos y estructurales que el Estado realizó, con el objetivo de garantizar el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales y convencionales desde la jerarquización de los Instrumentos internacionales, tanto en sus órganos ejecutivos, legislativos y jurisdiccional, el trabajo se desarrollará en orden cronológica al reconocimiento normativo.

12. Corte IDH, 29/7/1988, “Velásquez Rodríguez vs. Honduras” (Fondo), serie C, n° 4.

13. <https://globalcenterforhumanrights.org/files/GCHR-Balance-del-financiamiento-de-la-CIDH-y-Corte-IDH.pdf>



**5- Acceso a la IP. Concepto: El Derecho a Solicitar Información Pública es el derecho y facultad que tiene toda persona física o jurídica a solicitar, requerir, acceder y publicitar Información Pública que se encuentre en Poder del Estado Nacional, Provincial o Municipal.**

Este derecho tiene un doble plano. Por un lado, como el derecho de toda persona de conocer los actos realizados por el Estado; y por el otro como correlato del deber de publicitar los actos de gobierno por parte de quienes ejercen el poder.

Este concepto fue ampliándose con el reconocimiento jurisprudencial de Corte Interamericana y CSJN, de esta manera se concibe a la información pública es un bien colectivo de no apropiación individual, es indivisible y pertenece a toda la comunidad. No obstante puede ser ejercido individualmente (CSJN, Urteaga Facundo Raúl c/ Estado Nacional s/amparo ley;) o colectivamente (CSJN, CIPPEC c/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo”).

A su vez, el Acceso a la IP comprende dos fases:

1. Individual: Libertad para solicitar y acceder a la IP.
2. Social: Libertad para difundir la IP.

**6- Reconocimiento Normativo antes de la Reforma Constitucional de 1994:**

El derecho a Acceder a Información Pública, surge implícitamente del principio de “publicidad de los actos de gobierno”, como consecuencia del Sistema Republicano de Gobierno -art, 1 CN-, y del derecho de los habitantes a “peticionar ante las autoridades” -Art, 14 CN-.

A su vez el Art. 33 de la CN, dispone que los derechos implícitos tienen igual validez que los consagrados expresamente, siempre que deriven de la forma republicana de gobierno y de la soberanía popular.

De esta manera, el derecho a solicitar, recibir y acceder a la información pública por parte de los habitantes se erige como una nueva forma de control al Estado, que permite a la ciudadanía conocer como el Estado gestiona los recursos públicos, legitima el debate informado, garantiza la libertad de expresión como herramientas de “fortalecimiento de la democracia”.

Por otro lado, el ejercicio de este derecho implica, la obligación y el deber del Estado en brindar la Información pública requerida, como también el debe promover la publicidad y la transparencia de todos los actos de gobierno.

**7- Reconocimiento normativo después de la Reforma Constitucional de 1994:**

La doctrina jurídica considera que la Reforma Constitucional de 1994 fue sustantiva y no solo por la cantidad y extensión de las normas incorporadas. <sup>14</sup>En este sentido, en el Capítulo II de la CN se incorporan los Nuevos Derechos y Garantías, entre ellos, en el Art. 41 se incorpora el Derecho de todos los habitantes a gozar de un ambiente sano y se impone a las Autoridades el deber de proveer la protección del mismo y a la información y educación ambiental.

Esta consagración, generó en el año 2002, la sanción de la Ley Nacional N° 25.675<sup>15</sup> de Política Ambiental Nacional, que reconoce y especificó legitimaciones activas, al establecer el deber de informar -personas físicas y jurídicas, públicas o privadas-, tal como fuera establecido por la jurisprudencia que reconoció la legitimación a dos vecinos de sendas localidades de la Provincia de Buenos Aires, para reclamar mediante una acción de amparo, el cese del funcionamiento de una planta de incineración de residuos y que la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano efectuará una evaluación del impacto ambiental que produce la actividad de la planta en cuestión. Conf. “Shroder, Juan y otro c. Estado Nacional -SRNYAH- Amparo” de la Cám. Nac. de Ap. en lo Cont. Ad. Fed., sala I, 28 de noviembre de 1996, la Ley, 21/10/97.

14. Sagues, La Constitución Argentina creció, cualitativamente, cerca del 70 %. Sagues, Nestor Pedro. pág. 23.

15. Ley 25.675 (B.O. 25 de noviembre de 2002).



En consecuencia, cualquier habitante se encuentra legitimado para efectuar reclamos administrativos e interponer acciones judiciales. En idéntico sentido todos los habitantes se encuentran legitimados para participar y emitir opinión en procedimientos administrativos vinculados a la preservación del ambiente, participar de Audiencias Públicas -art. 20-.

De esta manera la Ley Nacional reglamenta el derecho a solicitar información pública en materia ambiental.

Seguidamente, en el Art. 42 se reconoce el derecho a los consumidores y usuarios:

En el primer párrafo, se prevé que los consumidores y usuarios tienen derecho, en relación al consumo, a una información adecuada y veraz.

A su turno, el art. 75 inc. 22 de la CN, otorgó jerarquía Constitucional a diversos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, como ser:

Art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>16</sup>

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitaciones de fronteras por cualquier medio de expresión”.

Inc. 1 Art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>17</sup>

#### *Libertad de pensamiento y de expresión*

*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.*

*Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y*

*difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de*

*fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística*

*o por cualquier otro procedimiento de su elección”.*

Inc. 2 Art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>18</sup>

*“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la*

*libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de*

*toda índole, sin consideración de las fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en*

*forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su*

*elección”.*

Al otorgar rango constitucional a diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos en el Art. 75 inc. 22, el derecho a solicitar información pública, adquirió mayor protección y reconocimiento, en el Art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En la Provincia del Chaco, la Constitución Provincial establece en su Art. 14 que los derechos, deberes, declaraciones y garantías, los acuerdos y tratados mencionados en el Art. 75 inc. 22 de la CN los incorpora a su texto dándolos por reproducidos, y los que ella misma

16. Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

17. Pacto San José de Costa Rica, suscripta el 22/11/69, Aprobada por Ley Nacional N° 23054, Sancionada: 1984/03/01. Argentina firmó el 2 de febrero de 1984 en la Secretaría General de la OEA.

18. Adoptado por Resolución N° 2200 (XXI) de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 19/12/1966. Aprobado por Ley N° 23.313 Sancionada el 17/4/1986.

establece, no serán entendidos como negación de otros no enumerados que atañen a la esencia de la democracia, al sistema republicano de gobierno. Concluyendo que:

*“Los derechos y garantías establecidos, expresa o implícitamente en esta Constitución, tienen plena operatividad en sede administrativa o jurisdiccional, sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación”.*

Seguidamente, en el Art. 18 de la CCh consagra la libertad de pensamiento y de acceso a las fuentes de información y establece que;

*“Serán objetivamente responsables los que ordenaren, consintieron o ejecutaren actos violatorios de estas garantías”.*

A su vez, en el Art. 11 de la CCh establece:

*“Es condición esencial para el desempeño de los cargos públicos la observancia de la ética. Atenta contra el sistema democrático quien haya cometido delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento patrimonial, y queda inhabilitado a perpetuidad para ocupar cargo o empleo público, sin perjuicio de las penas que la ley establezca. La legislatura dictará una ley de ética pública para el ejercicio de sus funciones”.*

El 4 de agosto del 2004, en cumplimiento de la manda constitucional, se sanciona la Ley 1341-A de “Ética y Transparencia en la Función Pública”, la cual establece en su Art. 1 las normas y pautas que rigen el desempeño de la función pública, que debe cumplir todo agente o funcionario pública, describiendo una serie de pautas, principios y deberes, como ser, entre ellos:

*Inc. a) “Cumplir y hacer cumplir estrictamente las normas de las Constituciones Nacional, Provincial 1957-1994, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten, respetando el principio de supremacía establecido por la Constitución Nacional y la defensa del Sistema Republicano y Democrático de Gobierno.”*

*Inc. h) Garantizar el acceso a la información sin restricciones, a menos que alguna norma así lo exija, y promover la publicidad de sus actos.*

## **8- Ley Provincial N° 1774-B Acceso a la Información Pública**

La Provincia del Chaco reglamentó en el 28 de octubre del año 2009 mediante la Ley N° 1774-B el derecho a solicitar, acceder y recibir Información Pública, en su articulado, recepccionó los Estándares Internacionales delimitados por la Corte IDH, al adoptar legitimación activa toda al habilitar a toda persona física o jurídica y pasiva amplia -le es aplicable a todo el Sector Público Provincial y los Municipios de la Provincia -Art. 1-, adopción del principio de publicidad de los actos -criterio de Máxima Divulgación -Art. 2- y restricción legal excepcional -Art. 9-, principio de Informalismo al determinar que no es necesario acreditar un derecho subjetivo ni interés legítimo a los fines de solicitar información -Art. 5-, como asimismo estableció que vencido el plazo para el otorgamiento de la información pública sin que exista respuesta o la misma haya sido ambigua o incompleta, habilita la vía judicial inmediatamente -Art. 6-, sin necesidad de agotar la instancia administrativa, como también siguió la recomendación de asignar a un Organismo Independiente las facultades de Autoridad de Aplicación, con competencia para determinar la aplicación de sanciones ante incumplimientos infundados o arbitrarios -Art. 8 y 12-.

Como dato distintivo, la normativa provincial, prevé en su Art. 6 que si en el plazo de 15 días no se entrega la información, o la respuesta es ambigua o parcial, sin causas justificadas, queda habilitada la vía judicial.

Entendiendo que el remedio idóneo para lograr la efectividad del derecho es la Vía de Amparo, de esta manera se destaca como relevante en el Derecho Administrativo que, *no es necesario el agotamiento de la vía administrativa para exigir la tutela jurisdiccional del derecho afectado, por tratarse de un derecho de protección constitucional y convencional.*

a) Autoridad de Aplicación -FIA

En el Art. 12 asigna a la Fiscalía de Investigaciones Administrativas la función de Autoridad de Aplicación.

Este organismo, creado por Ley N° 616-A en el año 1989, con carácter Autónomo y permanente, con funcionamiento ininterrumpido desde su creación, se encuentra a cargo de un Fiscal General, quien es la Autoridad Superior, se desempeña con independencia funcional y jerárquica, con facultades para determinar sanciones a aplicar a los funcionarios y agentes públicos que infrinjan el cumplimiento de la Ley -Art. 8-

Ahora bien, la Carta Orgánica del Municipio de Resistencia en su Art. 14 prevé los siguientes Derechos:

*"En el ámbito de competencia del Municipio de la ciudad de Resistencia, los vecinos gozan de los siguientes derechos:*

*1 9. a Informarse y ser informados por los órganos de la administración central y los organismos descentralizados sobre la estructura y modalidad de su funcionamiento, las acciones que ejecute o se proponga ejecutar, y toda otra información que obre en su poder.*

*Dicha Información se proporcionará en tiempo oportuno, con fines preventivos, educativos y de difusión, en forma clara, completa y con el aval técnico de los cuerpos orgánicos del Municipio, según corresponda".*

De la reseña normativa efectuada, se desprenden incorporación en el derecho administrativo local los siguientes Estándares Internacionales delimitados por la Corte IDH, como ser:

Recepción normativa por parte de la Provincia del Chaco y del Municipio de Resistencia del Acceso a la Información Pública.

1. Amplia Legitimación Activa y Pasiva -Art. 1 Ley N° 1774-B;
2. Principio de Publicidad -Art. 2 Ley N° 1774-B;
3. Restricción legal excepcional -Art. 9 Ley N° 1774-B -.
4. Principio de Informalidad: Solicitud informal, simple petición de Información, sin necesidad de acreditar interés legítimo ni derecho subjetivo -Art. 5 Ley N° 1774-B-
5. Responsabilidad objetiva ante infracción -Art. 18 CCh y Art. 4 in fine y
6. Art. 8 Ley N° 1774-B-
7. Participación Ciudadana en los proyectos de gestión -Art. 38 de CCh y Art. 14 de Carta Orgánica Municipal-
8. No es necesario agotar la vía administrativa, para exigir judicialmente la satisfacción del derecho -Art. 6 Ley N° 1774-B-.
9. Gratuidad -Art- 11 Ley N° 1774-B.
10. Autoridad de Aplicación Independiente y Autónoma -Art. 12 Ley N° 1774-B-

### **9- Ley Provincial N° 2486-A - crea la O.T.A.I.P - Poder Ejecutivo**

A los fines de promover el cumplimiento de lo establecido en el Art- 2 ss. y cc de la Ley N° 1774-B, el 31 de agosto de 2016 se sanciona la Ley N° 2486-A, que crea la O.T.A.I.P. en el ámbito del Poder Ejecutivo, que tendrá por objeto garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promoviendo la participación ciudadana y la transparencia de la gestión de los órganos del Estado. Establece como Autoridad de Aplicación a la Secretaría General de Gobierno y Coordinación.

Por Decreto Reglamentario N° 880/17, se establece que la máxima Autoridad de las jurisdicciones obligadas, designará por Instrumento de mayor jerarquía de su repartición a un agente

de planta permanente de su área, quien tramitará las solicitudes de información dentro de su jurisdicción y actuará como enlace ante la OTAIP.

a- Resolución N° 1547/18 de Secretaría General de Gobernación y Coordinación

Define a la OTAIF en la Dirección de Gobierno Abierto de la Subsecretaría de Modernización del Estado, quien será la responsable de garantizar el cumplimiento de la Ley N° 1774-B, 2486-A y articulará con los enlaces designados la gestión, trámite, respuesta y control de las solicitudes de información.

b- Decreto N° 3258/19 crea el Sitio Web de Gobierno Abierto

El objetivo de la norma, consiste en permitir la apertura integral de los Datos Públicos, disponibilizándolos, garantizando la rendición de cuentas, el acceso a la información y participación ciudadana.

Establece como Gobierno Abierto, al conjunto de mecanismos y estrategias que contribuyan a la gobernanza pública y al buen gobierno, basados en los pilares de transparencia, integridad, rendición de cuentas y participación de las partes interesadas en apoyo de la democracia y el crecimiento inclusivo.

Dispone la apertura de los datos, fomentando la participación ciudadana y la colaboración entre las distintas áreas y entidades público-privadas, utilizando las herramientas tecnológicas disponibles en el Sitio Web de Gobierno Abierto -Art. 4-. Seguidamente establece la obligatoriedad de su implementación a todos los organismos del Poder Ejecutivo, de proveer la IP en formato de Datos Abiertos, en especial los resultados de gestión, que brinde a la ciudadanía la posibilidad de ejercer control de como se utilizan los recursos públicos -Art. 5-

c- Portal de Datos Abiertos -Decreto N° 1047/23

Crea el Portal en el ámbito del Poder Ejecutivo, para garantizar el acceso por parte de los ciudadanos y de los agentes públicos a los datos públicos generados y/o administrados por el Sector Público Provincial.

Se establece un plazo de 180 días para elaborar y presentar un "Plan de Apertura de Datos", que detalle la IP bajo su control, así como un cronograma de publicación. Esto debe ser consensuado con la Autoridad de Aplicación.

Se faculta a la Autoridad de Aplicación a definir procedimientos, capacitaciones, habilitaciones de usuarios, a convocar a mesas de trabajo.

De la referencia normativa, se puede observar la Institucionalización del Acceso a la IP con el objetivo de promover la transparencia, rendición de cuentas y la participación ciudadana como herramienta de control.

## **10- Rediseño de las Administraciones Públicas**

De la normativa reseñada ut supra, se puede advertir una redefinición de las Administraciones Públicas, que a los fines de hacer efectivo el ejercicio del derecho a acceder a la IP y poder realizar una participación ciudadana informada, con el desafío de incorporar las tecnologías de la información y comunicación en su gestión, habilitó espacios de acceso e información, adaptado a las nuevas formas de participación.

En esta redefinición de las Administración, se debe decidir a qué área se le asignará las funciones y le otorgará las competencias para el cumplimiento de los objetivos, quien deberá diseñar un plan de implementación para llevar adelante las acciones, debiendo adecuar sus

estructuras internas, designación de personal idóneo, promover la profesionalización y capacitación de los agentes públicos.

En este contexto la Provincia del Chaco, a los fines de dar cumplimiento al derecho de solicitar información pública, dictó la legislación citada y asignó competencias a los siguientes organismos:

	FIA	OTAIP-GOBIERNO ABIERTO
Autoridad de Aplicación	Ley N° 1774-B	L. 2684-A -Sub. Modernización
Alcance	- Sector Pco. Prov. - Municipios	Poder Ejecutivo Prov.
Facultades-Competencias	-Evacuar consultas - Instar cumplimiento. - -Determinar Sanciones	Sistematizar, clasificar la IP

Es de destacar, que la Provincia del Chaco ha reglamentado el derecho a solicitar información en el año 2009, con muchos años de antelación a la sanción de la Ley Nacional N° 27.275 -2016- designado como Autoridad de Aplicación a un organismo Autónomo e Independiente como la FIA, respondiendo a la sugerencia de la RELE de la CIDH, que afirma:

*“Un aspecto fundamental de la debida implementación de los marcos normativos en materia de acceso a la información de los Estados Miembros de la OEA radica en el establecimiento de un órgano administrativo especializado destinado a supervisar y satisfacer el cumplimiento de la legislación y la resolución de controversias que surgen entre el derecho de acceso a la información pública y el interés del Estado en proteger determinada información, con base en las limitaciones legales establecidas”.<sup>19</sup>*

### **11- Vías de Reclamo - Administrativa y Judicial a- Administrativa -Autoridad de Aplicación -FIA**

La Ley provincial no establece expresamente el reclamo administrativo ante la Autoridad de Aplicación, como sí lo hace la ley nacional N° 27.275 en su Art. 14, sin embargo, al establecer que la FIA es la Autoridad de Aplicación con facultades para determinar las sanciones a aplicar a los funcionarios o agentes públicos que en forma arbitraria obstruyen el acceso a la IP o la suministrarse en forma ambigua o incompleta, o contra los que obstaculizaren de cualquier modo el cumplimiento de esta ley o permitan el acceso injustificado a información clasificada como reservada, será considerado incurso en falta grave -Art. 8 L. 1744-B-.

Asimismo, en el Art. 12 del Anexo del Decreto Reglamentario N° 685/17 de la norma, establece que *“la Autoridad de Aplicación dictará todas las*

*disposiciones reglamentarias y procedimentales complementarias que resulten necesarias para optimizar el cumplimiento de la Ley.*

Resulta importante destacar, que la FIA también es Autoridad de Aplicación de la Ley N°1341-A de Ética y Transparencia en la Función Pública, con facultades para investigar la conducta de funcionarios contrarias a la Ética y a la Transparencia en la función pública, a todo empleado o funcionario alcanzado por la presente -Inc. g) Art. 18 Ley N° 1341-A.

En consecuencia, en ejercicio de las facultades legales descriptas ut supra, la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, sustancia Informaciones Sumarias ante reclamos administrativos iniciados por las siguientes causales:

19. Edison Lanza, Relator Especial para la Libertad de Expresión, “El derecho al acceso a la información pública en las Américas: entidades especializadas para la supervisión y cumplimiento”. informe Anual 2014 Rele CIDH



### 1- Consulta de Alcance de la Ley N° 1774-B

Resolución N° 1816/14, del 16/09/14 dictada en los autos caratulados “Instituto de Colonización S/Consulta Ley de Acceso a la Información Pública” Expte N° 2926/14.<sup>20</sup>

El requerido solicita a la FIA se expida sobre la procedencia de la solicitud de IP efectuada por un particular, en el entendimiento de que podría existir un conflicto de intereses entre la IP requerida y la privacidad de los datos vertidos en los expedientes administrativos.

Se puede decir, que esta resolución fué la primera oportunidad de la FIA de analizar el alcance, excepciones, ámbito de aplicación, forma y plazos para el ejercicio del derecho de acceso a la IP, en el marco de la regulación y adecuación del ordenamiento jurídico interno, establecido por el Art. 13 del PSJCR.

Seguidamente, analiza si los art. 1 y 2 de la Ley provincial son concordantes con lo establecido en el Art. 13 del PSJCR.

Al planteo formulado por la repartición pública requerida en relación al peligro de brindar información privada, se recurre al fallo dictado por la CSJN el 26/03/2014, “CIPPEC C/Estado Nacional -Ministerio de Desarrollo Social -Decreto. 1172/03 s/Amparo Ley N° 16986” (2014), que en relación a un planteo análogo concluyó que: “(. . .) *para acceder a datos personales no es necesario el consentimiento del beneficiario cuando la información se refiera a listados cuyo contenido se limite a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación fecha de nacimiento y domicilio*”, en consecuencia establece que la Autoridad requerida debe cumplir la obligación legal impuesta, teniendo en cuenta los principios rectores de implementación del Derecho de Acceso a la Información Pública delimitados por la Jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos - competencia reconocida por Argentina mediante Ley Nacional N° 23054, en todo lo atinente a interpretación y aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos- Ley Nacional N° 23054-.

En consecuencia, se concluye que el Instituto de Colonización debía brindar la IP, con las limitaciones legales previstas en la norma.

### Falta de respuesta a solicitudes de información.

Como primera medida, insta al Organismo Público requerido, por el plazo legal previsto en art. 4 a brindar la Información Pública o en su caso funde su negativa en alguna de las causales legales previstas en el Art. 9 de la Ley N° 1774-B, bajo apercibimiento de considerar su conducta “falta grave” -Art. 8-.

Recepcionada la IP requerida y remite al requirente, solicitando indique si su Derecho a sido satisfecho, en el caso afirmativo se archivan las actuaciones, en caso negativo se dicta una Resolución indicando al requirente la Vía Judicial habilitada, se procede a aplicar la sanción disciplinaria prevista en el Régimen Disciplinario propio del agente público interviniente y en el caso que tratarse de un funcionario público se determina la aplicación de astreintes, conforme establece el art. 8 de la ley.

En el marco de las facultades descriptas, la FIA dictó las siguientes Resoluciones:

### Resolución determina Sanciones Disciplinarias

Resolución N° 1871/15 del 24/9/15, dictada en los autos caratulados,

“Defensor del Pueblo del Chaco- S/Presentación referente Ley de Acceso a la Información Pública” Expte N° 2990/15.<sup>21</sup>

El Defensor del Pueblo, solicita intervención de la FIA ante denegación expresa de la Comisión de Transporte del Municipio de Resistencia, a brindar la IP sobre el estudio de Costos del transporte público.

20. <http://fia.chaco.gov.ar/resoluciones/instituto-de-colonizacion-s-consulta-ley-de-acceso-la-informacion-publica>

21. [res-1871.pdf \(chaco.gov.ar\)](http://fia.chaco.gov.ar/resoluciones/res-1871.pdf)

Inicialmente, se determinó la obligatoriedad del Municipio de Resistencia a entregar la IP, por estar comprendida en el Art. 1 de la Ley N° 1774; seguidamente durante la sustanciación de autos, oído los agentes y funcionarios públicos requeridos, formulan descargo, fundan su negativa en brindar la IP con Dictamen suscripto por una Asesora Legal del área jurídica del municipio, respaldado en la Autonomía Municipal.

En segundo lugar, la FIA ha analizado el fundamento legal expuesto, el cual a la luz de las excepciones legales previstas en el art. 9 de la norma, no correspondía a ninguna excepción legal válida, en consecuencia, en el deslinde de responsabilidades, la Presidente de la Comisión de Transporte, con categoría de funcionaria pública, brindó la IP requerida con posterioridad y explicó que se había respaldado inicialmente en el Dictamen de Asesoría, por tales motivos, acreditada el accionar de cada persona, se determinó la aplicación de un apercibimiento a la Asesora Legal y la aplicación de Astreintes a la funcionaria pública. Se comunica la Resolución al Municipio, quien dicta Resolución N° 0410/2016 por la cual informa cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución 1871/15 de esta FIA.

#### 4- Consulta por IP reservada parcialmente

La Ley N° 1774-B establece en su Art. 10 el supuesto de IP Parcial y prevé que:

*“En caso de que exista un documento que contenga información cuyo acceso esté limitado parcialmente en los términos del artículo anterior, deberá suministrarse el resto de la información solicitada. Asimismo, deberá indicarse que se ha omitido información por estar contemplada en una de las excepciones, la extensión y ubicación de la información omitida, salvo que esto atente contra el interés protegido por la excepción.*

*Al clasificar la información como reservada, se podrá establecer una fecha o evento en el cual la información será de acceso público. Si no se pudiere determinar una fecha específica o evento anterior, la información será de acceso público a los diez (10) años de la fecha de la decisión que la clasificó como reservada”.*

A su turno, el Art. 10 del Decreto Reglamentario N° 685/17, establece que:

*“Los sujetos obligados deben brindar la Información solicitada en forma completa. Cuando exista un documento que contenga en forma parcial información cuyo acceso esté limitado en los términos del Art. 10 de la Ley N° 1774-B, deberá suministrarse el resto de la información solicitada, utilizando el sistema de tachas.”*

En oportunidad de expedirse sobre estas situaciones comprendidas por las normas reseñadas la FIA, dictó la Resolución N° 2624/22 de fecha 31/8/22, en los autos caratulados “Gutierrez Livio Edgardo -Diputado Provincial S/ Presentación Ley de Acceso a la Información Pública (Mrio. de Producción, Industria y Empleo” Expte N° 3486/22.<sup>22</sup>

La Autoridad de Aplicación, analiza el caso y resuelve que el Organismo requerido contaba con IP reservada parcialmente, por lo que debía brindar la IP requerida de conformidad a lo establecido en Art. 24 in fine de la Ley N° 1775-E, el cual establece que: *“(…) Se exceptuaran del Secreto Estatístico los datos de registro: Nombre y Apellido o Razón Social, domicilio y rama de actividad del informante”*, Art. 10 de Ley 1774-B y Art. 10 del Anexo del Decreto N° 686/17 precitados.

Seguidamente, insta a efectuar una serie de Recomendaciones tanto al Organismo Requerido como a la Dirección de Gobierno Abierto- Subsecretaría de Modernización del Estado.

b- Judicial - Cámara Contencioso Administrativa- Chaco

La regulación provincial, prevé en el Art. 6 de la Ley N° 1774-B que: *“Una vez cumplido el plazo previsto en el artículo 4° de la presente ley, en caso de que la petición de la informa-*

22. <http://fia.chaco.gov.ar/content/expediente-n-39842022-caratulado-gutierrez-livio-edgardo-diputado-provincial-spre-sentacion>





*ción no se hubiere satisfecho o de que la respuesta hubiere sido ambigua o parcial, se considerará que existe negativa en brindarla y quedará expedita la vía judicial.”*

En este articulado, se garantiza el acceso a la justicia del peticionante, sin la exigencia del agotamiento previo de la vía administrativa, en concordancia con la reglamentación efectuada en el Art. 14 de la Ley Nacional N° 27.275.

La diferencia con la Ley Nacional, radica en que establece expresamente esta vía de reclamo judicial es a través de la Acción de Amparo *“El reclamo promovido mediante acción judicial tramitará por la vía de amparo La presentación del reclamo previsto en Ar. 15 de la Ley N° 27.275 interrumpe el plazo previsto para promover la acción de amparo.”*

En conclusión, una persona que no tenga garantizado el Acceso a la IP, cuenta con dos vías de Reclamo que no son excluyentes uno de otro, sin perjuicio de que ambos tienen en común la misma pretensión, sin embargo las responsabilidades analizadas en uno u otro ámbito son diferentes y sus consecuencias jurídicas difieren.

Tampoco prevé la normativa local el tribunal competente para entender en primera instancia, sin perjuicio de ello, desde la implementación de la normativa provincial, los peticionantes han formulado reclamos administrativos ante la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, Autoridad de Aplicación de la norma y ante la Cámara Contenciosa Administrativa han presentado los reclamos judiciales ante denegatorias y silencio de solicitudes IP.

Inicialmente, han exigido la tutela jurisdiccional amparados en el Art. 25 de la CCh, promoviendo Mandamiento de ejecución, las cuales fueron adecuadas en los primeros casos por la acción de Amparo y actualmente el criterio de la C.C.A es adecuación a Medidas Autosatisfactivas.

Sobre este título, corresponde destacar la opinión de la Corte Interamericana, quien ha expresado que: *“...ante la denegación de acceso a determinada información bajo su control, el Estado debe garantizar que exista un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permita determinar si se produjo una vulneración del derecho de acceso a la información, y en su caso, ordenar al órgano correspondiente la entrega de la misma”*<sup>23</sup>.

De esta manera, de conformidad a lo dispuesto por la CN en el art. 43 1er. párr.

*“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez declarará la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”*

Para concluir, una persona que vea afectado en su derecho cuentas con estas dos vías de reclamo:

Vía de Reclamo Adm.	Vía de Reclamo Judicial
Autoridad de Aplicación- FIA	C.C.A
Responsabilidades Administrativas	Responsabilidades Civiles
No hay comunicación de las actuaciones iniciadas en una u otra instancia	

23. Corte IDH, caso “Gomes Lund y otros vs. Brasil”, Sentencia del 24 de noviembre de 2010, Serie C, N° 219, párr. 231



## 12- Participación ciudadana

En principio, la participación implica un vínculo de la ciudadanía y las gestiones de gobierno, bajo el sistema representativo, esta participación está garantizada por los denominados *derechos políticos que son derechos fundamentales* vinculados a la participación del hombre en la organización política estatal.

### a) Reconocimiento Normativo

La Constitución histórica, estableció como principio que el pueblo es el titular de la soberanía, pero participa en la acción de gobierno eligiendo a sus representantes (preámbulo, art. 1, 22 de la CN).

En 1957, al incorporar el Art. 14 bis, en la CN se incorpora la palabra *democracia*, cuando alude a la *“organización sindical libre y democrática”*. Posteriormente con la Reforma Constitucional de 1994, se produce el reconocimiento expreso en el Art. 37 al garantizar el pleno ejercicio de los derechos políticos, se incorporan en los Arts. 39 y 40 mecanismos de participación ciudadana como la Iniciativa y Consulta Popular, asimismo, con la jerarquización de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos Art. 75 inc. 22 este derecho se amplió considerablemente, tal es así que:

El PSJCR en su Art. 23 establece:

*1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.*

Esto significa que el Estado debe garantizar la participación ciudadana en las distintas instancias de gestión pública, implica la obligación del Estado habilitar espacios de participación e intervención, ya sea a través de Audiencias Públicas, Presupuesto Participativo, Diseños de Políticas Públicas, como asimismo, habilitar Instancias de Control en los procedimientos de Rendición de Cuentas. En este sentido, el uso de la Tecnología, amplía considerablemente las posibilidades de participación.

Señala, el Dr. Daniel Sabsay que *“junto a la participación, debe perseguirse el acceso a la información como elemento indispensable para que la primera sea realmente efectiva e igualitaria. La publicidad de los actos de gobierno constituye una de las piedras angulares del Estado de Derecho”*. En el marco de una democracia participativa, el detentar la información apropiada constituye un requisito *“sine quanon”* para poder intervenir en la marcha de gobierno desde la sociedad.”

Pragmatizar los preceptos citados, constituye un desafío para las administraciones locales, trabajar en la adecuación de los procedimientos administrativos de participación ciudadana, con la incorporación de las nuevas Tecnologías, es una evolución de la democracia representativa. En este sentido, existe un consenso doctrinario en visualizar la participación ciudadana como un principio general en el derecho administrativo<sup>24</sup>, y con la convencionalidad este principio es considerado como una condición inherente y fundamental de las personas y como un derecho humano.

24. *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, Ed. Rap, pp. 142, 143 y 146.*

Durante el desarrollo de la Especialización, escuche a profesionales profesar sus ventajas y beneficios y también advertí que algunos planteaban que este principio afectaba la máxima constitucional, de que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes.

La reforma Constitucional de 1994, prevé la participación ciudadana en los Art. 40, 42. A su turno la Constitución de la Provincia del Chaco establece en su Art. 38 que todos los habitantes tienen derecho a participar en las decisiones y gestiones públicas para preservar el ambiente, ahora bien, de qué manera se instrumenta esta participación, como también establece el art. 4 de la C.O.M de Resistencia que *“El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y de acuerdo con las formas de participación que esta Carta Orgánica establece”*. Regulando, en el Art. 9 la participación.

Ahora bien, aa CSJN en el caso Cepis en el 2016, señaló que *“La participación de los usuarios con carácter previo a la determinación de la tarifa constituye un factor de previsibilidad, integrativo del derecho constitucional a una información adecuada y veraz y un elemento de legitimidad para el poder administrador responsable en el caso de garantizar el acceso a la información adecuada y veraz”* y agregó la noción de *democracia deliberativa* y que el *debate público mejora la legitimidad de las decisiones*.

Si bien sobre materia de tarifas, la normativa prevé que las Audiencias Públicas son los espacios de participación ciudadana, pero esta previsión no se encuentra regulada en todas las materias e instancias de decisión gubernamental, por ejemplo, en lo que respecta a Obras Públicas la Ley N° 1182 de la Provincia del Chaco, prevé en su Art. 92 que:

*“ todos los proyectos de inversión para la materialización de las obras públicas, deberán prever las evaluaciones de la rentabilidad social de las mismas, incluyendo aspectos referidos a la protección del medio ambiente, pudiéndose recurrir a audiencias públicas para una mejor evaluación y mayor participación en la decisión final...”*

De esta manera, la norma deja a la Administración la posibilidad de recurrir a las Audiencias Públicas, es decir, no constituye un requisito formal la realización de la Audiencia Pública, como sí sucede en materia tarifaria, sin perjuicio de ello, se puede afirmar que ante obras de impacto ambiental, que son de interés y repercusión social, constituye una buena práctica habilitar una instancia de participación ciudadana, sea por Audiencias Públicas, posibilidad instancias de vistas de las actuaciones con carácter previo a la toma de decisiones y ejecución de las obras, instancia en la ciudadanía tenga acceso a la información pública, pueda efectuar observaciones, recomendaciones y control.

Para concluir, el Acceso a la IP es una herramienta de participación, pero este derecho no se agota con el acceso a los datos públicos, constituye una instancia de control la cual debe estar prevista y regulada en los procedimientos administrativos locales.

### **13- Reconocimiento y exigibilidad en Sede Administrativa -FIA**

El 5 de Mayo de 2023 por Resolución N°2691/23 de FIA, en los autos caratulados *“Centro Cultural Ercilio Castillo S/ Presentación Ref. Ley de Acceso a la Información Pública (Municipalidad de Resistencia)- Obra Plaza 25 de Mayo de 1810- Expte N° 3993/22*.

**Informalidad:** Por derecho propio se presenta el Fundador y Director del Centro Cultural solicita intervención la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 1774-B -FIA, a los fines de que los colectivos sociales accedan a la IP del Municipio de Resistencia, ante reiteradas negativas del municipio en brindar la Información relativa a la Obra Pública de Remodelación de la Plaza 25 de Mayo 1810.

**Autoridad de Aplicación:** Insta al Municipio de Resistencia a brindar la IP, durante la sustanciación del expediente administrativo, los requirentes tuvieron acceso a la IP por parte



del Municipio y de la Comisión de Patrimonio Cultural y Natural a través de vista de las actuaciones administrativas y acceso al lugar de la obra de la Plaza.

Resuelve: Recomendar al Municipio de Resistencia, a promover y arbitrar los mecanismos administrativos necesarios para garantizar el acceso a la IP y la Participación Ciudadana en las acciones que ejecute o pretenda ejecutar y con carácter previo a la toma de decisiones a los fines de ponderar los intereses de la comunidad y garantizar el ejercicio de los derechos consagrados en Art. 9 y 14 inc. 9 de C.O.M. Rcia.

#### **14- Recepción Jurisprudencial -CCA Chaco**

Sobre este tema, la CCA tuvo la oportunidad de expedirse al dictar la Sentencia 164 de fecha 29 de septiembre del 2021, en los autos caratulados "*Castro Ariel y otros S/Acción de Amparo*" Expte N° 12.072/21. Sala Primera.

Los actores promueven:

1. *Amparo Colectivo preventivo de daño ambiental y social* contra el Intendente del Municipio de El Espinillo, a fin de que ordene suspender cualquier tipo de acuerdo comercial con empresarios de la República Popular China y/u otros países y/o cualquier persona y se le impida avanzar en la ejecución y concreción de acuerdos comerciales.

2. *Amparo* contra el Ejecutivo Provincial, en su condición de sujeto garante del efectivo ejercicio de los derechos humanos de los pueblos de la población en general y de las comunidades originarias en particular, a fin de que ponga en conocimiento de la comunidad cualquier tipo de convenio o acuerdo, destinado al supuesto desarrollo de las comunidades que habitan el Interfluvio, debiendo garantizar y proveer la suficiente información sobre el mismo e instituyendo ámbitos de efectiva consulta y participación de la población.

Exigen no solo una adecuada información sobre los emprendimientos a ejecutarse, sino también exigen el Estudio de impacto ambiental acumulativos y estratégicos y la apertura de instancias de participación y consulta.

Fundan su legitimación: Art. 13 del PSJCR, Ley 25.831 Libre Acceso a la Información Pública Ambiental, Ley 25675, Art. Art. 19, 37, 38 y 76 de la CCh, Ley Provincial 770-R Protección de los Intereses Difusos, Art. 43 de la CN y en jurisprudencia de la CSJN.

Fundamentos Inicialmente, el Tribunal adecua la Acción de Amparo a Medida Autosatisfactiva, efectúa la reseña de la recepción normativa del Derecho a Solicitar IP, con mención expresa a la Ley Provincial N° 1774-B y en especial a la relevancia del acceso a la IP en materia ambiental.

Cita Art. 37 inc. b de la CCh, "*La Provincia reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, su identidad étnica y cultural, ... asegurará b) La participación en protección, preservación, recuperación de los recursos*".

Manifiesta que, "...El derecho fundamental a la consulta y participación de los pueblos indígenas se traduce en la obligación del Estado de garantizar que sean consultados sobre los temas susceptibles de afectarlos. A la vez, tienen derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas (cf. arts. 6.1, 6.2, 15.2, 22.3, 27.3 y 28 del

*Convenio n° 169 OIT; arts. 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 y 38 de la Declaración de Naciones Unidas; y art. XXIII de la Declaración Americana).*"

Cita: cf. CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, cit., párrs. 55-57; y Corte IDH, “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, cit., párr. 145, entre otros.

Resuelve: Ordenar al Municipio de El Espinillo, para que en plazo de quince días (art. 4 de Ley N° 1774-B) emita Informe respecto de la existencia de tratativas con representantes de la República Popular China a fin de realizar inversiones en el Interfluvio Teuco Bermejito.

Recomienda: al Intendente Municipal que adopte las medidas necesarias a fin de dar cumplimiento al Convenio 169 de la OIT, elaborando procedimientos de consulta para aumentar la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan.

#### 15- Responsabilidades- Dificultades en la implementación

Una vez que se opta por la vía judicial para exigir la satisfacción del derecho a solicitar IP y participación, es importante destacar que esta vía genera costas, las cuales son soportadas por el vencido, ahora bien, en los casos analizados de solicitudes de información que no han sido contestadas, o que han obtenido una negativa o ambigüedad como respuesta, ya sea por negligencia, impericia, arbitrariedad o abuso de poder, a quién corresponde abonar las costas? a la repartición pública requerida? o al agente o funcionario público que con su conducta contraria a la normativa citada sobre alcance y restricciones legales a brindar IP, dejó vencer el plazo y habilitó la vía judicial.

Si tenemos en cuenta que los extremos previstos en el Art. 18 in fine de la CCh “*Serán objetivamente responsables los que ordenaren, consintieren o ejecutaren actos violatorios a estas garantías*” y el Art. 8 de Ley N° 1774-B Responsabilidades “*El funcionario público o agente responsable será considerado incurso en falta grave, se le aplicará la sanción establecida por el artículo 3° de la ley 3604 y sus modificatorias o las que en un futuro la sustituyan y las sanciones del régimen disciplinario pertinente, las que serán dispuestas por la autoridad de aplicación. Ello sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que pudieran corresponder*”.

Si a ello sumamos que, es un deber del funcionario público garantizar el acceso a la IP y cumplir y hacer cumplir la CN, CCh, las leyes y los reglamentos, respetando el principio de supremacía establecido en la CN; éstos son deberes éticos que deben observar en el desempeño de sus funciones, de conformidad al Art. 1 de Ley N° 1341-A, los cuales son exigidos como requisito de permanencia en el cargo y “*La inobservancia de los mismos, será causal de sanción o remoción por los procedimientos administrativos establecidos en el régimen propio de sus funciones, aún en aquellos casos en los cuales los actos no produzcan perjuicio patrimonial al Estado*” Art. 5 Ley N° 1341-A.

De lo expuesto, surge a prima facie que la responsabilidad por incumplimiento en brindar la IP en forma oportuna, adecuada y veraz es del funcionario o agente infractor, por lo que no corresponde que la repartición pública a la que pertenece el funcionario responda por las costas generadas, tal como ocurre en la práctica.

En el caso reseñado ut supra, se condenó al Municipio de El Espinillo por

Resolución N° 649/21 “*Cons. III. En primer lugar cabe considerar la imposición de costas que no fue tratada en la Resolución N°164/21. Dado que los actores se vieron en la necesidad de promover esta acción, ante la omisión de brindar la información requerida por los accionantes, corresponde imponer las costas a la parte demandada Municipalidad de El Espinillo (art.91 CPCC).*”

En dichas actuaciones, los honorarios profesionales fueron abonados con recursos municipales de los propios contribuyentes, con lo cual, conlleva a advertir que aún resta profundizar las dificultades de implementación.

### **16-Responsabilidad Penal**

Tal como lo reseñara precedentemente en el Art. 8 de la Ley N° 1774-B, la infracción a la norma puede dar lugar a responsabilidad penal por desobediencia de orden judicial -Art. 239 del Código Penal-

En el caso reseñado ut supra, la parte Actora solicitó se corra vista al MUIT ante la posible comisión de delitos penales por desobediencia.

### **17-Conclusiones preliminares**

Analizada la operatividad y exigibilidad del Derecho a Solicitar Información Pública y Acceder a la Participación Ciudadana, en Sede Administrativa y en

Sede Judicial, se puede concluir en principio que, se puede obtener en Sede Administrativa, la satisfacción de los derechos inculcados sin costas y quizás dependiendo del caso con la misma o mayor inmediatez que en Sede Judicial.

Párrafo aparte merece el análisis de responsabilidad, en los casos en que el requirente opta inicialmente por exigir su satisfacción en Sede Administrativa ante la Autoridad de Aplicación, se puede realizar un deslinde de responsabilidades disciplinarias que aun en Sede Judicial no se observa.

Asimismo, se puede destacar como las funciones preventivas de un Organismo Administrativo logra el cumplimiento de deberes por parte de los funcionarios, la satisfacción de los derechos afectados, todo sin generar litigiosidad, si a ello agregamos que, actualmente las costas en sede judicial son abonadas con recursos para Estado Provincial o Municipal, situación que no corresponderían de conformidad a la interpretación jurídica efectuada ut supra.

De todo lo expuesto, se destaca que la participación ciudadana en la gestión pública aún no ha sido incorporada institucionalmente, no es una práctica consolidada, es por ello que es un deber y un derecho que debe garantizarse a la ciudadanía, la facultad de poder participar en todas las etapas de la gestión pública.

## **Capítulo III**

### **Jurisprudencia**

18- Jurisprudencia de la CSJN antes de la Sanción de la Ley Nacional N° 27.275

Argentina, sancionó su Ley Nacional de Acceso a la IP el 14 de septiembre del 2016, esta norma responde al impulso de actores de la sociedad civil que han exigido su cumplimiento a diferentes sectores públicos, mucho de los cuales han sentado un precedente jurisprudencial, a continuación señalare alguno de ellos:

1- En 4 de diciembre del año 2012, la CSJN emitió el Fallo S A-917, XLVI, en los autos caratulados “Asociación Derechos Civiles c/ EN - PAMI - (dto.1172/03) S/Amparo ley 16.986.

Actores promueven Acción de Amparo, en los términos del Art. 43 de la CN C/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI)

Objeto: Entrega de la relativa al presupuesto de en concepto de publicidad oficial de dicho organismo y la inversión publicitaria de dicha institución, en determinados períodos de tiempo,

detallada según el rubro (medios gráficos, radiales, televisivos, cinematográficos, sitios de internet y vía pública) y medios de comunicación, productora o programa al cual fue asignada en cada caso y la indicación de la agencia de publicidad a través de la cual se procedió a contratar.

Afectación: La negativa a brindar la IP, viola el derecho constitucional de acceso a la IP consagrado en los arts. 1, 14, 33 y 75 inc. 22 de la CN, que dispone la aplicación jerárquica de los tratados internacionales art. 19 DUDH, art. 13 PSJCR y art. 19 PIDCP y Dto. N° 1172/03.

En las instancias previas a llegar a la CSJN, los actores cuestionaron la acción de amparo por no constituir la vía idónea para el tratamiento de la cuestión planteada, siendo la Cámara Nacional de Apelación en lo Contencioso Administrativo Federal quien reafirma que la Acción de Amparo es la vía idónea.

PAMI, formula recurso extraordinario, por entender que el Dto. N°1172/03 no le era aplicable

Fallo: Expresa que la negativa de brindar IP constituye un acto arbitrario e ilegítimo en el marco de los principios de una sociedad democrática, una acción que recorta en forma severa los derechos de cualquier ciudadano, cuando se trata de datos de interés público, que hagan a la transparencia y a la publicidad de gestión de gobierno, pilares de una sociedad democrática.

En el Cons. 8) Alcance del Derecho a buscar y recibir información, consagrado en el Art. 13.1 del PSJCR y la Corte Interamericana amplió su contenido a la libertad de pensamiento y expresión, a través de su dimensión individual y social.

Desde el año 2003 la Asamblea General emitió cuatro Resoluciones específicas de Acceso y cita el "Estudio Especial sobre el Derecho de Acceso a la Información, Organización de los Estados Americanos, CIDH, Relatoria Especial para la libertad de Expresión, agosto 2007).

-Resolución AG/Res. 2252 (XXXVI-0/06) del 6 de junio del 2006, por la cual:

1-Insta a los Estados a respetar el Acceso a la IP.

2-Proveer la adopción de Medidas Legislativas o de otro carácter para asegurar su reconocimiento y aplicación.

"Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión", elaborada por RELE, aprobada por la CIDH en octubre del 2000:

- Principio N° 4: *"El acceso a la Información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de ese derecho"*.

Resolución N° 59 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

*"La libertad de información es un derecho humano fundamental y (...) la piedra angular de todas las libertades a las que están consagradas las Naciones Unidas"* y que abarca *"el derecho a juntar, transmitir y publicar noticias"*.

Concluye la CSJN que:

El reconocimiento del Acceso a la Información como derecho humano ha evolucionado progresivamente en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el SIDH ha cumplido un rol fundamental, la CIDH, Rele impulsaron los avances en la materia.

Destaca la importancia de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, cita fallo Claude Reyes y otro vs. Chile, 19/9/2006, Serie C, 151, del cual surge la doble vertiente del derecho:

1-Derecho Individual, toda persona tiene derecho a "buscar" y

2-Obligación Positiva del Estado, para garantizar el derecho a "recibir".

La sentencia de Corte Interamericana fortalece como Estándar Internacional la idea de que este derecho corresponde a toda persona, adoptando legitimación activa amplia. Que la Información pertenece a las personas, no es propiedad del Estado.

---

“El Estado está en la obligación de promover una cultura de transparencia en la sociedad y en el Sector Público, de actuar con la debida diligencia..y de prevenir los actos que lo nieguen y sancionar a sus infractores ”Principios de Lima. Principio 4, Estudio Especial, párr. 96

---

Concluye, “*que el derecho de Acceso a la Información Pública es prerequisite de la participación que permite controlar la corrupción* ”

Hace lugar a la Acción de Amparo y Ordena al Pami a hacer entrega de la IP solicitada, la cual se ajusta a lo previsto en los arts. 14, 16 y 33, 41, 42 y 43 de la CN y la jurisprudencia internacional reseñada y califica a la actitud de PAMI como un acto arbitrario e ilegal susceptible de ser subsanado mediante acción de amparo.

2- El 26 de Marzo de 2014, la CSJN emitió el Fallo C. 830. XLVI, 2014, en los autos caratulados “CIPPEC C/EN-M° DESARROLLO SOCIAL-dto. 1172/03 S/amparo ley 16.986

El 1 de Julio de 2008, el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y Crecimiento (CIPPEC), solicita al M° de Desarrollo Social, entregue la información íntegra referida a determinados datos de las transferencias en gastos corrientes realizadas por la demandada al Sector Privado en concepto de “ayuda social a las personas” y “transferencias a otras Instituciones Culturales y Sociales sin fines de lucro” otorgadas durante el 2006 y 2007.

Demandado, funda su negativa en que, “*la individualización de los beneficiarios de subsidios puede alcanzar aspectos íntimos de la persona que el cedente de resguardar*”, plantea una coalición aparente entre, el derecho a solicitar IP reconocido en Dto. 1172/03 y la protección a la intimidad y honor establecido en la Ley 25.326.

La CSJN reseña los precedentes internacionales citados en la causa “Asociación de Derechos Civiles c/En-PAMI”(Fallos: 335:2393, reitera los extremos señalados sobre el alcance del acceso a la IP, cita fallo de Corte Interamericana Claude Reyes y otros vs. Chile.

En el Cons. 11 Introduce la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada en el ámbito de Naciones Unidas el 31 de octubre de 2003 y por Ley Nacional N° 26.097 el 10 de mayo del 2006, la cual prevé la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para aumentar la transparencia en su administración.

---

Que las disposiciones del Art. 11 de la Ley 25.326, en cuanto subordinan la cesión de estos datos a existencia de un interés legítimo, no alcanzan a aquellos supuestos relativos a información personal que forma parte de la gestión pública y que el derecho de acceso a la información representa, de por sí, un interés legítimo.

---

Expresa que el demandado no hace la distinción entre datos personales y datos sensibles, que los primeros pueden ser otorgados sin el consentimiento de la parte y los segundos son reservados.

En consecuencia, analiza si esta negativa tiene algún sustento constitucional a la luz del principio de razonabilidad. Señala el alcance del Art. 8 de la Ley 25152 la cual establece el carácter público de la información en concordancia con la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública.



Concluye que, la negativa de brindar IP es ilegal e irrazonable, que atenta invalidamente contra los valores democráticos que informan el derecho de la Actora a acceder a la información, que constituye una herramienta fundamental para que la esfera pública contribuya a determinar si la instrumentación de las políticas sociales del Estado, contribuyen efectivamente o es disfuncional a los fines perseguidos.

Por último resalta que, ante la diversidad de posiciones exhibidas por los órganos de la administración, pone de manifiesto la imperiosa necesidad de contar con una ley nacional que regule esta materia.

Que el legislador establezca, el alcance general, pautas uniformes que permitan previsibilidad en su ejercicio, para reducir las arbitrariedades de quienes están obligados a brindar la IP.

Resalta que, es un verdadero reclamo social en nuestro país, que ha sido marcada insistentemente en el marco de la comunidad internacional. Que la República Argentina se comprometió a examinar la Recomendación A/HRC/22/4 Distr. General; A/HRC/DEC/22/102 último examen periódico universal de Naciones Unidas que exhorta a aprobar una legislación sobre acceso a la IP. Es por ello, que el Estado debe dictar urgentemente una ley, en salvaguarda de los estándares internacionales en la materia

Los Ministros Petracchi y Argibay agregaron que la transparencia –no la opacidad- beneficia a los vulnerables. Ayudarlos no es ignominioso y subrayaron;

*"la ignominia es pretender ocultar a quienes se asiste, pretendiendo que impere el sigilo en el ámbito de la canalización de los fondos públicos. Fondos que, parece innecesario aclarar, no son del Ministerio sino de la sociedad toda",* concluyeron.

### **19- Jurisprudencia después de la sanción Ley N° 27.275**

El 14 de septiembre del 2016, el Congreso de la Nación sanciona la Ley N° 27.275 que regula el Derecho de Acceso a la Información Pública, para la sanción de la misma se han tenido en cuenta los estándares internacionales recepcionados doctrinariamente por la jurisprudencia de la CSJN, los antecedentes normativos internacionales y la experiencia obtenida de la implementación del Dto. N° 1172/03.

La Ley 27.275 recepcionó los estándares normativos interamericanos sobre acceso fijados en la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la IP, denominada Ley Modelo OEA.<sup>25</sup> Siguiendo este modelo, se recepcionan los siguientes principios con carácter interpretativo y de aplicación: el principio *in dubio pro petitor*, presunción de publicidad, siendo el Estado es responsable de demostrar que la IP se encuentra exceptuada, principio de facilitación y buena fe.

#### **a) Autoridad de Aplicación -AAIP**

Se crea la Agencia de Acceso a la IP, como ente autárquico que funcionará con Autonomía Funcional en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, quien velará por el cumplimiento de los principios y procedimientos de la ley, garantizando el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la IP -Art. 19-

Este artículo, responde a la sugerencia de la RELE de la CIDH de 2014 que expresa:

*"la debida implementación de los marcos normativos en materia de acceso a la información de los Estados miembros de la OEA radica en el establecimiento de un órgano administrativo especializado destinado a supervisar y satisfacer el cumplimiento de la legislación y resolución de controversias".<sup>26</sup>*

25. AG/RES. 2607 (XL-O/10) del 8 de junio de 2010.

26. Edison Lanza, Relator Especial para la Libertad de Expresión, "El derecho al acceso a la información pública en las Américas:



El 18 de Febrero del 2020, la CSJN, en CAF 40994/2019/CS1-CA1. ASOCIACIÓN CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA (ACIJ) C/ EN – AFIP s/ amparo Ley 16.986.

La Actora promovió Acción de Amparo en el marco del Art. 1, 14, 33 y 75 inc. 22 de la CN, 14 de la Ley N° 27.275 y 14 del Anexo VII del Dto. 1172/03, AFIP a fin de que ordene cumplir con la Resolución N° 72/2019 dictada por la Agencia de Acceso a la Información Pública, quien intimó por el plazo de diez días a dar respuesta a lo solicitado.

La AFIP incumplió la intimación, tomado nota de ello, la AAIP reporta el incumplimiento del sujeto obligado en el portal de internet de la Agencia, de conformidad al criterio n° 4, aprobado por Resolución N° 4 de la Agencia, del 2 de febrero del 2018, cumplido lo cual procede al Archivo de las Actuaciones. En este marco la Actora promueve Acción de Amparo -Art. 14 Ley 27.275.

En diciembre del 2021, la Cámara Contencioso Administrativo Federal Sala III, en la CAUSA N° 91/2020: "ASOCIACIÓN CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA c/ TELEFONICA DE ARGENTINA SA s/ AMPARO LEY 16.986"

La Actora promovió Acción de Amparo, a fin de que la demanda cumpla con la Resolución N° 175/19 dictada por el Director de la Agencia de Acceso a la IP, dicha resolución intima por el Plazo de 10 días hábiles a que pusiera a disposición la información oportunamente solicitada de conformidad a lo establecido en el Art. 17 Ley 27.275.

A la luz de los lineamientos establecidos por la CSJN y del Art. 1 de la Ley 27.275, rige el principio de máxima divulgación, cuyo ejercicio se encuentra regulado por los principios de *presunción de publicidad*, *transparencia y máxima divulgación*, *informalismo*, *máximo acceso*, *apertura*, *control*, *alcance limitado de las excepciones*, *in dubio pro petitor*, *facilitación* y *buena fe* (conf. esta Sala, in re: "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) c/ EN- AFIP s/ amparo ley 16.986", del 18/2/2020).

Por ello, rechaza el recurso interpuesto por la demandada y confirma la sentencia de primera instancia que hace lugar al amparo.

De los casos reseñados, se observan las diferentes cuestiones de implementación de la Ley 27.275, desde su sanción, la exigibilidad se realiza inicialmente ante la AAIP quien emite una Resolución que luego son recurribles ante juzgado de primera instancia en lo Contencioso Administrativo Federal -Art.14-

## 20- Jurisprudencia de la Cámara Contencioso Administrativa- Chaco

Seguidamente, describiré por orden cronológico los fallos de la C.C.A. de la Provincia del Chaco, en casos donde analizó el concepto y alcances del Derecho a Solicitar Información Pública y la Participación Ciudadana; identificaré las acciones utilizadas por los justiciables para exigir su cumplimiento, normas legales citadas, referencia jurisprudencial de la CSJN, OC y fallos de Corte Interamericana, Informes de la CIDH citados como fundamento del decisorio, extensión de las sanciones aplicadas, responsabilidades civiles y administrativas.

En este orden, la Provincia del Chaco, por Ley N° 135-H sancionó el Código Contencioso Administrativo y estableció en el Art. 1 que la Cámara Contencioso Administrativo juzgará en única instancia en las causas contenciosas administrativas a que se refiere el Art. 26 de la CCh. el cual prevé:

*"Toda persona o el Estado afectado por una resolución definitiva de los poderes públicos, municipalidades o reparticiones autárquicas de la Provincia, en las cuales se vulnere un interés legítimo, un derecho de carácter administrativo establecido en una ley, decreto, ordenanza,*



*reglamento o resolución anterior, podrá promover acción contenciosa administrativa y las demás acciones que prevea el código ”.*

En este marco, la CCA entendió en diversos casos de Acceso a la Información Pública y Participación Ciudadana, señalaré los de mayor trascendencia;

1- Sentencia N° 572/09, dictada en los autos caratulados “Federación de Trabajadores Municipales C/Instituto de Seguridad Social Seguros y Prestamos. Sala Primera.

En primer lugar, procede como primer medida adecuar el procedimiento fáctico del reclamo, subsumiéndolo en el art. 19 de la C.P. -acción de amparo-, lo cual se compatibiliza con los hechos expuestos por la actora donde se ponen en juego la violación de derechos fundamentales como el de peticionar, la publicidad de los actos de gobierno y el derecho a la información- no obstante invocarse como camino para peticionar, la solución propia del Mandamiento de Ejecución que prevé el art. 25 de la C.P.

Se hace lugar a la Acción y se Intima al INSSSEP, en la persona de su Presidente para que en el término de 20 días, proceda a suministrar la Información Requerida, debiendo informar al Tribunal el cumplimiento de la medida.

Funda su decisorio; en considerar que el derecho a solicitar información surge del Principio Republicano de Gobierno, entiende que la publicidad no sólo comprende el acto final o acto de gobierno en sí, sino también los pasos o procedimientos llevados a cabo, como asimismo, los documentos, pruebas u otros elementos que permitan fundar la decisión gubernativa.

Referencia a la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sostiene que “garantizando el derecho de acceso a la información en poder del estado se conseguirá una mayor transparencia de los actos de gobierno, afianzando las instituciones democráticas (Dolores Lavalle Cobo, Marta B. Rovere, Cornelia Schmidt –Liermann “derecho y acceso a la información en Argentina” Fundación Honrad Aednauer año 2002. )

Opinión Consultiva N° 5, la Corte Interamericana sostiene *“el concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto”*

Señala la reciente sanción de la Ley N° 6423 (sancionada el 28-10-09, promulgada el 18-11-09 y publicada en Boletín Oficial N° 8998 el 04-12-09) Hoy Ley 1774-B.

Sin embargo, manifiesta que *“dicha normativa no resulta aplicable al “sub lite”, cuadra citarla, en tanto plasma en forma concreta los ideales ya puestos de manifiesto en los primeros albores de nuestra patria, concretados luego en los artículos señalados de la Constitución Nacional y con la posterior incorporación de los Pactos Internacionales”.*

Sin perjuicio de ello, expresa que a los fines de satisfacer el derecho a solicitar Información Pública y permitir una efectiva participación ciudadana, ordena intimar al Insssep a entregar la Información requerida.

El demandado no ha acreditado una restricción legal, por lo que hay que circunscribirse a lo que prescribe el art. 2.1. de dicho Pacto, esto es, que cada uno de los Estados Parte se compromete a respetar y a garantizar los derechos reconocidos en el mismo, compromiso que pesa también sobre el demandado.

2- Sentencia N° 469/14, dictada en los autos caratulados “Maldonado Rosa Isabel y Otros S/Mandamiento de Ejecución” Expte N° 6213/04. Sala Primera.

Los Actores promueven acción sumaria para que ordene y libre Mandamiento de Ejecución en los términos del Art. 25 de la CCCh: *“Siempre que una Ley u ordenanza imponga a un funcionario o entidad pública un deber expresamente determinado, toda persona que sufiere perjuicio*

*material, moral o de cualquier naturaleza por incumplimiento de ese deber, puede demandar, ante juez competente, la ejecución inmediata del o de los actos que el funcionario o entidad se rehusare o fuere moroso en cumplir”,* contra el Intendente de Corzuela y de cumplimiento a los pedidos de informe requeridos por intermedio del Presidente del Concejo Municipal.

Fundan su pretensión en el Inc. h) del Art. 60, Inc. f) del Art. 74 ss y cc de la Ley Orgánica Municipal N° 854- Anterior 4233 y Art. 187 ss y cc de la CCh.

Intendente, manifiesta que los Concejales nunca presentaron un pedido de Informe al cuerpo para su aprobación, tal como lo exige el Inc. b) del art. 88 del Reglamento Interno de la Cámara de Diputados y por lo tanto resultan improcedente los pedidos de informe.

Resuelve, hacer lugar a la acción deducida por los concejales e intima al Intendente por el término de 10 días a suministrar la información que fuera requerida, debiendo informar al Tribunal el cumplimiento de la medida ordenada.

Funda su decisorio; en los preceptos constitucionales citados y destaca que después de la Reforma Constitucional de 1994 *“el derecho de la información se incorpora con jerarquía constitucional a nuestro ordenamiento interno a través de los Instrumentos internacionales de derechos humanos”*.

Sobre el caso en concreto de acceso a los concejales a la IP de conformidad a la normativa local expresó que el Art. 61 inc. i de la Ley 854-P garantiza el *“libre acceso de los concejales a la información relacionada con sus funciones.”* y que esta facultad está puesta en cabeza de cada uno de los concejales individualmente considerados, sin perjuicio a las facultades que corresponde al cuerpo deliberativo como cuerpo colegiado.

Cita el Art. 1 de la Ley 1341-A de Ética y Transparencia en la Función Pública que dispone el deber de *“Garantizar el acceso a la Información sin restricciones, a menos que alguna norma así lo exija y promover la publicidad de sus actos”*.

Que la actitud exhibida por parte de la Intendencia es ilegítima y que conlleva un perjuicio e impide el ejercicio de la función electiva.

Costas: Al Municipio de Corzuela.

3- Sentencia N° 08 dictada en los autos caratulados ‘FEDERACIÓN DE SINDICATOS DE TRABAJADORES DE LA EDUCACIÓN DEL CHACO S/ ACCION DE AMPARO’, Expte. N 9721/18, Sala Segunda.

El Sindicato de Trabajadores de la Educación, promueve Acción de Amparo contra el Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, con fin de obtener Información Pública.

La repartición pública requerida, se niega a brindar la información bajo el argumento de neto corte formal, que repele el art. 6 de la Ley N 23551 y art. 3 de la OIT y aduce la improcedencia formal de la acción de amparo en tanto no existe una afectación arbitraria e ilegal de forma manifiesta, también expresa que el Sindicato no se encuentra facultado ni legitimado a solicitar la información.

Delimitado el caso, el Tribunal consideró que, la acción de amparo únicamente procede para la Tutela inmediata de un Derecho Constitucional violado en forma manifiesta y determina el alcance de la Ley N° 1774-B y arts. 10, 14, 16, 31, 32, 33 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y conforme nuestra Constitución Provincial, debe integrarse este derecho humano fundamental acorde al plexo normativo superior, conformado por un sistema de normas que titularizan este derecho a la sola condición de personas, su pleno ejercicio y con las garantías que ella prescribe.

Así el artículo 14 y el artículo 15 inciso 7 incorporando los derechos los acuerdos y tratados internacionales del art. 75 inciso 22 de la C.N., declarando los operativos en sede administrativa y jurisdiccional sin que puedan impedirles reglamentación alguna.

Asimismo, expresó que Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo IV) y por el artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Interamericana ha dado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, a través de la descripción de sus dimensiones individual y social. Describe las Resoluciones Generales de la Asamblea General de la OEA, Informes de la Relatoría Especial para la libertad de Expresión, referencia al fallo de Corte Interamericana “Claude Reyes y otros vs. Chile”, sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C, 151, parr. 77, quien fortalece como Estándar Internacional que el derecho a solicitar información corresponde a toda persona, adoptando Legitimación Activa Amplia, salvo los casos de restricción cuando el Estado invoca y acredita cuestiones de seguridad nacional, y el supuesto de respeto a la intimidad de las personas, destaca el principio de máxima divulgación.

Resuelve, hacer lugar a la acción, íntima a brindar la IP solicitada.

4- Sentencia N° 66 de fecha 12 de abril del 2021, autos caratulados “ROLON EUGENIO Y OTROS S/ MANDAMIENTO DE EJECUCIÓN”, Expte. N° 11724/21

Promueven Mandamiento de Ejecución con el objeto de acceder a las Actuaciones administrativas tramitadas ante el Juzgado de Faltas de la Municipalidad de Barranqueras, pretenden el acceso a la información pública referente a bienes colectivos, a lo que la Cámara, aplicando el principio de saneamiento reconduce la vía procesal a la Medida Autosatisfactiva y expresa que

*“La información pública es un bien colectivo de no apropiación individual, es indivisible y pertenece a toda la comunidad. No obstante puede ser ejercido individual (CSJN, “Urteaga Facundo Raúl c/ Estado Nacional s/ amparo ley”) o colectivamente (CSJN, “CIPPEC c/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social”)”.*

Resuelve: Hacer lugar a la MA y Ordena a la Intendencia la Municipalidad de Barranqueras y/o titular del Juzgado de Faltas de la Municipalidad de Barranqueras y/o sus distintos Departamentos, Secretarías y Secciones que hubieren intervenido en la tramitación u omisión de control de construcciones que vulneran la Ley N° 1804-E, que *inmediatamente otorguen vista de las actuaciones administrativas y asimismo en forma completa e integral toda la información relativa al conjunto de construcciones edilicias que integran el “Casto Histórico de la ciudad de Barranqueras” durante el período 2020/2021, dentro del término de 24 hs, teniendo en cuenta la fecha del pedido de la información (21/01/21 y 25/01/21) y el peligro en la demora ante la amenaza latente a estos bienes colectivos.*

EXHORTA a la Intendente de la Municipalidad, a su exhibición en el edificio del municipio con el objeto de conocimiento de la normativa por parte de la comunidad y específicamente del personal. A fin de evitar situaciones disvaliosas similares a las de autos y que pudieran generar gastos o perjuicios para la administración pública.

El municipio recurre la sentencia, la cual es confirmada por el STJ por Sentencia N° 24/22

## **21-Desafíos de la Administración**

El desarrollo del presente trabajo, puso de manifiesto que luego de reconocimiento normativo de los derechos y garantías resta un largo camino lograr su operatividad, a tales fines se pueden identificar los siguientes desafíos de implementación:

1. La sanción de las leyes debe ir acompañada de Planes de Implementación, con organismos públicos dotados de competencias, facultades y recursos suficientes para llevar adelante los objetivos y misiones previstas.

2. La capacitación constante y obligatoria de los agentes públicos forma parte de la idoneidad técnica que deben tener las personas a cargo de responsabilidades públicas.

3. Trabajar en Prevención debe ser una función prioritaria las Administraciones Públicas.
4. Promover una cultura de transparencia como requisito de desempeño en los cargos públicos debe ser una práctica ejercitada como hábito.
5. Identificar los obstáculos institucionales y legales que afectan la transparencia y acceso a la Información pública.
6. Crear Institutos y organismos que garanticen estos derechos.

## 22-Observatorio de Impacto Regional

Como se ha señalado los Capítulos precedentes, el cumplimiento e implementación de las recomendaciones internacionales son fenómenos complejos intervenidos por factores que afectan las posibilidades de su materialización, tales como: a) la percepción particular y muchas veces distinta de las recomendaciones por distintos actores; b) la limitada o falta de voluntad política de los Estados para cumplir; c) la falta de recursos económicos, humanos e institucionales para satisfacer dichas recomendaciones; d) la debilidad o ausencia de estructuras socio-políticas capaces de promover el cumplimiento en el ámbito interno de los Estados; e) la inexistencia de recursos y vías legales para exigir su cumplimiento en el foro doméstico, y f) la limitada capacidad de los organismos internacionales para exigir la materialización de estas órdenes, por mencionar algunas situaciones que se presentan al momento de implementar una recomendación.

Si a ello agregamos que, Argentina no ha establecido un procedimiento o mecanismo general para implementar las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos, lograr la socialización e institucionalización de las mismas se materialice.

Al efecto propongo como crear un "Observatorio de Impacto Regional" que comprenda las Provincias del Chaco, Corrientes, Formosa y Misiones, donde se puedan visualizar las adecuaciones normativas y estructurales del Estado en cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos para con la población al jerarquizar los Instrumentos Internacionales citados, el cual tendrá los siguientes lineamientos:

- 1- Generar un Mapa de Nea, que contenga:
  - a) las Normativas Provinciales dictadas como consecuencia de los Tratados Internacionales. Niñez, Adolescencia, Familia. Género. Salud Mental. Vivienda. Educación. Corrupción, Transparencia, Acceso a la IP.
  - b)- Identificar los Organismos Provinciales, Municipales encargados de Implementar las Normativas Provinciales.
    - Generar Estadísticas Públicas que Informen los resultados de la labor.
    - Sistematizar y Publicar los Fallos emitidos por los Juzgados Competentes en las materias reseñadas.
  - e)- Identificar las Políticas Públicas adoptadas por las Provincias del NEA en la implementación de Normativas Provinciales.
  - f) Elaborar Informes Técnicos que refleje el estado de situación de los derechos humanos fundamentales de las Provincias del NEA. Generar Indicadores que sirvan para el Sector Público Estatal para generar políticas públicas. Actuar como Órgano de Consulta ante el Sector Público Estatal, Organismos Internacionales etc.

Generar Estadísticas de Implementación de los tratados Internacionales.

Facilitar el Acceso de la Información Obtenida en un sitio oficial de la Universidad, generando valor agregado para los estudiantes quienes podrán tener acceso a casos prácticos, como así también a los profesionales del derecho.

Proponer actualizaciones normativas.

El objetivo principal no es solo conocer la situación actual del NEA sino también poner a disponibilidad en forma permanente y actualizada la situación de la Región.

#### Objetivos

Los Organismos Administrativos responsables de la implementación, promoción del Acceso a la IP, la Transparencia y la Participación Ciudadana deben trabajar articuladamente para aunar esfuerzos con las demás reparticiones administrativas, para lograr el libre ejercicio de los derechos y garantías.

Diseñar Políticas Pública en conjunto

Promover una actualización de la Ley de Acceso a la Información Pública, en el cual se incorporen los siguientes temas:

1-Transparencia Activa.

2- Vías de Reclamo Administrativa: ante la Autoridad de Aplicación. 3- Previsión de sanciones administrativas para los agentes públicos y sanciones éticas para los funcionarios públicos.

4- Determinar la Acción de Amparo como la vía judicial de reclamo, ante la C.C.A.

5-Cuando se recurra a la Vía Judicial y se condene a un funcionario a brindar información, publicar la información y generar las instancias de participación ciudadana, se deberá poner en conocimiento de la Autoridad de Aplicación a los fines de deslindar responsabilidades.

6-Ampliar las facultades de la Autoridad de Aplicación para promover, capacitar

### 23- Conclusiones

En primer lugar, deseo resaltar el impacto de la convencionalidad en la Provincia del Chaco y en la ciudad de Resistencia, generó regulaciones normativas y dotó a organismos administrativos de competencias y facultades para promover el cumplimiento de los derechos y garantías de las personas, a su vez éstos Organismos Administrativos en el desarrollo de su trabajo generaron Resoluciones, Dictámenes, Informes Técnicos donde efectúan un análisis pormenorizado de cumplimiento o incumplimiento por parte de agentes y/o funcionarios públicos a los deberes legales impuestos.

Asimismo, se puede advertir que la sinergia que debe desplegar la Administración Pública para pasar de la consagración a la efectividad de los derechos y garantías constitucionales y convencionales, es una actividad compleja, que requiere de programación, previsión y articulación interinstitucional, este trabajo no depende de un solo organismo, sino que implica la intervención de varios actores, cada uno con las especialidades concretas.

Actualmente existe un trabajo coordinado entre los Organismos Administrativos responsables de garantizar el Acceso a la IP en la Provincia, pero aún resta generar una Articulación con el Poder Judicial, ya que los Organismos Administrativos con potestades sancionatorias sobre los agentes públicos bajo su dependencia, desconocen el resultado de las causas judiciales, en consecuencia habría que activar las Potestades Disciplinarias y Éticas, a los fines de que se implementen las informaciones sumarias o sumarios ante infracciones a Leyes de Acceso.

No se trata solamente de verificar la compatibilidad de las normas locales con las convencionales, ya que esta Convencionalidad le es aplicable a todo el Estado en su extensión, sino que también hay que desarrollar actividades de prevención que garanticen el Acceso a la IP y la participación ciudadana.

Actualmente en Argentina hay 4 Provincias sin normas de Acceso a la Información Pública: **Formosa, La Pampa, San Juan y Tucumán no tienen regulados los mecanismos para brindar datos públicos, por lo que la ciudadanía tiene dificultades para conocer de qué manera se manejan los recursos públicos.**

Sin embargo, algunas provincias dictaron sus propias leyes o Decretos de acceso y otras han adherido a la Ley Nacional N° 27.275.

En la Provincia del Chaco, de los 69 municipios, el Municipio de Sáenz Peña se encuentra trabajando en un proyecto de Ordenanza Municipal sobre Acceso a la IP. No obstante es importante reconocer que la principal dificultad de los gobiernos municipales es el acceso a la tecnología y servicio de internet, lo que constituye un obstáculo para que puedan publicitar digitalmente los actos de gobierno, siendo el Municipio de Resistencia, la ciudad Capital el único que cuenta desde el año 2022, con un Boletín Electrónico Municipal.

Garantizar la transparencia, el acceso a la información pública, el cual como consecuencia natural surge la participación ciudadana, son algunos de los nuevos paradigmas en el Derecho Administrativo, en el trabajo se analizó de qué manera las normativas locales garantizan o materializan su operatividad, el trabajo es referencial y demanda una investigación profunda, concluyo con mayores inquietudes, como ser; se analiza las medidas que adopta la administración en el diseño de políticas públicas, escucha la Administración previamente los intereses de la ciudadanía, antes de adoptar una decisión, el Estado es transparente en la ejecución del presupuesto?, da a conocer su estructura orgánica, cantidad de personal de planta permanente, contratados, becarios etc.

Para concluir, resta un arduo trabajo por delante, abocarse al estudio e investigación de las administraciones locales, para verificar las adecuaciones normativas a la convencionalidad, tarea para la cual entiendo que debe realizarse en coordinación y cooperación entre las asesorías jurídicas, órganos de contralor, administraciones provinciales y municipales, para poder identificar normas y prácticas que afecten derechos y garantías constitucionales, en su caso proponer las respectivas modificaciones y reestructuraciones estatales para responder en forma oportuna las afecciones, en definitiva propongo se active un trabajo de prevención y previsión.

Otra sugerencia del trabajo es poder trabajar en un proyecto de Ley Nacional, que prevea un procedimiento administrativo para implementar las decisiones de los órganos internacionales.

Del trabajo, también surge que el Impacto de la Convencionalidad en las Administraciones Públicas generó transformaciones orgánicas en las tres funciones estatales, tanto en el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Que el cumplimiento de las obligaciones legales asumidas en el Derecho Internacional, no se agota con las adecuaciones normativas dictadas por los Órganos Deliberantes, sino que demanda una organización administrativa consciente en consonancia con los estándares internacionales delimitados por los Organismos Internacionales. Pero, cómo hacen los Estados Provinciales y Municipales para cumplir con estos estándares si no conocen el alcance y dimensiones del Derecho Internacional, si el Estado Argentino, no publica las comunicaciones oficiales que reciben de los organismos internacionales.

Al efecto, inicialmente considero necesario el cumplimiento por parte del Estado Argentino de las siguientes acciones:

Sistematizar y publicar las Comunicaciones oficiales recepcionadas de los Organismos Internacionales de Derechos Humanos.



Establecer un procedimiento o mecanismo general para implementar las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos.

Realizar un Abordaje Integral y coordinado entre las distintas esferas gubernamentales, para resolver los casos de graves afectaciones a los derechos fundamentales.

La recepción normativa y jurisprudencial del derecho a acceder y publicar información pública, transparencia y participación ciudadana es un primer gran paso, para fortalecer la Democracia. Interiorizar en la ciudadanía que el acceso a la información pública es un derecho humano fundamental, que puede ejercitar como herramienta de control debe ser parte de la agenda.

Trabajar en prevención y sanción debería ser una política pública, la capacitación del personal público debe ser obligatorio y gratuito, la falta de conocimiento de los alcances de la norma de acceso ha generado litigiosidad para el Estado.

Ahora bien, se puede afirmar que la Provincia del Chaco, ha sido una Administración Activa y moderna para sancionar leyes recepcionado los Estándares Internacionales, se observa como las distintas esferas estatales han trabajado en la implementación en sede administrativa de las garantías constitucionales consagradas, siendo pionera en la región y el país en cumplir con las obligaciones legales estatales, primero con las adecuaciones normativas, dotar de competencias y facultades de intervención a un organismo Autónomo e independiente, lo cual cumple con las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Resta mucho camino por delante, cada administración deberá analizar si sus estructuras jurídicas internas garantizan la vigencia y operatividad de los derechos humanos fundamentales en Sede Administrativa, tanto en los procedimientos administrativos, como en el diseño y gestión de políticas públicas, constituye el desafío jurídico y político de los Estados Democráticos Modernos y Globalizado, generar los espacios de participación ciudadana, establecer un procedimiento administrativo colectivo urgente, es decir, adecuar el procedimiento de acuerdo a la naturaleza del derecho inculcado, puede ser una opción para abordar los casos de afectaciones, como también establecer un programa especial que garantice el efectivo acceso a la justicia de personas de extrema vulnerabilidad.

Concluyo con el título de la obra literaria del Dr. Carlos S. Fayt "Evolución de los derechos sociales: del Reconocimiento a la exigibilidad", El legado del Siglo XX y los desafíos del Siglo XXI, nuestra joven democracia nos plantea los desafíos reseñados y como profesional del derecho, mi compromiso para trabajar en libre ejercicio de los derechos.

## Bibliografía

Constitución Nacional. Comentada 4ta. Editorial La Ley, Edición Ampliada y Actualizada Dra. Maria Angelica Gelli. 2008.

Constitución de la Provincia del Chaco.

Carta Orgánica Municipal de Resistencia.

Control de Convencionalidad en la Administración Pública. Editorial Astrea. Dr. Pablo Gutierrez Colantuono. 2022.

Sagues, La Constitución Argentina creció, cualitativamente, cerca del 70 %.

Sagues, Nestor Pedro.

Acceso a la Información Pública y Transparencia. Marcela I. Bateria.

Editorial Astrea. 2018.

Ley Nacional N° 27.275 Comentada- Ministerio del Interior Obras Públicas y Vivienda. Presidencia de la Nación 2017.



Curso de Posgrado  
de Sociedades.

Cuestiones de Actualidad.  
Teórico Práctico



# Participaciones societarias de carácter propio, su mayor valor y la disolución de la comunidad de ganancias

Claudia S. Ferroni

---

## 1. Introducción

Un problema que se presenta con cierta frecuencia al momento de liquidar la comunidad de ganancias, y que pone en tensión el derecho societario con el derecho de familia, es el tratamiento jurídico que debe darse al mayor valor de las participaciones societarias propias de uno de los cónyuges, que se hayan producido durante la vigencia del matrimonio.

En efecto, ante la disolución de la comunidad de gananciales se plantean fuertes interrogantes frente a la expectativa económica del cónyuge no socio, sobre las participaciones societarias de su cónyuge y sobre los derechos patrimoniales derivados de las mismas.

Especialmente el tema que nos proponemos dilucidar es si el mayor valor adquirido por acciones, cuotas o participaciones societarias de carácter propio de un cónyuge, durante la vigencia de la comunidad, debe ser considerado de carácter ganancial o propio, o bien, manteniendo el carácter propio, si debe generar o no un derecho de recompensa a favor de la comunidad de ganancias del socio; y, de ser así, en qué casos y bajo qué requisitos.

Dado que la participación del socio en la sociedad se representa en acciones, cuotas o partes de interés, que pueden revestir la calidad de bien propio o ganancial y que el destino que la asamblea de accionistas decida darle a las utilidades líquidas y realizadas de cada ejercicio contable, incide en forma refleja en el mayor valor de dichas participaciones, revisaré previamente algunos conceptos básicos del régimen patrimonial del matrimonio y del derecho societario, necesarios a fin de dilucidar el tema planteado.

## 2. Breve referencia al régimen patrimonial del matrimonio

El Código Civil y Comercial de la Nación (C.C.C.N.) introdujo la posibilidad de que los futuros cónyuges opten, mediante la celebración de convenciones matrimoniales, entre el régimen de comunidad de ganancias o el de separación de bienes (art. 446 inc. d) del C.C.C.N.) Si no acuerdan un régimen en particular, se aplicará de manera supletoria el régimen de comunidad de bienes (art. 463 C.C.C.N.).

El nuevo régimen de comunidad de bienes guarda similitud con el del código derogado. Pese a algunos cambios, sigue siendo aquel caracterizado por la distinción entre bienes propios -de cada uno de los cónyuges- y bienes gananciales -adquiridos durante la vigencia del matrimonio-. Según el artículo 464 del CCC: *“Son bienes propios de cada uno de los cónyuges: a) los bienes de los cuales los cónyuges tienen la propiedad, otro derecho real o la posesión al tiempo de la iniciación de la comunidad; b) los adquiridos durante la comunidad por herencia, legado o donación, aunque sea conjuntamente por ambos, y excepto la recompensa debida a la comunidad por los cargos soportados por ésta, ..., c) los adquiridos por permuta con otro bien propio, mediante la inversión de dinero propio, o la reinversión del producto de la venta de bienes propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si hay un saldo soportado por ésta; Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial, sin*

*perjuicio de la recompensa debida al cónyuge propietario; d) los créditos o indemnizaciones que subrogan en el patrimonio de uno de los cónyuges a otro bien propio; e) los productos de los bienes propios, ...; f) ....; g) los adquiridos durante la comunidad, aunque sea a título oneroso, si el derecho de incorporarlos al patrimonio ya existía al tiempo de su iniciación; h) ...i) .j) los incorporados por accesión a las cosas propias, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con dinero de ella; k) las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, o que la adquirió durante ésta en calidad de propia, así como los valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de ésta para la adquisición.....”.*

De conformidad con lo dispuesto por el art. 465 del CCCN, son bienes gananciales: “a) los creados, adquiridos por título oneroso o comenzados a poseer durante la comunidad por uno u otro de los cónyuges, o por ambos en conjunto, siempre que no estén incluidos en la enunciación del artículo 464; ....c) los frutos naturales, industriales o civiles de los bienes propios y gananciales, devengados durante la comunidad....”

Conviene también recordar la diferencia de concepto entre fruto y producto que establece el art. 233 del CCCN, al disponer: “Frutos son los objetos que un bien produce, de modo renovable, sin que se altere o disminuya su sustancia...Frutos civiles son las rentas que la cosa produce....Productos son los objetos no renovables que separados o sacados de la cosa alteran o disminuyen su sustancia...”

En la comunidad de ganancias cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos. Por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales responde también el cónyuge que no contrajo la deuda, pero sólo con sus bienes gananciales (art. 467 C.C.C.N.).

En el régimen de separación de bienes los cónyuges conservan la libre administración y disposición de sus bienes personales, y cada uno de ellos responde por las deudas por él contraídas, con excepción de aquellas contraídas por uno de los cónyuges para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos (art. 505 C.C.C.N.). Sólo en estos casos los cónyuges responden solidariamente.

No hay duda alguna que, en el régimen de separación de bienes, el mayor valor de las participaciones propias verificado durante el matrimonio, así como todas las participaciones adquiridas durante el matrimonio son de carácter propio del cónyuge socio.

Tanto en el régimen de comunidad de bienes, como en el de separación de bienes, el cese del mismo se producirá por la disolución del matrimonio, o bien por la modificación del régimen convenido entre los cónyuges (arts 475 y 507 C.C.C.N.).

Según Arianna<sup>1</sup> “la disolución de la comunidad actualiza entre los cónyuges o sus sucesores el derecho de partición sobre la masa de gananciales. Esta partición es por partes iguales entre ambos cónyuges o sus sucesores, tal como sucedía en el código derogado.

### **3. Nociones básicas de derecho societario vinculadas al Tema planteado**

#### **3.A) LAS UTILIDADES SOCIETARIAS Y SUS DESTINOS POSIBLES:**

La ley de sociedades utiliza indistintamente los términos utilidad, ganancia y beneficio como resultado positivo de un ejercicio económico. Sin embargo, la doctrina<sup>2</sup> los diferencia de-

1. ARIANNA, Carlos, Régimen patrimonial del matrimonio, Astrea, Buenos Aires, 2017.

2. SASOT BETES, M. A., “Sociedades anónimas. Los dividendos”, Ed. Ábaco, Buenos Aires 1977, pág. 7



nominando “ganancia” al resultado positivo de la cuenta de ganancias y pérdidas, “beneficio” al incremento del patrimonio social exteriorizado por el balance como resultado de la mayor dimensión del activo en relación con el pasivo, y “utilidad” a la parte del beneficio que la asamblea de accionistas desea distribuir entre las acciones

Las utilidades obtenidas por la sociedad pueden devenir en diferentes destinos:

a) distribuirse entre los socios, convirtiéndose en dividendos; b) no distribuirse y pasar a reservas legales o voluntarias con fines de reinversión o previsión a futuro o simplemente retenerse en la cuenta contable denominada resultados no asignadas o c) capitalizarse, emitiendo acciones que serán distribuidas en proporción a las participaciones sociales (lo que se conoce como dividendo en acciones).

Según Vivante<sup>3</sup> el dividendo es el beneficio neto abonable periódicamente sobre cada acción, quedando subordinado a dos condiciones el derecho a exigirlo: que sea aprobado por la asamblea y que ésta no modifique el estatuto suspendiendo su pago, por ejemplo, para constituir un fondo de reserva.

Por aplicación de los conceptos expuestos, los dividendos de las acciones propias de uno de los cónyuges son gananciales, pues “los frutos naturales o civiles de los bienes comunes o propios de cada uno de los cónyuges, percibidos durante el matrimonio, o pendientes al tiempo de concluirse la sociedad son considerados gananciales” (art. 465, inc.c) CCCN). En igual sentido, los “dividendos devengados o pendientes al tiempo de celebrarse el matrimonio son propios, mientras que los devengados o pendientes al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal serán gananciales aunque su percepción se concrete después<sup>4</sup>.”

### **3.B) DERECHO DEL SOCIO A LA DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES:**

La distribución de las utilidades constituye uno de los derechos más importantes del socio ya que, como tal, espera obtener los réditos propios de la gestión social. Según lo establece el art. 68 de la ley N° 19.550, se efectúa por ganancias realizadas y líquidas, una vez confeccionado y aprobado el balance de ejercicio que las determina.

Se ha sostenido que la utilidad pertenece a la sociedad y el dividendo al accionista. Sin embargo, “el hecho de que la utilidad pertenezca a la sociedad no obsta a que de algún modo ésta pueda estar obligada a decidir su distribución<sup>5</sup>” .

La distinción entre los conceptos de derecho al dividendo y derecho al reparto periódico de utilidades involucra la pugna de intereses que naturalmente se plantea en las sociedades anónimas. De un lado, los del accionista a procurar al máximo la finalidad esencial que le ha impulsado a entrar en la sociedad (reparto del lucro) y, de otro, los de la sociedad, tal como la conciben sus órganos legales, a la productividad y conservación de la empresa. Se trata de la oposición tantas veces subrayada entre política de altos dividendos y política de autofinanciación<sup>6</sup>.

Existen posturas encontradas respecto a reconocer la existencia de un derecho al reparto periódico de utilidades. Coincidimos con los autores que sostienen que la regla es la distribución de los beneficios a medida que estos se generan. El derecho a percibir los dividendos debe considerarse como fin implícito de los socios al constituir una sociedad comercial. Esta afirmación tiene fundamento en una interpretación finalista de la ley N° 19.550, ya que la causa típica

3. VIVANTE, Cesare, “Trattato di Diritto Commerciale”, Milano 1906, Vol. II, pág. 383, N° 571

4. Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A., “Manual de Derecho de familia”, Ed. Astrea, 6ta ed. Actualizada, Buenos Aires, 2008, pág. 239

5. Lezica, Miguel J. R., “Revista de las Sociedades y Concursos”, 22/7/2009 y CNCom., Sala D, 26/12/1979, en autos “Mihura, Luis y otro c/ Mandataria Rural S.A.”, E.D. 1980 T.89 pág. 480

6. Olivera García, Ricardo, “Estudios de derecho societario”, Ed. Rubinzal -Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 395



de las sociedades comerciales es el lucro<sup>7</sup>. Ello se desprende del art. 1 de dicha ley, cuando refiere a la participación de los socios en los beneficios<sup>8</sup>.

Las utilidades líquidas y realizadas, luego de confeccionado el balance, tienen por destino natural su distribución entre los socios, salvo que, excepcionalmente y mediando razones concretas y fundadas, el órgano de gobierno de la sociedad resuelva otorgarles otro destino. Debe quedar claro que el principio general en materia del destino de las ganancias obtenidas por la sociedad es su distribución entre los socios, pues éstos constituyeron la sociedad o participan en ella para ganar dinero<sup>9</sup>.

Está consagrada la distinción entre el derecho al reparto de utilidades y el derecho al dividendo. El primero resulta una consecuencia del resultado positivo que muestre el estado de resultados mientras que el segundo es sólo una derivación de la resolución asamblearia que disponga la distribución de tal utilidad así consagrada. Si bien ambos constituyen una expresión de los derechos patrimoniales de los accionistas, el derecho al reparto anual encierra una expectativa o, como dice el maestro Uría, es un derecho corporativo inconcreto y abstracto que no hace nacer por sí a favor del accionista ninguna acción de pago de cantidad<sup>10</sup>.

Lo expuesto no debe llevar a concluir que tal derecho, si bien no es de naturaleza creditario, deja de tener sustancia. En efecto, su contenido está dado por los distintos mecanismos que el sistema legal confiere para que: a) no sea admitida la renuncia anticipada del mismo al sancionarse con la nulidad toda convención que atente contra el derecho a la aprobación e impugnación de los estados contables (art. 69, L.S.C.); b) no se impida o restrinja el derecho a participar en la adopción de resoluciones de cualquier orden a su respecto.

El actual ordenamiento societario consagra, a nuestro juicio, el derecho del socio a reclamar el reparto periódico de utilidades, subordinado, claro está, a la existencia de ganancias en el ejercicio de que se trata.

Varias son las razones que justifican esa conclusión:

a. El artículo 68 de la L.S.C., aplicable para todas las sociedades comerciales en concordancia con lo dispuesto por el art. 224, párr. 1 –prescripto este último para las sociedades por acciones-, determina que los dividendos no pueden ser aprobados ni distribuidos a los socios, sino por ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado de acuerdo con la ley y el estatuto y aprobado por el órgano social competente.

b. En tal sentido, el art. 234 de la ley N° 19.550 establece la necesidad de la convocatoria, por parte del directorio de la sociedad, de una asamblea de accionistas para considerar el balance general, estado de resultados, distribución de ganancias, etc., la cual debe ser efectuada dentro de los cuatro meses del cierre de ejercicio.

c. Resulta necesario, por parte de los administradores, aclarar en la memoria las razones que determinan la constitución de reservas y la distribución de ganancias de otro modo que en efectivo (art. 66, incs. 3 y 4, LSC), en tanto esas actuaciones implican una forma de afectar el derecho de los socios a la distribución de los beneficios obtenidos por la sociedad.

d. Conforme el art. 70 de la L.S.C. solo podrán constituirse otras reservas que las legales cuando aquellas sean razonables y respondan a una prudente administración.

7. Olivera García, Ricardo, Ob. Cit., pág. 396.

8. Colombres, Gervasio R., “Curso de Derecho Societario. Parte general”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, pág. 56.

9. Nissen, Ricardo Augusto, “Ley de Sociedades comerciales 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada.”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010, T. I, pág. 730/731; Conf.: Rovira, Alfredo L., “El derecho al reparto anual de utilidades y su protección”, ED, T.89 pág. 472-473, citando a Girón Tena, J., “Derecho de Sociedades Anónimas”, publ. de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Valladolid, 1952, pág. 454, quien expresa que en el derecho español deben alegarse motivos suficientes para justificar la no distribución, no pudiéndose dar reglas generales al efecto.

10. Rovira, Alfredo L., Ob. Cit., citando a Uría, R., “Derecho Mercantil”, Madrid, 11ª edic., 1976, pág. 214



En síntesis, lo relacionado implica darle a este derecho abstracto el rango de vallado al poder omnímodo de la asamblea como expresión de la mayoría en lo que se refiere al destino a fijarse a la utilidad así consagrada.

Así es que podemos decir que el derecho al reparto anual de las utilidades constituye uno de los pilares esenciales en que se apoya la estructura societaria, manifestándose como un derecho individual inderogable de todo socio, aunque “ni el cuanto, ni en principio el cuando de la distribución, queden fijados de antemano<sup>11</sup>”.

Por tanto, sólo la existencia de una decisión asamblearia expresa y fundada que decida retener las ganancias obtenidas por la sociedad con razonabilidad y en el marco de una prudente administración (art. 70 Ley 19550) puede privar a los accionistas del legítimo derecho de percibir sus dividendos<sup>12</sup>. Esta exigencia nos demuestra que la retención de utilidades es algo excepcional<sup>13</sup>.

#### 4. El mayor valor de las participaciones societarias propias y la disolución de la comunidad de ganancias

No existe discusión acerca de que las participaciones societarias de titularidad del cónyuge adquiridas antes del matrimonio o las que incorpore a su patrimonio durante el matrimonio si optaron por el régimen de separación de bienes, son bienes propios, así como las que reciba a título gratuito durante la vigencia de la comunidad. Asimismo, existe consenso respecto a que los dividendos generados por todas las participaciones, sean propias o gananciales, son gananciales, por su carácter de frutos, por lo que en este caso el cónyuge del socio tendría derecho a participar del valor de dichos dividendos<sup>14</sup>.

11. Rovira, Alfredo L., Ob. Cit., citando a Rubio, J., “Curso de Derecho de Sociedades Anónimas”, Ed. de Derecho Financiero, Madrid, 3ª Ed., 1974, pág.338. 12 Conf.: Nissen, Ricardo Augusto, Ob. Cit., T. I, pág. 745.

12. onf.: Nissen, Ricardo Augusto, Ob. Cit., T. I, pág. 745

13. Conf.: Matta y Trejo, Guillermo E., “El examen judicial del aumento del capital en la anónima” Revista de las Sociedades y Concursos. Abril-Mayo 2008 N° 51, pág. 72. Este mismo criterio fue seguido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, en el caso “Mihura, Luis y otro c/ Mandataria Rural S.A”, marcando con su fallo un hito en este tema, al reconocer el reclamo de un accionista ante una sociedad que no distribuía sus ganancias. La sentencia que hizo lugar a la pretensión de nulidad de las decisiones asamblearias expresó entre otros los siguientes conceptos: “Es válido sentenciar que de una vez para todas sea dispuesta la aplicación natural de las ganancias acumuladas obtenidas en ejercicios anteriores, cuyo destinatario es el aportante del capital merced al cual fueron obtenidas. Lo contrario implicaría una expropiación virtual, por particular y sin indemnización, pues no capitalizadas, ni distribuidas, quedarían ad aeternum en una especie de repositorio contrario a todo sentido real de la propiedad privada en las sociedades mercantiles.” “Es inconcebible en el sistema económico dentro del cual se desempeña una sociedad anónima, y gracias al cual existe, pretender retener indefinidamente como “cuenta nueva” o “reservas” las ganancias de una empresa comercial. Si tal proceder prosperara, el sistema jurídico que lo autorizara así no se distinguiría en nada de la mas absoluta expropiación de todos los bienes; porque a esto se ha querido llevar el patrimonio de los socios cuya utilidad nunca era entregada.” “Quienes mediante la creación de reservas facultativas, o el traslado a “cuenta nueva” de las utilidades de ejercicios, retacean la distribución de utilidades de una sociedad a los accionistas, movidos por artificios jurídicos y contables, destinados a ganar poder o ventajas, deberían reflexionar en la circunstancia de que si ellos mismos soportaran tal tratamiento, no quedaría capital privado con qué constituir sociedades, para llevar a cabo nuevas empresas. Los responsables de este engendro económico han actuado contra el sentido histórico del régimen cuyos instrumentos jurídicos usaron. Tal herejía no debe prosperar, pero si prosperara, destruiría ese sistema.” “Si se sostiene que el accionista tiene un derecho irrenunciable a las utilidades, la sociedad sólo puede constituir reservas legales, cuando se dan ciertas condiciones: a) que sean razonables; b) que respondan a un criterio de prudente administración; c) que si las reservas acumuladas excedan el capital y las reservas legales, la decisión de la asamblea deberá adoptarse conforme al artículo 244 último párrafo (del fallo de Primera Instancia).” “El suscripto agrega que es de la esencia del derecho de la sociedad que los socios aspiren al reparto de la utilidad ya que también deben soportar las pérdidas en orden a lo dispuesto por el art. 1º de la ley N° 19.550. (conf. art. 13 del referido cuerpo normativo y art. 1652 del Cód. Civil).” (CNCom., Sala D, 26/12/1979, en autos “Mihura, Luis y otro c/ Mandataria Rural S.A.”, E.D. 1980 T.89 pág. 480).

14. DUPRAT Diego A. J. y MARCOS Guillermo A., Participaciones societarias, utilidades y sociedad conyugal del socio. Comentario al fallo “Fernández, Carlos Alberto c/ Davicino, Jorge Nereo y otros s/ Incidente de exclusión de bienes hereditarios”, en Microjuris, 2010.



El conflicto es presenta cuando las utilidades del ejercicio no se distribuyen entre los socios, sino que permanecen dentro del patrimonio de la sociedad, o sea que se retienen, ya sea en la cuenta contable de resultados no asignados o porque se destinan a la constitución de una reserva facultativa; es decir, se retienen sin que se opere ninguna transferencia de activos desde la sociedad a los socios, pero en razón de que esas utilidades retenidas redundan en un aumento del patrimonio de la sociedad, las participaciones de los socios verifican un aumento de valor reflejo.

Entonces nos preguntamos: ¿ si las participaciones societarias fueran propias y el aumento de su valor se diera en vigencia de la comunidad, por alguno de los mecanismos de retención o capitalización de utilidades descriptos en los puntos precedentes, el cónyuge no socio o la comunidad tendrían algún derecho frente a este mayor valor adquirido por la participación societaria propia?.

Antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación este tema generó un gran debate doctrinario<sup>15</sup> que, en parte aún subsiste, si bien en otros aspectos y debido a la redacción de la norma del artículo 491, tercer párrafo del referido cuerpo legal.

El codificador, en el citado artículo, optó por regular solamente lo que sucede cuando la participación de carácter propio de uno de los cónyuges en una sociedad adquiere un mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la comunidad; resolviendo que, en ese caso, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad (art. 491, 3er. Párrafo, CCCN), extendiendo la misma solución a los fondos de comercio.

Adriana Kransow<sup>16</sup> sostiene que la norma comentada nos permite interpretar que las acciones recibidas por el cónyuge socio, en de capitalización de utilidades revisten el carácter de bien propio, excluyendo su ganancialidad, debido que se aplica la regla de la causa o título (art. 464 inc g del C.C.C.N.).

Ricardo Lorenzetti<sup>17</sup> al explicar la solución adoptada por el Código afirma que el derecho de recompensa reconocido en este caso refuerza el carácter propio de la participación societaria, encontrando fundamento en un principio de justicia derivado del desequilibrio patrimonial que se produce cuando se aplican bienes de la comunidad para sumar valor de los bienes propios, por lo que la comunidad tiene derecho a ser compensada por las utilidades reinvertidas en provecho del titular del bien, tratándose de un supuesto de mayor valor de un bien propio. Sin embargo, Lorenzetti puntualiza que resulta trascendente la consagración de la necesidad de transformación del capital societario como recaudo para hacer viable la recompensa a favor de la comunidad, aclarando que cuando el mayor valor provenga de la reserva facultativa de utilidades (no reinvertidas), no nacerá el derecho de recompensa, pues de conformidad con lo dispuesto por el art. 464 inc. k) del Código, el incremento en el valor de las acciones propias no se habría originado en la reinversión o disposición de bienes gananciales (dividendos), sino de bienes que nunca ingresaron al patrimonio del cónyuge (utilidades).

15. ROCA, Eduardo A., "Carácter propio o ganancial de la utilidad o aumento de las participaciones societarias", Rev Derecho de Familia, N° 32, Nov.-dic 2005, Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, p.131; FAVIER DUBOIS, Eduardo, "La financiación de la empresa familiar y sus resultados contables frente a la liquidación de la sociedad conyugal", LL, 76-2010, p.1, LL 2010-C-1225; FASSI, Santiago y BOSSERT, Gustavo, Sociedad Conyugal, TI, Astrea, Bs As,1977,p254. DUPRAT, Diego, "Dividendo y sociedad conyugal. Carácter propio o ganancial del dividendo. Distintos supuestos", Re Derecho de Familia, N° 51, septiembre 2011, p.65. Por otro lado: FOURCADE, Antonio Daniel, "Los frutos de las participaciones societarias de los cónyuges", en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones Tomo 2012 A Año 45 Págs. 835 / 850 y en "Participaciones societarias de los cónyuges. Encuadramiento jurídico y patrimonial de sus frutos, DJA del 14.02.2007, JA-2007-I-1008, BORDA, Guillermo, Tratado de Derecho Civil, 10 edic., TI,p.253

16. KRANSOW, Adriana, "Calificación de bienes en el matrimonio", en Relaciones patrimoniales en el matrimonio y en la convivencia de pareja, Nuevo Mundo Jurídico, Córdoba, 2011, p.184.

17. LORENZETTI, Ricardo, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, 1era edic., T.III, p.85 y p.231/233.





En apoyo de la solución legal, Ferrer<sup>18</sup> explica: “La tenencia de acciones se considera como un paquete, cuya significación reside en representar una parte determinada del capital social, asignando a veces a su titular el control de la sociedad o determinadas posiciones en el directorio. Por lo tanto, la desintegración de ese conjunto puede tener consecuencias económicas perjudiciales para su titular. Calificar como gananciales las acciones recibidas en sustitución del dividendo puede ser un factor de desintegración del paquete accionario. Ahora bien, el verdadero fruto del capital es la suma de dinero que la asamblea resuelve distribuir como dividendo a los accionistas, y que representa una utilidad social. Cuando dicho dividendo se paga en acciones, es porque la asamblea obliga a los accionistas a invertir las sumas de dinero que les correspondan, en suscripción de nuevas acciones. Así la suma de dinero que constituían las utilidades, y que era ganancial, aparece sustituida por las acciones que el cónyuge accionista adquiere en virtud de lo resuelto por la asamblea, en base a lo cual los dividendos, las utilidades, cambian de naturaleza, dejan de ser tales, y pasan a ser capital, pues la emisión de nuevas acciones no significa otra cosa que dividir en más partes el capital. Por lo tanto, los dividendos en acciones provenientes de acciones propias son propios a la vez”.

La pregunta que se hace la doctrina es por qué la norma del tercer párrafo del art. 491 del CCCN sólo se refiere al caso de aumento de valor de las participaciones propias por capitalización de utilidades sociales?

Arianna<sup>19</sup> encuentra la respuesta a este interrogante en el hecho que en el caso de capitalización de utilidades se “aumenta el capital social de modo casi definitivo (salvo decisión de asamblea de reducción de capital), en cambio si sólo se retienen utilidades como reservas, al estar destinadas las mismas a paliar situaciones mercado, dificultades de accesos al crédito u otros motivos razonables, el aumento del patrimonio que las mismas provocan tiene carácter transitorio, por lo cual no daría derecho a recompensa.

Un prestigioso sector de la doctrina<sup>20</sup> estima discutible la solución legal adoptada, por cuanto afirma que, en el supuesto bajo análisis (mayor valor derivado de la capitalización de utilidades), el incremento del valor del paquete accionario no se habría originado en el empleo de fondos gananciales, por cuanto la utilidad capitalizada pertenece a la sociedad comercial y no al cónyuge socio sin que medie, en el caso, ningún desembolso de aquél.

En opinión de Diego Duprat<sup>21</sup> la norma del art. 491, 3er párrafo del C.C.C.N. presume, sin decirlo, que al haberse aumentado el valor de las participaciones sociales de carácter propio de uno de los cónyuges, debido a la capitalización de utilidades de la sociedad de la que es parte, se ha operado un enriquecimiento de éste en perjuicio de la comunidad y por ello debe compensarla<sup>22</sup>. Así la norma innova sobre el régimen tradicional de recompensas en la comunidad de ganancias, ya que prevé un supuesto de compensación a favor de la comunidad -en caso de

18. FERRER, Francisco AM, *El Régimen Patrimonial del Matrimonio*, Rubinzal Culzoni, 2017, p.121/123

19. ARIANNA CARLOS A., “La liquidación de la comunidad de ganancias. Indemnización por despido. Utilidades de sociedades comerciales no distribuidas”, *Rev. De Derecho de Familia (Abeledo Perrot)* N° 84, 2018.IIp.7

20. ARIANNA, Carlos, *Notas al Proyecto de Código Unificado en materia de recompensas, LL*, del 14.09.2012; en el mismo sentido ROCA, *Carácter propio...*, p 133 y DUPRAT, Diego, *Dividendo y sociedad conyugal, Carácter propio o ganancial del dividendo, Distintos supuestos*, en *RDF*, N°51, p.179. (Duprat, Diego, “Régimen patrimonial del matrimonio frente a la sociedad de uno de los cónyuges. Recompensas frente a la comunidad del cónyuge socio”,

XIV Congreso de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, compilado por Gabriela Calcaterra, 1 ed, Advoatus, Córdoba, 2019, Tomo II pág. 1455 y ss

21. Duprat, Diego, “Régimen patrimonial del matrimonio frente a la sociedad de uno de los cónyuges. Recompensas frente a la comunidad del cónyuge socio”, XIV Congreso de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, compilado por Gabriela Calcaterra, 1 ed, Advoatus, Córdoba, 2019, Tomo II pág. 1455 y ss

22. A favor del enriquecimiento sin causa como justificación de las recompensas, GUIAGLIANONE, Aquiles, *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, p.251, 262 y 265. En contra, ZANONI, *Derecho Civil- Derecho de Familia*, T.I, 3era edic. actualizada y ampliada, Astrea, Bs As, 1998,p778.



acrecentamiento de valor de bienes de carácter propio- donde no se ha utilizado fondos gananciales, sino rentas obtenidas por una tercera persona, como es la sociedad en la que uno de los esposos es socio. En consecuencia se excepciona el régimen de recompensas donde el principio general es que se debe recompensa a la comunidad cuando se utilizan bienes o sumas de dinero considerados gananciales ya sea para adquirir, beneficiar, mejorar, otorgar mayor valor o extinguir derecho que afectan a bienes de carácter propio.

Para Duprat ni siquiera el argumento del esfuerzo compartido justificaría la solución adoptada por la norma del artículo 491, 3 er párrafo, del CCCN, ya que el mismo no se verificaría cuando el aumento del patrimonio de la sociedad no se haya debido a conducta alguna del cónyuge socio, quien, inclusive, puede ser un socio minoritario sin ningún tipo de intervención en la gestión de la sociedad. Y menos aún cuando el aumento patrimonial de la sociedad se haya debido a cuestiones externas a la gestión social, como fluctuaciones bursátiles, condiciones económicas y financieras externas, aumento del valor de los activos sociales, cierta moda que ha beneficiado a los productos que fabrica la sociedad o se han originado en inversiones anteriores al nacimiento de la comunidad de ganancias del socio o incluso anteriores al ingreso del cónyuge como socio. En su opinión, tampoco tal argumento -del esfuerzo compartido- resulta esclarecedor en el supuesto en que la actividad del cónyuge socio haya sido decisiva en la gestión de la sociedad y relevante para la mejora del ente. En primer lugar por la dificultad práctica para acreditar en qué proporción el aumento del valor patrimonial que se refleja en el valor de las acciones se debe a una directa y exitosa gestión del socio o bien a otras circunstancias externas a él. Concluye así Duprat que estamos en presencia de una regla de difícil aplicación que en lugar de brindar solución, generará nuevos conflictos. En segundo lugar porque aun cuando pudiera determinarse que la actividad del socio fue la causa directa y exclusiva del aumento patrimonial de la sociedad, deberá tenerse en cuenta que los fondos reinvertidos o aplicados a dichos negocios corporativos exitosos, siempre fueron fondos de la sociedad que nunca se transfirieron a sus socios y que la eventual gestión exitosa del cónyuge socio dentro de la sociedad pudo haber sido debidamente remunerada a través del pago de salarios y honorarios, los cuales sí tendrían carácter ganancial. En su opinión<sup>23</sup>, el art. 491 impone una solución distinta a la regla general para imponer recompensas a un caso donde no se utilizan bienes comunes, ni hay en consecuencia, detrimento patrimonial de la comunidad en beneficio de uno de los cónyuges. Por tal motivo considera que si bien el principio de las recompensas establecido en el primer párrafo del art. 491 del CCCN debe interpretarse y aplicarse con carácter amplio, el supuesto específico que regula en el párrafo tercero, debe interpretarse de manera restrictiva, en tanto constituiría una excepción a la regla general, que no debería ser aplicado por vía de analogía.

En consecuencia para este autor, la norma en análisis dejaría afuera del derecho de recompensas a los aumentos de capital que no fueran por capitalización de utilidades, sino por ejemplo originados en aportes a cuenta de futuros aumentos de capital, por revalúos técnicos, por ganancias reservadas (aquellos que provienen de la desafectación de reservas facultativas), primas de emisión por capitalización de la cuenta “ajuste de capital”, etc.

No compartimos la opinión de la doctrina relacionada precedentemente ni tampoco la acotada solución legal adoptada por el codificador.

En efecto, adherimos al sector de la doctrina que considera que el derecho de recompensa originado en el mayor valor de las acciones de carácter propio, que se verifique durante la vigencia de la comunidad, debe operar no sólo ante la capitalización de utilidades, sino también en caso de toda retención de utilidades verificada durante la existencia de la comunidad y en forma proporcional a la tenencia del cónyuge socio. Todo ello en razón del carácter de orden público de la calificación legal de los bienes en la comunidad de ganancias y de la preminencia

23. Duprat, Diego, ob. cit., p. 1460.



que debe darse al orden público del derecho de familia frente a la norma societaria, en caso de tensión entre ambos (tal como sucedió en la evolución legal y jurisprudencial sobre la necesidad de otorgar asentimiento conyugal a la transferencia de acciones y participaciones societarias de los cónyuges, art. 470. Inc. b y c del C.C.C.N), y muy especialmente para evitar fraudes a la comunidad de gananciales y al cónyuge no socio.

Apoya también nuestra postura, entre otros argumentos, la perspectiva que brinda el hecho que la misma norma en cuestión (art. 491, 3er pár. CCCN), disponga para los fondos de comercio la misma solución impuesta a las participaciones societarias.

En efecto, ¿cómo sería la aplicación a los fondos de comercio de la norma que en caso de capitalización de utilidades y consiguiente aumento de valor de las participaciones societarias propias de un cónyuge, dispone la existencia de un derecho de recompensa, es decir de un crédito a favor de la comunidad?

El hecho de que el fondo de comercio no sea un sujeto de derecho sino sólo un conjunto organizado de bienes<sup>24</sup>, encausado hacia una actividad empresarial y que, por lo tanto, no tenga patrimonio propio, ni capital social en los términos de las sociedades, adquiere relevancia en la interpretación del párrafo anterior del art. 491 dedicado a las sociedades. El fondo de comercio es una universalidad que integra el patrimonio de una persona jurídica o humana. En el primer supuesto, debería aplicarse lo dispuesto para las sociedades en el tercer párrafo del art. 491 del CCCN. En el segundo, al no ser el fondo de comercio un sujeto de derecho, sus ganancias forman parte del patrimonio de sus titulares.

En consecuencia la aplicación de la solución brindada para las sociedades a los fondos de comercio de titularidad de personas humanas, nos lleva a interpretar que el aumento patrimonial a tener en cuenta para generar el derecho a recompensa no debería limitarse al mayor valor por capitalización de utilidades, sino que bastaría para ello el mero aumento patrimonial por retención de ganancias que se haya verificado durante la vigencia de la comunidad y que se mantuviera al momento de su disolución<sup>25</sup>. De lo contrario, con la simple decisión de la sociedad de no distribuir dividendos ni capitalizar utilidades, se lograría blindar las utilidades de la sociedad frente a eventuales acciones de recompensa del patrimonio de la comunidad del socio.

En este sentido Ricardo Gulminelli<sup>26</sup> propone, para llegar a esta misma conclusión, efectuar una adecuada interpretación del término “capitalización” utilizado en el citado artículo 491 del CCCN; de manera tal que el mismo sea considerado equivalente a “patrimonializar”. Así, bajo esta mirada, la constitución de reservas con utilidades implicaría una “patrimonialización” de las mismas que autorizarían el derecho a recompensa; de no aceptarse esta conclusión, quedaría vacío de sentido la remisión final de la norma analizada.

Otro argumento que esgrimen los seguidores de la tesis amplia<sup>27</sup> que propiciamos es que si la intención de la norma del 3er párrafo del art. 491 del CCCN ha sido considerar que, en las utilidades generadas por la sociedad donde participa un cónyuge socio (en la proporción de su tenencia) y obtenidas durante la vigencia de la comunidad, ha habido un aporte común -no dinerario- de ambos cónyuges (o bien ha sido fruto del esfuerzo compartido y complementario), entonces cabría ampliar los supuestos fácticos de la norma citada referidos a sociedades; caso contrario, mediante el sencillo trámite de no capitalizar las utilidades, ni distribuirlas vía

24. VITOLO, Daniel, “Transferencia de Fondos de Comercio”, Ad.Hoc, Bs As, 2014, p 64.

25. Conf: SOJO, Agustín, Comentario al art. 491, CCyC en el Código Civil y Comercial de la Nación (Bueres -dir.), 1º edic., T.2, Hammurabi, Bs As, 2016, p.283; BASSET, Úrsula, comentario al art. 491 en Código Civil y Comercial comentado (Alte-rini.dir), T.III, La Ley, Bs As, 2015, p.286 .

26. GULMINELLI, Ricardo, Constitución de Reservas y Participaciones societarias de carácter propio, XIV Congreso de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, compilado por Gabriela Calcaterra, 1 ed, Advoatus, Córdoba, 2019, Tomo II pág. 1446 y ss. 27 Argumento citado por Duprat, Diego, ob. cit, p. 1463.

dividendos, se estaría omitiendo la obligación de recompensar a la comunidad por utilidades afectadas a reservas facultativas o contabilizadas como resultados no asignados.

Al mismo resultado podemos llegar también con otros argumentos jurídicos. Veamos. En el régimen de comunidad, el sistema de calificación de bienes es un conjunto de disposiciones de orden público (arts. 463, 464, 465 y ss C:C:C:N), que no puede ser derogado por convenciones privadas entre los esposos, mucho menos entre uno de los cónyuges y terceros (sus socios), en perjuicio del otro cónyuge. Es decir, la calificación opera ministerio legis. Así la calificación dada a los bienes por los cónyuges no es fruto de lo que ellos manifiesten, sino del régimen patrimonial que es de orden público<sup>27</sup> y establece el carácter propio o ganancial, no pudiendo rectificarse sino por la prueba fehaciente de la naturaleza de los fondos afectados

Asimismo, podemos afirmar, tal como lo asevera Suárez Anzorena<sup>28</sup>, que más allá del efecto jurídico dispuesto por la ley al otorgarle a la sociedad personalidad jurídica separada de la de sus socios, no existe en realidad una absoluta separación e independencia entre la sociedad y los socios, pues detrás de la misma hay siempre intereses humanos y hombres que conforman o dirigen su voluntad, mientras que el instrumento es neutro; con mayor razón cuando se trata de una empresa familia, como son la mayoría de las sociedades en nuestro país. Recordemos también que las sociedades se forman con los aportes de dinero o especie que hacen los socios para constituir el capital social, el que queda representado en acciones. El fruto o renta de dichas acciones, es decir, del capital, no puede ser otro que las ganancias que se produzcan como consecuencia de la puesta en marcha, de la puesta a trabajar para obtener ganancias con dicho capital. Entonces, independientemente que las ganancias estén incorporadas al patrimonio de la sociedad hasta que se decida su distribución por la asamblea, son fruto del capital, ello no cambia su naturaleza, y por tanto están alcanzadas por la ganancialidad del régimen de comunidad, en la relación interna entre los cónyuges, sin que ello implique alteración alguna para el patrimonio de la sociedad, pues dicha ganancialidad debe hacerse valer a través del sistema de recompensas<sup>29</sup>.

Ya decía Guillermo Borda<sup>30</sup>, durante la vigencia del código civil derogado, que las utilidades pasadas a reserva o capitalizadas, no pueden ser consideradas como propias; afirmando que desde el momento en que los dividendos se han devengado, quedan calificados ministerio legis como gananciales; no es posible, por tanto, que la resolución de la asamblea de accionistas de llevarlos a reserva o capitalizarlos altere una calificación legal que es de orden público. Por lo demás, esta teoría facilita el fraude en perjuicio del otro cónyuge. Sabido es que numerosas sociedades anónimas son manejadas por una sola persona; bastaría que el cónyuge que la controla resolviera no distribuir dividendos con todo el producido de una sociedad para privar al otro de su legítimo derecho a esos bienes. Lo que prueba la necesidad de calificarlos como gananciales.

Como hemos visto lo normal es distribuir las utilidades como dividendo y sólo dándose las circunstancias excepcionales previstas por la ley (art. 70 L.S.C.), se puede privar a los accionistas de su legítimo derecho a percibir dividendos, destinando las utilidades líquidas y realizadas a la constitución de reservas facultativas o a su capitalización.

27. Conf: CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, Sala B, 21.12.2021, esposos D. A. D. c/ S. A. J. s/ liquidación de régimen de comunidad de bienes Id SAIJ: FA21020052 Magistrados: Claudio Ramos Feijoo - Roberto Parrilli.

28. SUAREZ ANZORENA, Carlos, "Personalidad societaria. Cuadernos de Derecho Societario, vol I., Aspectos Jurídicos generales, Abeledo Perrot, Bs As., 1978, p.156.

29. Conf: FOURCADE, Antonio D., "Participaciones societarias de los cónyuges. Encuadramiento jurídico y patrimonial de sus frutos", JA 2007 I 1008, SJA 14/2/2007.

30. BORDA, Guillermo A., "Clasificación de los bienes que componen la sociedad conyugal", LL 1983 -A, 836



Ahora bien, sabemos que el cónyuge no socio, no tiene posibilidad alguna de exigir el cumplimiento de la ley societaria a actos que ya han sido adoptados y/o ejecutados. De allí que sostenemos que no es jurídicamente viable argüir formalidades societarias para perjudicar al cónyuge no socio, pues éste no tiene posibilidad de cuestionar la reserva facultativa ni la retención de utilidades en la cuenta contable denominada resultados no asignados. Por otra parte dichas formalidades societarias deben ceder frente al orden público del régimen de comunidad del matrimonio.

En este sentido la Cámara Nacional Civil<sup>31</sup>, Sala C, resolvió el 5/10/1960, in re “G de E.D. c/E.P.J” (La Ley, T. 101 – pág. 51): “Para la calificación y división de los bienes gananciales no se tiene en cuenta el aporte ni el esfuerzo desplegado por cada uno de los cónyuges, pues la sociedad conyugal es una sociedad legal, en la que se derogan los principios relativos a las sociedades civiles y comerciales tanto de capital como de industria. No siendo admisible que, mediante la capitalización de ganancias de una sociedad, se altere la calificación de gananciales que ministerio legis, debe darse a los dividendos.”

Fourcade<sup>32</sup>, en apoyo de la postura que sostenemos, propicia una interesante y constructiva posición, al entender por “sustancia”, que debe permanecer sin alteración, al valor original de la participación propia, y por “fruto”, o sea, “lo que la cosa regularmente produce”, al incremento en términos reales de ese valor original, por lo que dicho incremento debe considerarse ganancial, en todos los casos de retención o capitalización de utilidades.

Finalmente destacamos que la norma analizada del art. 491, 3er párrafo del CCCN procura evitar que se perpetúen abusos y fraudes a la comunidad mediante la decisión de no distribuir dividendos, los que por ser frutos civiles, tendrían carácter ganancial, por lo que la interpretación amplia que propiciamos es la que más se condice con dicha finalidad y con el reenvío que hace en la parte final referido a los fondos de comercio.

## 5. Conclusión

Por lo tanto, si el objetivo del legislador ha sido proteger los derechos de los cónyuges y de la comunidad de ganancias, la interpretación de la norma del tercer párrafo del art. 491 del C.C.C.N. más consistente con dicha finalidad es su aplicación analógica a todo aumento patrimonial que se haya verificado por retención de ganancias durante la vigencia de la comunidad y que se mantuviera al momento de su disolución. El derecho de recompensa originado en el mayor valor de las acciones de carácter propio, que se verifique durante la vigencia de la comunidad, debe operar no sólo ante la capitalización de utilidades, sino también en caso de toda retención de utilidades verificada durante la existencia de la comunidad y en forma proporcional a la tenencia del cónyuge socio.

Apoya también esta postura, entre otros argumentos, la perspectiva que brinda el hecho que la misma norma en cuestión (art. 491, 3er pár. CCCN), disponga para los fondos de comercio la misma solución impuesta a las participaciones societarias.

Asimismo dado que la calificación de bienes opera ministerio legis en la comunidad de ganancias y no puede ser alterado por la voluntad de los cónyuges ni menos aún de un tercero (voluntad social expresada en la asamblea de accionistas) por ser el mismo de orden público y teniendo en cuenta el legítimo derecho del socio al dividendo y al reparto periódico de utilidades, no podemos sino concluir que las utilidades desde el momento que son líquidas y realizadas, es decir, desde el momento en que se han devengado, quedan calificadas ministerio

31. Cámara Nacional Civil, Sala C, 5/10/1960, in re “G de E.D. c/E.P.J”, La Ley, T. 101, pág. 51.

32. Fourcade, Antonio D., “Participaciones societarias de los cónyuges. Encuadramiento jurídico y patrimonial de sus frutos”, JA 2007 I 1008.



legis como gananciales, no siendo posible por tanto que la resolución de la asamblea de llevarlas a reserva o capitalizarlas altere dicha calificación que es de orden público. Por tanto, en todos dichos casos, en tanto dichas utilidades retenidas o capitalizadas aumentan el valor de las participaciones societarias propias del cónyuge socio por acción refleja, generan un derecho de recompensa a favor de la comunidad de ganancias.-

## Bibliografía

---

ARIANNA, Carlos, Régimen patrimonial del matrimonio, Astrea, Buenos Aires, 2017.

SASOT BETES, M. A., “Sociedades anónimas. Los dividendos”, Ed. Ábaco, Buenos Aires 1977, pág. 7

VIVANTE, Cesare, “Trattato di Diritto Commerciale”, Milano 1906, Vol. II, pág. 383, N° 571.

BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A., “Manual de Derecho de familia”, Ed. Astrea, 6ta ed. Actualizada, Buenos Aires, 2008, pág. 239

LEZICA, Miguel J. R., “Revista de las Sociedades y Concursos”, 22/7/2009 y CN-Com., Sala D, 26/12/1979, en autos “Mihura, Luis y otro c/ Mandataria Rural S.A.”, E.D. 1980 T.89 pág. 480

OLIVERA GARCÍA, Ricardo, “Estudios de derecho societario”, Ed.

Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 395

OLIVERA GARCÍA, Ricardo, Ob. Cit., pág. 396.

COLOMBRES, Gervasio R., “Curso de Derecho Societario. Parte general”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, pág. 56.

NISSEN, Ricardo Augusto, “Ley de Sociedades comerciales 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada.”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010, T. I, pág. 730/731; Conf.: Rovira, Alfredo L., “El derecho al reparto anual de utilidades y su protección”,

ED, T.89 pág. 472-473, citando a Girón Tena, J., “Derecho de Sociedades Anónimas”, publ. de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Valladolid, 1952, pág. 454, quien expresa que en el derecho español deben alegarse motivos suficientes para justificar la no distribución, no pudiéndose dar reglas generales al efecto.

ROVIRA, Alfredo L., Ob. Cit., citando a Uría, R., “Derecho Mercantil”, Madrid, 11ª edic., 1976, pág. 214.

ROVIRA, Alfredo L., Ob. Cit., citando a Rubio, J., “Curso de Derecho de Sociedades Anónimas”, Ed. de Derecho Financiero, Madrid, 3ª Ed., 1974, pág.338.

Conf.: NISSEN, Ricardo Augusto, Ob. Cit., T. I, pág. 745.

Conf.: MATTA Y TREJO, Guillermo E., “El examen judicial del aumento del capital en la anónima” Revista de las Sociedades y Concursos. Abril-Mayo 2008 N° 51, pág. 72; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 26/12/1979, en autos “Mihura, Luis y otro c/ Mandataria Rural S.A.”, E.D. 1980 T.89 pág. 480.

DUPRAT Diego A. J. y MARCOS Guillermo A., Participaciones societarias, utilidades y sociedad conyugal del socio. Comentario al fallo “Fernández, Carlos Alberto c/ Davicino, Jorge Nereo y otros s/ Incidente de exclusión de bienes hereditarios”, en Microjuris, 2010.

ROCA, Eduardo A.,” Carácter propio o ganancial de la utilidad o aumento de las participaciones societarias”, Rev Derecho de Familia, N° 32, Nov.-dic 2005, Lexis-Nexis,



Abeledo Perrot, p.131; FAVIER DUBOIS, Eduardo, “La financiación de la empresa familiar y sus resultados contables frente a la liquidación de la sociedad conyugal”, LL, 7- financiación de la empresa familiar y sus resultados contables frente a la liquidación de la sociedad conyugal”, LL, 7-6-2010, p.1, LL 2010-C-1225; FASSI, Santiago y BOSSERT, Gustavo, Sociedad Conyugal, TI, Astrea, Bs As,1977,p254. DUPRAT, Diego, “Dividendo y sociedad conyugal. Carácter propio o ganancial del dividendo. Distintos supuestos”, Re Derecho de Familia, N° 51, septiembre 2011, p.65. Por otro lado: FOURCADE, Antonio Daniel, “Los frutos de las participaciones societarias de los cónyuges”, en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones

Tomo 2012 A Año 45 Págs. 835 / 850 y en “Participaciones societarias de los cónyuges.

Enquadramiento jurídico y patrimonial de sus frutos, DJA del 14.02.2007, JA-2007-I1008, BORDA, Guillermo, Tratado de Derecho Civil, 10 edic., TI,p.253 .

KRANSOW, Adriana, “Calificación de bienes en el matrimonio”, en Relaciones patrimoniales en el matrimonio y en la convivencia de pareja, Nuevo Mundo Jurídico, Córdoba, 2011, p.184.

LORENZETTI, Ricardo, Código Civil y Comercial de la Nación

Comentado, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, 1era edic., T.III, p.85 y p.231/233.

FERRER, Francisco AM, El Régimen Patrimonial del Matrimonio,

Rubinzal Culzoni, 2017, p.121/123

ARIANNA, Carlos A., “La liquidación de la comunidad de ganancias. Indemnización por despido. Utilidades de sociedades comerciales no distribuidas”, Rev. De Derecho de Familia (Abeledo Perrot) N° 84, 2018.IIp.7

ARIANNA, Carlos, Notas al Proyecto de

Código Unificado en materia de recompensas, LL, del 14.09.2012; en el mismo sentido ROCA, Carácter propio..., p 133 y DUPRAT, Diego, Dividendo y sociedad conyugal, Carácter propio o ganancial del dividendo, Distintos supuestos, en RDF, N°51, p.179: DUPRAT, Diego, “Régimen patrimonial del matrimonio frente a la sociedad de uno de los cónyuges. Recompensas frente a la comunidad del cónyuge socio”, XIV Congreso de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, compilado por Gabriela Calcaterra, 1 ed, Advoatus, Córdoba, 2019,Tomo II pág. 1455 y ss.

DUPRAT, Diego, “Régimen patrimonial del matrimonio frente a la sociedad de uno de los cónyuges. Recompensas frente a la comunidad del cónyuge socio”, XIV Congreso de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, compilado por Gabriela Calcaterra, 1 ed, Advoatus, Córdoba, 2019,Tomo II pág. 1455 y ss

GUIAGLIANONE, Aquiles, Disolución y liquidación de la sociedad conyugal, p.251, 262 y 265, a favor del enriquecimiento sin causa como justificación de las recompensas,. En contra, ZANONI, Derecho Civil- Derecho de Familia, T.I, 3era edic. actualizada y ampliada, Astrea, Bs As, 1998,p778.

DUPRAT, Diego, ob. cit., p. 1460.

VITOLO, Daniel, “Transferencia de Fondos de Comercio”, Ad.Hoc, Bs As, 2014, p 64.

Conf: SOJO, Agustín, Comentario al art. 491, CCyC en el Código Civil y Comercial de la Nación (Bueres-dir.), 1° edic., T.2, Hammurabi, Bs As, 2016, p.283;

BASSET, Úrsula, comentario al art. 491 en Código Civil y Comercial comentado (Alterini.dir), T.III, La Ley, Bs As, 2015, p.286 .

GULMINELLI, Ricardo, Constitución de Reservas y Participaciones societarias de carácter propio, XIV Congreso de Derecho



Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, compilado por Gabriela Calcaterra, 1 ed, Advoatus, Córdoba, 2019, Tomo II pág. 1446 y ss.

Argumento citado por Duprat, Diego, ob. cit, p. 1463.

Conf: CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL.

CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, Sala B, 21.12.2021, esposos D. A. D. c/ S. A. J. s/ liquidación de régimen de comunidad de bienes Id SAJ: FA21020052 Magistrados: Claudio Ramos Feijoo - Roberto Parrilli.

SUAREZ ANZORENA, Carlos, "Personalidad societaria. Cuadernos de Derecho Societario, vol. I., Aspectos Jurídicos generales,

Abeledo Perrot, Bs As., 1978, p.156.

Conf: FOURCADE, Antonio D., "Participaciones societarias de los cónyuges. Encuadramiento jurídico y patrimonial de sus frutos", JA 2007 I 1008, SJA 14/2/2007.

BORDA, Guillermo A., "Clasificación de los bienes que componen la sociedad conyugal", LL 1983-A, 836

Cámara Nacional Civil, Sala C, 5/10/1960, in re "G de E.D. c/E.P.J", La Ley, T. 101, pág. 51.

FOURCADE, Antonio D., "Participaciones societarias de los cónyuges. Encuadramiento jurídico y patrimonial de sus frutos", JA 2007 I 1008.





# **Sociedades por Acciones Simplificadas, el capital social y los Activos Intangibles. El caso del Know How. Las nuevas normas contables en Argentina.**

Sergio Andrés Trípoli

---

## **1. Introducción:**

En épocas pasadas, era predecible el recorrido en la vida de la mayoría de las personas. El paradigma tradicional era: estudiar, recibirse, casarse, conseguir un trabajo estable en una empresa, tener hijos, casa propia y jubilarse en la misma empresa.

En general no había movilidad geográfica y la estabilidad era un objetivo apreciado por la mayoría.

Sin embargo este paradigma ha experimentado un cambio significativo en las últimas décadas. Entre los factores claves que han impulsado este cambio, sin lugar a dudas se encuentran el avance vertiginoso de la tecnología y la globalización. Ambos conceptos se retroalimentan generando un incremento geométrico. Estamos en la era de la economía del conocimiento. *“En apenas 30 años pasamos del enorme desafío de encontrar información relevante, porque el acceso era escaso y difícil, al enorme desafío de encontrar información relevante, porque el volumen de datos disponibles es tan grande que se hace casi imposible encontrar lo que buscamos.”*<sup>1</sup>

El paradigma tradicional cambió. Del trabajo estable se ha evolucionado a cambios de empleo con frecuencia, lo que permite adquirir experiencias y habilidades en distintos sectores. Los jóvenes retrasan la edad en que tienen hijos, priorizando la actividad profesional, capacitación y también el ocio. Se ha incrementado la movilidad geográfica buscando nuevas oportunidades en otras latitudes, aprovechando la facilidad de comunicaciones que morigeran la sensación de desarraigo. Hoy vivimos interconectados. Actualmente está en auge del emprendimiento. Ser emprendedor!! Hace algunos años estas palabras eran poco utilizadas, pero hoy en día es la elección preferida por muchas personas, consecuencia de lo que venimos mencionando y por la accesibilidad a recursos en línea, accesibilidad al conocimiento y facilidad para crear Startups.

Este cambio de paradigma es tan relevante que ha impulsado la acción de gobiernos de diferentes países incluido Argentina para crear condiciones que faciliten el emprendedurismo y también la reacción del derecho comercial para crear instrumentos jurídicos apropiados para facilitar el desarrollo de esta actividad.

“En los últimos años el ecosistema latinoamericano de creación, establecimiento y puesta en marcha de empresas ha crecido considerablemente. Esto se ha debido, al menos en parte, a la ejecución de programas destinados a apoyar el espíritu emprendedor en varios países. Estos avances contribuyen a promover la diversificación de las economías de la región”.<sup>2</sup> *Por otra parte las empresas también han sufrido una transformación. A partir de 2016 las empresas con mayor valor, son las tecnológicas, superando a las empresas industriales.*<sup>3</sup>

En el año 2017 Argentina aprobó la ley 27.349 de apoyo al capital emprendedor que espera crear nuevos negocios en un día, conceder beneficios fiscales a los inversionistas, incentivar

---

1. Bilinkis, Santiago. Pasaje al future.

2. Vítolo, Roque Daniel. Ley 27.349 Comentada Editorial La ley.Pag.1<sup>3</sup> Ramirez, Alejandro. Curso de Postgrado de sociedades.



los aceleradores e introducir opciones de financiamiento para aquellos que buscan entrar en el mundo de los negocios.<sup>3</sup>

En efecto la ley 27.349, conocida como LACE (ley de apoyo al capital emprendedor) establece un marco regulatorio para apoyar el emprendimiento y la generación de capital emprendedor en Argentina, legislando una serie de herramientas a ese fin.

## 2. LEY 27.349/17 de Apoyo al Capital Emprendedor.

El título I de la Ley contiene:

- disposiciones generales que definen los conceptos clave y establecen la autoridad encargada de su implementación.
- El objetivo principal de este título es respaldar el espíritu emprendedor en el país y su expansión internacional, así como fomentar la generación de capital emprendedor en Argentina. La autoridad encargada de aplicar esta ley es la Secretaría de Emprendedores y de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Producción.
- Tratamiento impositivo de las inversiones en capital emprendedor en Argentina, estableciendo los beneficios fiscales para los inversores en capital emprendedor, incluyendo deducciones en el impuesto a las ganancias y requisitos para mantener las inversiones.
- Creación del Fondo Fiduciario para el Desarrollo de Capital Emprendedor (FONDCE) y sus objetivos.

### Título II:

- el “Sistema de Financiamiento Colectivo” como un régimen especial para promover la industria del capital emprendedor.

### Título III: SOCIEDADE POR ACCIONES SIMPLIFICADAS. (SAS)

- En Capítulo I se la caracteriza: Créase la sociedad por acciones simplificada, (SAS), como un nuevo tipo societario. Supletoriamente, serán de aplicación las disposiciones de la Ley General de Sociedades, 19.550, t. o. 1984, en cuanto se concilien con las de esta ley.
- El Capítulo II se centra en la “Constitución” SAS. Se indica el contenido del instrumento constitutivo.
  - Nos vamos a centrar en el punto 6 : *El capital social y el aporte de cada socio, que deberán ser expresados en moneda nacional, haciéndose constar las clases, modalidades de emisión y demás características de las acciones y, en su caso, su régimen de aumento. El instrumento constitutivo, además, contemplará la suscripción del capital, el monto y la forma de integración y, si correspondiere, el plazo para el pago del saldo adeudado, el que no podrá exceder de dos (2) años desde la firma de dicho instrumento.*
- El Capítulo III de la ley trata sobre el “Capital Social y Acciones” de las SAS:

Nos centraremos en el análisis del capital de las sociedad por acciones simplificadas y particularmente en la posibilidad, o no, de aportar determinados intangibles.

3. Vítolo, Roque Daniel. Ob. Cit. Pag.3



### 3. Sociedades por acciones simplificadas. SAS.

*“La introducción a nuestro ordenamiento jurídico a través de la ley 27.349 de un régimen simplificado de sociedad por acciones (SAS) importa un avance notable en la modernización de nuestro derecho societario. La tramitación digital, el empleo de medios electrónicos con firma digital, ha sido señalado como el puntapié inicial de esta transformación.”<sup>4</sup>*

La autonomía de la voluntad cobra, asimismo, un renovado perfil en el nuevo tipo societario. Se trata del eje en torno al cual gira todo el sistema, otorgando a los socios una amplia libertad para diseñar cláusulas a medida y de acuerdo con lo que mejor convenga a sus intereses, y a los del nuevo emprendimiento, a tal punto que la mayoría de las normas de la LACE son supletorias de aquellas que decidan incorporar los socios en el instrumento constitutivo de la SAS. La libertad creativa reconocida asume un papel fundamental, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el régimen de la LGS en tipos como la sociedad anónima (SA) en que esta libertad de creación se encuentra restringida por la propia ley, con normas de marcado contenido imperativo. Así surge del Mensaje de Elevación, pues se trata de un régimen normativo que valora muy especialmente la libertad de creación de sociedades, su constitución y regulación contractual, sustentando ello en el principio de la autonomía de la voluntad y dejando librado a las partes la configuración de sus estipulaciones. Ciertos proyectos encuentran en la “autodeterminación” la posibilidad de concreción, siendo entonces la SAS el tipo societario que mejor se adecúa dada la flexibilidad y libertad en la configuración de sus cláusulas. Tal es, por ejemplo, el señalado caso de los emprendedores que pertenecen al sector de la denominada “economía del conocimiento”. Así, se ha expresado en este sentido que, a partir de los caracteres que definen su ecosistema, un marco tipo adecuado debe integrarse con las siguientes disposiciones: (i) el objeto plural (art. 36, inc. 4º, LACE); (ii) la inclusión de la cláusula arbitral (art. 57, LACE); y (iii) los aportes no dinerarios (art. 42, LACE).

La LACE contiene un imperativo legal de digitalización de los trámites de la SAS en su plexo normativo como parte de sus objetivos. Este aspecto, responde al nuevo paradigma en materia de registración mercantil que surge a partir de la incorporación de las nuevas tecnologías a los servicios de gobierno de los países.<sup>5</sup>

La ley LACE, en relación a las SAS, introduce características nuevas como la digitalización, la simplificación, el objeto plural, la autonomía de la voluntad respecto de los órganos societarios. Pero, *“la gran innovación que produce respecto de la SRL y la Sociedad anónima es lo relativo al capital social”*<sup>6</sup>

La innovación tiene que ver porque en el tema del capital de las SAS, la autonomía de la voluntad, facilita la asociación de personas que efectúen aportes de características diferentes. *Las SAS permiten combinar a dos tipos de socios, el socio inversor y el que tiene la idea. Sobre todo en el caso de empresas tecnológicas. En una SRL no se pueden hacer clases de cuotas distintas.*<sup>7</sup>

Lamentablemente, no todo el país, desde el punto de vista de las autoridades de aplicación y control en cada una de las provincias, ha reaccionado de la misma forma, observando que en alguna jurisdicción se ponen trabas que contradicen el espíritu de la LACE. Esto se traduce,

4. Roitman Horacio y Vergara Alejandro Agustín. Sociedades por acciones simplificada. Editorial La Ley. 2023. (edición digital).

5. Roitman Horacio y Vergara Alejandro Agustín. Ob. Citada (Edición digital).

6. Pérez Hualde, Fernando. Curso de Postgrado de sociedades. Universidad Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE. Corrientes. Argentina. 2023.

7. Ramírez, Alejandro. Curso de Postgrado de sociedades. Universidad Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE. Corrientes. Argentina. 2023.



en que antinaturalmente, la decisión del lugar de constitución de algunas SAS se decide en función de la mayor o menor arbitrariedad de los organismos de control.

#### 4. El capital social en las SAS

**El art. 40 establece: *El capital se dividirá en partes denominadas acciones. Al momento de la constitución de la sociedad, el capital no podrá ser inferior al importe equivalente a dos (2) veces el salario mínimo vital y móvil.***

“La LACE establece un monto de capital mínimo de la SAS al momento de su constitución, lo que debe entenderse extensivo durante toda la vida de la sociedad

Ahora bien, la ley no prevé un importe máximo, ni requiere tampoco la transformación en caso de superarse el monto del art. 299, inc. 2º, LGS, pues el art. 39, LACE, al prever las limitaciones a la constitución y el mantenimiento del carácter de SAS, se refiere expresamente a las sociedades comprendidas en los incs. 3º, 4º y 5º del art. 299, LGS, omitiendo referirse al supuesto del inc. 2º, que somete a fiscalización estatal permanente a las sociedades anónimas que tengan un capital superior a cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.000)

*Esto ha generado opiniones en torno a la necesidad de establecer un capital social máximo a la SAS, determinando su transformación en uno de los tipos previstos por la LGS en caso de superarse una cifra determinada de capital e incluso, de corresponder, incluirla entre las sociedades sometidas a fiscalización estatal permanente del art. 299 de la LGS. Creemos que esto es una incógnita que aún no se encuentra zanjada en el estado actual de la regulación. No creemos que sea necesario un capital máximo.”*<sup>8</sup> El establecimiento de un capital mínimo, bajo de 2 salarios mínimos vital a móvil (a octubre de 2023 es igual a: \$132.000 x2=264.000) es razonable tratándose de un instrumento para facilitar la actividad de emprendedores. Sin embargo autores como María Villagrán, (\*) citada en Marcelo Perciavalle considera que “*la regulación de las SAS provocará el traslado de los riesgos de la actividad a los terceros, pues permite la actuación en estado de infracapitalización, por falta de adecuación del capital al objeto social*”<sup>9</sup> Discrepo de esta apreciación, aunque no es motivo de este trabajo profundizar sobre este tema.

Por su parte Nissen citado por Marcelo Perciavalle, plantea: ¿puede alguien también discutir, a esta altura de los acontecimientos, que la actuación en el mercado de sociedades *infracapitalizadas, en las cuales los sus integrantes responden solamente con el aporte efectuado, conforme al tipo social constituye una absoluta contradicción que lleva al abuso del derecho y la producción de graves perjuicios a terceros*”<sup>10</sup> Misma consideración final que en el párrafo anterior.

Por su parte Roitman, considera, con mejor criterio a mi juicio, que : *La norma impone un capital mínimo exiguo a este nuevo tipo societario, alentando su uso dado su atractivo frente al emprendedor. Se ha señalado en doctrina que, mediante el establecimiento de un capital mínimo tan bajo para la SAS (el importe equivalente a dos veces el salario mínimo vital y móvil), la LACE ha tomado partido en la discusión doctrinaria referida a. la importancia y funciones del capital . Entendemos en ese sentido que ello tiene especial relevancia respecto a la función de garantía del capital, flexibilizada en la regulación introducida por la LACE. Por su parte, Junyent-Ferrero agregaron que es demostrativo que la limitación de la responsabilidad es un principio rector sin cortapisas en la SAS En nuestra opinión, el establecimiento de un capital*

8. Roitman Horacio y Vergara Alejandro Agustín. Ob. Citada (Edición digital).

9. Perciavalle, Marcelo. SAS Ley Comentada de las Sociedades por acciones simplificadas. Teoría y práctica de su funcionamiento. Editorial ERREIUS. Pag.39.

10. Perciavalle, Marcelo. Ob. citada pag.89



*mínimo relativamente exiguo tuvo como finalidad que no pueda reeditarse desde la reglamentación la exigencia de un capital suficiente para desarrollar el objeto. Se logró que no hay discusión sobre el tema, y no se cuestiona si la garantía del patrimonio la constituye el capital social inscripto, o por el contrario el que registre el balance. La tendencia moderna es hacia sociedades sin capital, porque, en definitiva, especialmente con la devaluación que han sufrido las monedas en el curso del tiempo, el capital inscripto constituye nada más que una cuenta de referencia para saber cómo se dividen las tenencias entre los socios.<sup>11</sup>*

Presentamos a continuación un breve resumen de los otros artículos del Capítulo III, para finalmente centrarnos en el artículo 42 relativo a los aportes de capital.

Artículo	Resumen
41	<i>Se establecen condiciones para la suscripción e integración de acciones en una Sociedad por Acciones Simplificada (SAS). Se exige que al menos el 25% de los aportes en dinero se integren en el momento de la suscripción, y el saldo debe integrarse en un plazo máximo de 2 años. <b>Los aportes en especie deben integrarse al 100% en el momento de la suscripción.</b></i>
42	<i><b>Los aportes pueden ser en dinero o en bienes no dinerarios. Los aportes no dinerarios deben ser valorados de acuerdo a lo acordado por los socios en el instrumento constitutivo, o según los valores de plaza. Los acreedores pueden impugnar la valuación en caso de insolvencia. Se pueden pactar prestaciones accesorias, y el valor de estas prestaciones se determina en el instrumento constitutivo o por peritos designados por los socios.</b></i>
43	<i>Los socios garantizan solidaria e ilimitadamente la integración de los aportes a terceros.</i>
44	<i>Se establecen las condiciones para el aumento de capital. Se pueden emitir acciones a valor nominal o con prima de emisión, y se pueden emitir acciones de diferentes clases con primas de emisión distintas. Para aumentos de capital menores al 50%, no es necesario realizar trámites de publicidad ni inscripción. Las resoluciones deben remitirse al Registro Público de forma digital.</i>
45	<i>Se mencionan aportes irrevocables a cuenta de futura emisión de acciones, que deben mantenerse como tales durante 24 meses. La reglamentación debe establecer las condiciones y requisitos para su implementación.</i>
46	<i>Se describen las características de las acciones que se pueden emitir en una SAS, como acciones nominativas no endosables, ordinarias o preferidas, indicando sus valores y derechos económicos y políticos. También se mencionan las acciones escriturales.</i>
47	<i>Se establece que en una Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) se pueden otorgar idénticos derechos políticos y económicos a distintas clases de acciones, independientemente de las diferencias en su precio de adquisición o venta. El instrumento constitutivo debe especificar los derechos de voto de cada clase de acciones, incluyendo la atribución de voto singular o plural si es aplicable. Si no se emiten títulos representativos de acciones, la titularidad se acreditará a través de registros en el libro de registro de acciones de la SAS, y se emitirán comprobantes de saldos de cuentas en su lugar.</i>

11. Roitman Horacio y Vergara Alejandro Agustín. Ob. Citada (Edición digital).



Se establecen las normas para la transferencia de acciones en una SAS. La forma de transferencia se registrará por el instrumento constitutivo, que puede requerir autorización previa de la reunión de socios para cualquier transferencia. Si no se menciona en el instrumento constitutivo, toda transferencia de acciones debe ser notificada a la sociedad y registrada en el Libro de Registro de Acciones para que sea válida frente a terceros.

- 48 El instrumento constitutivo puede incluir restricciones a la transferencia de acciones, pero estas restricciones no pueden exceder de diez años a partir de la emisión. Sin embargo, este plazo puede ser prorrogado por decisión unánime de los accionistas. Las restricciones deben registrarse en el Libro de Registro de Acciones y, en el caso de acciones cartulares, también en los títulos accionarios correspondientes. Cualquier transferencia que no cumpla con las disposiciones del instrumento constitutivo carece de valor.

## 5. Aportes de capital. El caso de los aportes no dinerarios.

“Respecto de los aportes en especie, dispone el art. 41, LACE, que deben integrarse en un cien por ciento (100%) al momento de la suscripción. Los mismos serán valuados en la forma que pacten unánimemente los socios, indicando en el instrumento constitutivo los antecedentes justificativos o, en su caso, consignando los valores de plaza.

Aportes en Especie. Autonomía y límites a la autonomía.

El Art 42 LACE establece que *“Los aportes podrán realizarse en bienes dinerarios o bienes no dinerarios.*

*Los aportes en bienes no dinerarios podrán ser efectuados al valor que unánimemente pacten los socios en cada caso, quienes deberán indicar en el instrumento constitutivo los antecedentes justificativos de la valuación o, en su defecto, según los valores de plaza.*

*En caso de insolvencia o quiebra de la sociedad, los acreedores pueden impugnarla en el plazo de cinco (5) años de realizado el aporte. La impugnación no procederá si la valuación se realizó judicialmente.*

Los estados contables deberán contener nota donde se exprese el mecanismo de valuación de los aportes en especie que integran el capital social.....”

La LACE, permite que los aportes en especie sean valuados de acuerdo con lo que pacten los socios. Aunque esta autonomía tiene un límite dado los socios deben justificar la valuación o en su defecto utilizar valores de plaza. Por otra parte en caso de asignar valores no justificados, el límite lo aplicarán las normas contables aplicadas en la jurisdicción en que opera la empresa.

Vinculado con este tema, la LGS 19.550 en su artículo 51, establece: *“Los aportes en especie se valuarán en la forma prevenida en el contrato o, en su defecto, según los precios de plaza o por uno o más peritos que designará el juez de la inscripción”*

Verón en su obra Sociedades Comerciales de 1993, en referencia al art. 51 LGS comentaba: *“Como se observa el criterio de valuación a emplearse estará en función de la libre convención de las partes, como procedimiento de carácter general, en su defecto de acuerdo a los precios de plaza o por uno o más peritos que designe el juez de la inscripción. No obstante cualquiera sea el método elegido (costo de adquisición, valor de reposición, valor de mercado, valor actual, etc.) deberá respaldado en normas técnicas de aceptación generalizada teniendo en cuenta las características de cada bien”*<sup>12</sup>. En la época en que Verón escribió estas palabras, las normas contable se denominaban “Principios de Contabilidad Generalmente aceptados (PCGA), hoy se

12. Verón, Alberto Víctor. Sociedades Comerciales, Ley 19.550 y modificatorias. Comentada anotadas y concordada. Editorial Astrea. 1993 P.388



denominan “Normas Contables Profesionales”, manteniendo la misma preocupación de evitar que los activos se sobrevaluen, estableciendo en consecuencia límites.

Para graficar como actúan las normas contables en caso de sobrevaluación, supongamos dos emprendedores que inician una sociedad, aportando uno de ellos \$500.000 y el otro equipamiento que adquirió en \$300.000 pero que de mutuo acuerdo desean valorar en \$500.000 para igualar aportes y tener la misma participación societaria.

En este caso la sociedad tendrá la siguiente estructura al momento de la constitución:

Estado de situación Patrimonial al momento de la constitución de la sociedad.			
Banco \$500.000	Bienes de uso \$500.000 <sup>13</sup>	Capital	\$1.000.000
Total Activo \$1.000.000		Patrimonio	\$1.000.000

Sin embargo al cierre del ejercicio, al aplicar las normas contables de valuación, la administración de la empresa por aplicación de la misma RT 56, deberá revisar el valor del equipamiento y efectuar la corrección. Luego el balance expondrá una pérdida por resultado de tenencia, por lo que el balance al cierre será:

Estado de situación Patrimonial al cierre del ejercicio			
Banco \$500.000	Bienes de uso \$300.000	Capital	\$1.000.000 Resultado. (200.000)
Total Activo \$1.000.000		Patrimonio	\$800.000

Con los números de este ejemplo, si los socios querían mantener la misma participación, porque probablemente el socio aportante del equipamiento, tenía a su vez capacidades y conocimientos técnicos que justificaban la igualdad de participación (a pesar de la diferencia en el valor de los aportes), podrían haber valuado el aporte en especie a su valor de plaza de \$300.000 y establecer una prima de emisión para el aporte en \$. Luego el balance inicial será:

Estado de situación Patrimonial					
Banco \$500.000	Bienes de uso \$300.000	Capital (1)	\$600.000	Prima.	\$200.000
Total Activo \$800.000		Patrimonio \$800.000			

(1) 50% cada socio

## 6. Aportes no dinerarios. Intangibles. Know How.

Art. 42 LACE establece los aportes podrán realizarse en bienes dinerarios o bienes no dinerarios.

Roitman indica que: “La LACE no exige que los aportes sean de bienes determinados y susceptibles de ejecución forzada como si lo hace la LGS respecto de las SRL y las sociedades por acciones (art. 39, LGS). Ello deja abierta la posibilidad de que puedan ser aportados otros bienes como activos intangibles, **know how**, derechos que provengan de contratos, licencias, concesiones, el usufructo de un bien, entre otros . Prono ha sostenido en este sentido que es lógico que se pretenda una mayor apertura en los aportes en una ley, como la LACE, que pretende impulsar la

13. (La RT 56 párrafo 204 Inc. c (i), permite la incorporación de bienes por aportes en base a la documentación de respaldo, para el caso de entidades pequeñas o medianas. Si fuera un ente de mayor tamaño no podría registrarlo por el valor sobrevaluado ).



*actividad emprendedora, caracterizada por un desarrollo sobre la base de activos intangibles, secretos industriales y otro tipo de bienes que no podrían aportarse como capital de una SRL o una SA”<sup>14</sup>*

Respecto a los aportes de activos intangibles, alguna doctrina, en línea con todo lo relacionado al capital emprendedor, en especial el concepto de Know How,<sup>15</sup> está analizando y proponiendo la capitalización de estas capacidades intelectuales.

Por su parte, Villanueva ha señalado que la SAS puede recibir, entonces, también intangibles que, en un temperamento que considera “bienvenido en el actual proceso de desarrollo tecnológico”, permite que puedan incorporarse bajo este título bienes que, señala, “en ocasiones otorgan a las empresas su misma razón de ser”

A continuación vamos a profundizar al análisis de los intangibles a la luz de las normas contables, para confirmar la posibilidad o no de que los mismos puedan aportarse como capital y en especial el caso de Know How.

**Definición de Activo intangible:** Para el lenguaje común, es tangible todo lo que puede tocarse e intangible lo contrario. Por su parte las normas contables argentinas,<sup>16</sup> definen a los activos intangibles como:

ART 56 Párrafo 389: **ACTIVOS INTANGIBLES (DISTINTOS DE LA LLAVE DE NEGOCIO).**

“Son activos identificables, de carácter no monetario y sin sustancia física, Este rubro incluye, entre otros:

- a. Derechos de propiedad intelectual, patentes, marcas, licencias y similares.
- b. Costos de desarrollo.
- c. Excepcionalmente, aunque no cumplan los requisitos de la definición anterior, los costos de organización y los costos preoperativos.
- d. Los criptoactivos cuyo precio depende, exclusivamente, de la aceptación de los participantes del mercado.”

Como se observa en el título del párrafo 389 de las Normas Contables Argentinas, se distingue a la llave de negocio del resto de los activos intangibles. La llave de negocio, conocida en doctrina como plusvalía, es el intangible que incluye al concepto de Know How y tiene que ver con la capacidad de un negocio de generar superutilidades futuras.

Abordamos este tema abajo en el punto n°7.

Agrega la RT 56 en el párrafo 390: *“Una entidad reconocerá un elemento como un activo intangible (distinto de la llave de negocio) cuando:*

14. Roitman Horacio y Vergara Alejandro Agustín. Ob. Citada (Edición digital).

15. De internet: Becas Santander: *La expresión know-how —elipsis de la frase inglesa know how to do it— se utiliza en el ámbito empresarial desde hace décadas para hacer referencia a las habilidades y conocimientos técnicos, operativos y estratégicos que una empresa ha aglutinado a lo largo del tiempo y que conforman su ventaja competitiva.*

En consecuencia, el know-how, cuya traducción literal es “saber hacer” o “conocimiento sobre cómo hacer algo”, es uno de los mayores activos de una organización, ya que esta manera única de proceder en un aspecto determinado es la que establece su diferenciación en el mercado respecto a sus competidores.

*No obstante, al tratarse de un bien intangible susceptible de ser entendido por cada organización de una manera distinta, para identificar y saber exactamente qué es el know-how de una empresa, conviene conocer sus principales características.*

16. Recientemente la Federación Argentina de Profesionales en Ciencias Económicas, ha emitido la Resolución Técnica n° 54 (Modificada por la Resolución técnica 56) con vigencia para los ejercicios económicos que inicien a partir del 1 de enero de 2024. Esta resolución busca unificar en un solo cuerpo normativo, las diferentes resoluciones técnicas de valuación y exposición, derogando las normativas anteriores. A diferencia de las normas anteriores la nueva norma está estructurada en párrafos las correlaciones se efectúan con referencia a párrafos.





- a. cumpla con la definición general del párrafo 22<sup>17</sup> y la definición específica contenida en el párrafo 389;
- b. su medición satisfaga el requisito de confiabilidad (credibilidad); y
- c. su contribución a los beneficios económicos futuros de la entidad resulte probable.

RT 56 Párrafo 391. En tanto se cumplan las condiciones indicadas en el párrafo anterior, una entidad podrá reconocer como un activo intangible a los desembolsos que respondan a:

- a. costos para lograr la constitución de una nueva entidad y darle existencia legal (costos de organización);
- b. costos en que una nueva entidad o una entidad existente deban incurrir en forma previa al inicio de una nueva actividad u operación (costos preoperativos), siempre que: (i) sean costos directos atribuibles a la nueva actividad u operación y claramente incrementales respecto de los costos de la entidad si la nueva actividad u operación no se hubiera desarrollado; y (ii) no corresponda incluir las erogaciones efectuadas como un componente del costo de los bienes de uso.”

Por otra parte la RT 56 indica que determinados costos, que aunque están relacionados con intangibles no se pueden activar:

***“Las siguientes partidas no se tratarán como activos intangibles y, por lo tanto, deberán imputarse como un gasto del período:***

- a. los desembolsos de investigaciones efectuadas con el propósito de obtener nuevos conocimientos científicos y técnicos;
- b. los desembolsos erogados en el desarrollo interno del valor llave, marcas, listas de clientes y otros que, en sustancia, no puedan distinguirse del costo de desarrollar un negocio tomado en su conjunto (o un segmento de negocio);
- c. los desembolsos de publicidad, promoción y reubicación o reorganización de una empresa;
- d. los desembolsos realizados en una fase de desarrollo que no cumplen las condiciones para ser activados; y
- e. los costos de entrenamiento, excepto aquellos que por sus características puedan activarse como costos de organización o como costos preoperativos.”

El criterio de la RT 56 en lo relacionado con intangibles tiene por finalidad, evitar que se activen costos que son difíciles de asociar a un ingreso futuro y que no cumplen con la definición de activo. Esto es muy relevante, porque de alguna manera pone un límite a la autonomía de la voluntad, en materia de aporte de activos intangibles formando parte del capital social, dado que los costos indicados en los puntos a) a e) precedentes, no pueden activarse dentro de la propia empresa que los efectuó, sino que deberán ser considerados como costos. La imposibilidad de activar estos conceptos como intangibles, refuerzan la idea de que no es posible valorar y aportar el intangible denominado Know How.

## **7. El caso de la llave de negocios (o plusvalía).**

Llave de negocio, es el Valor Actual de las utilidades en exceso de lo normal, o sea por encima de los otros emprendimientos similares de la plaza, que este emprendimiento puede llegar a generar en el futuro, como consecuencia de la conjunción de una serie de variables o factores que hacen distintivo este ente, y lo caracterizan, y que a manera enunciativa pueden nombrarse

17. RT 56 Párrafo 22: Activo es un recurso económico (material o inmaterial), controlado por la entidad como consecuencia de hechos ya ocurridos. Un recurso económico es un bien o un derecho que tiene la capacidad de generar beneficios económicos.



como el nombre del negocio, las marcas que comercializa, la calidad de los productos o servicios que presta, la atención del personal humano, la eficiencia de los procesos o servicios, las condiciones de distribución comercial, las ventajas competitivas en cuanto a los descuentos de los precios de los proveedores, las posibilidades de financiación de sus productos, la ubicación preferencial del comercio, la exclusividad (total o en determinada área geográfica) en la utilización de algunos intangibles (marcas, patentes, procesos secretos, derechos, franquicias, concesiones); La adecuada experiencia técnica; la inserción en la comunidad y apropiadas estrategias de comunicación publicitaria; la habilidad del empresario, etc.<sup>18</sup>

Las Normas Contables Argentinas y las Internacionales permiten el reconocimiento de activos intangibles autogenerados por una empresa, únicamente en los casos de adquisición de empresas. La RT 56 trata este tema a partir del párrafo 978.

Para entender el concepto reconocimiento de llave de negocio vamos a desarrollar un ejemplo que involucra a dos sociedades: (Se prescindirá del efecto impositivo de las operaciones.)

Inversora S.A: que es una sociedad recién constituida que tiene \$20.000 de capital y en el activo \$20.000 en banco.

Estado de situación Patrimonial de Inversora S.A. al 31/12/2022			
Banco	\$20.000	Capital	\$20.000
Total Activo	\$20.000	Patrimonio	\$20.000

La Sociedad inversora va a Adquirir el 100% de las acciones de una sociedad denominada Emprendedora SAS, que posee la siguiente situación patrimonial:

Estado de situación Patrimonial de Emprendedora S.A.S al 31/12/2022			
Banco	\$2.000	Deudas	\$6.000
Bienes de uso	\$8.000		
		<b>Patrimonio neto.</b>	<b>\$4.000</b>
Total Activo	\$10.000	Pasivo + P. Neto	\$10.000

Como parte del análisis de que efectuó “Inversora” sobre los activos de “Emprendedora”, ha determinado, que el valor económico de los bienes de uso es mayor que el valor registrado en la contabilidad en \$3.000

Por lo tanto el patrimonio medido a valores económicos de los activos y pasivos de Emprendedora serán:

Valor contable del Patrimonio de emprendedora	\$4.000
Corrección en el Valor de los bienes de uso:	\$3.000
<b>Patrimonio neto corregido.</b>	<b>\$7.000</b>

Suponiendo que “Inversora” paga \$9.000 por el 100% del capital de “Emprendedora”, la diferencia entre los \$7.000 del patrimonio corregido que está adquiriendo y los \$9.000 que pagó es la llave de negocio por \$.2000 que se expone en la contabilidad del Adquirente en el Rubro intangibles.

18. VILLAMAYOR Diego. Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Corrientes. Vol. 1 - N° 1 - Año 1. ISSN 2591-586X

Los balances de cada una de las sociedades después de la adquisición serán:

Estado de situación Patrimonial de <b>Inversora S.A.</b> al 31/12/2022 después de la adquisición			
Banco	\$11.000	Capital	\$20.000
Inversiones			
Acciones	\$7.000		
Llave de negocio	\$2.000		
<b>Total Activo</b>	<b>\$20.000</b>	<b>Patrimonio</b>	<b>\$20.000</b>

Estado de situación Patrimonial de <b>Emprendedora S.A.S</b> al 31/12/2022 después de la adquisición			
Banco	\$2.000	Deudas	\$6.000
Bienes de uso	\$8.000		
		<b>Patrimonio neto.</b>	<b>\$4.000</b>
<b>Total Activo</b>	<b>\$10.000</b>	<b>Pasivo + P. Neto</b>	<b>\$10.000</b>

### Conceptos y algunos puntos de atención en este ejemplo:

**a. Concepto de llave de negocio:** Por qué razón “Inversora” estuvo dispuesta a pagar \$2.000 en exceso del valor del patrimonio neto económico de “Emprendedora”? La respuesta es que Inversora reconoce que Emprendedora tiene cierto Know How, o capacidades especiales que harán que esta tenga una generación de utilidades futuras en exceso de lo normal para empresas de esas características y está dispuesta a pagar por ello. Ese intangible se activa en la sociedad inversora y se irá amortizando en la cantidad de años que se defina a futuro. Las normas permiten la activación del intangible en este caso dado que existió una erogación de \$3.000 para adquirir ese intangible, lo cual es objetivamente medible.

**b. Imposibilidad de reconocer los activos autogenerados:** Nótese que el balance de Emprendedora no cambia, aunque se reconoce que tiene un intangible autogenerado. Lo que ocurre es que las normas contables no permiten registrar un activo por ese intangible autogenerado. Por otra parte, es prácticamente imposible que si el comprador de Emprendedora hubiese sido una sociedad diferente de “Inversora” el valor de compra hubiese sido el mismo, dado que intervienen subjetividades que arrojarían tantos valores diferentes como tantos compradores pudieran intervenir en la compra.

c. Inversora ha registrado en su contabilidad, en el rubro acciones, una cifra (\$7.000) superior al valor patrimonial proporcional de emprendedora. (\$4.000). La razón

es que las normas contables que requieren que los bienes de uso se valúen a valores de costo (ajustados por inflación) menos amortizaciones, permiten a su vez que el adquirente reconozca que el patrimonio de Emprendedora es mayor, por el mayor valor económico de los bienes de uso, y por separado establecer por diferencia el valor de la llave.

## 8. Prestaciones Accesorias.

El art. 42 de la LACE, que trata los aportes de capital autoriza expresamente que se pacten prestaciones accesorias. *Por su parte el art. 50, LGS 19550, dispone: “Puede pactarse que los socios efectúen prestaciones accesorias. Estas prestaciones no integran el capital social.....”*

Señala Vítolo que la Ley 27.349, de un modo original y diferenciado de los que establece la ley 19.550, también prevé que los socios de las SAS puedan pactar prestaciones accesorias consistentes en prestaciones de servicios que conformarán también aportes, con lo que curiosamente bajo el régimen de la ley 27.349 las prestaciones accesorias podrían integrar el capital social.<sup>19</sup>

*Independientemente de la discusión sobre si las prestaciones accesorias integran o no el capital social, el tema es relevante porque puede resolver la imposibilidad de aportar intangibles como el Know How.*

*En este sentido Roitman agrega: Se trata de obligaciones de dar bienes en uso o de hacer, en tanto actividad personal (v.gr.: know dat y know how, cuando la actividad social implique contar con conocimientos técnicos que un socio puede aportar), a favor de la sociedad. Balbín agrega en esta misma dirección que mediante ellas se procura dar solución al problema que plantea la necesidad de recibir la prestación de servicios personales sin necesidad de emitir participaciones a favor de quienes las dan, ni de tener que recurrir para ello a contratos no societarios<sup>20</sup>*

## 9. Conclusión

La LACE permite el aporte de activos intangibles a las sociedades SAS, pero algunos activos intangibles como el Know How que podrían incrementar el valor llave o plusvalía de los negocios no podrían ser capitalizados dado que no pueden ser activados. Esto no implica desconocer que realmente el Know How puede dar valor a una empresa.

La imposibilidad de activar esos intangibles surge de las Normas Contables Argentinas y también Normas Contables internacionales que solo permiten la activación de intangibles que cumplen las condiciones para ser considerados activos. Además de las razones que surgen expresamente de las normas contables, se puede agregar que la restricción es lógica por los siguientes argumentos: 1) Como mencionamos en la introducción, en la actualidad las personas tienden a cambiar de trabajo o actividad lo que implica que no se puede asegurar la permanencia en la empresa de los recursos humanos generadores del Know How. 2) El valor presente de los beneficios futuros que pueden generar estos intangibles es de muy difícil cuantificación. De hecho es casi imposible que diferentes valuadores lleguen al mismo valor. Esta situación implica que de permitirse la activación de estos intangibles se podría manipular la situación patrimonial de las empresas modificando las variables de estimación de valores actuales a través de premisas subjetivas 3) Según las estadísticas ocho de cada diez Start Up fracasan.<sup>21</sup> Lo que fortalece el criterio de que reconocer por anticipado valor al Know How puede hacer incurrir en un error, a los usuarios de los estados contables que podrían estar sobrevaluados.

Frente a esta imposibilidad de que los emprendedores puedan aportar su Know How, como se puede resolver el reconocimiento del aporte que ellos pueden efectuar a una Start UP?

Una alternativa será a través de la emisión acciones con primas diferenciada. De esta manera el emprendedor podrá hacer un aporte en bienes tangibles o dinero en inferior cuantía que quienes no tienen el Know How y el resto de los aportantes, hacer sus aportes con prima de emisión.

Otra alternativa, que se puede combinar con la anterior es a través de prestaciones accesorias, que permitan acordar un procedimiento que a medida que se cumplan las previsiones de

19. Vítolo, Roque Daniel. Ob. Cit. Pag.164-165

20. Roitman Horacio y Vergara Alejandro Agustín. Ob. Citada (Edición digital).

21. Pérez Hualde, Fernando. Curso de Postgrado de sociedades. Universidad Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE. Corrientes. Argentina. 2023.



utilidades futuras consecuencia de la incorporación del emprendedor se le entreguen acciones de la sociedad.

Afortunadamente la flexibilidad y autonomía de la voluntad en las SAS, permiten generar las condiciones para el desarrollo de la actividad de los emprendedores.

## Bibliografía

---

Bilinkis, Santiago. Pasaje al Futuro. Guía para abordar el viaje al mañana. Sudamericana.

Know How. <https://www.becas-santander.com/es/blog/que-es-el-know-how.html>

Perciavalle, Marcelo. SAS Ley Comentada de las Sociedades por acciones simplificadas. Teoría y práctica de su funcionamiento. Editorial ERREIUS.

Pérez Hualde, Fernando. Curso de Postgrado de sociedades. Universidad Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE. Corrientes. Argentina. 2023. Ramírez, Alejandro. Curso de Postgrado de sociedades. Universidad Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE. Corrientes. Argentina. 2023.

2023.Resolución técnica nº56 emitida por la Federación Argentina de Consejos profesionales de Ciencias Económicas.

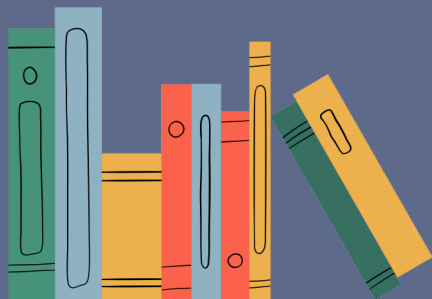
Roitman Horacio y Vergara Alejandro Agustín. Sociedades por acciones simplificada.

Editorial La Ley. 2023.

Verón, Alberto Víctor. Sociedades Comerciales, Ley 19.550 y modificatorias. Comentada anotadas y concordada. Editorial Astrea. 1993.

VILLAMAYOR Diego. Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Corrientes. Vol. 1 - Nº 1 - Año 1. ISSN 2591-586X

Vítolo, Roque Daniel. Ley 27.349 Comentada Editorial La ley.Pag.1.



# Curso de Posgrado Integral en Mercado de Capitales

# Pautas para la inscripción de una Calificadora a la Comisión Nacional de Valores y contenidos mínimos a la hora de emitir una calificación

Rubén Darío Velázquez (\*)

---

## 1- Introducción.

La presente Monografía versará sobre los requisitos para inscribir una calificadora de riesgos ante la Comisión Nacional de Valores y los contenidos mínimos de una calificación, también sobre los organismos internos que la componen y sobre la idoneidad de sus integrantes.

Frente a ello, es importante saber de qué estamos hablando cuando expresamos “calificadoras de riesgo”, y resulta que cuando solicitamos un préstamo a una entidad financiera, como puede ser un Banco, este hace una “investigación”, con el fin de saber con certeza cual es la probabilidad de cumplir con la obligación que pueda asumirse, se determina así cualitativamente y cuantitativamente, el tipo de deudor que solicita el crédito y si este último podrá cumplir en tiempo y forma con las mensualidades.

De esa forma, con la “calificación” a la vista, la entidad podrá determinar si es un candidato para obtener el crédito o no resulta conveniente que lo obtenga.

Las “calificadoras de riesgo” funcionan de una forma similar, emitiendo calificaciones, pero enfocadas a los productos financieros. Estas entidades valoran el riesgo de impago y las condiciones de solvencia de un emisor de préstamos, a través de diferentes variables económicas. Pueden evaluar desde productos financieros hasta las economías de diferentes países.

Si bien cada calificadora tiene su propia nomenclatura, por lo general las calificaciones se expresan con letras, que van desde la A, para las más altas, hasta la D, para las más bajas, mientras más alta sea la calificación de un producto o una economía, se tendrá más confianza.

En definitiva, lo que mide una calificadora es el nivel de confianza que pueda tener un producto o economía, es decir, resultan tan importantes para los inversores que son estos los que se valen de las calificaciones a la hora de invertir, en instrumentos o economías.

El mundo globalizado en el que nos encontramos hace que en la actualidad se puedan llevar a cabo operaciones desde un país a otro, de un lado al otro del mundo en cuestión de minutos, es importante para un inversor tanto de Argentina, como de cualquier otro país, contar con normas genéricas a lo largo del planeta, es por ello que se estipulan normas similares en las economías de diferentes lugares, lo que facilita la comprensión tanto para locales como extranjeros.

Países como Estados Unidos cuentan con una calificación de AAA, emitida por importantes calificadoras como Fitch Rating<sup>1</sup>, Moody's<sup>2</sup> y Standars and Poors<sup>3</sup>. Cuando las calificaciones bajan, la confianza depositada en esas economías también se ve afectada por lo que suele ser un factor importante en los mercados al momento de tomar una decisión de inversión.

---

1. <https://www.fitchratings.com>

2. <https://www.moodylocal.com/>

3. <https://www.spglobal.com/ratings/en/>

El trabajo de las calificadoras de riesgo es muy serio, ya que puede impactar economías de naciones enteras. Algunas empresas y productos financieros solicitan ser evaluados antes de otorgar préstamos o poner al alcance de sus clientes las diferentes opciones con las que cuentan. La calificación será importante para seguir operando y conseguir más clientes.

De acuerdo con los cambios en la economía y los mercados, una calificadora puede aumentar o disminuir la puntuación que haya dado a cierto producto, servicio o país, para que las personas que tienen dinero invertido o piensen contratar servicios tomen una decisión informada.

## 2- Desarrollo.

### Marco Normativo:

Ya definimos el marco conceptual de las Calificadoras de Riesgo, en Argentina para poder funcionar como tales, deben registrarse ante la Comisión Nacional de Valores, que es el organismo encargado de su supervisión.

El Decreto 652/1996 (mod. Dto. 749/00), establece el marco normativo de las calificadoras de riesgo, estipula que *“A partir del primero de setiembre de 1992 o aquella fecha posterior que determine la COMISION NACIONAL DE VALORES, no se otorgará autorización de oferta pública para ninguna emisión de títulos valores privados representativos de deuda sin la previa presentación de DOS (2) calificaciones de riesgo otorgadas por sociedades calificadoras distintas e independientes habilitadas a tal fin.*

*También deberán calificarse las obligaciones negociables o cualquier otro título de deuda convertible en acciones destinado a ser ofrecido públicamente mientras existan títulos de la misma clase que no hayan sido convertidos.”* (vgr. art. 1ro. del Decreto).

Sin embargo, este Decreto Nro. 656/92 fue modificado en el año 2000 por medio del Decreto Nro. 749, siendo la principal reforma la eliminación de la obligatoriedad del requisito de la previa presentación de DOS (2) calificaciones de riesgo para conceder la autorización de oferta pública de valores negociables.

Además, se establece que la Comisión Nacional de Valores, crea el Registro de Sociedades Calificadoras de Riesgo en el cual deberán inscribirse las empresas interesadas en obtener su matrícula, correspondiendo a ese organismo su fiscalización. (art. 5to).

Posteriormente se produjo una modificación integral, con el fin de adecuar las normas luego de la crisis mundial, así, se están adoptando a nivel de otros Organismos internacionales, como son la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE COMISIONES DE VALORES (IOSCO, por sus siglas en inglés), el CONSEJO DE REGULADORES DE VALORES DE LAS AMERICAS (COSRA, por sus siglas en inglés), la COMISIÓN DE VALORES de ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA (SEC, en inglés), y la AUTORIDAD EUROPEA DE MERCADOS Y VALORES NEGOCIABLES de la U.E. (ESMA, en inglés).

En línea con las propuestas que el Gobierno Nacional ha planteado, en el marco del G-20, con respecto a la reforma de la arquitectura financiera global, se llevó a cabo la modificación de la normativa.

En este contexto, la reforma integral tiene como finalidad promover una mayor transparencia tendiente a incrementar la confianza en los mercados de capitales de la República Argentina, ayudando a reducir la información asimétrica y algunas de las fallas que se encuentran en el origen de las crisis financieras a nivel global, al incorporar nuevos requisitos a ser cumplidos por las calificadoras de riesgo para que los inversores cuenten con información plena, completa y precisa para la toma de decisiones de inversión.



### Requisitos generales para la inscripción de una Calificadora de Riesgo:

Están enumerados en el art. 1ro de la Resolución General Nro. 605/2012, que reemplaza el capítulo XVI “Calificadoras de Riesgo”, por el siguiente: “Capítulo XVI. 1.

Inscripción en el Registro de Calificadoras de Riesgo”:

- **Estatuto o contrato social**: Se debe presentar copia autenticada del estatuto o contrato social inscripto en el Registro Público de Comercio correspondiente a la jurisdicción donde tenga asentado su domicilio legal (En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo es ante la Inspección General de Justicia o “IGJ”).
- **Objeto**: El objeto social debe ser exclusivo de calificar valores negociables u otros riesgos y las actividades afines y complementarias compatibles con el desarrollo de ese fin.
- **Capital Social**: En caso de constituirse como sociedad anónima, deberá estar representado en acciones nominativas no endosables o escriturales, cuya negociación deberá ser comunicada a la Comisión Nacional de Valores.
- Con esto se quiere evitar que cualquier persona integre una calificadora de riesgo, ya que cada negociación que implique una modificación del capital social deberá ser comunicada a la Comisión que establecerá cuales son las incompatibilidades para integrarlas.
- **Denominación**: en su denominación o razón social deberán incluir la expresión “calificadora de riesgo”. Esto para evitar inducir a confusiones o que otra sociedad pueda utilizarlo en su denominación sin desempeñarse como tal.
- **Sede social**: deberá indicarse y tendrá que coincidir con las oficinas principales, lo mismo que con sus sucursales, las cuales se deberán mencionar los lugares donde se encuentren ubicadas.
- **Actas**: Presentar copias autenticadas de las siguientes actas: (i) donde se resolvió solicitar la inscripción en el Registro de Calificadoras de Riesgo y (ii) que acredite la designación de los directores, consejeros de calificación y síndicos.
- **Nóminas**: Presentar nóminas de los directores, consejeros de calificación, síndicos, gerentes de primera línea, representantes y apoderados, indicándose domicilio real, datos y antecedentes personales.
- **Estados contables y patrimonio neto**: también deberán presentar estados contables con una antigüedad no superior a TRES (3) meses desde el inicio del trámite de inscripción y que acrediten un patrimonio neto no inferior a PESOS UN MILLÓN QUINIENTOS MIL (\$1.500.000), acompañados del acta de directorio que los apruebe y de los informes de la sindicatura y del auditor, con la firma legalizada por el consejo profesional correspondiente. El patrimonio neto mínimo deberá mantenerse en forma permanente durante el termino de vigencia de la autorización administrativa.

Al momento de la inscripción el capital social de la entidad deberá estar totalmente integrado.

- **Acreditar la inscripción:** en los organismos fiscales y previsionales que correspondan.
- **Organización interna:** Acreditar los recaudos y presentar la documentación exigida.
- **Organigrama:** descripción de la organización administrativo y contable, responsabilidades de las áreas operativas, técnicas y administrativas, y de los medios técnicos y humanos adecuados a sus actividades.
- **Firmas:** Registrar ante la Comisión Nacional de Valores la firma de las personas que formen parte del consejo de calificación, que serán las responsables de suscribir los dictámenes.
- **Manuales de procedimientos:** Registrar ante la Comisión Nacional de Valores los manuales de procedimientos. Cuando se trate de entidades interesadas en calificar riesgos no relacionados con la oferta pública de valores negociables (art. 5º, 2º párrafo, mod. Dto. N° 749/00), sus manuales de procedimientos deberán contar indefectiblemente con la intervención y conformidad previa del órgano de aplicación, regulación o control que corresponda.
- **Declaraciones juradas:** Presentar declaraciones juradas suscriptas por cada director, gerente, accionista e integrante del consejo de calificación, en las que conste que el firmante no se encuentra alcanzado por las incompatibilidades a que se refieren los artículos 11 y 12 del Decreto No 656/92 (mod. Dto. N° 749/00).
- **Antecedentes judiciales:** Presentar una certificación expedida por el Registro Nacional de Reincidencia vinculada con la existencia o inexistencia de antecedentes judiciales por parte de los directores, síndicos y consejeros de calificación.
- **Código de protección al inversor:** contar con un Código de Protección al Inversor que regule el comportamiento de su personal, garantizando entre otros aspectos, la seguridad y eficiencia en los servicios prestados, el respeto del deber de confidencialidad y la prevención de eventuales conflictos de intereses (conforme artículo 21 del Capítulo XXI).
- Las entidades autorizadas a funcionar como calificadoras de riesgo deberán observar el cumplimiento de los requisitos mencionados precedentemente durante el término de vigencia de su inscripción.

### ¿Cómo se organizan y en que consiste el control interno?

El art. 3 de la R. General 605/2012, establece que Las calificadoras de riesgo dispondrán de procedimientos administrativos y contables adecuados, mecanismos eficaces de control interno y de salvaguardia de sus sistemas informáticos, y técnicas eficaces de valoración del riesgo.

Estos mecanismos de control interno estarán diseñados para garantizar el cumplimiento de las decisiones y los procedimientos a todos los niveles de la calificadora de riesgo.

Las calificadoras de riesgo aplicarán y mantendrán procedimientos de adopción de decisiones y estructuras organizativas que especifiquen de forma clara y documentada los canales de información y asigne funciones y responsabilidades.

Las calificadoras de riesgo emplearán sistemas, recursos y procedimientos adecuados con vistas a garantizar la continuidad y regularidad de sus actividades de calificación de riesgo. Las calificadoras de riesgo evaluarán la idoneidad y eficacia de sus sistemas, mecanismos de control interno y procedimientos, y adoptarán las medidas oportunas para corregir toda posible deficiencia.

Las calificadoras de riesgo se deben organizar de modo que sus intereses comerciales no impidan la independencia o exactitud de las actividades de calificación de riesgo.

### **Prohibiciones:**

Las calificadoras de riesgo no pueden prestar a la entidad calificada o un tercero vinculado servicios de consultoría o asesoramiento.

En el marco de su objeto social (conf. inc. b) del artículo 1º), las calificadoras de riesgo podrán desarrollar actividades afines y complementarias (“servicios afines”), para lo que deberán contar con la previa autorización de la Comisión Nacional de Valores.

Las calificadoras de riesgo velarán para que la prestación de servicios afines no entre en conflicto de intereses con las actividades de calificación de riesgo y divulgarán, en los informes de calificación definitivos, los servicios afines prestados a la entidad calificada o terceros vinculados.

Conductas ilícitas: Si un analista de calificaciones, empleado de una calificadora de riesgo o cualquier persona física cuyos servicios se pongan a su disposición o bajo su control y que intervenga directamente en las actividades de calificación de riesgo, considera que cualquier otra persona ha incurrido en una conducta que considera ilícita, dará cuenta de ello inmediatamente a la persona responsable del cumplimiento, sin que esto tenga consecuencias negativas para los denunciados mencionados.

Propuestas o recomendaciones: Las calificadoras de riesgo velarán para que los analistas de calificaciones o las personas que aprueban calificaciones no formulen propuestas o recomendaciones, ya sea formal o informalmente, en relación con la configuración de instrumentos de financiación con respecto a los cuales esté previsto que la calificadora de riesgo emita una calificación de riesgo.

Los directores de las calificadoras de riesgo garantizarán que las calificadoras de riesgo cumplan las disposiciones del Decreto N° 656/92 (mod. por Dto. N° 749/00), el presente Capítulo y modificatorias.

### **¿En que consiste la función de cumplimiento?**

a. Controlar y, regularmente, evaluar la adecuación y eficacia de las medidas y los procedimientos establecidos de conformidad con las obligaciones resultantes del Decreto N° 656/92 (mod. Dto. 749/00), el presente Capítulo y modificatorias, y de las medidas adoptadas para

hacer frente a las posibles deficiencias de la calificadora de riesgo en el cumplimiento de sus obligaciones.

b. Asesorar y prestar asistencia a la dirección, a los analistas de calificaciones y a los empleados, así como a otras personas físicas cuyos servicios se pongan a disposición o bajo el control de la calificadora de riesgo o a cualquier persona directa o indirectamente vinculada a la calificadora por una relación de control y que sea responsable de la ejecución de actividades de calificación de riesgo, para que cumplan las obligaciones que incumben a la calificadora de riesgo en virtud del Decreto N° 656/92 (mod. Dto. N° 749/00), el presente Capítulo y modificatorias.

c. Monitorear la efectiva implementación de la política de calificación de riesgo y de los métodos que las calificadoras de riesgo utilizan en sus actividades de calificación de riesgo.

d. Vigilar la eficacia del sistema interno de control de calidad de la calificadora de riesgo en relación con las actividades de calificación de riesgo.

e. Verificar el efectivo cumplimiento de las medidas y los procedimientos creados para identificar que se detecta, elimina o gestiona y hace público todo conflicto de intereses.

f. Monitorear los procesos de cumplimiento de las normas y gobierno corporativo.

g. Controlar que se detecte y elimine adecuadamente todo conflicto de intereses de las personas puestas a disposición de la función de cumplimiento.

### **Garantías que deben ofrecer las calificadoras de riesgo:**

a. La función de cumplimiento tiene la autoridad, los recursos, los conocimientos técnicos y el acceso necesarios a toda la información pertinente.

b. Se designa a una persona responsable del cumplimiento, que se encarga de la función de cumplimiento y de toda información relativa a los procedimientos y políticas adecuados que garanticen el cumplimiento de las obligaciones resultantes del Decreto N° 656/92 (mod. Dto. 749/00).

c. Los miembros del directorio o cualquier persona directa o indirectamente vinculada a la calificadora que tenga responsabilidad de verificación del cumplimiento no participan en las actividades de calificación de riesgo de cuya vigilancia se ocupen.

d. La retribución de la persona responsable del cumplimiento no está vinculada a los resultados empresariales de la calificadora de riesgo y se fija de modo que quede garantizada su independencia de juicio.

### **¿Qué debe contener una calificación?**

El dictamen de calificación deberá:

a. Mencionar las fuentes de información tomadas en cuenta para la obtención de los datos utilizados en el análisis respectivo, discriminando claramente la evaluación efectuada y los resultados obtenidos en cada etapa de la misma en forma individualizada.

b. Hacer referencia expresa a los distintos análisis efectuados y sus resultados en cada una de las etapas del proceso de calificación que deberán estar previstas en el manual de procedimientos registrado, incluyendo los parámetros cuantitativos y cualitativos (por ejemplo: índices, pautas en base a las cuales se confeccionaron los estados contables proyectados, análisis del sector en que actúa la emisora, etc.).

c. Ser redactado en lenguaje claro y preciso y en caso de utilizar terminología técnica o en idioma extranjero, incorporar un glosario con el significado de los mismos.

d. Cuando una calificadora de riesgo califique un instrumento de financiación estructurada, facilitará en la calificación toda la información sobre el análisis de pérdidas y de flujo de caja que haya realizado o en el que se base, así como una indicación sobre las variaciones previstas de la calificación de riesgo. Asimismo, deberá precisar el nivel de análisis realizado por lo que atañe a los procesos de debida diligencia efectuada respecto a los instrumentos financieros u otros activos subyacentes de los instrumentos de financiación estructurada.

### **¿Quiénes son los encargados de elaborar el dictamen con la calificación del riesgo?**

Los dictámenes son suscriptos por el Consejo de Calificación, que está compuesto por los directores, analistas de calificaciones, empleados y demás participantes en la emisión de la calificación. Este Consejo, se reúne en sesión, cada una de ellas debe ser comunicada a la Comisión Nacional de Valores con una antelación no menor a tres días, señalando el día y la hora de la reunión, y las entidades, valores negociales y otros riesgos a calificar y que se tratarán en dicha sesión.

Los directores de las calificadoras de riesgo gozarán de la debida honorabilidad, poseerán capacidad y experiencia suficientes, y velarán por la gestión sana y prudente de dichas calificadoras.

La mayoría de los miembros del directorio poseerán suficientes conocimientos técnicos en el ámbito de los servicios financieros. Siempre que una calificadora de riesgo emita calificaciones de instrumentos de financiación estructurada, al menos dos miembros del directorio tendrán extensos conocimientos y experiencia de alto nivel en el ámbito de los mercados de instrumentos de financiación estructurada.

Conforme lo dispuesto en el artículo 10° del Decreto N° 656/92 (Dto. N° 749/00), los consejeros de calificación deberán contar con reconocida idoneidad técnica y experiencia en el campo económico, financiero, contable y/o jurídico, además de gozar de comprobada solvencia moral.

Siempre que una calificadora de riesgo emita calificaciones de instrumentos de financiación estructurada, al menos DOS (2) consejeros de calificación tendrán extensos conocimientos y experiencia de alto nivel en el ámbito de los mercados de instrumentos de financiación estructurada.

Los analistas, consejeros de calificación, directores, administradores, gerentes de primera línea, síndicos, titulares y suplentes, y empleados de calificadoras de riesgo, no adquirirán, venderán ni realizarán ningún tipo de operación relacionada con instrumentos financieros que hayan sido emitidos, garantizados o de alguna otra forma respaldados por cualquier entidad calificada que entre dentro del ámbito principal de responsabilidad analítica de dichas personas, salvo cuando se trate de participaciones en fondos comunes de inversión, fondos de retiro y seguros de vida.

### **¿Qué contiene el acta de sesión?**

a. La síntesis de las deliberaciones y decisiones adoptadas, con indicación de la calificación anterior y en su caso, las causas de la modificación de la categoría asignada, y;

b. Una declaración jurada de los consejeros de calificación intervinientes sobre el cumplimiento del artículo 19 del Decreto No 656/92.

De modificarse la categoría otorgada con respecto a la emitida con anterioridad, deberá publicarse esta información por medio de la AUTOPISTA DE LA INFORMACIÓN FINANCIERA (AIF) bajo el acceso “Hecho relevante”, incluyendo un motivo de los hechos que la justifiquen.



Inmediatamente después de celebrada cada sesión del consejo de calificación deberán publicarse la calificación, el dictamen y el acta respectivos en la AUTOPISTA DE LA INFORMACIÓN FINANCIERA (AIF) y en los sitios *web* de las calificadoras de riesgo.

Toda vez que la calificación que hubiese resultado de la aplicación objetiva del manual registrado en la Comisión Nacional de Valores sea mejorada o desmejorada en razón de apreciaciones subjetivas sobre la empresa calificada, su mercado u otras circunstancias, ello deberá hacerse notar en forma destacada en la publicidad, debiendo asimismo detallarse las bases y fundamentos de la mejora o baja efectuada.

### ¿Cuáles son los contenidos mínimos de la calificación?

Las calificadoras de riesgo garantizarán como mínimo que en los dictámenes de calificación:

- a. Figuren todas las fuentes de importancia sustancial, incluida la entidad calificada o, en su caso, un tercero vinculado, que se utilizaron para determinar la calificación de riesgo.
- b. Se indique claramente el manual de procedimientos utilizado para determinar la calificación.
- c. Se indique el significado de las diversas categorías de calificación, la definición de incumplimiento o recuperación, así como las advertencias de riesgo que resulten procedentes.

### 3- Conclusiones.

La importancia de las calificadoras de riesgo radica en las garantías que le puede brindar a un inversor una determinada calificación, es por ello que es sumamente importante que se las delimite normativamente, no son como cualquier sociedad, mediante la normativa se busca garantizar la transparencia y la idoneidad de sus miembros.

En Argentina existen tanto calificadoras privadas, por ejemplo “Evaluadora Latinoamericana S.A.”, “Fix SCR S.A. Agente de calificación de riesgo”, “Moody’s local AR ACR S.A.”, entre otras, como también existen calificadoras públicas, ejemplo las que funcionan en Universidades Públicas como la Nacional de San Martín, la de Tres de Febrero o la del Centro de la Provincia de Buenos Aires.”

Ante un mundo globalizado es justo y necesario que los inversores cuenten con información clara y eficaz para la toma de decisiones, si bien no parece un proceso fácil inscribir una calificadora ante el Registro de la Comisión Nacional de Valores, mucho menos es la tarea que llevan adelante, es por ello que los requisitos para su inscripción por cuantiosos que parezcan son de suma importancia, toda la información relevante la podemos encontrar al alcance de un click, en la página web oficial de la CNV.

El funcionamiento de un mercado de valores necesariamente implica la puesta en marcha de todo un conjunto de normas jurídicas, que son de distinto orden y alcance, lo que involucra a distintos sectores sociales, económicos y políticos.

Se observa en los últimos años, una revalorización de las conductas éticas en casi todos los aspectos cotidianos, y en lo que respecta a los mercados de capitales, los esfuerzos que se realizan para dotarlos de instrumentos y prácticas éticas están necesariamente destinados a crear una conciencia social generalizada de que al invertir en estos mercados el inversor cuenta con estándares de seguridad mínimos que lo protegen de prácticas defraudatorias.

## Bibliografía

---

“Mercado de Valores”, Marcelo A. Camerini, Ed. AD-HOC, año 2002.

<https://www.finanzaspracticas.com.co/invertir/aprende-a-invertir/lo-que-debestener-en-cuenta-al-invertir/que-es-una-calificadora-de-riesgo#:~:text=Las%20calificadoras%20de%20crédito%20o,través%20de%20diferentes%20variables%20económicas.>

<http://www.cnv.gov.ar/sitioWeb/Registros-Publicos/Calificacion#>

Decreto 652/1996 (mod. Dto. 749/00)

<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/10000-14999/12385/norma.htm>

<https://www.argentina.gob.ar/cnv>

Resolución General 605/2012

[-http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/196357/norma.htm](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/196357/norma.htm)

---

(\*) Rubén Darío Velázquez, abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (2007).

## El fideicomiso de garantía en la argentina

Oswaldo Facundo Benítez Meabe

---

### I. Introducción

La figura del fideicomiso tiene su origen en el Derecho Romano. El cual tenía dos modalidades utilizadas para instrumentar estos negocios de confianza, el fideicommissum y el pactum fiduciae.

El primero correspondía al derecho sucesorio y se empleaba cuando el testador deseaba beneficiar mortis causa a una persona que carecía de capacidad hereditaria, por lo que no quedaba más que rogar a su heredero que fuese el ejecutor para dar al incapaz un objeto particular o parte del acervo hereditario.

El instituto del fideicomiso testamentario fue reconocido por las legislaciones que siguieron a la tradición romana, bajo la denominación de sustituciones fideicomisarias. Estas fueron prohibidas por el Código de Napoleón para impedir la reunión de importantes riquezas en pocas personas. El CC receptaba esta prohibición en los arts. 3723, 3730 y ceds. que impedían la sustitución fideicomisaria, esta fue modificada después de reforma conforme lo dispuesto en el art. 2491 CCCN y s.s.

Paralelamente al fideicommissum, existía la fiducia que era un contrato real por el cual una persona transfería a la otra la propiedad de una cosa, agregando una cláusula especial, por la cual quien recibía la cosa (mancipatio accipiens) se comprometía a restituirla a su transmitente (mancipatio dans) o utilizarla con determinado fin al cumplirse una condición o plazo establecido por las partes en el contrato.

Existían dos clases de fiducias según el fin del negocio fiduciario:

- La fiducia de garantía (fiducia cum creditore contracta) era un contrato por el cual el deudor transfería la propiedad de una cosa conviniendo con el acreedor en que ella le sería devuelta una vez pagada la deuda. Al principio el fiduciante debía confiar en la buena fe del fiduciario, de modo que todos los riesgos eran asumidos por el deudor en base a la confianza que les inspiraba su acreedor. Pero con el tiempo se instituyó una acción ante el pretor para condenar al fiduciario a restituir la cosa o a indemnizar los daños y perjuicios. Esta figura cuyo objeto era garantizar una deuda desapareció en la época romano-helénica y fue reemplazada por los sistemas de garantías reales estructurados con la prenda y la hipoteca, más favorables al deudor.
- El encargo en confianza (fiducia cum amico contracta) era un contrato por medio del cual se entregaba la propiedad para que el receptor la custodiara o la usara con lo que satisficieran los fines del depósito y del comodato. Se trataba de un negocio de custodia o de administración para poner seguros determinados bienes, que se diferenciaba del pactum fiduciae cum creditore porque se constituía en interés del fiduciante y no del fiduciario.

En nuestro derecho, el contrato de fideicomiso fue regulado como un contrato típico, a partir de la promulgación de la ley 24.441 de “Financiamiento de la Vivienda y la Construcción” (en adelante LF) el 16 de enero de 1995. Antes de esto, el dominio fiduciario solo estaba regulado por el art. 2.662 del viejo Código Civil y se trataba de una figura sin mucha aceptación, relacionando la misma con la simulación y fraude. Luego, el art. 73 de la misma norma sustituye el art.



2.662 del Código Civil estableciendo que: “dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”.

Tal como puede observarse en el título de dicha ley, en un principio, el fideicomiso fue pensado como un instrumento destinado al financiamiento de la vivienda. Aun así, sin haberlo tenido en cuenta al momento de su promulgación la norma se convirtió en una herramienta fundamental para el desarrollo económico del país, que ha potenciado la inversión y el crecimiento de sectores tan diversos como el financiero, inmobiliario, la construcción, el consumo, la industria, la actividad forestal y agropecuaria, la realización de obras de infraestructura, etc.

La adopción del fideicomiso como forma contractual, “ha tenido la capacidad de impactar de lleno en tan variados aspectos de la actividad social y económica que resulta difícil imaginar límites para su aplicación, ya que sus fronteras se extienden hasta los confines de la legalidad intrínseca de los negocios subyacentes y de la imaginación. Tal vez haya sido la maleabilidad del fideicomiso, su capacidad de adaptarse a los más diversos negocios jurídicos y su aptitud para proteger los bienes afectados a tales negocios contribuyendo a su buen fin, lo que le ha dado ese grado de desarrollo”<sup>1</sup>.

La ley 24.441, fue la primera ley que describió por al fideicomiso como un patrimonio de afectación cuya finalidad típica es la transmisión de la propiedad fiduciaria. En su art. 14 dicha norma establecía que los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. Se conforma de esta manera la creación de un patrimonio especial, distinto del patrimonio propio de los demás sujetos intervinientes en el contrato. Muy distinto a lo que ocurría en el Código Civil de Vélez, donde los bienes fideicomitados formaban parte del patrimonio personal del fiduciario.

Esta ley 24.441, con la novedad de la separación de patrimonios, ha colaborado enormemente al desarrollo de la figura del fideicomiso en la Argentina.

Sin embargo, los 26 artículos referidos al fideicomiso resultaron insuficientes al momento de resolver problemas complejos referidos al funcionamiento del contrato y sobre todo a su liquidación por insolvencia. Obligando así a la doctrina y a la jurisprudencia a realizar complicadas interpretaciones de esta norma con la finalidad de llenar el vacío normativo

En el nuevo Código Civil y Comercial, aprobado mediante la Ley 26.994, sancionada el 1° de Octubre de 2014 y promulgada el 7 de Octubre de 2014, se ha incorporado al contrato de fideicomiso dentro de su articulado y se ha definido al mismo en su art. 1666, el cual establece que:” hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario”. Dicho artículo se encuentra dentro del Capítulo 30, Título IV (“De los contratos en particular”), del Libro Tercero (“Derechos Personales”).

Aquella separación de patrimonios que, mencionada previamente, resulta sustancia a la hora de analizar esta cuestión y se manifiesta en el texto del art. 1686 CCCN, según la cual el patrimonio fideicomitado queda a salvo de cualquier acción singular o colectiva que los acreedores del fiduciante o fiduciario intenten contra el mismo, salvo que pudiera acreditarse la existencia de fraude y los acreedores del beneficiario y del fideicomisario pueden subrogarse en los derechos de su deudor.

Ahora bien, la modalidad de fideicomiso en garantía se encuentra previsto y regulado a

1. CARREGAL, Mario A., “El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la ley 24.441”, La Ley, 2007-B, 1165, p. 1, cita online: AR/DOC/1332/2007



través del art. 1680, como veremos más adelante. Primeramente, veremos las definiciones que sobre este instituto ha desarrollado la doctrina.

La Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci define al Fideicomiso de Garantía como: “El fideicomiso de garantía es un contrato por el cual el fiduciante transfiere la propiedad de uno o más bienes al fiduciario, con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación a favor de un tercero (beneficiario)”<sup>2</sup>.

Jorge Mosset Iturraspe lo define en el mismo sentido: “El fideicomiso de garantía es un contrato por el cual una persona (fiduciante) transfiere la propiedad de un bien a otra persona (fiduciario), con el fin de garantizar el cumplimiento de una obligación a favor de un tercero (beneficiario). El fiduciario tiene la obligación de conservar el bien y de disponer de él para el pago del crédito garantizado, en caso de incumplimiento de la obligación.”<sup>3</sup>.

Los Dres. Kiper y Lisoprawski, en su tratado de fideicomiso toman la siguiente definición: “*En lo que respecta al fideicomiso de garantía, se ha definido al mismo como aquel fideicomiso por el cual se transfiere al fiduciario bienes para garantizar con ellos o con su producido el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo o a cargo de terceros, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor; en caso de incumplimiento, se pagará una vez realizados los bienes, el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, conforme lo previsto en el contrato*”<sup>4</sup>.

Como puede observarse, las definiciones de fideicomiso de garantía son similares. Coinciden en que se trata de un contrato por el cual el fiduciante transfiere la propiedad de uno o más bienes al fiduciario, con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación a favor de un tercero (beneficiario). Por consiguiente, podemos afirmar que el fideicomiso de garantía es una especie de garantía que se distingue del resto de las garantías por el hecho de que el fiduciante ve satisfecha su deuda resguardando el bien transmitido de futuras agresiones relacionadas con su situación patrimonial, asegurándose que su acreedor vea cumplida su expectativa.

Podríamos concluir esta introducción afirmando que el fideicomiso en garantía resulta una suerte de mecanismo de ejecución de garantía que hasta la modificación del código no se encontraba regulada. Fue el Código Civil y Comercial, a través del art. 1680, el que recogió legislativamente el consenso doctrinario y jurisprudencial acerca de la licitud de la fiducia con finalidad de garantía, especie implícitamente existente en la ley derogada, cuestionada por una doctrina minoritaria.

## II. Regulación del fideicomiso en garantía en el cod. Civil y Comercial

Respecto del tratamiento en general del Fideicomiso, Kiper y Lisoprawski manifiestan sobre el proyecto de reforma lo siguiente: “*Se advierte en el Proyecto de Reforma, en relación a la ley 24.441 (LF), la corrección de deficiencias técnicas desde lo más simple, como los errores gramaticales y la sintaxis, hasta el llenado de lagunas en materias sensibles, como el problema del fiduciario que pretende ser beneficiario, el rol de fideicomisario, la funcionalidad del fideicomiso en garantía, la liquidación por insuficiencia, las dificultades en materia testamentaria. Las modificaciones recogen mayoritariamente la elaboración doctrinaria y la*

2. Aída Kemelmajer de Carlucci, “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado”, Tomo V, Ed. Rubinzal Culzoni, 2015, p. 128

3. Jorge Mosset Iturraspe, “Tratado de los Contratos”, Tomo II, Ed. Rubinzal Culzoni, 2012, p. 272.

4. KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V, Teoría y práctica del fideicomiso, Depalma, Buenos Aires, 1999, pág. 1



*jurisprudencia existente, sin cambiar las características substanciales de la figura*<sup>5</sup>. Algunas de estas cuestiones a las que se hace observancia, serán tratadas en el presente trabajo.

La derogada ley N.º 24.441 no legislaba separadamente las diversas aplicaciones de que es susceptible el fideicomiso común u ordinario. Por su parte el Código Civil y Comercial, si bien sigue el lineamiento general de la derogada ley, destina una norma a la regulación de las particularidades que plantea una de sus aplicaciones: el fideicomiso de garantía (art. 1680 CC y C). Así, por medio de una regulación general se evita recortar sus posibilidades prácticas de aplicación.

El Código Civil y Comercial de la Nación, expresa la admisión expresa del Fideicomiso en Garantía, a través del art. 1680<sup>6</sup>. Cabe destacar aquí que, al hacerlo no lo realiza como una especie diferenciada, como si lo hace con el Fideicomiso Financiero o el Fideicomiso testamentario.

Como podrá observarse, en el art. 1680 del Código, se prevé las facultades extrajudiciales de disposición del fiduciario con respecto a los bienes fideicomitidos, en la hipótesis de incumplimiento de la obligación que garantiza.

De su escueto tratamiento podemos dilucidar que, para el legislador, los principios generales del Instituto Fideicomiso resultan suficientes para la regulación del fideicomiso en garantía. Por ello, las normas a las que se debe someter el Fideicomiso en Garantía son las que corresponden a los fideicomisos en general, de conformidad al régimen del Código Civil y Comercial.

Aun cuando escueta, la definición permite terminar con la disyuntiva acerca de la licitud o no del mecanismo extrajudicial de liquidación en garantías. Así, siguiendo la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, se refleja en la norma la licitud de la fiducia de garantía.

Yendo aún más allá en la cuestión, siéndole aplicable los principios del Fideicomiso en general, a través del art. 1671<sup>7</sup>, del Código Civil y Comercial, se admite la posibilidad de que el fiduciario pueda, a su vez ser beneficiario. Aquí también se zanja y pone fin a otra discusión doctrinaria de si es conveniente esa superposición, particularmente en lo que respecta al fideicomiso en garantía. Cuestión que se tratara en el siguiente punto de este trabajo.

### **III. El Fiduciario – Beneficiario – Acreedor en el Código Civil y Comercial de la Nación**

La posibilidad de que el fiduciario sea designado como beneficiario fue una de las cuestiones más debatidas durante la vigencia de la Ley N.º 24.441. La ley no contenía una disposición expresa que abordara este tema, por lo que se fijaron dos posturas.

La primera postura, partidaria de la prohibición, sostiene que existe una evidente contraposición de intereses entre las dos calidades. El fiduciario tiene la obligación de administrar los bienes del fideicomiso en beneficio del beneficiario, pero si el fiduciario es también el beneficiario, entonces sus intereses propios estarán en conflicto con los intereses del beneficiario. Esto podría conducir a que el fiduciario tome decisiones que beneficien a sus propios intereses en lugar de los intereses del beneficiario.

5. Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V., “El fideicomiso en el Proyecto del Código”, LA LEY 27/08/2012, 27/08/2012, 1 – LA LEY 2012-E, 812, Cita online AR/DOC/3417/2012.

6. ARTICULO 1680.- Fideicomiso en garantía. Si el fideicomiso se constituye con fines de garantía, el fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitidos, al pago de los créditos garantizados. Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía el fiduciario puede disponer de ellos según lo dispuesto en el contrato y, en defecto de convención, en forma privada o judicial, asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes.

7. ARTICULO 1671.- Beneficiario. El beneficiario puede ser una persona humana o jurídica, que puede existir o no al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deben constar los datos que permitan su individualización futura. Pueden ser beneficiarios el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario.



La segunda postura, partidaria de la posibilidad, sostiene que la prohibición es innecesaria e incluso perjudicial. Argumentan que la prohibición no es necesaria porque el fiduciario siempre está obligado a rendir cuentas al beneficiario. Esto significa que el beneficiario siempre podrá impugnar cualquier decisión que el fiduciario tome que beneficie sus propios intereses. Además, sostienen que la prohibición es perjudicial porque puede impedir que se formen fideicomisos que serían beneficiosos para el beneficiario. Por ejemplo, si una persona desea establecer un fideicomiso para beneficiar a sus hijos, pero no quiere que un tercero extraño administre los bienes del fideicomiso, tiene como única manera la de un fideicomiso donde la persona sea el fiduciario y el beneficiario al mismo tiempo.

El Código Civil y Comercial (ley 27.077), que entró en vigencia en 2015, resolvió la cuestión al establecer expresamente que el fiduciario puede ser designado como beneficiario. Sin embargo, la ley también establece que el fiduciario debe rendir cuentas al beneficiario y que el fiduciario no puede utilizar los bienes del fideicomiso para su propio beneficio.

La nueva ley ha sido elogiada por algunos al brindar mayor flexibilidad y opciones para los fideicomisos. Sin embargo, otros han criticado la ley por prestarse a posibles abusos. Será el transcurso del tiempo lo que determinará si presente ley resultó efectiva en proteger los intereses de los beneficiarios de los fideicomisos.

Ahora bien, entrando en un análisis más profundo de la norma como cuerpo normativo, podemos observar que, esta admisión, no se corresponde con lo dispuesto en el art. 1674<sup>8</sup>, pues aquí se menciona el estándar del “buen hombre de negocios” respecto de la prudencia y diligencia, conforme la confianza depositada en él. Tampoco parecería tener armonía con lo dispuesto por el art. 1673<sup>9</sup>, en particular en el fideicomiso en Garantía, puesto que reza: “... debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando a los demás sujetos intervinientes en el contrato”.

Resulta digno de crítica la forma en que se regula la ejecución de los bienes fideicomitados en los fideicomisos en garantía en el Código Civil y Comercial.

Sostiene el sector de la doctrina que se manifiesta en contra de este doble papel que no debería permitirse que el acreedor fiduciario pueda vender los bienes por su cuenta, sin tener en cuenta el interés del deudor fiduciante ni el posible saldo a su favor. Pues, podría dar lugar a abusos y perjuicios para el deudor. Por eso, este sector doctrinario entiende que, una alternativa podría ser la de recurrir a la vía judicial para ejecutar los bienes fideicomitados. En tal sentido, resulta oportuno hacer notar que el Código debería haber establecido con más precisión cómo se debe realizar la venta de los bienes, ya que la mención que hace al

“mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes” es muy vaga y deja mucho margen a la discrecionalidad del acreedor fiduciario.

Otro sector de la doctrina propone una postura intermedia. Esta, admite la posibilidad de que el fiduciario pueda ser a su vez beneficiario, lo hace con una limitación para los fideicomisos en garantía, proponiendo como fiduciario a las Entidades financieras autorizadas exclusivamente.

Esta exclusividad tiene lugar en razón del estatus profesional y de los muchos recursos con que cuentan estas Entidades, que resultan muy superiores al de un fiduciario común. Asi-

8. ARTICULO 1674.- Pauta de actuación. Solidaridad. El fiduciario debe cumplir las obligaciones impuestas por la ley y por el contrato con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él. En caso de designarse a más de un fiduciario para que actúen simultáneamente, sea en forma conjunta o indistinta, su responsabilidad es solidaria por el cumplimiento de las obligaciones resultantes del fideicomiso

9. ARTICULO 1673.- Fiduciario. El fiduciario puede ser cualquier persona humana o jurídica. Sólo podrán actuar como fiduciarios en fideicomisos financieros que cuenten con autorización de oferta pública de sus títulos valores las entidades financieras o aquellas sociedades que se encuentren inscriptas en el registro de fiduciarios financieros del organismo de contralor del mercado de valores. El fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato.

mismo, tienen un control de Superintendencia del Banco Central de la República Argentina, sobre su accionar. Del mismo modo que deben, por sus necesidades comerciales, guardar un prestigio. Por consiguiente, es de esperar un comportamiento más profesional, cuidadoso y prudente al momento de llevar adelante esta doble función de fiduciario/beneficiario

Otro punto que señala esta postura es que las Entidades tienen de por sí una mayor solvencia tal como para afrontar responsabilidades funcionales por mala praxis. Por el contrario, un fiduciario común, ya sea persona física o jurídica, puede no tener la solvencia suficiente para poder cubrir dicha responsabilidad. Esta postura es la que ha adoptado la ley uruguaya (art. 9º, inc. B, ley 17.703<sup>10</sup>).

Además de lo resuelto por la ley uruguaya que, adelante, entiendo es la solución que aúna lo mejor de ambas posturas, dando lugar a una realidad y fomentando el crédito, sin desatender la legalidad y el contrapeso necesario para esta figura, veamos las posturas en el derecho comparado de la región: en Paraguay<sup>11</sup>, por ejemplo, el art. 8º de la ley 921 de Negocio Fiduciarios dispone la nulidad del contrato cuando se reúnen las calidades de Fiduciario y Beneficiario. En la legislación de Panamá, es una de las causales de extinción del Fideicomiso la confusión en una sola persona de la calidad de único Beneficiario con la de único Fiduciario<sup>12</sup>. En el Perú, su legislación lo prohíbe salvo en los casos en que se trate de operaciones de titulización<sup>13</sup>. México lo admite para instituciones autorizadas solo si sirven como instrumento de pago<sup>14</sup>.

Habiendo marcado los riesgos que conllevan este tándem de fiduciario-beneficiario acreedor, resulta oportuno indicar aquí la excepción que esta posibilidad legal conlleva, respecto de la prohibición implícita contenida en el artículo 1676<sup>15</sup> del Código Civil y Comercial: “Dis-

10. Artículo 9 (Prohibiciones).- Quedan prohibidos, siendo absolutamente nulos: a) Los fideicomisos testamentarios en los que se designen diversos beneficiarios en forma sucesiva, procediendo la sustitución a la muerte del beneficiario anterior. b) El fideicomiso en el cual se designe beneficiario al fiduciario salvo en los casos de fideicomiso en garantía constituidos a favor de una entidad de intermediación financiera.

11. Ley 921 — Art. 8º.- “Nulidad del negocio fiduciario: Serán nulos los negocios fiduciarios en los siguientes casos: 1. Cuando en un mismo negocio fiduciario se reúna la calidad de fideicomitente y de fiduciario o de fiduciario y beneficiario...”.

12. Ley 1 de 1984. Art. 33, inc. 5º. “El fideicomiso se extingue:... 5. Por confundirse en una sola persona la calidad de único beneficiario con la de único fiduciario...”.

13. Ley 26.702. Art. 258º. Prohibición de realizar operaciones en beneficio de determinadas personas. “La empresa fiduciaria está prohibida de realizar operaciones, actos y contratos con los fondos y bienes de los fideicomisos, en beneficio de: 1. La propia empresa. 2. Sus directores y trabajadores y, en su caso, los miembros del comité a cargo del fideicomiso. 3. El factor o factores fiduciarios. 4. Los trabajadores de su departamento fiduciario y los contratados para el fideicomiso de que se trate. 5. Sus auditores externos, incluidos los profesionales socios que integran la firma y los profesionales que participen en las labores de auditoría de la propia empresa. Los impedimentos a que se refiere este artículo alcanzan al cónyuge y a los parientes de las personas indicadas, así como a las personas jurídicas en que el cónyuge y los parientes en conjunto, tengan personalmente una participación superior al cincuenta por ciento. Son nulas las operaciones que se realice en contravención de las prohibiciones reseñadas. Art. 265. Nulidad de fideicomiso. “El fideicomiso es nulo: 1. Si contraviene el requisito establecido en el art. 243. 2. Si su objeto fuese ilícito o imposible. 3. Si se designa como fideicomisario a la propia empresa, salvo en los casos de fideicomiso de titulización. 4. Si todos los fideicomisarios son personas legalmente impedidas de recibir los beneficios del fideicomiso. 5. Si todos los bienes que lo deben integrar están fuera del comercio. Si el impedimento a que se refiere el numeral 4 sólo recae sobre parte de los fideicomisarios, el fideicomiso es válido respecto de los restantes”.

14. Art. 382. “...Las instituciones mencionadas en el art. 385 de esta Ley podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias únicamente tratándose de fideicomisos que tengan por fin servir como instrumentos de pago a su favor. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses, para lo cual podrán nombrar a un ejecutor o instructor, que podrá ser una institución fiduciaria o cualquier tercero, a fin de que determine el cumplimiento o incumplimiento del contrato para el solo efecto de iniciar el procedimiento de ejecución y para que cumpla los fines del fideicomiso en lo que respecta a la aplicación de los bienes afectos al fideicomiso como fuente de pago de obligaciones derivadas de créditos otorgados por la propia institución. En todo caso, el ejecutor o instructor ejercerá sus funciones en nombre y representación del fiduciario, pero sin sujetarse a sus instrucciones, brando en todo momento de conformidad con lo pactado en el contrato y la legislación aplicable y actuando con independencia e imparcialidad respecto de los intereses del fideicomitente y fideicomisario...”.

15. ARTICULO 1676.- Dispensas prohibidas. El contrato no puede dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, ni de la culpa o dolo en que puedan incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados.

pensas prohibidas. El contrato no puede dispensar al fiduciario... de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos”. Pues si se trata de un contrato donde éste tiene un doble rol y por ello tiene derecho a las rentas de un inmueble fideicomitado, es evidente que cobrará como beneficiario ese producido, adquiriendo así para sí fondos del patrimonio fiduciario.

Ahora, en los casos de Fideicomisos en garantía, la cuestión es aún, más manifiesta, si el fiduciario es a su vez beneficiario – acreedor. Al realizar una garantía (ej. un bien inmueble) por incumplimiento el producido ingresará al patrimonio fideicomitado por vía de la subrogación. De estos fondos, se cobraría el mismo fiduciario – acreedor garantido, adquiriendo para sí bienes fideicomitados.

Misma situación ocurre cuando ingresen fondos líquidos provenientes del cobro de créditos que le fueron transmitidos para conformar la garantía fiduciaria. Puede observarse así, como los bienes ingresarán en el patrimonio universal del fiduciario, configurándose la excepción a lo dispuesto en el art. 1676, que he mencionado.

#### **IV. Autoliquidación del fideicomiso en garantía.**

Esta característica es quizás la más distintiva del fideicomiso en Garantía. Lo que lo hace particular y determina la esencia de su razón de ser.

Esta característica no se encontraba regulada en la ley 24.441, ni contemplada en ninguna otra norma afín. Se trata de un mecanismo ejecución de garantía incorporado a través del nuevo Código Civil y Comercial en su del art. 1680, el que recogió legislativamente el consenso doctrinario y jurisprudencial acerca de la licitud de la fiducia con finalidad de garantía, que se encontraba implícita en la citada ley especie implícitamente existente en la ley derogada.

La razón de ser de este instituto radica, principalmente, en aquella necesidad actual de “desjudicializar” las ejecuciones. Se trata, así, de un avance de la autonomía de la voluntad sobre la materia del estado de cesación de pagos<sup>16</sup>. El mismo artículo da la posibilidad de realizar la disposición de bienes, tanto de manera privada como judicial.

Cabe destacar que, este proceso de autoliquidación no constituye, técnicamente, una ejecución “extrajudicial”, pues el fiduciario no ejecuta la garantía, sino que cumple con las instrucciones y la finalidad del contrato, en una de sus alternativas. Siendo la otra posibilidad la de restitución de los bienes si existe cumplimiento de la prestación que se garantizó.

Así, no se ejecuta la garantía en sentido procesal, sino que se cumple con lo que se convino, que no es otra cosa que pagar la obligación garantizada en caso de incumplimiento, por medio de la disposición de los bienes fideicomitados.

Aquí surge la cuestión entonces de establecer cuándo debe aplicarse una u otra alternativa resolutoria del fideicomiso. A los efectos de determinar tal cosa, las características y naturaleza de la obligación garantizada, son esenciales al momento de identificar el incumplimiento que pondrá a funcionar el mecanismo de autoliquidación previsto.

El fiduciario debe limitarse a comprobar una situación, que no es otra que la falta de pago o incumplimiento de la obligación garantizada por parte del deudor. Lo que el Fiduciario no debe hacer es juzgar acerca de la existencia de un incumplimiento, más aún cuando es también Beneficiario — acreedor a la vez. Cuestión esta que, de realizarla la liquidación de manera judicial, el problema no se presentaría.

Así, resulta fundamental que en las cláusulas del contrato de Fideicomiso el Fiducian- te (deudor) establezca expresa y claramente la instrucción al Fiduciario para que, frente a la comprobación de un hecho o manifestación objetiva y externa (suficientemente descripta) del

16. Cfr. ESPARZA, Gustavo y GAMES, Luis María, “El fideicomiso de garantía ante el concurso preventivo y la quiebra”, El Derecho, 194-1014, p.2.



incumplimiento de la obligación garantizada, el último disponga de los bienes fideicomitidos y pague la obligación garantizada.

Si el Fiduciario, por falta de una condición o una determinación precisa y objetiva que provea certeza, debe realizar un juicio o hacer uso de su criterio para establecer si ha habido o no incumplimiento de la obligación insoluta, se sujeta al riesgo de que realizado el bien se lo haga responsable por su evaluación errada o se cuestione el Fideicomiso mismo por implicar, presuntamente, funciones de naturaleza judicial o arbitral.

Ante el hecho del incumplimiento, el mecanismo de realización pone a prueba el comportamiento del Fiduciario. Se espera, obviamente, un comportamiento ajustado a derecho, prudente y de conformidad al de un buen hombre de negocios<sup>17</sup>, pues actúa sobre la base de la confianza que han depositado en él para realizar los bienes fideicomitidos para satisfacer la obligación incumplida.

Esta última cuestión se ve agravada para el caso donde el Fiduciario es a su vez Beneficiario- acreedor, especialmente, en este debe comportarse suma prudencia, transparencia y teniendo en cuenta lo determinado por el tercer párrafo del art. 1673: “...*El fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato.*”

Aquí cabe la siguiente reflexión, primeramente, es que el art. 1673 – determina un principio que aplica a todos los fideicomisos donde el Fiduciario es Beneficiario al mismo tiempo. Pues bien, para el caso del fideicomiso en garantía, este principio debe entenderse con más fuerza, con aspecto restrictivo del accionar y con una interpretación proclive a los intereses de los demás sujetos del contrato.

En segundo término, debe entenderse esta limitación como un factor equilibrante, un contrapeso o compensación, que sirve para equiparar el accionar, pues la posibilidad de que el Fiduciario sea Beneficiario resulta excepcional y por ello, resulta necesario que, ante mayor libertad, mayores sean los deberes a cargo de los favorecidos.

Entonces, si el acreedor puede ser Beneficiario y Fiduciario a la vez, en contrapeso debe “... obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato”. Esto excede aquella conducta del buen hombre de negocios de prudencia y diligencia, sino que va más allá la cuestión, relegando su interés en favor de los demás sujetos del Fideicomiso. Es una suerte de agravamiento del parámetro de conducta cuando en Fiduciario es también Beneficiario. Una suerte de plus ultra del deber de lealtad.

La diferencia radica en la palabra “privilegiar”, que remarca una ventaja, una preeminencia de los intereses de los demás intervinientes en el Fideicomiso, con relación al Fiduciario. De algún modo, los intereses del Fiduciario-beneficiario, ceden ante los intereses de las demás partes.

## V. De la posibilidad de pagar directamente al acreedor

El primer párrafo del art. 1680 dice: “Si el fideicomiso se constituye con fines de garantía, el fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitidos, al pago de los créditos garantizados...”. Siendo algo propio o natural del Fideicomiso en Garantía, causa extrañeza que la norma autorice al Fiduciario al pago directo al acreedor. La disposición luce innecesaria. Pudiéndose interpretar que el legislador quiso no dar lugar a disquisiciones doctrinarias contrarias a lo que se entiende como propio del Fideicomiso en garantía.

17. ARTICULO 1674.- Pauta de actuación. Solidaridad. El fiduciario debe cumplir las obligaciones impuestas por la ley y por el contrato con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él



Luego, en su art. 1689, el Código dispone que “...Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía el fiduciario puede disponer de ellos según lo dispuesto en el contrato, en defecto de convención, en forma privada o judicial, asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes”. Aquí la doctrina se ha hecho los siguientes planteamientos:

- Se trataría de una disposición supletoria pues hace mención de que se trata de “otros bienes”, donde la legislación asume la existencia de un defecto o ausencia de una convención en relación al procedimiento o disposición de la garantía con destino al pago de la obligación incumplida. Siendo el Fiduciario quien debe decidir si lleva acabo vía judicial o extrajudicial o privada dicho proceso. Reforzando y remarcando así la validez de la alternativa extrajudicial.
- Aquí si la posibilidad de pagar directamente al acreedor con fondos líquidos ingresados en el patrimonio del Fideicomiso sería aplicable con “otros bienes” fideicomitidos por el deudor Fiduciante; es decir por medio de una dación en pago prevista en el contrato o como decisión librada al criterio del Fiduciario. Pues bien, el Fiduciario al dar en pago dispone de bienes de “su propiedad” fiduciaria). No serían los bienes prendados o hipotecados de propiedad del deudor los que darían en pago. Los bienes que transmitió el Fiduciante — deudor para hacer de ellos propiedad fiduciaria con finalidad de garantía, dejaron de pertenecerle. Si el Fiduciario decide darlos en pago lo hace por su señorío sobre esos bienes. El acreedor que satisface así su crédito, siguiendo esta línea de pensamiento, no se “apropia” de los bienes del deudor sino que recibe en pago bienes que integran el patrimonio fideicomitado que —por definición— dejaron de pertenecer al Fiduciante — deudor. Definitivamente el Fiduciario no es un mandatario del deudor, sino un propietario imperfecto, pero dueño al fin. Así lo determina nuestro Código Civil y Comercial al versar sobre dominio Fiduciario y en particular en sus arts. 1701 a 1707.

## VI. Sobre la verificación del crédito ante concurso o quiebra del fiduciante.

Ante el interrogante de si el beneficiario de un fideicomiso en garantía debe verificar el crédito o no, existen varias posiciones doctrinales que explicaremos seguidamente.

Una primera postura, se centra en la accesoriedad del Fideicomiso de garantía existe y se justifica en tanto exista una obligación principal que sea la que se garantiza en el pasivo del deudor fiduciante. Surgiendo de ello, que sea necesario que el beneficiario deba concurrir a verificar el crédito.

El fideicomiso, así, es accesorio de una obligación principal y como tal sigue la suerte de esta. Así, el crédito del beneficiario debe solicitarse con el carácter de quirografario y condicional, toda vez que no existe preferencia y porque el hecho de que exista una garantía fiduciaria para la satisfacción de la obligación principal determina el interés del acreedorbeneficiario, limitándola a aquello que exceda dicha garantía.

Sobre la cuestión expresa el autor Truffat que del fideicomiso de garantía se consigue la ficción legal de que “algo sea y no sea al mismo tiempo”, porque quien paga no es el fiduciante-concurrido, dado que el bien está en cabeza de un tercero (fiduciario), pero tal tercero cumple en realidad la encomienda que el primero le hizo y con los bienes de éste<sup>18</sup>. Y remata la

18. TRUFFAT, E. Daniel, “Palabras en Homenaje al Dr. Enrique M. Butty, Jurisconcurso”, Año II, Nro. 5, mayo de 2007, p.5.





cuestión “*aunque en puridad técnica pueda sostenerse que el acreedor-beneficiario no tiene un ‘deber’ de verificar, es imposible que no se reconozca que - como cualquier incumplidor de una carga legal - se somete a varios riesgos si no atiende las previsiones del sistema normativo*”.

Alegan que debe verificar el beneficiario su acreencia en el concurso. Pues, en resguardo de tres intereses: Primero, el interés del acreedor particular: que, ante la insuficiencia del fideicomiso, este acreedor podría intentar cobrar la diferencia en moneda de concurso o quiebra. En segundo término, en razón del interés del deudor: dado que ante el pago de su crédito en los términos del acuerdo homologado o por medio de la distribución de fondos en la quiebra, el acreedor podrá renunciar expresamente - no tácitamente - a la garantía proveniente del fideicomiso, situación improbable pero no prohibida.; y más importante es que si el crédito principal es verificado por un monto inferior al valor de los bienes fideicomitidos, la diferencia, una vez satisfecho íntegramente aquel crédito, reingresará al patrimonio del deudor, puesto que en este tipo de contratos el fiduciante es generalmente el fideicomisario (art. 1698 C.C.C.N)<sup>19</sup>. Por último y, en tercer término, en interés de la masa de acreedores: pues ante la posibilidad de que el juez concursal declare inexistente o ilegítimo el crédito principal de este acreedor, o lo verifique por un monto menor al pretendido ya no podrá ejecutar el fideicomiso y cobrar en su totalidad el crédito originario garantizado con él.

Así, entienden quienes siguen esta postura que si el crédito principal garantizado por el fideicomiso llega a declararse ilegítimo o inexistente o se lo reconoce por un monto menor al insinuado y fijado en el contrato, esta sentencia sin dudas tendrá efectos sobre la forma de ejecución de la garantía que posee cierto grado de accesoriedad a su respecto.

Por otro lado, una postura contraria considera que la ventaja del fideicomiso de garantía es que los bienes fideicomitidos, en cabeza del fiduciario de garantía quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores de aquel, no pudiendo estos agredir los bienes fideicomitidos, salvo que medie acción por fraude. Entendiendo así que, aun mediando concurso o quiebra del fiduciante, el acreedor garantizado puede perseguir directamente el cobro de su crédito contra el patrimonio separado del fiduciario garante, sin que exista necesidad de verificar en el pasivo concursal, o bien hacerlo informando al concurso los pagos recibidos del fiduciario.

Esta última postura, ha sido recepcionada por la jurisprudencia. Así, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones de lo Comercial, por sentencia de fecha 9/09/2008 emitida en los autos “Trenes d Buenos Aires S.A. s/ Concurso preventivo s/ incidente de apelación”.

Este fallo, entiende que el deudor fiduciante debe denunciar al concurso el fideicomiso de garantía, en tanto pueda corresponderle un reembolso; El fiduciario también debe denunciar la existencia del contrato; el beneficiario no debe verificar su crédito y solo resulta necesario denunciar la garantía fiduciaria a título informativo – no como un privilegio o preferencia, porque se trata de una garantía que afecta un activo ajeno al patrimonio del concursado; deja claro de manera terminante la inexistencia de privilegio: aquel acreedor con fiducia de garantía goza de pago de preferencia sobre los demás acreedores del deudor, no en virtud de un privilegio sobre la cosa, sino simplemente porque los bienes no están en el patrimonio del deudor, sino en el patrimonio separado del fiduciario.

Vino este fallo a convalidar la legitimidad y validez del fideicomiso de garantía, cuya legitimidad fuera cuestionada al momento de la sentencia.

Adhiero aquí a esta segunda postura, entiendo que está en la esencia del Fideicomiso de Garantía el hecho de que los acreedores del fiduciante no puedan agredir el patrimonio

19. ARTICULO 1698.- Efectos. Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario está obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, a otorgar los instrumentos y a contribuir a las inscripciones registrales que correspondan.



fideicomitido y por consiguiente, este fideicomiso les sea oponible a los acreedores, en caso de concurso del fiduciante. No estando, así, el fiduciario obligado a presentarse a verificar, que es a mi entender, todo cuanto se quiso evitar al momento de idear el Fideicomiso de Garantía. Con la salvedad obvia de que, no haya sido constituido dicho Fideicomiso, al solo efecto de perjudicar a los acreedores del fiduciante, separando los bienes del patrimonio. En cuyo caso, estos tendrán sus defensas (acción de simulación de art. 333 C.C.N. y acción pauliana art. 338 del mismo Código).

## VII. Conclusiones

Primeramente, a modo de conclusión, debo manifestar que, al momento de legislarse la figura del fideicomiso y de su forma garantía, el legislador ha tenido la intención de hacerlo amplia y desarrollándose conceptos generales, de manera que pueda la figura ir adaptándose a los requerimientos propios de la sociedad y que pueda ir mutando de acuerdo a las necesidades de los negocios y de los mercados.

Resulta esta figura fundamental a la hora de constituir una garantía con la menor conflictividad posible a la hora de su ejecución, evitando lo más posible la judicialización de los incumplimientos de las obligaciones garantidas.

Da una respuesta expedita a través de su cualidad de autoliquidable, brindando así una suerte de mecanismo de ejecución de garantía, que no se encontraba legislado específicamente ante del Código Civil y Comercial (se encontraba implícita en la ley 24.441). Lo hizo recogiendo los consensos doctrinarios respecto de la figura y resolviendo algunas cuestiones controvertidas.

Queda claramente establecido que la liquidación, no es otra cosa que el cumplimiento de las instrucciones de un contrato, que contempla dos alternativas que involucran y dependen de la suerte de una obligación principal.

Aquí debo remarcar que, de lo analizado en el presente trabajo, se observa la necesidad imperiosa de que el fideicomiso en garantía fije de manera clara, expresa y completa, las instrucciones para el Fiduciario. Estableciendo, cuando debe tenerse por incumplida la obligación garantizada; de ser posible, determinar la forma o formas posibles de disposición de los bienes cuyo fruto servirá para el pago de la obligación garantida.

Que respecto de la figura de fiduciario-beneficiario acreedor, como ya he adelantado en el cuerpo del trabajo, considero la postura que mejor cumple con el rol de nivelar los roles y de poder controlar posibles abusos, sin limitar al fideicomiso, es la postura que se ha tomado en el derecho uruguayo, dando lugar a que pueda recaer la figura del fiduciario y beneficiario en la misma persona, pero, en los fideicomisos de garantía, limita dicha figura a las Entidades de intermediación financiera.

Por último, entendemos que la postura que de primar y que más respeta la figura del fideicomiso de garantía, es aquella que entienda que no existe necesidad de verificar los créditos garantizados en fideicomiso ante el concurso o quiebra del Fiduciante. Exigir dicha verificación es desconocer la separación de patrimonios del fideicomiso y terminar con lo beneficioso de esta figura que justamente busca que los bienes fideicomitados, en cabeza del fiduciario quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del Fiduciante con la excepción de la acción de fraude.

Esta figura así entendida, podrá seguir brindando un mecanismo de garantía para facilitar los negocios, que se irá adecuando y mutando de acuerdo a los requerimientos de quienes la operen.

## VIII. Bibliografía

---

BILVAO ARANDA FACUNDO MARTÍN, El contrato de fideicomiso a la luz del nuevo Código Civil y Comercial, 30 de Julio de 2015, [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar), Id SAIJ: DACF150449.

CAMERINI MARCELO A.. Verificación de crédito y fideicomiso de garantía en operaciones financieras. Revista de Derecho Bancario y Financiero - Número 4 - Abril 2012. IJ-LXIV-453

CELLINI LUIS EDUARDO, JORGE ALBERTO GIL, ROBERTO A.

LUCERO ESEVERI. Fideicomiso de garantía. Un instrumento eficaz, 2006. [www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar) Id SAIJ: DASC060097.

ELEAS, L. (2016). El patrimonio fideicomitido como sujeto concursable [en línea]. Trabajo Final Integrador de Maestría en Derecho Empresario. Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho.

LISOPRAWSKI, SILVIO V. Fideicomiso en el Código Civil y Comercial – Citar online: AR/DOC/1073/2015.

LISOPRAWSKI, SILVIO V. Fideicomiso en garantía en el Código Civil y

Comercial. Fiduciario-beneficiario. Cesión de crédito en garantía. LA LEY

15/04/2015 , 1 • LA LEY 2015-B , 934. Cita Online: AR/DOC/1076/2015.



# Curso de Posgrado Negocios Bancarios y Financieros

## “Las normativas y el impacto en los créditos a tasa UVA (unidades de valor adquisitivo)”

Leidi Yoana Farina (\*)

---

### Introducción

El presente trabajo, está basado en créditos cuyos capitales se expresan en Unidad de Valor Adquisitivo (UVA), con un análisis centrado en la normativa aplicada en la emergencia sanitaria, causada por el COVID-19, determinando de qué manera impactaron sobre los créditos y sus tomadores.

En dicha situación, el derecho de los contratos, y en especial el de los contratos de consumo, exigen al operador jurídico una mirada atenta a la realidad económico-social, para adecuar y graduar con razonabilidad las respuestas jurídicas que se articulen frente a las situaciones que generaron en el mundo, a causa del COVID-19.

Así, el Gobierno Argentino en conjunto con el Banco Central, dictaron diferentes medidas en el marco de las políticas para atender las consecuencias de la pandemia, tendientes a resguardar la situación de las personas deudoras del sistema financiero.

En particular, los Decretos 319/20 y 767/20 establecieron el congelamiento de las cuotas de créditos hipotecarios actualizados por Unidad de Valor Adquisitivo (UVA) con vigencia entre abril de 2020 y enero de 2021, además de establecer un mecanismo de convergencia con vigencia entre febrero de 2021 y julio de 2022.

En el desarrollo del presente, se propone formular algunas reflexiones respecto de la manera en que influyeron en los usuarios las normativas aplicadas, donde se instrumentaron decisiones legales para atender la grave problemática de los créditos hipotecarios destinados a la adquisición de viviendas y los créditos prendarios instrumentados en Unidades de Valor Adquisitivo (UVA), disponiendo como principal medida el congelamientos y refinanciación de cuotas.

### I. Decretos de necesidad y urgencia

Entre las normas de distinta jerarquía sancionadas para gestionar la emergencia sanitaria y mitigar su impacto socioeconómico, dos normas tutelan de manera directa los Créditos expresados en tasa Uva: los decretos de necesidad y urgencia 319/2020 y 767/2020.

Los Decretos de Necesidad y Urgencia 319/2020 y 767/2020) establecieron que las financiaciones ajustables por UVA deberán cumplir las siguientes condiciones:

Las cuotas pagas por los deudores hasta el 1 de febrero de 2021 no podrán superar el importe de la cuota correspondiente al mes de marzo de 2020.

Las deudas resultantes de los diferenciales entre las cuotas contractuales y las cuotas resultantes del congelamiento establecido en los mencionados decretos (DNU 319/2020 y 767/2020) deberán ser refinanciadas para su pago a la finalización de la vida del crédito, salvo indicación explícita en contrario del deudor.

Las deudas por falta de pago o pagos fuera de plazo que pudieran generarse hasta el 31 de enero del año 2021 deberán también ser refinanciadas para su pago a la finalización de la vida del crédito, pudiendo en este caso aplicarse intereses compensatorios, que no podrán exceder la tasa de interés del préstamo original.

Todas las diferencias generadas durante el congelamiento de las cuotas, falta de pago o pagos fuera de plazo, mantendrán su denominación en UVA y pasan al final del período.

## Contenido y alcance del decreto 319/2020

Siguiendo los lineamientos que en un estado de derecho las normas de emergencia pública deben encuadrarse en los márgenes de constitucionalidad y reafirmando su posición acerca de la legitimidad de tales medidas, los considerandos del DNU 319/2020 justifican las medidas de excepción y resaltan el resguardo jurídico a la vivienda amparado por las normas jurídicas

internacionales, aplicables y aceptadas universalmente, en materia de derechos humanos y receptadas en nuestra Constitución Nacional a través del art. 75, inc. 22, haciendo mención además a diversos pactos internacionales de derechos humanos que lo reconocen y, a su vez, obligan al Estado a dispensar adecuada tutela a ese derecho.

De igual modo, es importante destacar que las medidas previstas en el dec. 319/2020 se aplicarán a negocios que pueden calificar como relaciones de consumo, razón por la cual su interpretación e integración ha de complementarse y armonizarse con los principios y reglas aplicables a los contratos de consumo estatuidos por el Código Civil y Comercial y la Ley de Defensa del Consumidor (arg. arts. 1094, Cód. Civ. y Com. y 3º, LDC), normas que desarrollan el mandato constitucional de protección al consumidor reconocido en el art. 42 de la CN. Más aún, los contratos bancarios con consumidores gozan de una tutela reforzada orientada a garantizar la transparencia y evitar el sobreendeudamiento.

A través de la sanción del DNU 319/2020 el Poder Ejecutivo adopta herramientas que persiguen aliviar las dificultades que encuentran muchos deudores para pagar los préstamos hipotecarios o prendarios expresados en UVA.

En el decreto 319/2020, de orden público (art. 9º) se dice que se atiende la situación planteada en torno a las ejecuciones hipotecarias de viviendas únicas y por créditos prendarios actualizados por Unidad de Valor Adquisitivo (UVA). Ello implica que, más allá del título del decreto, en él se regula no solo lo relativo a las hipotecas constituidas en UVA, sino también a los créditos prendarios contraídos con la misma modalidad.

Analizando las disposiciones del DNU, el Gobierno Nacional determina de manera temporaria, con relación en el valor de las cuotas, en el art. 2º que las deudas hipotecarias de viviendas únicas y por créditos prendarios actualizados por UVA como así también la hipoteca de parte indivisa (conf. art. 2207 del Cód. Civ. y Com. de La Nación) hasta el día 30 de septiembre del 2020, la cuota mensual de los créditos hipotecarios que recaigan sobre inmuebles destinados a vivienda única y que se encuentren ocupados con el referido destino por la parte deudora o quienes la sucedan a título singular o universal, no podrá superar el importe de la cuota correspondiente, por el mismo concepto, al mes de marzo del corriente año. Se determina un congelamiento tarifado, objetivo, de las cuotas por vencer, pautando su valor al mismo valor de la cuota a pagar en el mes de marzo de 2020. Es una manera de otorgar previsibilidad a los montos por vencer de compromisos asumidos con anterioridad al decreto del aislamiento obligatorio. . La misma medida de congelamiento y por el mismo plazo fijado se aplicará a las cuotas de los créditos prendarios actualizados en UVA.

Ante ello, se producirán algunas diferencias entre la cuota que se paga y la que se debería pagar, por lo que el sistema dispone algunas facilidades para el pago de dicha diferencia. Por lo que en el caso de deudas por diferencia en el monto de cuotas, la diferencia entre la suma de dinero que hubiere debido abonarse según las cláusulas contractuales y la suma de dinero que efectivamente corresponda abonar por aplicación del congelamiento del monto de las cuotas,

podrán abonarse en, al menos, tres [3] cuotas sin intereses, mensuales, iguales y consecutivas, con vencimiento, la primera de ellas, en la misma fecha del vencimiento de la cuota del crédito que contractualmente correspondiere al mes de octubre del corriente año. Para el caso de que el número de cuotas pendientes del crédito con posterioridad al 30 de septiembre del corriente año, fueren menos de tres [3], la parte acreedora deberá otorgar el número de cuotas adicionales necesarias para cumplir con ese requisito. Y no se podrán aplicar intereses de ningún tipo ni moratorios, compensatorios, ni punitivos ni otras penalidades previstas en el contrato.

Para el caso de registrarse deudas por falta de pago entre la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y el 30 de septiembre de 2020, ya sea por haberse realizados fuera de los plazos contractuales pactados, o en pagos parciales, podrán abonarse en, al menos, tres [3] cuotas mensuales, iguales y consecutivas, con vencimiento, la primera de ellas, en la misma fecha del vencimiento de la cuota del crédito que contractualmente correspondiere al mes de octubre del corriente año. Y a diferencia del supuesto anterior, aquí sí podrán aplicarse intereses compensatorios los que no podrán exceder la tasa de interés para plazos fijos en pesos a treinta [30] días, que paga el Banco de la Nación Argentina, pero no podrán aplicarse intereses moratorios, punitivos ni ninguna otra penalidad. Este procedimiento para el pago en cuotas de las deudas contempladas en este artículo será de aplicación, aun cuando hubiere operado el vencimiento del contrato. En este supuesto, queda determinada la aplicación de un interés que claramente no es de los más agresivos del mercado. O sea: si el deudor no paga (o hace pagos parciales o fuera de término) algunas de las seis cuotas que van de abril a septiembre de 2020, se podrá abonar ese saldo en al menos tres cuotas, desde octubre. En este caso, se aplican intereses, pero con un tope: la tasa de plazo fijo a 30 días del Banco Nación

Asimismo, nos deja una referencia al art. 1529 Cód. Civ. y Com., que dispone con relación en el contrato de mutuo que la falta de pago de los intereses o de cualquier amortización de capital da derecho al mutuante a resolver el contrato y a exigir la devolución de la totalidad de lo prestado, más sus intereses hasta la efectiva restitución. El DNU en análisis prescribe que dicho artículo es inaplicable en la situación actual.

Sin embargo, el sistema permite el juego de la autonomía de la voluntad contractual ya que determina que, en ambos supuestos, las partes podrán pactar otra forma diferente de pago, la cual no podrá ser más gravosa para el deudor que aquella que dispone la posibilidad del pago en tres [3] cuotas mensuales, iguales y consecutivas. Vemos entonces que el plazo de 3 meses dispone un piso de base, mínimo, desde donde comenzar a renegociar los pagos atrasados.

Finalmente, en el último párrafo del art. 7º se establece otra importante limitación a las facultades del acreedor, puesto que no podrá solicitar la resolución del contrato y la consiguiente restitución de la totalidad del capital con los intereses que correspondan (art. 1529, Cód. Civ. y Com.) Frente a incumplimientos originados por falta de pago de cuotas, pagos parciales o tardíos, que se generen entre el 29 de marzo y el 30 de setiembre del año 2020.

## **Contenido y alcance del decreto 767/2020**

En sus considerandos, dictaminaron que los créditos hipotecarios son útiles para garantizar el derecho a la vivienda, lo que es recogido y amparado por la Declaración Universal de Derechos Humanos (art 25) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art 11). Determinando así, no solamente el reconocimiento del derecho a la vivienda, sino también la obligación estadual de tomar medidas apropiadas para asegurar el derecho mencionado.

Además hace mención a que el BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, en el marco del mandato de la Ley N° 27.541, publicó la Comunicación “A” 6884 de fecha 30 de enero de 2020, la cual establece un esquema de convergencia de las cuotas de los créditos hipotecarios de hasta CIENTO VEINTE MIL (120.000) UVAs en DOCE (12) cuotas, en el marco del esfuerzo compartido entre acreedor y deudor, que implicó un costo estimado para las entidades financieras otorgantes de \$ 1.400 millones, con especial impacto en los bancos de capital público. Esto, permitió crear instancias para considerar aquellos casos en los que las cuotas sean superiores al TREINTA Y CINCO (35%) de los ingresos de los deudores y codeudores y de las deudoras y codeudoras. Produciendo el fin del congelamiento un incremento de la cuota para el mes de octubre de entre el TREINTA Y TRES POR CIENTO (33%) y DIECISÉIS POR CIENTO (16%) según se trate de deudores alcanzados o deudoras alcanzadas o no por el mecanismo de convergencia establecido por la Comunicación “A” 6884. Además, si se le adiciona el pago de las deudas referidas en los artículos 6° y 7° del Decreto N° 319/20, dichos porcentajes se incrementarían entre el SETENTA POR CIENTO (70%) y TREINTA Y TRES POR CIENTO (33%), respectivamente, cifras con un importante impacto en los ingresos de las deudoras y los deudores. Determinando estabilidad en la cuota hasta el 31 de enero de 2021 y un esquema gradual de convergencia a partir de allí que permite resolver la necesidad de las deudoras y los deudores en el marco de la pandemia y evitar, al mismo tiempo, un incremento brusco al finalizar dicho congelamiento. Asimismo, incorpora instancias para la consideración de aquellos casos en los que la cuota supere el TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) de los ingresos de deudores y codeudores.

Determinando que los montos que se adeuden como consecuencia del congelamiento temporal del valor de la cuota y los montos en mora contemplados en el Decreto N° 319/20 y aquellos montos que se incorporen por las diferencias de cuotas en el presente decreto podrán ser convertidos en UVA y refinanciados sin intereses en el marco del esfuerzo compartido entre acreedor y deudor a pagar luego de la finalización del financiamiento. Ofreciendo al usuario la posibilidad de cancelar cuotas de capital sin costo alguno.

Además, establece la Prorroga de los plazos previstos en los artículos 2°, 3°, 4° y 5° del Decreto N° 319/20 hasta el 31 de enero de 2021.

En su art 3, determinan un Esquema de Convergencia aplicable entre el 1° de febrero de 2021 y el 31 de julio de 2022 a las cuotas de créditos hipotecarios que recaigan sobre inmuebles destinados a vivienda única y que se encuentren ocupados con el referido destino por la parte deudora o quienes la sucedan a título singular o universal y las cuotas de créditos prendarios actualizados por Unidad de Valor Adquisitivo (UVA) que no podrán superar el valor del esquema de Convergencia, detallado al final del presente en el ANEXO.

Además desde la vigencia del presente decreto y hasta el 31 de julio de 2022, las entidades financieras se vieron obligadas a habilitar una instancia para considerar la situación de aquellos clientes comprendidos o aquellas clientas comprendidas en el presente decreto que acrediten que el importe de la cuota a abonar supera el TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) de sus ingresos actuales, debiendo contemplar situaciones especiales debidamente acreditadas que derivan en una variación de los deudores/codeudores considerados en su origen, determinado por el art 4. Así, Las entidades financieras que adopten este tratamiento especial deberán informarlo a sus clientes o clientas y a la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias.

El art 5, determina sobre la diferencia entre la suma de dinero que hubiere debido abonarse según las cláusulas contractuales y la suma de dinero que efectivamente correspondió abonar por aplicación de la prórroga del congelamiento del monto de las cuotas dispuesto en el artículo 2° y el esquema de convergencia del artículo 3° del presente decreto, podrán ser convertidas a Unidades



de Valor Adquisitivo (UVA) y refinanciadas, en el marco del principio de esfuerzo compartido, sin intereses o cargos de ninguna clase, a pagar a partir de la finalización del cronograma vigente del préstamo, en cuotas que no podrán superar la cuota original del préstamo. En ningún caso se aplicarán intereses moratorios, compensatorios, ni punitivos, ni otras penalidades previstas en el contrato. Además, por autonomía de voluntad, Las partes podrán pactar una forma de pago distinta que no podrá ser más gravosa para la parte deudora que la establecida en el primer párrafo de este artículo.

Las deudas que pudieren generarse desde el 1° de octubre de 2020 y hasta el 31 de enero del año 2021, originadas en la falta de pago o por pagos realizados fuera de los plazos contractuales pactados, o por pagos parciales, el Art 6 determina que podrán ser convertidas a Unidades de Valor Adquisitivo (UVA) y refinanciadas a pagar a partir de la finalización del cronograma vigente del préstamo, en cuotas que no podrán superar la cuota original del préstamo. Además, podrán aplicarse intereses compensatorios, los que no podrán exceder la tasa de interés del préstamo original.

## II. Soluciones jurídicas para los créditos con capital expresado en UVA

En abril del año 2016 el Banco Central de la República Argentina reglamentó un índice para indexar productos de ahorro y crédito: la Unidad de Valor Adquisitivo (UVA). Se trata de una medida equivalente a la milésima parte del costo promedio de construcción de un metro cuadrado de vivienda y es ajustable en función del índice del Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER); el cual, a su vez, se basa en el índice de precios al consumidor. En otros términos, el aumento de los índices inflacionarios incrementa el monto de la Unidad de Valor Adquisitivo. Al tiempo de lanzarse al mercado estos créditos, el valor inicial de una UVA (31 de marzo de 2016) se fijó en \$14,05; en la actualidad, al 1 De Diciembre del 2022 su valor es de \$175,99.

Las fluctuaciones de la economía nacional condujeron a devaluaciones de la moneda y al alza de los índices de inflación, repercutiendo en el marcado incremento de la UVA. Hay que recordar que las previsiones del propio gobierno proyectadas para la evolución de la inflación entre los años 2017 y 2019 se vieron ampliamente superadas en la realidad, en especial luego de las devaluaciones de 2018 y 2019 que ocasionaron fuertes alzas de la inflación. Esto detonó problemas en el segmento de los créditos en UVA, pues los tomadores se encontraron en dificultades reales para afrontar el pago de las cuotas que han ido comprometiendo un porcentaje cada vez mayor de sus salarios, con el agravante que la actualización del capital incide en la amortización de crédito.

El malestar social exteriorizado por los tomadores de estos créditos, en pleno escenario preelectoral, condujo al gobierno a disponer el congelamiento de cuotas entre los meses de setiembre y diciembre de 2019, tomando como base la cuota vigente al mes de agosto de ese año. Esta medida alcanzaba solo a los deudores hipotecarios que habían adquirido vivienda única por un monto inferior a 140.000 unidades UVA, al momento del otorgamiento del crédito; se hizo operativa a través de convenios suscriptos entre el gobierno y los bancos, habiendo asumido el Estado el costo económico de ese congelamiento.

La problemática de los préstamos bajo UVA y las dificultades que aparecían para su cancelación en tiempo y forma, condujo a la sanción de la ley 27.541, denominada de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública, sancionada a fines del 2019, cuyo art. 60 dispuso que el Banco Central de la República Argentina deberá realizar

una evaluación sobre el desempeño y las consecuencias del sistema de préstamos UVA para la adquisición de viviendas y los sistemas de planes de ahorro para la adquisición de vehículos automotor, sus consecuencias sociales y económicas, como así también estudiar mecanismos para mitigar sus efectos negativos atendiendo al criterio del esfuerzo compartido entre acreedor y deudor. La misma, en consonancia con el marco legal citado, prorrogó el congelamiento de las cuotas de los créditos UVA, intentando modificar el sistema para que no haya un desfase entre los aumentos de sueldos y la actualización por inflación. La ley 27.451, fue un paliativo transitorio, ya que no exteriorizaba un plan económico integral, simplemente ofrecía traslaciones de dinero, en beneficio de unos a costas de otros, girando en círculo, sin encontrar salida para la problemática del ahorro y del crédito, elementos vitales para el desarrollo económico de cualquier país.

A fines de enero del 2020, el Banco Central emitió la Comunicación “A 6884” por la cual reglamenta la posibilidad de que las entidades bancarias ofrezcan un tratamiento especial a los créditos cuyas cuotas venían congeladas por efecto de las medidas anteriores; las cuotas a abonar con vencimiento a partir del mes de febrero 2020 no se ven impactadas de manera directa por el aumento de la UVA durante el período de congelamiento, pues dicha variación se distribuirá en forma escalonada durante 12 meses, hasta converger con la UVA publicada por el BCRA. Asimismo, durante la vigencia de este tratamiento especial (febrero de 2020 a diciembre de 2020, inclusive), las entidades financieras considerarían la situación de aquellos clientes que acrediten que el importe de su cuota supera el 35% de sus ingresos actuales computados en igual forma a la utilizada al momento del otorgamiento de la financiación. Aunque, cabe aclarar, que el tratamiento dispuesto por esta comunicación es de aplicación facultativa para las entidades financieras: las que decidan hacerlo se benefician con una reducción de sus encajes entre el período febrero de 2020 a enero de 2021, inclusive.

Entre tanta incertidumbre, el art. 60 de la ley 27.541 introduce una directriz sobre la cual construir las respuestas jurídicas: el esfuerzo compartido entre acreedor y deudor; parámetro que supone la aplicación de mecanismos revisores o correctivos del contrato, ya sea que actúen a través de un plan ordenado por el legislador, por acuerdo de las partes, vía renegociación, o por intervención del juez. Siguiendo los lineamientos de la autora Gabriela A. Iturbide, causa cierta preocupación la referencia a la teoría del esfuerzo compartido entre acreedor y deudor, porque es un dato incontrastable que en la inmensa mayoría de los préstamos instrumentos en UVA subyacen contratos de consumo y por adhesión con entidades bancarias y financieras, de manera tal que la distribución de los sacrificios entre ambas partes, podrían derivar en situaciones o prácticas abusivas. Ello, sin dejar de considerar, además, que la aplicación del esfuerzo compartido debería partir de reglas y principios claros establecidos por la reglamentación, a los fines de evitar la gran diversidad de criterios.

### **III. Seguimiento de la relacion cuota-ingreso en los creditos UVA**

El Banco Central de la República Argentina estableció una instancia de monitoreo que permitirá identificar y atender posibles casos de vulnerabilidad que afecten a deudores hipotecarios UVA, dentro del marco establecido por el Decreto 767/20.

Según las relaciones cuota-ingreso declaradas por las entidades financieras otorgantes para cada una de las financiaciones, más del 90% de las personas deudoras enfrentará una relación cuota-ingreso inferior al 35% en julio de 2022, cuando finalice el cronograma de convergencia.

#### IV. Medidas de protección para usuarios

Los créditos UVA y la evolución real que tuvieron en el país los índices de inflación, provocaron un desajuste que importa una modificación de las circunstancias económicas presupuestas por las partes que, por su intensidad, puede traducirse en una alteración de la base negociada de los contratos de créditos expresados en UVA, pudiendo habilitar medidas revisoras al amparo de la teoría de la imprevisión que regula el art. 1091, Cód. Civ. y Com., acreditados que fueren sus extremos. Con apoyo en este argumento, muchos tomadores de esos créditos instaron planteos de revisión de sus préstamos en sede judicial, siendo los precedentes judiciales que se conocen hasta el momento, aquellos que se disponen a resolver sobre medidas cautelares planteadas en el marco de las acciones principales de revisión.

Sin embargo, cabe destacar que, por fuera de los presupuestos del art. 1091, Cód. Civ. y Com., la procedencia de la renegociación o revisión de estos contratos con sustento en el principio informador de la buena fe no puede ser descartada apriorísticamente al reparo del *pacta sunt servanda*, en especial cuando el incremento de la deuda obedece a fluctuaciones de variables económicas que escapan al control y a las razonables previsiones del tomador del crédito, impactando, en definitiva, en la finalidad económica del contrato hasta desnaturalizarlo. Adviértase que el art. 60 de la ley 27.541 muestra una apertura del legislador a reconocer el descalabro de la base económica de los créditos con capital expresado en UVA; e incluso en su espíritu subyace también el recurso a la adecuación del negocio.

El tomador de crédito debe ser tutelado en caso de endeudamiento excesivo, y, en circunstancias tales, el punto de partida para juzgar la razonabilidad de cualquier solución de tipo correctivo se halla en las exigencias axiológicas derivadas del principio protectorio del consumidor de rango constitucional y de los derechos fundamentales implicados.

El BCRA recordó a los bancos que deben aplicar esos principios y alerta a los usuarios que pueden realizar el reclamo ante el Responsable de atención al usuario de servicios financieros de la entidad involucrada.

Además, si no se obtiene respuesta o no es satisfactoria, también, se puede presentar el reclamo a través del área de Protección al Usuario Financiero de que dispone el BCRA.

#### VI. Anexo

Esquema de Convergencia: Las cuotas puras de las financiaciones alcanzadas por el presente Decreto de Necesidad y Urgencia no podrán superar el importe que resulte de la fórmula siguiente:  $IMP = CC - (CC_{ene-21} - CC_{ene-21} * ) * i / 18 \text{ Mes } i$

Feb-21 17	Nov-21 8
Mar-21 16	Dic-21 7
Abr-21 15	Ene-22 6
May-21 14	Feb-22 5
Jun-21 13	Mar-22 4
Jul-21 12	Abr-22 3
Ago-21 11	May-22 2
Sep-21 10	Jun-22 1
Oct-21 9	Jul-22 0

Siendo IMP: Importe a pagar CC: Cuota contractual. Corresponde a la que surge en los respectivos contratos de préstamo de cada mes. *CCene-21*: Cuota contractual del mes de enero del año 2021. Corresponde a la que surge en los respectivos contratos de préstamo de cada mes. *CCene-21 \**: Importe a pagar en el mes de enero del año 2021 según las disposiciones del artículo 2° del presente Decreto de Necesidad y Urgencia.

## Conclusión

Dentro de los aspectos más relevantes en cuanto a la Normativa aplicable para Créditos a tasa Uva, se encuentra el Decreto 319/2020, en lo que se refiere al congelamiento de las cuotas, la cual indudablemente es una medida que trajo alivio a ciertos deudores castigados por la situación económica de ese momento, pero que luego se vieron inmersos en una eterna deuda ya que el monto adeudado con la refinanciación dispuesta en el Decreto 767/2020, se comienza a pagar a partir de la finalización del cronograma vigente del préstamo, en cuotas que no podrán superar el monto original del préstamo.

También se ha intentado dar cuenta del complejo e incierto escenario que atraviesan los tomadores de créditos expresado en UVA, como así también de las medidas adoptadas para mitigar el impacto de las graves consecuencias de la pandemia en las economías familiares. En ese estadio el derecho de los contratos y, en especial, el de los contratos de consumo exigen al operador jurídico una mirada atenta sobre la realidad económico-social, para adecuar y graduar con razonabilidad las respuestas jurídicas que se articulen frente a los reclamos de los usuarios.

Al presente, no existen aún, medidas globales y definitivas que propongan solución precisa, a largo plazo, a los problemas que afrontan los tomadores de créditos UVA. Además, Las medidas adoptadas, si bien fue claramente expresada la protección de la Vivienda por parte del Estado, demostraron ser un paliativo temporal, que dejó latente el problema central sobre la actualización con base en índices que exorbitaron las previsiones de los tomadores.

Concluyo el presente, como usuaria afectada, con la esperanza a que la situación de los tomadores de créditos a tasa UVA no sea ignorada y se generen normativas que permitan concluir con la deuda, ya que la solución temporal de limitar la cuota de los mismos al valor del 35% de los ingresos personales, solo genera más intereses y un sinfín de cuotas adicionales.

## Bibliografía

Barreira Delfino, Eduardo A., COMENTARIOS A LA LEY DE SOLIDARIDAD SOCIAL Y REACTIVACIÓN PRODUCTIVA EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA PÚBLICA. “Ley 27.451 y congelación de los préstamos indexados por UVA”. Editorial LA LEY.

Comunicación BCRA A 6949 <https://www.bcra.gov.ar/Pdfs/comytexord/A6949.pdf>

Comunicación BCRA A 7044 <http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/comytexord/A7044.pdf>

Decreto 319/2020 <https://www.boletinooficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227246/20200329>

Decreto 767/2020 Prórroga <https://www.boletinooficial.gob.ar/detalleAviso/primera/235337/20200925>

Esther Haydee Silvia Ferrer de Fernández. DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACION BANCARIA. Editorial ASTRE. 2019.



Iturbide Gabriela A. COMENTARIOS A LA LEY DE SOLIDARIDAD SOCIAL Y REACTIVACIÓN PRODUCTIVA EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA

PÚBLICA. “El retorno de la teoría del esfuerzo compartido”. Editorial LA LEY.

Iturbide, Gabriela A. “Reflexiones sobre el decreto 319 de congelamiento de cuotas y suspensión de ejecuciones hipotecarias y prendarias en UVA”. TR LALEY AR/DOC/1676/2020.

Yarroch, Fernando Daniel. “El COVID-19, ¿rebus sic stantibus?”. TR LALEY AR/DOC/1698/2020.

---

(\*) Farina Leidi Yoana: Abogada (2018) Universidad Nacional del Nordeste. Escribanía (2020) Universidad Nacional del Nordeste. Profesora Universitaria (2022) Universidad Nacional del Nordeste.

## Problemática de la contratación electrónica en los productos bancarios

Alejandro Sebastián Fiant (\*)

---

### Introducción

Hace varios años, como consecuencia de la revolución de internet, las nuevas formas de operar “online” y el auge global del E-Commerce, crea una nueva tendencia y forma de gestión en el ámbito del derecho de los contratos.

Esta revolución Online se debe a la innovación tecnológica, el cambio generacional de los usuarios de servicios financieros y la globalización. Las nuevas tendencias no son ajenas al ámbito de la actividad bancaria que viene experimentando una notable expansión en la contratación electrónica de servicios y/o productos financieros.

No obstante, y pese a las virtudes y facilidades que brinda la contratación electrónica, los avances tecnológicos generan dudas e incertidumbres en los consumidores en relación a la protección de sus derechos y, a los cada vez más comunes, casos de estafa, fraude o phishing, generando situaciones que obstaculizan el desarrollo de la Banca Electrónica.

Para solucionar estos inconvenientes e incertidumbres, se han aprobado diversas normas orientadas a proteger y regular la contratación bancaria electrónica cuando es llevada a cabo por consumidores.

En el desarrollo del presente artículo nos centramos principalmente en dichas normas, y los pronunciamientos jurisprudenciales, en base a la regulación de la contratación bancaria electrónica, la problemática de la firma electrónica y la firma digital como exteriorización de la voluntad y un pequeño panorama de la nueva revolución de los Smart Contracts como una gran solución de contratación electrónica a futuro.

### Desarrollo

#### Contratación Electrónica Productos Bancarios en Argentina

##### Contratos de Consumo:

En el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) se trata a los Contratos Electrónicos dentro de los Contratos de Consumo, ubicados en el Libro III Título III. Por ello, para comenzar a tener una noción del tema a desarrollar, en el presente trabajo, es necesario saber que definición da el CCyC a los Contratos de Consumo y a la Relación de Consumo. Una vez asimilados estos conceptos podremos pasar a los Contratos Electrónicos propiamente dichos y su clasificación en el CCyC.

Los Contratos de Consumo nacen de derechos consagrados en el art. 42 de la Constitución Nacional y, a fines de establecer un mínimo legal que actúe como “núcleo duro” de tutela, definidos bajo el art. 1.092 del CCyC como los contratos celebrados entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.

Ahora bien, la regulación y celebración de este tipo de contratos, nos dos figuras legales importantes, tratadas previamente, en el art. 1.092. Por un lado, tenemos la Relación de Consumo, que es definida como el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Por otro lado, se nos da la figura del Consumidor, que es la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Definido los Contratos de Consumo, es importante ver que interpretación da el CCyC a estos, ya que siempre deben ser aplicadas e interpretadas, conforme con el principio de protección del consumidor, a favor de este, en los supuestos que existan dudas.

Teniendo en claro estos conceptos previos podemos iniciar el desarrollo de los Contratos Electrónicos y la Contratación Electrónica como tal.

### **Contratos Electrónicos:**

Los contratos Electrónicos son manifestaciones de voluntades encontradas, cuyo perfeccionamiento se materializa sin la presencia física de las partes contratantes y a través del uso de medios electrónicos.

La Contratación Electrónica es una de las modalidades especiales de los contratos de consumo. En el sistema legal argentino se los toma como un tipo de contrato celebrado a distancia, entre los cuales se incluyen los celebrados por telecomunicaciones, televisión, postales, etc.

En el CCyC, en el art. 1.105, se define a los Contratos Celebrados a Distancia "... como aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes...".

Luego, en su art. 1.106, se regula la Utilización de Medios Electrónicos diciendo que "Siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar".

Este artículo nace en razón de que, en la actualidad y gracias al empleo de las nuevas tecnologías de información, en la sociedad y en el mercado, se emplean de forma masiva los medios electrónicos para la celebración de múltiples negocios jurídicos vinculados a las relaciones de consumo.

### **Documento Digital:**

Este tipo de contratos se halla contenido en pulsos electromagnéticos y puede quedar almacenado en la memoria de la computadora, dispositivo electrónico o servidor, denominándose como "documento digital", siendo este la representación del acuerdo. El documento digital es un soporte o registro que almacena información.

En el art 6 de la 25.506, Ley de Firma Digital, se lo define como la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo.

La ley de Firma Digital no hace referencia a ninguna tecnología en específica para el almacenamiento de datos, es genérico, por lo que puede ser considerado cualquier tipo de tecnología (por ej. Blockchain)

En razón a lo establecido en el art. 1.106 del CCyC y el art 6 de la ley de Firma Digital, siempre que se exija que el contrato conste por escrito, se deberá tener por satisfecho si el contrato contiene un soporte electrónico o tecnología similar, quedando equiparado el contrato digital al que tiene soporte en papel.

En su art. 286, el CCyC, dispone que “la expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos o por instrumentos particulares firmados o no firmados... Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”

Estos documentos digitales son considerados, para la ley, como Instrumentos Particulares No Firmados.

Este tipo de consideración hace que la “robustes” del soporte de almacenamiento de la información sea de suma importancia al momento de demostrar la autoría e integridad del contrato electrónico.

Para que el soporte sea considerado como robusto, o lo suficientemente seguro, es necesario que el sistema cuente con claves para sus usuarios. Estas claves pueden ser: algo que se; algo que soy; algo que tengo.

### **Firma en los Contratos Electrónicos:**

Respecto a la Firma de los documentos digitales, requisito necesario en todo tipo de contrato a los fines de materializar la manifestación de voluntad del usuario y dar su consentimiento respecto al contenido del mismo, la Ley 25.506 de Firma Digital, incorpora 2 (dos) clases de Firmas en el derecho argentino: La Firma Digital y la Firma Electrónica.

En el art. 2 de la Ley de Firma Digital se la define como “el resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose esta bajo su absoluto control... debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultánea permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma...”

La ley otorga plena fe a la Firma Digital, es decir otorga presunción de autoría y de integridad, ya que es autorizada por el Estado Nacional y queda equiparada a la firma ológrafa.

Para ella se adopta un sistema único de Public Key Infrastructure (PKI), licenciado por el Estado Nacional, que cuenta con criptografía asimétrica pública que cuenta con dos claves. Una que es privada, que solo puede ser utilizada por el firmante, y otra que es pública. A través de esta clave pública, y el uso de la privada, se aplica un algoritmo matemático para la vinculación de ambas y descifrar la documentación firmada digitalmente, demostrando la validez del documento mediante la generación de un hash que, en caso de que haya la documentación haya sido alterado, dejara un registro del mismo.

Respecto a la Firma Electrónica, el art 5 de la Ley de Firma Digital establece que “se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerado firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez”.

El art. 288 del CCyC incorpora solamente la Firma Digital.



Es decir, la ley da a la firma electrónica una definición residual, tomándose por la misma toda otra firma que no sea la digital, puede considerarse de el envío de un e-mail, la aceptación de TyC, o sistemas PKI no licenciados por el Estado Nacional.

En el caso de la firma electrónica, se invierte la carga probatoria, no se presume la autoría ni integridad de la misma por lo que deberá de acreditarse la validez en caso de rechazo de autoría.

El art. 319 del CCyC se establece que el valor probatorio de los instrumentos particulares (caso de los contratos electrónicos con firma electrónica) deberá ser apreciado por el juez ponderando, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen.

Mientras más sofisticado sea el soporte sobre el cual se firma más fácil es demostrar la veracidad y validez de la misma en caso de controversia.

### **Posible solución: Blockchain y Smart Contracts:**

Debido a esta controversia que se da en el día a día de la contratación electrónica, en donde la firma electrónica es utilizada por la gran mayoría de los usuarios, debido a los tramites necesarios para la obtención de la firma digital, es que nace, como una posible solución a futuro, la implementación de la tecnología Blockchain y el uso de Smart Contracts.

Los Smart contracts son contratos inteligentes (electrónicos) que utiliza la tecnología blockchain. Esta tecnología lo que hace es utilizar una base de datos que esta almacenado en miles de nodos, que están sincronizados y funcionando de forma constante, “minando bloques” a cambio de una recompensa que no pueden ser borrados.

Estos Smart Contracts, basados sobre la Blockchain de Ethereum, tienen la posibilidad de agregar una lógica de programación, utilizando código informático para generar los términos del acuerdo, revisar el cumplimiento y autoejecutarse.

### **Banco Central de la República Argentina (BCRA):**

El BCRA tiene como uno de sus objetivos, fomentar la inclusión financiera de la población, a través del acceso y uso de los servicios financieros para el consumidor, teniendo siempre en cuenta que, este último, es el extremo más débil del vínculo jurídico. En este sentido, al momento de abordar la contratación de productos y servicios a distancia, el BCRA considera ineludible la regla del doble ejemplar, ya que ha reglamentado sin excepción la obligatoriedad de proporcionar o poner a disposición del usuario de servicios financieros un ejemplar del contrato con la firma autorizada del sujeto obligado, dentro de los diez días hábiles de realizada la contratación del producto o servicio. Utilizándose la documentación habitual que el sujeto obligado emplea en los contratos presenciales.

En este sentido, el BCRA dispone que cuando se utilicen medios electrónicos, para poner a disposición del cliente contratos u otra documentación, deberán enviarlos a la respectiva dirección de correo electrónico o incorporar en el soporte electrónico (Homebanking) las imágenes digitalizadas de los ejemplares originales y las modificaciones que de ellos hubiere, o de la documentación.

También impone la obligación de implementar mecanismos de seguridad, acorde al medio a través del cual se envía la información y a la relevancia y secreto de información que transmite (encriptación).

**Jurisprudencia:**

AFLUENTA S.A. C/ CELENTANO ACEVEDO SANTIAGO EGIDIO S/ COBRO EJECUTIVO:

Se postula que el magistrado de primera instancia omitió considerar la validez legal de la utilización de la firma electrónica en materia de contratación a distancia y el requisito establecido por el art. 5 de la ley de Firma Digital, en donde se menciona que el aludido firmante debe primero desconocer la firma electrónica que se le atribuye para, recién entonces, su parte tener el deber de acreditar validez.

Narra que el préstamo en ejecución fue celebrado a distancia, por medios electrónicos, sus términos aceptados por el demandado con su firma electrónica luego de atravesar el proceso de validación de identidad y autenticación remota, y los fondos prestados transferidos a una cuenta bancaria cuya titularidad pertenece al deudor.

Se plantea el hecho de que la firma electrónica, al no tener plena fe por si sola, no significa que no sea una firma valida. El requisito pensado por el legislador es “previo desconocimiento del firmante”. Hasta tanto la firma no sea desconocida es válida.

Se argumenta que el contrato electrónico celebrado, cuya trazabilidad se encuentra debidamente almacenada, reúne los elementos que requiere el art. 518 del CPCC para proceder ejecutivamente, luego de preparada la vía correspondiente.

Para el Magistrado: Una interpretación literal de las normas aplicables llevaría a concluir que el contrato electrónico es un instrumento particular no firmado. Sin embargo, una interpretación mas amplia señala que la terminología utilizada en la norma deberá interpretarse inclusiva de cualquier procedimiento que se desarrolle en el futuro que asegure autoría e integridad del documento aun cuando sus características técnicas sean diferentes a la firma digital. La firma electrónica también es una firma y tiene plena eficacia jurídica. La circunstancia de que no pueda predicarse la autoría del sujeto que la realizo, no es una razón valida para negar su calidad de tal, pues esto también ocurre con la firma ológrafa no certificada.

La circunstancia de que se trate de un titulo ejecutivo compuesto o integrado no atenta con el carácter de autosuficiente que debe poseer todo titulo ejecutivo, siempre que sea de esos documentos que se extraiga toda la información necesaria que configuren los requisitos de validez para darle fuerza ejecutiva. Distinto es el supuesto que fuera necesario la producción de prueba distinta a la instrumental.

Se resolvió hacer lugar al recurso y en consecuencia revocar la resolución apelada, debiendo continuarse la causa con la preparación de la vía ejecutiva.

**Conclusión**

Es evidente que, en un mundo en donde la sociedad cada vez consume mas desde la comodidad de su casa, sin tener que ir a los locales de los proveedores y accediendo a los servicios y productos de forma inmediata, el mundo de la contratación electrónica llego para quedarse y, ante ello, es necesario que los legisladores y las leyes estén a la altura de la situación, no solo por el avance de la tecnología a pasos agigantados, sino también por las formas en la que el mercado evolución de la mano a este.

En la actualidad, el legislador solo otorga a la firma digital plena fe, reconociendo la autoría e integridad de la misma a ciegas cuando, en el día a día y a los efectos de contratación, la mas utilizada es la firma electrónica. Esto debido a la tramitación previa que ha de realizar una persona para obtener su firma digitalizada y que no todos los consumidores cuentan con una (por no decir que muy pocas personas cuentan con ella).

El tratamiento que se da a la firma electrónica es de forma residual, dándole el mismo grado de validez a una que este respalda por un soporte electrónico seguro, como puede ser el caso de PKI, como un simple envío de e-mail.

Considero que, actualmente, se debería reformar la Ley de Firma Digital, a los efectos de incorporar tres tipos distintos de firma.

Mantener la Firma Digital y Firma Electrónica como tal, pero agregar una tercera firma electrónica en donde, según el soporte que utilice (puede ser por medio distintas tecnologías como PKI, 2FA, Blockchain) tenga efectos legales similares a la Firma Digital propiamente dicha.

Tal como lo hace la Unión Europea, en donde se tienen tres tipos de Firmas Digitales. Por un lado, se tiene la firma digital cualificada, que tiene efectos legales como la firma digital en el derecho argentino, la firma electrónica avanzada, en donde se tienen medios técnicos necesarios para los casos de rechazo de autoría e integridad, y por ultimo la firma electrónica simplificada.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70749/norma.htm>

[https://drive.google.com/file/d/1YXEE70\\_xU4tqLMgBoJSJajH9GerDq1eT/view](https://drive.google.com/file/d/1YXEE70_xU4tqLMgBoJSJajH9GerDq1eT/view)

<https://camoron.org.ar/nuevas-normas/derecho-procesal/preparando-la-via-ejecutiva-para-un-titulo-digital-la-firma-electronica-tambien-es-firma/>

<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://camoron.org.ar/wp-content/uploads/2022/06/FALLO-FIRMA-ELECTRONICA-SI.pdf>

<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://felaban.s3-us-west-2.amazonaws.com/colade/monografias/2019/Argentina%20-%20Contratacion%20electronica%20de%20productos%20bancarios.pdf>

[https://www.youtube.com/watch?v=5itUqGGYtDg&ab\\_channel=CanalVirtualdeDerecho-UNNE](https://www.youtube.com/watch?v=5itUqGGYtDg&ab_channel=CanalVirtualdeDerecho-UNNE)

<https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/07/25/contratos-electronicos/>

<https://iadpi.com.ar/2019/09/10/contratos-electronicos-consumidores/>

---

(\*) Abogado egresado en la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE). Entre el 2021 y 2022 realicé una Diplomatura en Negocios 4.0 en donde pude aprender e interiorizarme en aspectos legales y de negocios relacionado a fintechs y exchanges, blockchain, digitalización de la banca tradicional, contratación electrónica, compliance y prevención de lavado de dinero, protección de datos, entre otras cosas.

Actualmente me encuentro trabajando en Banco de Corrientes S.A. Pertenezco a la Gerencia de Canales Alternativos, departamento de Banca Digital, y ejerzo el rol de Product Owner en los Proyectos MODO y MOBILE (aplicación bancaria y billetera digital).

**Cuadernos de Posgrado** se terminó diagramar  
en el mes de marzo de 2024 en la ciudad de  
Corrientes, Argentina





FACULTAD DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES  
Y POLÍTICAS



Universidad Nacional  
del Nordeste

ISBN 978-987-3619-98-4



9 789873 619984

