CASSAGNE
ABOGADOS

ESTUDIO SOBRE LAS SIGUIENTES NUEVAS NORMATIVAS QUE IMPACTAN EN LOS CONTRATOS: LEY DE PPP 27.328 Y REGLAMENTACIÓN, LEY DE MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS EN LOS QUE EL ESTADO ES PARTE 26.853, LA NUEVA AUTORIDAD DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA LEY 27.442 Y LOS REQUERIMIENTOS DE COMPLIANCE EN MATERIA DE CUMPLIMIENTO INFORMATIVO DE LA LEY DE LAVADO DE ACTIVOS

Por

EZEQUIEL CASSAGNE

JUAN CARLOS SANGUINETTI

y PABLO D. SANABRIA

2019

Índice

EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA 5

1. LOS SISTEMAS TRADICIONALES PARA CONSTRUIR Y FINANCIAR LAS INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS. 5

2. LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN Y FINANCIACIÓN 7

2.1 LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS 7

2.2 EL DECRETO 1299/2000 12

2. 3 EL DECRETO 967/05: LAS PPP COMO ASOCIACIONES JURÍDICAS 14

2.4 LA DIFICULTAD DEL FINANCIAMIENTO 16

3. EL NUEVO MODELO EN ARGENTINA DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA. 17

3.1 TIPOS DE CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA. 18

3.2 ENUNCIACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LOS CONTRATOS DE PPP, INCLUIDOS EN LA LEY 27.328 22

3.3 CONTENIDO DE LOS CONTRATOS: SEGURIDAD JURÍDICA 24

3.4 ASPECTOS GENERALES QUE CONTEMPLA LA LEY DE PPP 36

3.5 COLOFÓN 47

LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA REPUBLICA ARGENTINA 49

I. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL 49

1.1 CONCEPTO 49

1.2 NATURALEZA JURÍDICA 50

1.3 FUNDAMENTO Y CARACTERES 52

1.4 ACCESORIAS O INSTRUMENTALES 54

1.5 PROVISIONALES 55

1.6 SON INAUDITA PARS 56

1.7 LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS 61

1.8 PRESUPUESTOS GENERALES PARA EL OTORGAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES 62

1.9 CONSIDERACIONES COMUNES 68

2 DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN 73

2.1 CONSIDERACIONES GENERALES. EL INTERÉS PÚBLICO 73

2.2 LA LEY 26.854 DE MEDIDAS CAUTELARES CONTRA EL ESTADO NACIONAL. 76

2.3 LAS CAUTELARES REQUERIDAS POR EL ESTADO 124

2.4 LA BATALLA POR LAS MEDIDAS CAUTELARES (O CONTRA) 125

AUTORIDAD NACIONAL DE LA COMPETENCIA: LINEAMIENTOS GENERALES DE SU DISEÑO INSTITUCIONAL 131

I. INTRODUCCIÓN 131

II. EL DISEÑO INSTITUCIONAL DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA 131

III.- LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN ARGENTINA 134

IV. LA NUEVA AUTORIDAD DE COMPETENCIA CREADA POR LA LEY 27.442 137

IV.1. Autarquía y estructura orgánica de la ANC 138

IV.2. Designación y remoción de los miembros de la ANC 140

IV.3 Facultades de los órganos que integran la ANC 146

IV.4 Rendición de cuentas y control de la actividad de la ANC 151
V. CONCLUSIONES 154

BASES CONSTITUCIONALES DEL SISTEMA PREVENTIVO DE LA UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA (UN ENFOQUE CONSTITUCIONAL DEL COMPLIANCE EN MATERIA DE PLA/FT) 155
I. INTRODUCCIÓN 155
II. LAS PARTICULARIDADES DEL COMPLIANCE EN MATERIA DE PLA/FT 158
III. ASPECTOS GENERALES DEL SISTEMA PREVENTIVO DE LA UIF 162
IV. CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS DEL ROL DE LOS SO EN EL SISTEMA DE PLA/FT 166
A. Enumeración taxativa 167
B. Relación de colaboración 169
C. Principio de la buena fe 171
D. Deber de secreto 173
V. EL SISTEMA PREVENTIVO DE LA UIF DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL 175
V.1. Primer nivel de análisis (acerca de la validez constitucional del Poder de Policía en PLA/FT) 177
V.2. Segundo nivel de análisis (acerca de la validez constitucional del esquema reglamentario de PLA/FT) 178
A. El principio de legalidad 179
B. El principio de razonabilidad 184
C. El principio de igualdad 185
D. El principio de eficiencia 186
VI. EL CAMBIO DE PARADIGMA EN EL SISTEMA DE PLA/FT: DESDE UN ENFOQUE DE CUMPLIMIENTO TÉCNICO A UN ENFOQUE BASADO EN RIESGOS 187
VI.1. Breve referencia sobre el origen y alcances del enfoque basado en riesgos según GAFI 188
VI.2. El cambio regulatorio en el sistema de PLA/FT argentino 189
VI.3. La efectividad y la eficiencia como metas del sistema de PLA/FT 190
VI.4. Aspectos jurídicos a tener en cuenta ante la entrada en vigencia de las nuevas normas UIF con EBR 191
A. Convivencia armónica entre exigencias de cumplimiento formal y de gestión de riesgos 192
B. Los conceptos jurídicos indeterminados que integran la nueva normativa UIF con EBR 193
VII. CONCLUSIÓN 196

EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA

1. LOS SISTEMAS TRADICIONALES PARA CONSTRUIR Y FINANCIAR LAS INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS.

En nuestro país el sistema para financiar y construir las infraestructuras públicas se ha basado siempre en los dos modelos tradicionales, conocidos como "obra pública" y "concesión de obra pública", ambos regulados por el Congreso Nacional, en las leyes 13.064 y 17.520, respectivamente.

En el modelo clásico de obra pública, el Estado paga la obra con sus propios recursos (tributos o crédito público), a medida que esta avanza. De tal forma, en la etapa de ejecución del contrato, el contratista debe financiar sólo pequeñas fracciones de la obra, hasta el momento en que se le abonan los certificados de avance de obra, cualquiera sea la modalidad de remuneración pactada: precio unitario, ajuste alzado o coste y costas[1]. A su vez, para garantizar la buena construcción de la obra, el Estado deduce de cada certificado un monto determinado, que pasa a integrar el fondo de reparos, que se libera con la recepción definitiva de la obra, e implica la conformidad del Estado. Este modelo también admite la inserción de financiación privada por parte de terceros (ej.: consorcio de bancos), siendo el contratista un mero constructor que recibe los pagos de los financistas del proyecto, quienes luego se cobran su acreencia del Estado[2].

Es importante destacar que la obra pública conlleva el riesgo de que el financiamiento estatal sufra restricciones presupuestarias impuestas por circunstancias sobrevinientes legales y políticas, lo que a veces determina que las obras se extiendan de manera indefinida, y por tal motivo, se encarezcan[3].

---

1 Cfr. BARRA, Rodolfo, Contrato de Obra Pública, T. III, Edit. Ábaco, Bs. As., 1988, págs. 877 y ss.

2 Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, Curso de Derecho Administrativo, T. II, 10ma ed. act., La Ley, Prov. Bs. As., 2011, págs. 530/31.

3 Para los especialistas Druetta y Guglielminetti, la falta de presupuesto verificada durante la marcha del contrato, e impeditiva del pago del precio de la locación de obra en los plazos pactados, habilita a la Administración a suspender la obra, siendo responsable la Administración con relación a los derechos del contratista a que se le indemnicen todos los gastos y perjuicios que la suspensión le ocasione. Cfr. DRUETTA Ricardo y GUGLIELMINETTI, Patricia, "Ley 13.064 de Obras Públicas", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 59.

En la concesión de obra pública, por su parte, el contratista asume la obligación de financiar, construir y mantener una obra, percibiendo como contraprestación por las tareas efectuadas el peaje que a su respecto abonen los usuarios de la obra[4]. La característica principal de este modelo es que el concesionario asume todos los riesgos técnicos y económicos, tanto en la fase de la construcción de la obra cuanto en la de ejecución, así como aquellos relativos a la viabilidad comercial del proyecto. No obstante ello, existen técnicas que morigeran ese riesgo, como ser la aportación de fondos por el Estado Nacional a modo de subvención, o bien el establecimiento de una garantía mínima de rentabilidad, pero para que ello ocurra debe estar contemplado en el contrato[5].

Si bien el contratista asume en el contrato de concesión de obra pública los riesgos antes mencionados, en rigor no se encuentra del todo desprotegido, dado que como todo contrato administrativo, resulta plenamente aplicable el principio del mantenimiento de la ecuación económica financiera[6], que protege al concesionario de contingencias, ya sean imputables al concedente o derivadas de la economía general, y siempre que no sean consecuencia del riesgo empresario[7].

Al ser la concesión de obra pública un sistema de financiamiento privado en el que el repago se obtiene a lo largo de la explotación comercial de la obra, es en los hechos una alternativa muy costosa para la construcción de obras de infraestructura, aunque debe precisarse que no produce mengua fiscal directa, toda vez que los costos de la obra terminan siendo afrontados, en primer lugar, por el propio contratista, quien luego de construida recupera su inversión cobrándose de los usuarios de la misma.

Por otra parte, el modelo de concesión de obra pública -que internacionalmente se conoce como un típico contrato BOT, por sus siglas anglosajonas "Build, operate & transfer" (construir, operar y transferir)- requiere que la explotación de la obra sea viable comercialmente, para que pueda obtenerse el repago de la inversión a través de su uso tarifado.

---

[4] Fanelli Evans aclara que en la concesión de obra pública "el particular ofrece al comitente construir la obra si se le permite cobrar a los clientes usuarios una determinada tarifa por un determinado tiempo". Cfr. FANELLI EVANS Guillermo, La Concesión de Obra Pública, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1989, pág. 18.

[5] Cfr. GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, Contratación Pública y Desarrollo de Infraestructuras (Nuevas formas de gestión y financiación), Lexis Nexis, Prov. de Bs. As., 2004, págs. 31 y ss.

[6] Cfr. VALCARCEL FERNÁNDEZ, Patricia, Ejecución y financiación de obras públicas, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, pág. 381.

[7] Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, Curso de Derecho Administrativo, T. II, 10ma ed. act., La Ley, Prov. Bs. As., 2011, págs. 555/56.

Ciertamente, no es un secreto que Argentina, al igual que muchos países de Latinoamérica, sufre un evidente déficit en lo concerniente a las obras necesarias para su desarrollo económico y social. El mayor problema radica en que la necesidad de dotar al país de infraestructura básica se enfrenta con la insuficiencia de recursos estatales para llevar a cabo las grandes inversiones que se requieren para la construcción de obras de tales características. A su vez, los Estados no pueden postergar la satisfacción de necesidades básicas de la población (como la nutrición, la vivienda, el empleo, la salud, la educación y la seguridad) que no están cubiertas en forma digna y adecuada.

Por tal motivo, resultaba necesario implementar nuevos esquemas de colaboración pública-privada para el desarrollo de estas importantes obras, dado que la infraestructura pública, como señala Perrino, "incide no solo en las condiciones de vida y salud de la población sino también en el crecimiento de la actividad productiva, pues no es viable un proceso de desarrollo sostenible sin inversiones en infraestructura pública –caminos, transporte, telefonía, energía, aeropuertos y puertos, etcétera-"[8].

2. LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN Y FINANCIACIÓN

2.1 LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

Entre las nuevas formas de gestión de infraestructuras, se viene abriendo camino el modelo conocido como de asociación público privada (cuya abreviatura es APP) o también llamado participación público privada o PPP (como ha sido concebida por la nueva ley 27.328, y como las denominaremos de aquí en adelante[9]).

Se trata de una técnica de contratación administrativa nacida en Gran Bretaña en la década de 1980, bajo el influjo de las reglas del *New Public Managment* (nueva administración pública) propiciadas por el Gobierno Británico de la entonces Primer Ministro Margaret Thatcher, con la intención de lograr esquemas efectivos de colaboración

[8] PERRINO, Pablo, Calidad Institucional y Desarrollo de Infraestructura Pública, en AAVV, Cuestiones de Intervención Estatal, Ed. Rap, Bs. As. 2011, pág. 115.

[9] El término abreviado PPP incluso coincide con el utilizado en el derecho anglosajón, aunque en este último caso por tratarse de la figura de las Public-Private Partnership, pero en referencia a una asociación, que en cada país asume particularidades propias.

entre los sectores público y privado para desarrollar infraestructura, evitando restricciones presupuestarias[10].

Como señala Juan Carlos Cassagne, "se trata de una técnica de desarrollo y financiación, pública y privada, de proyectos públicos, que implica una importante participación de ambos sectores, tanto en la realización de una obra, como también en su financiamiento y operación"[11].

El mismo autor aclara que si bien son numerosas las definiciones dadas para las PPP, todas ellas hacen hincapié en que la colaboración público privada debe orientarse al aprovechamiento de las condiciones de cada uno de los sectores involucrados, como ser las capacidades, habilidades y experiencia del sector privado, y por parte del Estado, el acceso a organismos internacionales de crédito, el establecimiento de beneficios, o la utilización de bienes de dominio público[12].

De manera tal que este tipo de contratos puede presentar en los hechos muchas formas de vinculación entre los sectores público y privado. En rigor, el término PPP es muy amplio, dado que, según Naciones Unidades, constituye una forma de colaboración de ambos sectores con el objeto de implementar un proyecto de envergadura por medio del cual los recursos y capacidades son puestos por cada uno de esos sectores en forma conjunta, lo que supone la distribución de riesgos de la mejor forma para optimizar las perspectivas de cada parte. En un sentido todavía más delimitado, las PPP constituirían aquellas relaciones en las cuales el gobierno suscribe un acuerdo con el sector privado para que éste le provea servicios en un proyecto de infraestructura. También se ha llegado a decir que más que una institución jurídica, las PPP constituyen una estrategia de acción y una relación estable fundada sobre una comunidad de intereses entre la colectividad pública y sus socios privados apoyados en un proyecto determinado[13].

---

[10] Cfr. YESCOMBE, Edward, Public-private partnerships. Principles of policy and finance, ed., Elsevier, 2007, p. 15. .

[11] Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, Curso de Derecho Administrativo, T. II, 10ma ed. act., La Ley, Prov. Bs. As., 2011, págs. 556.

[12] Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, Curso de Derecho Administrativo, T. II, 10ma ed. act., La Ley, Prov. Bs. As., 2011, págs. 556.

[13] Cfr. AGUILAR VALDEZ, Oscar., Principios Jurídicos Aplicables a las Infraestructuras Públicas, en AVVV, Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, pág. 425, quien cita un trabajo de la Comisión Económica por Europa, de las Naciones Unidas, titulado "Public-Private Partnerships. A new concept for infrastructure development", Nueva York y Geneva, 2008.

En este mismo entendimiento, el profesor uruguayo Aragone Rivoir, quien se ha dedicado a estudiar el funcionamiento de las PPP en Latinoamérica, sostiene que éstas son en rigor "acuerdos de cooperación entre entidades públicas y privadas conforme a los cuales, a través de diferentes técnicas, modalidades, y sistemas de transferencia de riesgos y consecuentes responsabilidades, que tienen por objeto el diseño, la construcción, ampliación, mantenimiento, refacción, gestión y/o financiación de infraestructuras y servicios, públicos o de interés público; reteniendo invariablemente la Administración, las potestades de regulación y control de las actividades desarrolladas en tales casos[14]".

Ahora bien, las PPP no necesariamente son menos costosas que los típicos contratos administrativos, como ser el de obra pública. Así, se ha dicho que "el financiamiento de proyectos bajo la modalidad de PPP suele ser más cara que el financiamiento público, pues en los esquemas bajo PPP el financista asume el riesgo de la correcta ejecución del proyecto, mientras que en el caso del financiamiento público a través de la emisión de deuda común el que compra bonos soberanos de un Estado no asume riesgos significativos por la compra de los mismos[15]".

Guglielminetti y Bensadón explican que "el riesgo puede ser definido como cualquier factor, evento o influencia que amenaza la finalización de un proyecto ya sea en términos de plazos, costos o calidad comprometida. Uno de los principios básicos de la PPP es la transferencia costo-efectiva del riesgo hacia la parte involucrada que se encuentre en mejores condiciones para mitigarlo. Esto no significa que bajo PPP el objetivo, desde el punto de vista del sector público, sea transferir la mayor cantidad de riesgo posible hacia el sector privado. La presencia del sector privado, proveyendo financiamiento y habilidades de gestión, ya resulta de por sí beneficioso, sin embargo sin una adecuada asignación de riesgos no podrá sacarse entero provecho de dichas intervenciones en beneficio del desarrollo de un proyecto[16]".

Los riesgos impactan en forma directa en los costos de los contratos. De manera que una efectiva asignación de riesgos ciertamente resultará en una disminución del costo del proyecto. Por tal motivo, el costo de los contratos en realidad dependerá en cada caso

---

[14] Cfr. ARAGONE RIVOIR, Ignacio, "Participación público-privada para el desarrollo de infraestructuras en Latinoamérica: modelos, pautas de utilización y desafíos", en Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red, Madrid, 2006.

[15] Ver el excelente trabajo de AZARRI Juan Cruz y VEGA OLMOS Jimena, Los contratos de participación público-privada. A propósito del nuevo proyecto de ley, La Ley, 28/06/2016.

[16] GUGLIELMINETTI, Ana Patricia y BENSADÓN, Pascual, Algunos aspectos jurídico-económicos de la asociación público-privada, ED 2005-639 (Derecho Administrativo).

concreto de cómo se estructure cada PPP, pero va de suyo que en términos generales y normales el financiamiento privado debiera ser más costoso que el financiamiento público. Decimos en términos generales pues, en rigor, ello no siempre resulta así, toda vez que, por el contrario, a veces el financiamiento privado puede ser menos oneroso, dados ciertos factores, tales como la mala calificación de la deuda de los algunos Estados y entidades públicas, que encarece su propio financiamiento[17].

Asimismo, la lógica del mercado determinará el interés concreto del sector privado, al que sólo le interesará participar en los contratos PPP si el retorno de ganancias esperado está por encima de la compensación que podría obtener con operaciones de menor riesgo. Por tal motivo, si para el privado la PPP implica la asunción de altos riesgos, intentará trasladarlos al precio final[18].

En rigor, como enseña desde España la Dra. Valcárcel Fernández, "puede decirse mayoritaria la opinión acerca de la conveniencia de celebrar un contrato de CPP pese al mayor coste que supondrán cuando la ejecución del proyecto por el sector privado proporcione un valor añadido que, en realidad, suponga una mayor eficiencia que la que conseguiría la Administración si atendiese la realización del proyecto. Esto es, cuando el proyecto proporcione "*Value for Money*". Conocer si esto ocurre pasa por descender en un análisis comparativo que determine la capacidad del sector público para el desarrollo del proyecto y la capacidad de la iniciativa privada. Si el resultado obtenido a través de la iniciativa privada es notablemente mejor que el que conseguiría el sector público pese al mayor coste y supone que el objetivo de interés general quede adecuadamente atendido, puede compensar ese mayor desembolso final. Cosa distinta es quién haga frente al desembolso de ese mayor coste (la Administración o los usuarios de la infraestructura)"[19].

De todas formas, en nuestro caso, las PPP son necesarias para obtener financiamiento privado. Esta financiación privada es, en efecto, de la esencia de las PPP. En este entendimiento, las PPP son muy útiles para las entidades públicas que se

---

[17] Cf. ECHEVARRÍA PETIT, José Luis, "El contrato de PPP en el mundo anglosajón", Pág. 50, en AAVV, *Estudios de Derecho Administrativo*, Dir. DURÁN MÁRTINEZ, Augusto, LL Uruguay, Bs. As., 2012.

[18] Cfr. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia; "Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos", Observatorio de la contratación pública, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2012, págs. 435 a 462. ISBN: 978-84-470-4033-9. (Dirigido: Por José María Gimeno Feliu).

[19] VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia; Ob., Cit, págs. 435 a 462.

encuentran en una situación de endeudamiento presupuestal que les impide seguir ampliando su pasivo[20].

No obstante ello, es importante comprender que el contratista, o parte privada de la PPP, difícilmente pueda asumir con capital propio la totalidad del financiamiento privado que debe comprometer. Como es sabido, las finanzas requeridas para las PPP conllevan altísimos niveles de inversión en las etapas iniciales de construcción de la obra de infraestructura. A su vez, los plazos de recuperación de la inversión suelen ser extensos, y son altos sus riesgos asociados. Por tal motivo, la parte privada en un contrato de PPP necesita de financiamiento de terceros. En tal entendimiento, resultan imprescindibles los agentes financieros especiales con participación mixta, como ser los organismos multilaterales de crédito, bancos de desarrollo, bancos de inversión, fondos de infraestructura, e inclusive el mercado de capitales[21].

Azzarri y Vega Olmos indican, con claridad, que en los contratos de PPP "se habilita al Estado, que carece de recursos suficientes hoy para desarrollar toda la infraestructura social [por ejemplo, hospitales), regalística o cultural (cárceles, escuelas, universidades, infraestructura o provisión de equipos militares, etc.)], a ejecutar su puesta en marcha mediante esquemas donde una correcta distribución de riesgos y la estructuración de estándares de calidad adecuados y precisamente controlados por sus organismos tornan atractivo para el financiamiento privado el desarrollo de dicha infraestructura. Esto posibilita a la autoridad pública distribuir el costo de dichas inversiones en plazos más largos de tiempo, evitando la problemática de falta de recursos coyunturales[22]".

Mucho se ha escrito sobre el principio de subsidiariedad, como principio rector que justifica, en ciertos supuestos, la intromisión del Estado en el plano económico y social de la comunidad. Tal modelo reconoce funciones indelegables del Estado (justicia,

---

[20] Cf. ECHEVARRÍA PETIT, José Luis, "El contrato de PPP en el mundo anglosajón", Págs. 50, en AAVV, *Estudios de Derecho Administrativo*, Dir. DURÁN MÁRTINEZ, Augusto, LL Uruguay, Bs. As., 2012.

[21] Cfr. BRAGARD, Jean Jacques, "Reflexiones sobre el financiamiento privado en los proyectos de participación público-privada. La utilización del mercado de capitales", Págs. 278/79, en AAVV, *Estudios de Derecho Administrativo*, Dir. DURÁN MÁRTINEZ, Augusto, LL Uruguay, Bs. As., 2012.

[22] Ver AZARRI, Juan Cruz y VEGA OLMOS Jimena, Los contratos de participación público-privada. A propósito del nuevo proyecto de ley, La Ley, 28/06/2016.

seguridad, defensa, relaciones exteriores, legislación) y otras que cumplen una misión supletoria de la actividad privada (educación, salud, servicios públicos) [23].

La subsidiariedad estatal puede formularse en los siguientes términos: "no es lícito quitar a los individuos y traspasar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e iniciativa[24]". Este principio postula dos grandes directivas para el Estado que se complementan entre sí: la positiva, en virtud de la cual el Estado debe acudir en auxilio de los individuos cuando éstos se muestren insuficientes para desarrollar plenamente una actividad necesaria para el bien común, y un postulado negativo, que indica que el Estado no debe sustituir a los particulares cuando éstos pueden desarrollar dichas actividades[25].

El principio de subsidiariedad adquiere toda su dimensión en el campo de importantes obras de infraestructura que requieren financiamiento, siendo imprescindible su manda positiva, esto es, el auxilio para la promoción de esta actividad orientada a transformar la vida de los habitantes de cada país, cuando las circunstancias determinan que los particulares no puedan desarrollarla en su totalidad.

2.2 EL DECRETO 1299/2000

En el año 2000 se dictó en Argentina el Decreto N° 1299 que contempla nuevos contratos, con la finalidad de promover la participación de empresas privadas en el desarrollo de infraestructuras.

Estos contratos son tres, a saber:

1. El Contrato llave en mano. Es aquel por medio del cual el contratista debe financiar y construir la obra, que una vez concluida es transferida al Estado, quien recién ahí abona el precio mediante un pago único o varios pagos diferidos. Dado que bajo esta modalidad se contrata un producto determinado, el Estado no tiene injerencia en la etapa de ejecución de la obra.

---

[23] Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, TI, 8ed, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, págs. 61/63, con citas de los Dres. Barra, Cassagne, Messner, Soto Kloss, Massini, y Sagües; Véase MESSNER, Johannes, Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural, Rialp, Madrid, 1967, pág 949 y ss.

[24] ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Principios de Derecho Público Económico, 3ed ampliada, Comares, Granada, 2004, págs. 111/12, con especial referencia a la Encíclica *Quadragesimo Anno*, de Pio XI.

[25] Véase UTZ, Arthur, Ética social, Herder, Barcelona, 1961, págs. 312 y ss.

2. El contrato Shadow Toll (o peaje en la sombra). Esta modalidad prevé la construcción y financiamiento de la obra por parte del contratista, al que luego se le otorga mantenimiento y explotación de la infraestructura pública. Si bien se parece mucho a un contrato de concesión de obra pública, la diferencia radica en que el repago de la inversión se hace con fondos públicos, pero dependiendo del uso que el público haga de la infraestructura. De ahí el término "peaje en la sombra" utilizado[26].

Bajo esta figura, el privado asume los mismos riesgos que el contrato de concesión de obra pública, dado que no sólo tiene el cargo de financiar la obra, sino también de explotarla, y el repago de su inversión queda sujeto luego al uso efectivo de la infraestructura, pero queda expuesto, además, a la morosidad estatal y a las restricciones presupuestarias[27].

3. Contrato de Leasing. El último tipo de estos contratos es el contrato de leasing, conocido también como "alquiler con opción a compra", donde la Administración paga por el uso de una obra financiada y construida por un particular, como si fuera una locación, previéndose que al vencimiento de un determinado período pueda adquirirse, a elección del Estado, la infraestructura

El régimen en cuestión estableció la creación de un Fondo Fiduciario de Desarrollo de Infraestructura, cuyos recursos se afectaban a garantizar los pagos a cargo de los Entes Contratantes en los Contratos.

Este Fondo tiene una duración de 30 años, y puede actuar como agente de pago por cuenta de terceros con los recursos proporcionados por los respectivos Entes Contratantes, en cuyo caso así deberá estar contemplado en el Contrato. El patrimonio del Fondo quedó irrevocablemente afectado a la garantía de los pagos debidos bajo los Contratos. Al vencimiento del plazo de duración del Fondo, su patrimonio remanente revertirá al Estado Nacional y a las jurisdicciones adheridas.

---

[26] Ver VALCARCEL FERNÁNDEZ, Patricia, Ejecución y financiación de obras públicas, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, pág. 410.

[27] Valcárcel Fernández sostiene, lúcidamente, desde la óptica del Estado, que "las CPP configuradas como peajes en la sombra tienen como mayor ventaja que sirven para fraccionar y diferir el pago de una obra o la puesta en marcha de un servicio. Aunque a corto plazo pueden contribuir a hacer frente a problemas de disponibilidad presupuestaria inmediata, a medio y largo plazo la celebración de estos contratos no evita que surjan obligaciones financieras para el sector público, y, en consecuencia, que los contratos en los que se incluyen afecten a la sostenibilidad de las finanzas públicas y mengüen la libertad de acción de gobiernos futuros", en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia; "Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos", Observatorio de la contratación pública, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2012, págs. 435 a 462. ISBN: 978-84-470-4033-9. (Dirigido: Por José María Gimeno Feliu).

Se previó, asimismo, que el Fiduciario fuera el Banco de la Nación Argentina, a los fines de administrar los recursos del Fondo de conformidad con las instrucciones que le imparta un Consejo de Administración.

Como dato relevante, el régimen previó la exclusión de las prerrogativas estatales en caso de no haber sido previstas expresamente en los pliegos y en los contratos. Al respecto, el Decreto establece que "Cuando no se prevea el derecho del Ente Contratante de rescindir anticipadamente el Contrato, o de modificarlo unilateralmente, por razones de conveniencia e interés público, la contratación deberá ser autorizada por el Poder Ejecutivo Nacional, o en su caso de la respectiva Jurisdicción Adherida, con la previa intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación o del máximo organismo administrativo de asesoramiento legal de aquélla[28]".

No obstante lo novedoso que resultaba en aquel entonces esta herramienta, lo cierto es que la misma no ha sido aplicada, o sea, el fideicomiso creado no ha sido utilizado y, lo que resulta todavía peor, como bien señalan Guglielminetti y Bensadón, es que ni siquiera se ha utilizado dicho régimen para la ejecución y financiación de proyectos según lo estipulaban los decretos 976/01 y 1381/01 –por los que se crearon el Fideicomiso de la Tasa del Gasoil (Sistema de Infraestructura de Transporte) y el Fideicomiso de Infraestructura Hídrica, respectivamente– que preveían que el régimen de contratación de todas las inversiones que se realicen con cargo a dichos fideicomisos debían seguir las pautas de contratación establecidas en el Decreto 1299/2000[29].

2. 3 EL DECRETO 967/05: LAS PPP COMO ASOCIACIONES JURÍDICAS

Otro modelo de PPP radica en constituir verdaderos vehículos societarios entre el sector público y privado, con la finalidad de lograr una mayor injerencia estatal en la suerte del proyecto y, en especial, en las decisiones de gestión, en el régimen de inversiones y en la administración del financiamiento.

En Argentina, por medio del Decreto N° 967 del año 2005 se reglamentó lo que se dio en llamar "el modelo de APP", pero de una manera muy acotada, contemplándose únicamente la constitución de sociedades formales entre el sector privado y el sector

[28] Cfr. Art. 19 Decreto 1299/2000.
[29] GUGLIELMINETTI, Ana Patricia y BENSADÓN, Pascual, Algunos aspectos jurídico-económicos de la asociación público-privada, ED 2005-639 (Derecho Administrativo).

público, a las que se les exigía que encima resulten aptas para financiarse por medio del régimen de oferta pública, al que deberán adherirse[30]. El régimen preveía todo un procedimiento engorroso, que culminaba con una eventual calificación del interés público en la necesidad de constituir una PPP, por parte del propio Presidente de la Nación, y luego el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios debía convocar a una licitación pública para seleccionar al futuro socio privado[31].

Otro de los inconvenientes del régimen, es que determinaba a priori cuales podrían ser los aportes del Estado, siendo posible únicamente: a) pago en efectivo, b) cesión de créditos tributarios y/u otorgamiento de beneficios tributarios y c) derechos sobre bienes del dominio público del Estado[32].

Este modelo asociativo, que fomentaba sociedades mixtas con el Estado, no ha dado buenos resultados en nuestro país. No es difícil imaginarse cuales fueron y han de ser las razones del sector privado para no ver con buenos ojos la conformación de este tipo de sociedades jurídicas con el Estado, donde la injerencia estatal es importante, debiendo discutirse las decisiones de la gestión ordinaria del proyecto.

Asimismo, no es un dato menor el hecho de que cada forma societaria a crearse requería del dictado de una ley del Congreso Nacional. Muratorio ve en ello unas de las causas que determinaron que estas PPP no hayan prosperado, además del fracaso en el uso de la iniciativa privada, supuestamente orientada a generarle beneficios al iniciador[33].

Si bien el Decreto hacía referencia a un único modelo de PPP, ello no significa que en la Argentina no hayan existido en los hechos otros modelos de PPP, pero claro, en un sentido más amplio que el que se quiso legislar. Un ejemplo que hemos expuesto en un trabajo anterior, a nuestro criterio, es el programa nacional de fomento para la generación de energías renovables conocido como GENREN. Este programa, hemos dicho, "*es un típico caso de PPP, en la medida que importa en los hechos una interrelación entre el sector público y el sector privado, constituida por una serie de contratos y relaciones que permiten viabilizar los proyectos, tales como el contrato de provisión de energía a un precio determinado entre los privados y ENARSA, el contrato de abastecimiento entre*

---

30 Cfr. Art. 3, inc. e del Decreto 967/2005.
31 Cfr. Arts. 10 y ss. del Decreto 967/2005.
32 Cfr. Art. 5 del Decreto 967/2005.
33 Véase MURATORIO, Jorge, "Modalidades de asociación entre el sector público y el sector privado", en AAVV, Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al profesor Julio Rodolfo Comadira, pág. 532, Bs. As, 2009.

CAMMESA y ENARSA, el contrato de fideicomiso, la constitución y transferencia del aval del Estado, la participación de bancos públicos aportando financiamiento bajo el modo project finance, etc"[34]

2.4 LA DIFICULTAD DEL FINANCIAMIENTO

En nuestro país, al igual que lo que ocurre en varios países de Latinoamérica, las empresas encuentran en la actualidad dificultades de obtener financiamiento privado para estos proyectos. En algunos casos, se acudía a entidades crediticias como el Banco de Desarrollo de Brasil (en adelante, BNDES), que ha exigido contar con un seguro de exportación, e inscribirse a través del Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos (CCR) de la Asociación Latinoamericana de Integración (Aladi)[35]. Tampoco es menor el hecho de que los préstamos ofrecidos por dicha entidad eran exigidos bajo la modalidad *Buyer's credit*, es decir, financiamiento a Sociedades de Propósito Específico que deben importar la adquisición de bienes desde Brasil. El BNDES exigía que el Banco Central de la República Argentina garantizara de forma irrevocable el pago frente al Banco Central de Brasil, quien a su vez iba a garantizar el pago al BNDES. De todas formas, la actual crisis de Brasil recortó considerablemente el acceso a su financiamiento.

Desde luego que el Banco de la Nación Argentina es una Institución financiera muy importante, como otros bancos públicos, que contribuye mucho al sostenimiento de las políticas públicas, mediante el aporte de financiamiento, muchas veces bajo esquemas tradicionales, es decir, préstamos de esa institución a la sociedades que desarrollen los proyectos, previéndose dichos financiamientos por medio de la creación de fideicomisos de inversión, que emiten Valores Representativos de Deuda (VRD's), en los cuales invierte el Banco de la Nación Argentina, cuyo repago estaría garantizado mediante la cesión fiduciaria de los derechos de cobro de los contratos En muchos de estos esquemas se ha exigido una importante parte de *equity* de las empresas, y los

[34] Ver CASSAGNE, Ezequiel, "Análisis contractual y normativo del desarrollo de la generación de energías renovables en la Argentina", en Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería, Nº 3, . Editorial Abaco, 2014.

[35] El CCR es básicamente un mecanismo de compensación entre Bancos Centrales, donde cada Banco Central establece, con cada uno de los demás del Sistema, una línea de crédito recíproco expresada en dólares norteamericanos y que varía, según el caso, conforme a la importancia de las corrientes comerciales establecidas con los respectivos países. Estas líneas de crédito permiten canalizar los pagos entre los miembros, cubriendo los saldos diarios producidos entre dos Bancos Centrales; así como, posibilitar el pago diferido del saldo de los débitos de las cuentas que llevan entre ellos.

bancos públicos en Argentina tienen sus propias limitaciones de financiamiento, teniendo en cuenta los fondos disponibles para esos fines.

Asimismo, el Estado y las empresas acuden también a obtener financiamiento de distintos organismos, como ser el Banco Interamericano de Desarrollo (BID); el Banco Mundial; el Banco de Inversión y Comercio Exterior (BICE); la Corporación Andina de Fomento (CAF); y de distintos bancos privados nacionales y extranjeros, cuya mención excedería el presente trabajo.

En este escenario, consideramos fundamental profundizar la colaboración inteligente entre el sector privado y el sector público, y la implementación de estos modelos de participación pública y privada, que contemplen otro tipo de ayudas y distribución de riesgos –sea en forma complementaria o suplementaria- que posibiliten la concreción de proyectos de infraestructura en nuestro país.

Es fundamental que el ordenamiento jurídico y la estructuración de los proyectos de PPP favorezcan el bankability –bancabilidad- de los mismos. El término "bancabilidad" refiere a la condición de un proyecto de ser financiable. La bancabilidad de los proyectos de PPP dependerá, en gran medida, del análisis de los riesgos del proyecto y su viabilidad.

Como se ha señalado con acierto, la clave del éxito de las PPP como éstas "residiría, pues, en la eficiente división de responsabilidades y riesgos entre socios. El sector privado asume la financiación de proyectos a gran escala atraído por la potencial rentabilidad que le puede reportar la inversión. Por su parte, el Sector Público ofrece los derechos de explotación y puede fijar estándares de calidad y/o participar también en su pago[36]".

3. EL NUEVO MODELO EN ARGENTINA DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA.

Frente al fracaso de los modelos antes comentados, era imperioso que en Argentina se sancionara una ley de asociación público privada que sirviera para regular esta importante y novedosa materia, que viene dada por la realidad, siendo que Argentina, junto

[36] Cfr. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia; "Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos", Observatorio de la contratación pública, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2012, págs. 435 a 462. ISBN: 978-84-470-4033-9. (Dirigido: Por José María Gimeno Feliu).

con Venezuela, era hasta fines de 2016 uno de los pocos países en América Latina que no tenía una ley sobre esta temática. Así fue como en el mes de junio del 2016 ingresó al Honorable Senado de la Nación un proyecto de ley impulsado por el Poder Ejecutivo de la Nación, que ha sido el resultado de un importante consenso social y político logrado a partir de un trabajo muy importante coordinado desde Presidencia de la Nación.

La ley 27.328 fue sancionada el 16 de noviembre de 2016, y publicada el día 30 de dicho mes y año, y ha bautizado a estos contratos como Participación Público Privada (PPP). Reconocemos que el término "participación" utilizado en la ley a los fines de definir el vínculo entre la parte privada y la pública es más preciso que el término de "asociación", aunque no existen diferencias en el uso indistinto de cualquiera de ambos términos.

En la preparación del proyecto de ley han tenido participación activa la Secretaría Legal y Técnica de la Nación, asesores de Gobierno en materia de inversión, Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación, el Ministerio de Energía y Minería; el Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda; el Ministerio de Transporte, el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, el Sindicato de la Construcción (UOCRA), la Asociación de Bancos de Argentina (ABA), la Cámara de la Construcción (CAC), la Agencia Nacional para la Promoción de Inversiones, asociaciones civiles, Organizaciones No Gubernamentales, diversas consultoras, y actores sociales, entre otros.

La importancia de haber logrado una regulación de PPP por ley del Congreso Federal radicaba en la necesidad de aunar consensos y generar el debate necesario para acordar con distintas fuerzas políticas y los diversos sectores de la sociedad (empresas, bancos, trabajadores, usuarios) una regulación que permita efectuar realmente un cambio de paradigma en la contratación administrativa estatal, orientada hacia el futuro, con vocación de permanencia.

La ley ha sido luego reglamentada por el Decreto 118/2017, de fecha 17 de febrero de 2017, modificado levemente por el Decreto 936/2017.

A continuación se efectuará la descripción y análisis general de este nuevo régimen de PPP.

3.1 TIPOS DE CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA.

Los contratos de PPP no necesariamente deben estar circunscriptos a proyectos de infraestructura. Pueden abarcar todo tipo actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica, y servicios conexos a los mismos. La ley 27.328 expresamente prevé que los proyectos de PPP pueden contemplar tanto la construcción de una obra, como la ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación, y financiamiento[37].

El Reglamento en su versión primera, por su parte, exigía que estos proyectos no tuvieran como objeto único la provisión de mano de obra, el suministro y provisión de bienes y la construcción o ejecución de obras financiadas sustancialmente con fondos del Estado Nacional[38]. La modificación del mismo por parte del Decreto 936/2007, permite ahora que se puedan ejecutar proyectos con esos objetos únicos.

Ahora bien, para evitar volver a cometer los errores recientes del pasado, era necesario que un marco regulatorio de PPP permitiera que los contratos tengan la flexibilidad necesaria para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales existentes en la materia.

En tal entendimiento, la nueva ley de PPP determina que la forma contractual en estos contratos sea absolutamente flexible, esto es, que respecto de cada proyecto requiera considerarse cuál contrato o tipos de contratos son los más aptos para ese desarrollo determinado, sin la necesidad de predeterminarlo en una regulación general. Y en cada caso concreto se verán cuáles han de ser los instrumentos más eficientes para la consecución del interés público que se persigue, como el caso de un esquema de project finance donde se constituye una sociedad de propósito específico que a su vez se relaciona contractualmente con el Estado o con un empresa del Estado, o una sociedad mixta, o una concesión subvencionada, o una relación de colaboración regida por múltiples contratos, etc[39].

---

[37] Cfr. art. 1 de la Ley 27.328.

[38] Véase art. 1º del Anexo I del Decreto 118/2017.

[39] Art. 1 de la Ley 27.328. El Decreto 118/17, art. 1, establece, por su parte, que "el Ente Contratante podrá incluir en el Contrato PPP cláusulas de cualquier tipo contractual nominado o innominado; todo ello en tanto resulte compatible con el régimen de la Ley y adecuado a la naturaleza del Proyecto específico de que se trate".

La Ley de PPP establece que los nuevos contratos de PPP, por su parte, son una modalidad alternativa a los contratos regulados por las leyes 13.064 y 17.520 y por el Decreto 1023/2001[40].

En este nuevo escenario, cada entidad contratante debe analizar la factibilidad de la contratación mediante la celebración de un contrato de PPP o un contrato de obra pública, concesión de obra pública, o cualquier otro contrato. Para ello[41], será necesario estimar el impacto que los gastos o sus aumentos generados tendrán en las metas de resultado fiscal[42]; la estimación del efecto financiero y presupuestario del contrato por los ejercicios presupuestarios durante los cuales el contrato será ejecutado[43]; la estimación de la suficiencia del flujo de recursos públicos[44], entre otros.

Téngase en cuenta que cuando el repago provenga de fondos del Tesoro Nacional, incluyendo recursos provenientes de fideicomisos con afectación específica, deberá mediar financiamiento por parte del contratista PPP[45].

En definitiva, y como ya lo hemos expuesto ut supra, el Estado debe evaluar la conveniencia de celebrar un contrato de PPP pese al mayor coste que supondrán cuando la ejecución del proyecto por el sector privado proporcione un valor añadido que, en realidad, suponga una mayor eficiencia que la que conseguiría la Administración si atendiese la realización del proyecto. Esto es, cuando el proyecto proporcione valor por dinero (*value for money*).

La Ley de PPP, a su vez, prevé la posibilidad de que las empresas y sociedades en las que el Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o los municipios tengan participación, puedan también celebrar contratos de PPP en carácter de contratistas, actuando en un marco de competencia e igualdad de condiciones con el sector privado[46]. El propio reglamento aclara que en estos casos, no será de aplicación ninguna norma que por esa circunstancia excluya la necesidad de adjudicar el Contrato PPP a través de una Licitación (como se verá más adelante, el régimen de PPP impone que el proceso de selección de estos contratos sea siempre por licitación). El Reglamento incluso se ocupa de

---

[40] Ver art. 2 de la Ley 27.328.
[41] Cfr. art. 13, inc. a) de la Ley 27.328.
[42] Art. 13, inc. b) de la Ley 27.328.
[43] Art. 13, inc. c) de la Ley 27.328.
[44] Art. 13, inc. d) de la Ley 27.328.
[45] Art. 1, Decreto 118/2017, modificado por Decreto 936/2017.
[46] Ver art 3 de la Ley 27.328.

indicar en forma expresa que en tales supuestos dicho ente deberá actuar en igualdad de condiciones con los demás Oferentes, sin que pueda establecerse o invocarse en su beneficio preferencia alguna[47].

A diferencia de lo que acontecía en el régimen del Decreto 967/05, la nueva ley de PPP habilita al Estado, pero no obliga, a la posibilidad de constituir, según las características del proyecto y a los fines de actuar como contratista o como parte del consorcio contratista, sociedades anónimas en las cuales el Estado tenga participación de acuerdo a lo establecido por la Ley General de Sociedades.

La Ley 27.328 exige que en estos casos la participación estatal debe alentar y ser compatible con la participación del sector privado en dichas sociedades o fideicomisos, o utilizar los existentes[48].

Asimismo, la Ley 27.328 contempla la posibilidad de constituir el modelo de Project Finance si el caso lo requiere, pudiendo en estos casos crearse sociedades o fideicomisos a tal efecto[49]. En la Reglamentación se ha aclarado que podrán utilizarse toda clase de fideicomisos, salvo en el supuesto de que se constituya un fideicomiso como instrumento de financiamiento de un Proyecto, oportunidad en la que sólo podrán constituirse un fideicomiso financiero[50].

Vale la pena destacar que el project finance, cuya fundamental garantía de los financistas para el cobro de su crédito es el flujo de fondos del proyecto en marcha[51], es una herramienta muy usada para este tipo de proyectos, pues consiste en una alternativa válida a los endeudamientos directos por parte de las empresas, como la emisión de obligaciones negociables. Ocurre que los esquemas de *project finance* son fundamentales en la estructuración de financiamientos a grandes proyectos, en la medida que no requieren ni endeudamiento directo por parte de las empresas, ni la utilización de recursos por parte del Estado.

---

[47] Cfr. Art. 3º,Anexo I, Decreto 118/2017.
[48] Art. 8 de la ley 27.328.
[49] Art. , Ley 27.328.
[50] Cfr. art. 7º, Anexo I, Decreto 118/17.
[51] Como señala Aguilar Valdéz, el *project finance* es, verdaderamente, un financiamiento "al proyecto" y no a personas jurídicas determinadas. Cfr. AGUILAR VALDEZ, Oscar., Principios Jurídicos Aplicables a las Infraestructuras Públicas, en AVVV, Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, pág. 419.

En los modelos de *project finance* se constituye una Sociedad de Propósito Especifico (SPE) que tendrá en su activo el proyecto, el que constituye la única fuente de repago de la deuda, la cual generalmente oscila entre un 60 % y hasta un 80% del monto de inversión requerido, que usualmente se cancela en un plazo de 10 a 15 años. Es por esta razón que la estructuración de este tipo de financiamiento lleva más tiempo que un préstamo corporativo tradicional, dado que se debe analizar detalladamente el proyecto (ingresos, costos, sensibilidades a los mismos, etc.), como se realiza la asignación de riesgos (la cual sigue la premisa de asignar a cada parte los riesgos que estén en mejores condiciones de asumir), estructurar legalmente los esquemas de garantías, etc[52].

El modelo de *project finance* supera al clásico financiamiento corporativo directo, dado que éste último encuentra los límites que imponen las restricciones de endeudamiento de cada empresa. Ahora bien, teniendo en cuenta que la financiación de infraestructura se asemeja a un rompecabezas en cuanto a la complejidad de su redacción y a las negociaciones para conseguir un conjunto efectivo de acuerdos crediticios y de garantías, muchas de estas financiaciones llevan años hasta llegar a su estructuración y cierre, y es común que estén afectadas por contingencias sociales, económicas y políticas, que obligan a introducir modificaciones y sucesivas enmiendas al proyecto de contrato original[53].

3.2 ENUNCIACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LOS CONTRATOS DE PPP, INCLUIDOS EN LA LEY 27.328

Los proyectos de PPP deben[54]:

a) Perseguir objetivos de interés público, contemplándose mecanismos de supervisión y control de cumplimiento de cada de una de las etapas que se establezcan para la consecución del objetivo[55].

---

52 Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Principios de Derecho Público Económico, Edit. Comares, Granada, 2004, pág. 700. En el capítulo referido a infraestructuras públicas, el reconocido autor sostiene que en el project finance es fundamental "proceder a un reparto de riesgos entre el empresario y la entidad financiera (ya que no todos son asumidos por ésta)", y que dado que esta modalidad de financiación radica en que la única garantía de la entidad financiera consiste en los flujos que genera el proyecto financiado, su particularidad "obliga a realizar un exhaustivo análisis de esos flujos".

53 Cfr. BARBIER, Eduardo, "Contratación Bancaria", cap. IV, "Contrato de Financiación de Proyectos", Ed. Astrea, Buenos Aires 2002, pág. 201.

54 Los principios se encuentran enunciados en el art. 4 de la Ley 27.328.

55 Hay que recordar que el interés público no es aquél perseguido por una administración en particular, sino el de toda la comunidad. Al respecto, ESCOLA sostiene que "en ciertas ocasiones, sobre todo en

b) Promover la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de las funciones del Estado, y en la utilización de los recursos públicos.

c) Respetar los intereses y derechos de los destinatarios de los servicios y/o actividades.

d) Promover la inclusión social, en el área de desarrollo de los proyectos, de modo tal de optimizar el acceso a infraestructuras y servicios básicos.

e) Promover la protección y cuidado ambiental en el ámbito de los mismos.

f) Incentivar la generación de nuevos puestos y fuentes de trabajo.

g) Impulsar la concurrencia de los interesados y la competencia de los oferentes.

h) Ser consistentes con la programación financiera del Estado en un marco de responsabilidad fiscal y de la debida rendición de cuentas.

i) Contemplar que el plazo del contrato permita la recuperación de las inversiones efectivamente realizadas, el repago del financiamiento aplicado al proyecto y una utilidad razonable[56].

---

regímenes políticos de sustancia totalitaria, se suele hablar del interés público "del pueblo", como una totalidad ideal, o de un interés público que es definido y precisado por el gobierno, por la administración pública, por el Estado, por el partido gobernante, por el monarca, o por el Jefe de Gobierno, conductor o leader de turno … podrá darse la presencia de un interés, en cuanto se trata y consiste en una cosa o un bien a los que se considera valiosos, y que son queridos y pretendidos por quien los propone y define. Pero nunca podrá sostenerse, con propiedad, que ese interés sea un interés público, pues faltará esa coincidencia mayoritaria de intereses individuales que es la que otorga aquel carácter. Podrá hablarse, entonces, de un interés del Estado, del partido, del gobierno, de la administración pública, etc. Pero no de un interés público, condición que no adquiriría ni aun cuando ese interés, al que no se ha trepitado en llamar a veces superior, pudiera ser impuesto coactivamente a toda la comunidad: es que el interés público es sólo el resultado de quereres voluntaria y libremente formulados, y nunca impuestos forzadamente a los componentes de la comunidad…", en ESCOLA Héctor J., El interés público, Buenos Aires, Depalma, 1989, ps. 240/241. En el mismo sentido COMADIRA señala que "las nociones de interés público o bien común reconducen no ya al interés propio de la administración sino a los intereses generales de la comunidad a la cual la Administración sirve, por lo que exigir su valoración no supone afirmar, en nuestra opinión, la primacía de un interés público superior al de la propia legalidad del accionar administrativo porque éste no se puede desarrollar, en un Estado de Derecho, en contradicción con aquélla…" en COMADIRA, Julio R., Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada, Buenos Aires, La Ley, 2003, ps. 257/258.

[56] La Ley 27.328 establece como límite el plazo de duración de 35 años, incluidas las eventuales prórrogas. La fijación de este plazo lamentablemente privará de esta herramienta a numerosos proyectos que requieren más tiempo de duración, como sería el caso, por ejemplo, de los proyectos para construir y operar terminales portuarias, entre otros tantos.

j) Fomentar la participación directa o indirecta de Pequeñas y Medianas Empresas, del desarrollo de la capacidad empresarial del Sector Privado y de la provisión de nuevas y más eficientes tecnologías y servicios.

k) Facilitar el desarrollo del mercado de capitales local y el acceso al mercado de capitales internacional.

3.3 CONTENIDO DE LOS CONTRATOS: SEGURIDAD JURÍDICA

El eje de toda regulación de PPP reside en el respeto de los contratos, en el cumplimiento de la palabra y en el establecimiento de un marco de reglas claras que otorguen confianza y seguridad jurídica a los inversores y a las empresas, quienes deben ser vistos y considerados como verdaderos colaboradores de la Administración Pública en la consecución conjunta de los intereses públicos concretos que cada contrato busca alcanzar. A continuación se analizarán los contenidos que la Ley de PPP exige para este tipo de contratos:

3.3.1 Aspectos generales de los contratos PPP

En primer lugar, los contratos de PPP deben establecer con claridad el plazo de vigencia de los mismos, y si permiten la posibilidad de prórroga. El plazo da certeza y seguridad jurídica al contratista, al inversor y al Estado[57].

A su vez, estos contratos deben indicar el equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, asignando los riesgos a la parte que se encuentre en mejores condiciones de prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento, incluyendo, entre otras, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, el caso fortuito, la fuerza mayor, el alea económica extraordinaria del contrato y de la extinción anticipada del contrato[58].

En cuanto a la distribución de riesgos, Guiridlian Larosa, explica que "la compartición de riesgos debe plasmarse manteniendo el necesario equilibrio que debe

[57] Cfr. art. 9, inciso a). de la Ley 27.328.
[58] Art. 9, inc. b) de la Ley 27.328

existir en un vínculo PPP, ya que su imposición excesiva y/ o el desconocimiento de garantías estructurales (con el mantenimiento de la ecuación económica a la cabeza), aunque con el alcance que merece en pos de no terminar neutralizando el reparto de áleas que se busca en toda PPP) puede llevar sino a frustrar su implementación a generar sobrecostos innecesarios, ya que – como pauta general – cuanto mayores son los riesgos trasladados superiores serán las expectativas de retorno por parte del sector privado"[59].

En todos los contratos de PPP deberán indicarse con claridad las obligaciones del contratista en función de las características del proyecto, los riesgos y aportes asumidos y las necesidades de financiamiento, y los estándares objetivos de calidad y eficiencia en el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Ciertamente, deberán contener la forma, modalidad y oportunidades del pago de la remuneración, que en cada caso concreto debería poder ser percibida de los usuarios, de la contratante o de terceros, así como también, los procedimientos de revisión del precio del contrato a los fines de preservar el precio base del contrato[60]. También los contratos deberán establecer los aportes que la contratante se comprometa a efectuar durante la vigencia del contrato[61].

En resguardo de la seguridad jurídica de estos contratos, siempre deberán también contemplarse las sanciones por incumplimiento contractual, los procedimientos de aplicación y las formas de ejecución, y el destino de las sanciones de índole pecuniaria. Asimismo, las causales de extinción del contrato por vencimiento del plazo, mutuo acuerdo, culpa de alguna de las partes, u otras causales.

Es sumamente importante que en los contratos de PPP se establezca la facultad de la administración pública contratante de prestar su cooperación para la obtención del financiamiento que resulte necesario para la ejecución del proyecto. La cooperación del Estado en el financiamiento es de suma importancia para la concreción de este tipo de proyectos, y por ello este factor ha sido contemplado expresamente en la Ley 27.328.

---

[59] Véase Guiridlian Larosa, Javier, en Contratación pública y desarrollo de infraestructuras: la asociación público privada como técnica idónea en pos de su efectiva promoción en un reciente proyecto de ley, REDA, Ed. Abeledo Perrot, en prensa.

[60] Establecido en el art. 9, inciso g) de la Ley 27.328

[61] Los aportes se encuentran, indicados, de manera meramente enunciativa, en el art. 9, inciso g) de la Ley 27.328.

Por su parte, los contratos de PPP deberán tener certeza sobre la titularidad y el régimen de explotación, afectación y destino de los bienes, muebles e inmuebles, que se utilicen y/o que se construyan durante la vigencia del contrato, así como también la especificación de los bienes muebles e inmuebles que revertirán o que serán transferidos al Estado Nacional al extinguirse el contrato[62].

Los contratos deberán también contemplar la posibilidad de ceder, o de dar en garantía los derechos de crédito emergentes del contrato, incluyendo el derecho a percibir los aportes comprometidos por la contratante, la remuneración y las indemnizaciones pertinentes, así como la titularización de los flujos de fondos pertinentes[63].

A su vez, la Ley 27.328 establece la facultad de ceder, total o parcialmente, el contrato a un tercero siempre que éste reúna similares requisitos que el cedente y que haya transcurrido, al menos, el veinte por ciento del plazo original del contrato o de la inversión comprometida. Para que ello sea posible, la ley exige, también, que previo a la autorización de la cesión por parte de la autoridad contratante, deberá contarse con un dictamen fundado del órgano que ejerza el control de la ejecución del contrato sobre el cumplimiento de las condiciones antes mencionadas así como respecto del grado de cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista cedente, y la emisión de un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación sobre los riesgos que asume el Estado nacional. Finalmente, dicho dictamen debe ser informado a la Comisión Bicameral de Seguimiento de Contratos de PPP, que crea la ley[64].

Otra exigencia no menor es que previo al perfeccionamiento de cualquier cesión, y con intervención de la unidad de PPP, se deberá obtener la aceptación lisa y llana de los financistas, fiadores, garantes y avalistas, y la autorización de la contratante, con intervención de la unidad de PPP.

Con relación a la posibilidad de subcontratación, que por cierto debe estar delimitada en los contratos, la ley de PPP exige contar en cada caso con el previo consentimiento de la contratante. Este requisito, que fue introducido por el Senado de la Nación en el marco de la aprobación de la ley, atenta, en nuestra opinión, contra la libertad que tiene el contratista en la ejecución de los contratos, y podría fomentar casos de

[62] Véase art. 9, inc. v) de la Ley 27.328.
[63] Conforme art. 9, inc. q) de la Ley 27.328.
[64] Ver art. 9, inc. t) de la Ley 27.328.

corrupción al tener que subcontratarse a empresas elegidas arbitrariamente por los funcionarios de turno.

En materia de subcontratación, el Senado de la Nación también agregó que el contratista debe optar preferentemente por empresas nacionales y/o pequeñas y medianas empresas locales[65].

Por su parte, en los casos en que se haya utilizado la figura del *Project Finance*, deben quedar en claro los requisitos y condiciones según los cuáles la contratante autorice la transferencia del control accionario de la sociedad de propósito específico a favor de terceros así como a favor de quienes financien el proyecto o de una sociedad controlada por ellos, en caso en que la sociedad de propósito específico incumpla las condiciones de los acuerdos de financiamiento[66].

3.3.2 Las prerrogativas de la Administración

La necesidad de respetar los contratos, no significa necesariamente que deban excluirse o eliminarse las prerrogativas del Estado, que tanto la legislación, como la jurisprudencia y la doctrina, le reconocen a la Administración Pública en la ejecución de los contratos. En rigor, los contratos de PPP son contratos administrativos, pues en ellos existen todas las notas que caracterizan a un contrato público, como ser el ejercicio de una función administrativa, un régimen exorbitante, una parte pública y otra privada, y el fin público[67].

Pero lo importante en estos casos, huelga decirlo, es que las reglas sean claras para todos, de manera tal que no exista un riesgo respecto del comportamiento que asuma el Estado durante la ejecución del contrato, luego de haberse efectuado los gastos y las

---

[65] Véase art. 9, inc. u) de la Ley 27.328

[66] Cfr. art. 9, inc. r) de la Ley 27.328.

[67] Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, t. III A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 44, 117 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, 3 ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 16; BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo, t. II, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1955, p. 146, y ss.; GORDILLO, si bien afirma que todos los contratos que celebra la administración son contratos administrativos, entiende que algunos supuestos su objeto puede estar regulado por el derecho privado. Ver al respecto GORDILLO Agustín, "Los contratos Administrativos", en AA.VV., *Contratos Administrativos. Régimen de pago y actualización*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 17. Distinta es la posición de Mairal, quien directamente rechaza la teoría de contrato administrativo. Véase MAIRAL, Héctor, "La delimitación de la categoría del contrato administrativo. Réplica a un ensayo crítico", Revista El Derecho, pp. 181-942.

inversiones. A tal efecto, los contratos debieran permitir en forma expresa y obligatoria las prerrogativas del Estado, fijándose en cada caso sus alcances y metodología de aplicación. Esta es la idea que ha sido plasmada en la Ley 27.328.

Como bien señala Luqui, de todas las prerrogativas que tiene la Administración, tal vez la más importante sea la de modificar unilateralmente los contratos administrativos, y la de rescisión de los mismos[68].

La posibilidad de modificar unilateralmente un contrato administrativo, esto es, el ejercicio del *ius variandi*, se encuentra expresamente contemplada en la normativa vigente. En primer lugar, el Decreto 1023/01, establece que la autoridad administrativa tiene la prerrogativa de modificar los contratos por razones de interés público. A tal efecto, se dispone que dicha facultad de modificación debe ser utilizada en forma razonable; estableciéndose que cuando la modificación exceda en un veinte por cierto en más o en menos del monto total del contrato, y la misma no sea aceptada por el cocontratante, el contrato deberá ser declarado extinguido sin culpa de las partes. Y al igual que lo que ocurre con las modificaciones bilaterales, las ampliaciones no podrán exceder del treinta y cinco por ciento del monto total del contrato[69].

Por su parte, la Ley de Obra Pública establece que los aumentos o reducciones de costos o trabajos contratados, serán obligatorias para el contratista, abonándose, en el primer caso, el importe del aumento, sin que tenga derecho en el segundo a reclamar ninguna indemnización por los beneficios que hubiera dejado de percibir por la parte reducida, suprimida o modificada. Si el contratista justificase haber acopiado o contratado materiales o equipos para las obras reducidas o suprimidas, se hará un justiprecio del perjuicio que haya sufrido por dicha causa, el que le será certificado y abonado[70]. La ley también dispone que si en el contrato de obra pública celebrado, la Administración hubiera fijado precios unitarios y las modificaciones importasen en algún ítem un aumento o disminución superiores a un veinte por ciento del importe del mismo, la Administración o el contratista tendrá derecho que se fije un nuevo precio unitario de común acuerdo[71]. En

---

[68] Cfr. LUQUI, Roberto, "La modificación ("Ius Variandi") del Contrato Administrativo", en AA.VV., *Tratado General de los Contratos Públicos*, Dir. Juan Carlos Cassagne, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 8.

[69] Era una regla que se había fijado en el anterior art. 12 del RCAN, pero que luego fue eliminada con la modificación introducida por el Decreto 666/2003. No obstante ello, el art. 124 del Dec. 893/12, que reglamenta el art. 12 del RCAN, vuelve a establecer la limitación del 35 por ciento para los casos de modificaciones consensuadas.

[70] Art. 30 de la ley 13.064.

[71] Como puede verse, se trata de un procedimiento de renegociación que no tiene límites cuantitativos.

caso de disminución, el nuevo precio se aplicará a la totalidad del trabajo a realizar en el ítem, pero si se trata de aumentos, sólo se aplicará a la cantidad de trabajo que exceda de la que para ese ítem figura en el presupuesto oficial de la obra. Si no se lograra acuerdo entre los contratantes, la Administración podrá disponer que los trabajos del ítem disminuido o los excedentes del que se ha aumentado, se lleven a cabo directamente o por nuevo contrato, sin derecho a reclamación alguna por parte del contratista[72]. A su vez, si las modificaciones superan ese veinte por ciento, el contratista tiene derecho a rescindir el contrato[73].

Al respecto, es importante destacar la necesidad de que la *potestas variandi* sea ejercida con una finalidad de interés público. Así lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "la modificación unilateral de lo convenido entre las partes llevada a cabo por la Administración con independencia de la voluntad del contratista, no puede justificarse a la luz de lo expresamente dispuesto por el art. 1197 del Código Civil, sin que la posibilidad reconocida a la Administración Pública de poder alterar los términos del contrato en función del *ius variandi* pueda extenderse a supuestos como el de autos, en el que no se ha alegado y menos aún ha sido materia de demostración, cuál es el interés público que resultaría comprometido en caso de no accederse a la pretensión de la comitente de no hacer prevalecer su voluntad por sobre la clara manifestación en contrario puesta de manifiesto por la adjudicataria"[74].

La Ley 27.328 establece en forma expresa que en los contratos de PPP esta prerrogativa tiene que estar incluida, estableciéndose la obligación de compensar adecuadamente la alteración, preservándose el equilibrio económico-financiero original del contrato y, además, las posibilidades y condiciones de financiamiento[75]. La necesidad de preservar las condiciones de financiamiento es sumamente importante en este tipo de contratos, pues en caso contrario no debe imponérsele al contratista la obligación de cumplir con el requerimiento de modificación.

La otra gran prerrogativa señalada por Luqui es la de la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Esta institución también se encuentra prevista en el en

---

[72] Art. 38 de la ley 13.064.

[73] Art. 53 de la ley 13.064. Cfr. Druetta Ricardo y Guglielminetti Patricia, Ley 13.064 de Obras Públicas, 2ed., comentada y anotada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 224.

[74] Cfr. Fallos 312:89, in re "*Marocco y Cía SACIFICA c. Dirección Nacional de Vialidad s/ordinario*", de fecha 9/02/1995. La referencia del art. 1197 del Código Civil hace alusión al pacta sunt servanda y la lex inter partes.

[75] Véase art. 9, inc.i) de la Ley 27.328.

el Decreto 1023/01, y le permite a la Administración Pública extinguir unilateralmente el contrato por razones de interés público, o sea, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando al contratista todos los perjuicios que dicha conducta le irroga, salvo el lucro cesante[76]. En rigor, se trata de una rescisión sin culpa del contratista.

Para Juan Carlos Cassagne -quien critica la limitación que la normativa efectúa respecto del resarcimiento-, la propia potestad debe fundarse en ley, pues de lo contrario sería inconstitucional, en la medida que la Constitución prevé que la propiedad es inviolable y se encuentra protegida por la doble garantía de la ley previa que declare su sacrificio y la previa indemnización (como ocurre con las expropiaciones), no pudiendo consistir en un mero cambio de la Administración sobre la apreciación del interés público que se persiguió al celebrar el acuerdo de voluntades[77]. No obstante ello, gran parte de la doctrina, y más aún la jurisprudencia, no encuentran reproches constitucionales a esta potestad, que es ampliamente utilizada por la Administración Pública[78].

La revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia ha sido reglamentada en el art. 95 del Dec. 1030/16, que reproduce lo dispuesto en el RCAN[79]. Asimismo, debemos destacar que la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, establece respecto de los actos administrativos, que estos pueden ser revocados, modificados o sustituidos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados[80]. Téngase presente que el título III de esta ley, en el que precisamente se incluye este principio, es de aplicación directa a los contratos administrativos, en cuanto fuere pertinente[81].

La cuestión más controvertida en la jurisprudencia y en la doctrina, es la relativa al alcance de la indemnización debida en estos casos. Al respecto, la Corte Suprema en varios precedentes relativos a materia contractual se inclinó por la reparación integral[82], y en otros vinculados a revocación de actos administrativos en cambio ha limitado el resarcimiento,

---

76 Cfr. art. 12, inc. b), párr. 2° del RCAN. Ver también en el mismo sentido el art. 121 del Dec. 893/12.

77 Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, 3 ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 122/123.

78 Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re "*Sánchez Granel*", Fallos 306:1409. Cfr. CSJN Fallos: 297:252, 305:321, 332:2801. Para Marienhoff esta potestad es irrenunciable y existe incluso aun si no estuviese regulada. Cfr. MARIENFOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 3ed .act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, p.624.

79 En igual sentido al art. 121 del anterior reglamento aprobado por Decreto 893/12.

80 Ver art. 18 in fine de la ley N° 19.549.

81 Cfr. art. 7, in fine, ley N° 19.549.

82 Ver Fallos: 306:1409, 328:265 y 332:1367.

excluyendo el lucro cesante[83]. En la doctrina las posiciones no son pacíficas[84]. Por su parte, muchos autores sostienen que dado que en la actualidad la exclusión del lucro cesante se encuentra establecida normativamente, la legitimidad de dicha exclusión no merece ser discutida, la que dan por hecho[85].

En este escenario, siguiendo las últimas tendencias de cara a otorgarle seguridad jurídica a las inversiones, la ley de PPP ha fijado que la cuestión de la limitación del alcance de la reparación en estos casos deba estar expresamente contemplada en los contratos, no siéndole de aplicación las reglas generales limitativas de responsabilidad, de manera tal que en cada contrato se fije el alcance de la indemnización en caso de revocarse el mismo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia[86].

En rigor, la Ley 27.328 establece que "en el caso de extinción del contrato por razones de interés público, no será de aplicación directa, supletoria ni analógica ninguna norma que establezca una limitación de responsabilidad, en especial las contenidas en las leyes 21.499 y sus modificatorias y 26.944 y en el decreto 1023/2001 y sus modificatorias". Así, en cada supuesto podrá limitarse o no dicha indemnización, con indicación del procedimiento a seguir, y el método de determinación y pago

Ahora bien, existe una potestad administrativa que carece de razonabilidad y atenta contra la seguridad jurídica, cual es la facultad de suspender o revocar un contrato en sede administrativa por razones de ilegitimidad, cuando el contratista supuestamente conociere

---

83 Véase Fallos: 293:617; 301:403 y 312:649.

84 En la posición que se inclina por la reparación amplia, podemos encontrar a Juan Carlos Cassagne, quien sostiene que la reparación integral resguarda la incolumnidad del patrimonio del contratista afectado por la revocación del contrato, (conforme la garantía de la protección de la propiedad privada establecida en el art. 17 de la Constitución Nacional), y protege contra la tentación en que muchas veces incurren los funcionarios con el objeto de incumplir el contrato sin que la Administración asuma el costo íntegro del perjuicio que soporta el contratista. Cfr. Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, 3 ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 124. En igual sentido ver también PERRINO, Pablo E, "El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público", en La Contratación Administrativa, AAVV, Hammurabi, Bs. As, 2007, ps. 1128/1129. En una posición contraria se ubicaban los profesores Marienhoff y Comadira, quienes entendían que debía aplicarse en forma analógica la ley de expropiaciones, que excluía el lucro cesante. Al respecto, véase MARIENHOFF, Miguel S., "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado. Lo atinente a la revocación de actos o contratos administrativos por razones de oportunidad", ED 114-949 y ; COMADIRA, Julio, R., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1996, ps. 435 y ss.

85 Cfr. Cfr. LUQUI, Roberto, "La modificación ("Ius Variandi") del Contrato Administrativo", en AA.VV., *Tratado General de los Contratos Públicos*, Dir. Juan Carlos Cassagne, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 14; VILLARRUEL, María Susana, "El rescate en los contratos administrativos", en AA.VV., *Tratado General de los Contratos Públicos*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 160. Para Farrando, en cambio, dicha parte de la norma atenta contra los principios constitucionales relacionados con la propiedad (art. 14 y 17 CN). Cfr. FARRANDO Ismael, "Potestades y prerrogativas en el contrato administrativo", en AA.VV., *La Contratación Pública*, t. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 777.

86 Así se prevé en el art. 9, inciso p) de la Ley 27.328.

el vicio[87]. Es a nuestro criterio una facultad irrazonable, por cuanto la Administración en dichos supuestos se comporta como juez y parte, y no se alcanza a ver razón valedera alguna para que tal suspensión o anulación no deba ser solicitada y declarada por un tribunal competente, o sea, un tercero imparcial que dirima el conflicto. Además, si existiere una necesidad imperiosa de suspender la ejecución de un contrato, pues la Administración Pública puede acudir a la justicia y requerir una medida cautelar[88]. Y en el caso de que tenga intención de anularlo, pues más aun debiera iniciar una acción de nulidad, en nuestro medio también llamada de lesividad.

Con gran acierto la Ley 27.328 prohíbe el ejercicio de esta facultad, exigiéndose en estos casos que el Estado acuda a sede judicial.

3.3.3 El equilibrio económico financiero de los contratos

Los contratos de PPP deben necesariamente contemplar el derecho de las partes contratantes al mantenimiento del equilibrio económico financiero original del contrato y los instrumentos y procedimientos de renegociación o adecuación contractual para el caso de ruptura de dicho equilibrio. Debe ser un principio independiente, no acotado a supuestos concretos como el caso del hecho del príncipe, la fuerza mayor o el caso fortuito. Este principio es, además, esencial para los supuestos de contratos de larga duración. En cualquier caso, su fundamento consiste en que el interés público radica en el cumplimiento del objeto del contrato, y todo desequilibrio que se genere en su ejecución, no imputable la contratista, deber ser restablecido.

La ley 27.328 en varias oportunidades hace referencia a la preservación del equilibrio económico financiero de los contratos de PPP. En primer lugar, al regular lo atinente al equitativo y eficiente reparto de riesgos (art. 9, inc. b), y también en el caso de las modificaciones unilaterales del contrato (art. 9, inc. i). Y lo consagra de manera autónoma, al establecer como inciso independiente (art. 9, inciso j) que “en caso de que las partes invoquen la existencia de desequilibrio económico-financiero, la unidad de participación público-privado podrá solicitar informe de la Procuración del Tesoro de la Nación al respecto”.

[87] Posibilidad prevista a partir de la interpretación armónica de los artículos 17 y 18 de la Ley 19.549.
[88] Cfr. art. 9, inciso p), *in fine*, de la Ley 27.328

Es importante comprender que el contratista particular, que toma a su cargo la realización de un cometido público, tiene, en efecto, derecho al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato, o sea, a la equivalencia de las prestaciones, principio constitucional que tiene su fundamento jurídico positivo en que a nadie pueden imponérsele sacrificios a sus intereses particulares en beneficio público sin la correspondiente reparación[89]. El principio comentado también descansa en la garantía constitucional de igualdad ante las cargas públicas[90], ya que no es concebible que un individuo en especial, a través del cumplimiento de un contrato administrativo, sufra un detrimento en su patrimonio por razones de interés público[91].

Debe comprenderse, además, que no se trata de una garantía de rentabilidad por parte del contratista. Por el contrario, el restablecimiento de una ecuación económica contractual es una garantía de estabilidad de los contratos, no de cierta ganancia.

Así, la necesidad de compensar los desequilibrios contractuales encuentra también su razón de ser en la circunstancia de que el contratista público se convierte, en la mayor parte de los contratos administrativos, en un colaborador de la actividad concreta que cumple la Administración, cuya finalidad superior tiende al bien común y está por sobre las previsiones contractuales[92]. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho, en numerosos pronunciamientos, que "el equivalente económico, como derecho subjetivo surgido de la relación contractual administrativa, constituye una propiedad en el sentido constitucional del término"[93]. Y, en este orden de ideas, la doctrina ha afirmado que el principio general que impera en las contrataciones públicas según el cual el cocontratante privado tiene derecho al “mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato", en tanto éste integra su derecho de propiedad, se encuentra garantizado por el artículo 17 de la Constitución Nacional[94].

Se acepta, por lo tanto, de manera uniforme, y es además una realidad innegable, que el particular que celebra un contrato con la Administración Pública lo hace guiado por el propósito de obtener de esa relación contractual un beneficio económico, que resultará de

---

89 Art. 17 de la Constitución Nacional.
90 Art. 16 de la Constitución Nacional.
91 Conf. MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº III-A, ob. cit., p. 469 y ss.
92 Véase CASSAGNE, JUAN CARLOS, *“El equilibrio económico financiero del contrato administrativo”*, en REDA Nº 1, Buenos Aires, 1989, p. 32
93 Fallos: 145:307; 158:268, entre otros.
94 BERÇAITZ, MIGUEL A., *Teoría general de los contratos administrativos*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 409.

la diferencia que exista entre el costo que para él significan las prestaciones y obligaciones que debe cumplir y el precio contractual que tiene derecho a percibir junto a los demás importes complementarios que le correspondan. El cocontratante particular, en ese sentido, actúa de la misma manera como lo haría en un contrato de derecho privado[95].

En nuestro país, las manifestaciones y la caracterización general del desequilibrio financiero del contrato no se encuentran definidas por la legislación ni por la reglamentación contractual, sino que ha sido desarrollada a partir de la doctrina., la jurisprudencia, y la práctica contractual. No obstante ello, hay ciertas prescripciones normativas que resguardan el equilibro financiero del contrato frente a las prerrogativas unilaterales que ejerce la Administración Pública, o incluso frente a supuestos ajenos a la voluntad de las partes.

En tal sentido, el Decreto 1023/01 prevé el derecho a la recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo[96]. Se trata de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, conocida también como teoría de la imprevisión, que tiende a compensar la excesiva onerosidad sobreviniente en la prestación a cargo de una de las partes del contrato, provocada por un cambio imprevisible. Asimismo, también se reconoce el derecho de recomponer la ecuación alterada por el ejercicio de la prerrogativa de modificación unilateral del contrato. La jurisprudencia ha dicho al respecto que "si las modificaciones de la Administración rompen el equilibrio-financiero del contrato, el contratista debe ser indemnizado[97].

Por su parte, la Ley de Obra Pública establece el derecho de recomposición frente a aumentos de costos o trabajos contratados, aunque excluye el reconocimiento en caso de reducción de los trabajos, salvo en casos de acopio o adquisición de materiales para dichas obras suprimida[98]. La ley también dispone que el contratista tendrá derecho a que se fije un nuevo precio unitario si se modifica algún ítem (aumento o disminución) superior a un veinte por ciento. Por su parte, el nuevo procedimiento de revisión de precios ha sido regulado recientemente por Decreto 691/2016, fijándose que los precios correspondientes podrán ser redeterminados -a solicitud del contratista- cuando los costos de los factores principales reflejen una variación promedio superior al 5% a los del contrato o precio de la

---

95 Conf. ESCOLA, HÉCTOR, *Contratos Administrativos*, Tº I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 452.
96 Véase art. 13, inc. a), del RCAN.
97 Cfr. Suprema Corte de Santa Fe, in re "Transportes La Florida SRL y otros v. Municipalidad del Rosario".
98 Art. 30 de la ley 13.064.

última redeterminación. Es interesante destacar que al anterior régimen de redeterrminación de precios permitía la redeterminación – recién a partir de una variación superior al 10 %. Esto demuestra un reconocimiento aun mayor del equilibrio de la ecuación económica de los contratos.

También se reconoce la posibilidad de recomposición de un contrato administrativo cuyo equilibrio económico se ha visto alterado por normas o actos generales de la autoridad pública. En rigor, se trata de la aplicación irrestricta de la "Teoría del Hecho del Príncipe" – *factum principis*-, que posee base constitucional en los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, que reconocen el derecho de igualdad y el de propiedad, respectivamente. Al respecto, se ha afirmado de manera contundente que "no existe duda de que mediando un hecho del príncipe, el cocontratante particular deber ser indemnizado de todos los perjuicios que se le hayan ocasionado al alterarse o vulnerarse la ejecución del contrato"[99]. La doctrina explica asimismo que para que proceda el reajuste del contrato afectado por esta *alea administrativa*, la medida debe ser general, provocar una excesiva onerosidad sobreviniente, ser imprevista, y debe existir una relación causal entre la medida adoptada por la Administración y el daño[100].

En definitiva, la recomposición del equilibrio económico financiero de los contratos no debe acotarse a supuestos concretos como el caso del hecho del príncipe, la fuerza mayor o el caso fortuito. Debe ser permanente, no excepcional, y debe orientarse al mismo fundamento que inspira el mecanismo de redeterminación de precios en la obra pública. No debe perderse de vista, como señala Guglielminetti, que "el principio del equilibrio económico–financiero o principio del equivalente económico exige que la economía del contrato definida al momento de su celebración sobre la base de la oferta presentada por el adjudicatario –la ecuación financiera del contrato, en la terminología francesa, o el equivalente económico, en la terminología española- perdure hasta su extinción, de modo que si se produce la ruptura o alteración del equilibrio económico financiero del contrato, nace para el cocontratante particular, como antes se dijo, un verdadero derecho a su restablecimiento y el deber de la Administración de corregir los

[99] ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 458.

[100] Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, 3 ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 107.

desequilibrios producidos por la modificación de las circunstancias originarias del contrato administrativo[101]".

No obstante lo expuesto, la recomposición económica de estos contratos debe también proteger al Estado, no solo debe contemplarse en beneficio del contratista. Debe preverse que la recomposición pueda ser requerida por cualquiera de las partes cuyo equilibrio contractual se vea alterado. Y esta es la solución que ha fijado la ley de PPP al permitir que "las partes invoquen" la existencia de dicho desequilibrio[102].

3.4 ASPECTOS GENERALES QUE CONTEMPLA LA LEY DE PPP

3.4.1 Procedimiento de selección

Siendo los contratos de PPP contratos públicos, la selección del contratista debe hacerse, por regla general, mediante procedimientos de licitación o concurso público, nacional o internacional, cuyas adjudicaciones recaigan en la oferta que sea considerada la más conveniente para el interés público, teniendo en cuenta el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones de la oferta. Así se había previsto en el proyecto del Poder Ejecutivo, cuestión que se vio fortalecida e el trámite parlamentario, en la medida que la Ley 27.328 exige la licitación o concurso público como únicos procedimientos de selección para este tipo de contratos[103].

La ley indica en forma expresa que en estos procesos deberán garantizarse la transparencia, publicidad, difusión, igualdad, concurrencia y competencia en los procedimientos de selección y actos dictados en consecuencia; y ser compatibles con procedimientos de iniciativa privada[104].

La licitación o concurso público es el procedimiento que respeta el principio de máxima concurrencia, que constituye el requisito fundamental dentro del sistema de selección, ya que su pleno desarrollo permite a la Administración analizar y cotejar la mayor cantidad posible de ofertas, con miras a elegir la que más convenga a los fines perseguidos. Así, como han sostenido los Dres. Fiorini y Mata, "*asegurar la concurrencia*

[101] GUGLIELMINETTI Patricia, Prerrogativas y garantías contractuales a través del prisma del financiamiento privado, REDA, Nª 107, ed. Abeledo Perrot, en prensa.
[102] Cr. art. 9, inc. j, de la Ley 27.328.
[103] Véase art. 12 y ss. de la Ley 27.328.
[104] Los principios enunciados están expresamente incluidos en el art. 12 de la Ley 27.328.

significará promover la afluencia de ofertas pues, sin concurrencia, no hay puja ni posibilidades de competencia"[105]. En rigor, el principio de máxima concurrencia es reconocido *"como verdadero y casi exclusivo principio fundamental de la licitación, el de concurrencia o competencia entre los oferentes, con la consiguiente aplicación del principio de contradicción"*[106].

En cuanto a la adjudicación, deberá recaer en la oferta que sea considerada la más conveniente para el interés público, conforme con las condiciones establecidas en las bases de la licitación o concurso y previo dictamen de la unidad PPP. A los fines de alcanzar los votos necesarios para su aprobación, en el Congreso de la Nación se agregó que "los pliegos licitatorios deberán promover en sus pautas de selección del adjudicatario criterios que determinen ventajas comparativas a favor de las empresas nacionales sobre las extranjeras y sobre aquellas a favor de las consideradas micro, pequeñas y medianas empresas conforme lo establecido en la ley 25.300, salvo que la unidad de participación público-privada que se crea mediante la presente ley, mediante informe fundado, justifique la conveniencia o necesidad de su exclusión en las condiciones y necesidades particulares del proyecto[107]".

El trámite parlamentario también incorporo al texto de la ley la exigencia de contar con componente local. En efecto, el art. 12 de la Ley 27.328 , luego de disponer que los procedimientos de contratación deberán promover, de acuerdo a las características del proyecto, la participación directa o indirecta de las pequeñas y medianas empresas y el fomento de la industria y trabajo nacional, .establece que "en lo relativo a la provisión de bienes y servicios que deba realizarse en el marco de los contratos que se celebren al amparo de la presente ley, los pliegos y demás documentación contractual deberán contener previsiones que establezcan que tales bienes y servicios tengan, como mínimo, un treinta y tres por ciento (33%) de componente nacional". También se aclara en la ley de PPP que las preferencias establecidas por la ley 25.551 a favor de bienes de origen nacional resultarán de aplicación.

Asimismo, la ley indica que en casos particulares, el Poder Ejecutivo nacional podrá exceptuar o limitar las exigencias y preferencias mencionadas en el párrafo precedente en aquellas contrataciones en las cuáles la unidad de PPP, mediante dictamen

---

[105] FIORINI, Bartolomé y MATA, I., *La Licitación Pública*, Selección del Contratista Estatal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, pág. 43.
[106] GORDILLO, Agustín A., art. cit., pág. 301.
[107] Cfr. Art. 15 de la Ley 27.328.

fundado y previa intervención del Ministerio de Producción de la Nación, justifique la conveniencia o necesidad de dicha excepción o limitación en las condiciones o necesidades particulares del proyecto.

Por su parte, una cuestión importante que merece ser destacada es que la nueva regulación contempla la posibilidad de acudir al sistema de diálogo competitivo para la elaboración de las condiciones particulares y demás documentación contractual, el que deberá garantizar la transparencia, concurrencia, competencia efectiva y la participación simultánea de todos los interesados precalificados. El sistema de diálogo competitivo debiera poder realizarse a través de un procedimiento de consulta, debate e intercambio de opiniones entre la contratante y los interesados precalificados que, basado en las experiencias, conocimientos técnicos y mejores prácticas disponibles por cada una de las partes, permita desarrollar y definir la solución más conveniente al interés público sobre cuya base habrán de formularse las ofertas[108].

Mediante el dictado del Decreto 944/2017, el Poder Ejecutivo aprobó la Reglamentación del Procedimiento Transparente de Consulta, estableciéndose un procedimiento que permite, en casos de proyectos complejos o de montos importantes, la consulta del eventual anteproyecto de Pliego de Bases y Condiciones Generales o del Pliego de Bases y Condiciones Particulares, las especificaciones técnicas y/o cualquier documento relacionado con el respectivo proyecto de PPP, con el objeto de posibilitar la contribución de los interesados precalificados al desarrollo y definición de soluciones para mejorar si fuere necesario las bases de la futura licitación. La normativa en cuestión establece que para ser considerado "Interesado Precalificado" basta inscribirse en un registro que habilitará cada autoridad convocante.

Por su parte, la Guía para la Transparencia en la Gestión de las Contrataciones públicas realizadas en el marco de Proyectos de PPP, establece que "en el procedimiento transparente de consulta (Ley N° 27.328, artículo 14) será fundamental prever mecanismos que habiliten una amplia participación de los interesados en las etapas de formulación de los pliegos y que permitan el monitoreo del sector privado en la gestión de los Proyectos PPP[109]".

[108] El diálogo competitivo está previsto en el art. 14 de la Ley 27.328.
[109] Ver Disposición 1-E/2017 de la Subsecretaría de PPP, punto 16.

3.4.2 Garantías

La ley de PPP prevé numerosas garantías para asegurar las obligaciones de pago asumidas por la contratante pública, pudiéndose acudirse, entre otros, a la afectación específica y/o la transferencia de recursos tributarios, créditos, bienes, fondos y cualquier clase de ingresos públicos, con la correspondiente autorización del Congreso de la Nación; la creación de fideicomisos y/o utilización de los fideicomisos existentes; o el otorgamiento de fianzas, avales y cualquier otra garantía por parte de entidades de reconocida solvencia en el mercado nacional e internacional[110].

En rigor, por Ley de Presupuesto 27.431, que aprobó el presupuesto para el ejercicio del año 2018, se creó el Fideicomiso de Participación Público Privada ("Fideicomiso PPP"), que puede constituirse mediante un único fideicomiso y/o a través de distintos fideicomisos individuales denominados "Fideicomisos Individuales PPP".

Esa propia ley indica que el Fideicomiso PPP y/o los Fideicomisos Individuales PPP se conformarán como fideicomisos de administración, financieros, de pago y de garantía, con los alcances y limitaciones establecidas en dicha ley y las normas reglamentarias que dicte el Poder Ejecutivo nacional[111].

Luego, en el mes de febrero de 2018, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto 153/2018, por medio del cual reglamentó el Fideicomiso PPP, a cuyo efecto previó:

i) Que tenga una duración de 30 años;

ii) Que se puedan constituir Fideicomisos individuales PPP, bajo su órbita;

iii) Designar al Banco de Inversión y Comercio Exterior S.A. como organizador y fiduciario del Fideicomiso PPP y de los Fideicomisos Individuales PPP;

iv) Que los Ministerios o entes del sector público nacional a cuya jurisdicción correspondieren los proyectos actuaran como fiduciantes;

v) Que serán beneficiarios aquellas personas humanas o jurídicas titulares de los valores fiduciarios PPP, certificados, valores negociables, títulos valores,

[110] Cfr. art. 18 de la Ley 27.328.
[111] Cfr. art.

actas, instrumentos o títulos de reconocimiento de inversión que sean emitidos por los Fideicomisos individuales PPP;

vi) Que el patrimonio de los Fideicomisos Individuales PPP quedará irrevocablemente afectado a las obligaciones asumidas bajo cada contrato de Fideicomiso Individual PPP.

Por otra parte, conforme lo prevé la Ley de PPP, los derechos de explotación de los bienes del dominio público o privado que hubieran sido concedidos al contratista sirven para garantizar el repago del financiamiento mediante la constitución de derechos con función de garantía sobre tales derechos[112].

Ahora bien, en otro orden de cosas, y de cara a brindar seguridad jurídica, resulta fundamental que el nuevo marco normativo haya contemplado alguna garantía importante frente a la extinción anticipada de los contratos por parte de la Administración Pública, cuestión por demás común en la historia reciente de nuestro país. A tal fin, la ley de PPP estableció que con carácter previo a la toma de posesión de los activos, se deberá abonar al contratista el monto total de la compensación que pudiese corresponder según la metodología de valuación y procedimientos de determinación que al respecto se establezcan, la que en ningún caso debiera ser inferior a la inversión no amortizada. Asimismo, en todos los casos se deberá asegurar el repago del financiamiento aplicado al desarrollo del proyecto[113].

3.4.3 Mecanismos de resolución de cuestiones técnicas y de controversias: Panel técnico y arbitraje.

La ley de PPP permite, en sentido correcto, la constitución de paneles técnicos, para dirimir las controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que puedan suscitarse durante la ejecución y terminación del contrato. Estos paneles técnicos tienen que poder subsistir durante todo el período de ejecución para dilucidar las cuestiones de tal naturaleza que se susciten entre las partes[114].

[112] Véase art. 19 de la Ley 27.328.
[113] Cfr. art. 10 de la Ley 27.328.
[114] Véase art. art. 9, inciso w) de la Ley 27.328.

La Reglamentación ha establecido el conjunto de reglas que deberán aplicarse en caso de constituirse un Panel Técnico[115]. Entre otras, podemos mencionar las siguientes:

i) salvo previsión en contrario en el pliego o en el contrato, el panel técnico estará integrado por cinco miembros, que deberán tener una especialización acorde con la materia del contrato de que se trate y permanecerán en sus funciones durante todo el período de ejecución del contrato.

ii) Los integrantes del panel técnico serán seleccionados por las partes entre aquellos profesionales universitarios en ingeniería, ciencias económicas y ciencias jurídicas que se encuentren incluidos en el listado de profesionales habilitados que a tal efecto llevará la Unidad de PPP. (Dicha lista se confeccionará previo concurso público de antecedentes)

iii) En caso que no hubiese acuerdo de Partes, la designación la efectuará la Unidad de PPP mediante sorteo público.

iv) podrán someterse a la resolución del panel técnico todas las controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que se susciten durante la ejecución o terminación del contrato, incluyendo la revisión de las sanciones que se impongan al contratista y la de cualquier otro acto o medida que dicte el Ente Contratante y que tenga efectos sobre el Contrato.

v) Para someter una controversia al panel técnico no será necesario que el Contratista presente en forma previa reclamos o impugnaciones administrativas de ningún tipo (si los hubiere presentado y luego se acude al panel técnico, se entenderán desistidos)

vi) Los paneles técnicos se expedirán sobre las controversias que le sean sometidas mediante recomendaciones. Las recomendaciones sólo serán obligatorias para las Partes en caso de que ninguna de ellas haya planteado su disconformidad dentro del plazo que se prevea al efecto en el pliego o en el contrato.

vii) Si el panel técnico no se expidiese sobre la controversia dentro del plazo fijado en el pliego o en el contrato, cualquiera de las partes podrá someter la controversia, dentro de los plazos previstos en el pliego o en el contrato (y sin perjuicio de los plazos de

[115] Ver art 9ª, inciso 13, Anexo I, Decreto 118/2017.

prescripción) a la justicia, o al tribunal arbitral si se hubiere previsto arbitraje. Lo mismo en el caso de que una de las partes manifestase su disconformidad con la recomendación del panel técnico

Es importante destacar que en aquellos casos donde se hubiese previsto la existencia de un panel técnico, ninguna controversia de índole técnica, interpretativa o patrimonial podrá ser sometida a la justicia o un tribunal judicial sin que antes haya sido sometida al panel técnico, con la excepción de la extinción del contrato por razones de interés público, salvo el caso de requerimiento de medidas cautelares.

Como ya se adelantó, la Ley 27.328 prevé la posibilidad de acordar en un contrato determinado que todas las controversias que eventualmente pudiesen surgir con motivo de la ejecución, aplicación y/o interpretación de los contratos, pueden resolverse acudiendo a mecanismos de avenimiento y/o arbitraje.

Es importante que la ley haya habilitado la utilización de esta herramienta. No de manera obligatoria para todos los contratos, sino simplemente se permitiera la posibilidad de poder decidir incluir una cláusula arbitral en un determinado contrato.

Y para estos casos en que así se decidiere, la ley de PPP dispone que contra los laudos arbitrales sólo podrán interponerse los recursos de aclaratoria y de nulidad previstos en el art. 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no pudiendo en ningún caso dar lugar a la revisión de la apreciación o aplicación de los hechos del caso y del derecho aplicable (excluyéndose de esta forma la aplicación del tercer párrafo del Artículo 1.656 del Código Civil y Comercial de la Nación, que permite la revisión amplia de los laudos arbitrales, en tanto sean contrarios al ordenamiento jurídico)[116]. Obviamente que en caso de que no se acordara la jurisdicción arbitral, serán competentes los tribunales en lo contencioso administrativo federal, o la justicia federal civil y comercial, según sea el caso.

El Senado de la Nación incorporó como exigencia al proyecto del Poder Ejecutivo que en caso de optarse por el arbitraje con prórroga de jurisdicción, éste deberá ser aprobado en forma expresa e indelegable por el Presidente de la Nación, y comunicado al Honorable Congreso de la Nación.

Más allá de ciertas disidencias, parece existir consenso en la doctrina y jurisprudencia en que la Constitución Nacional no prohíbe que el Estado comprometa en

[116] Cfr. arts. 25 y ss de la Ley 27.328.

árbitro conflictos con particulares en materia de contratos administrativos o que involucren materia federal, siempre que una ley del Congreso así lo autorice con el único límite de las cuestiones que afecten el orden público[117].

En la Argentina, el juicio arbitral está regido en el Libro IV del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Arts. 736 a 765 CPCCN). No obstante, el arbitraje se origina en cláusulas contractuales pactadas por las partes, pudiendo someter el caso a un tribunal arbitral constituido al efecto, o bien a tribunales arbitrales institucionales -que ya se encuentran preestablecidos y que actúan conforme a reglas también ya pactadas a las que las partes se someten-, sean nacionales o internacionales.

No obstante ello, la Argentina suscribió (a partir de mayo de 1990) Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones ("TBI") con 57 países[118]. Luego, dando cumplimiento a lo previsto por la Constitución Nacional, estos acuerdos fueron ratificados por el Congreso[119]. Consecuentemente en 1994, se aprobó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el "Convenio del CIADI")[120]. Bajo este esquema los conflictos que surgen entre la Argentina y los inversores de países con los cuales se firmó los TBI, se resolverán con los tribunales arbitrales que en cada caso se constituyan para resolver las disputas en el marco institucional del CIADI.

Actualmente, tanto los tratados como el Convenio del CIADI continúan vigentes, por los que sus disposiciones se aplican a los inversores de los países signatarios que decidan hacer hoy una inversión en la Argentina, del mismo modo que se aplican a los inversores argentinos en aquellos países. El procedimiento arbitral en el marco del CIADI se rige por las propias disposiciones del Convenio del CIADI, y las Reglas de Inicio y Reglas de Arbitraje de 1967, reformadas en 1984. Una vez dictado el laudo final

---

[117] Tal es el caso de la ley permanente de presupuesto que faculta al Poder Ejecutivo a comprometer en árbitros en materia de contratación de préstamos con organismos internacionales económico financieros en los que participe como miembro de la República Argentina, sin perjuicio de la discusión sobre si la emisión de bonos por parte del Estado Nacional se trata efectivamente de un contrato y, eventualmente, la naturaleza administrativa o de derecho privado que reviste. Cabe recordar que, si bien en relación con este tipo de préstamos a organismos internacionales, la Corte Suprema se inclinó en el caso "*Brunicardi*" por considerar que el empréstito público establece una relación de derecho público (Fallos 319:2886). Ver TAWIL, Guido y MINORINI LIMA, Ignacio, "El Estado y el Arbitraje: Primera aproximación", en RAP n° 337, p. 35.

[118] DURAND, Julio César, "Los arbitrajes internacionales de inversión y los contratos de servicios públicos afectados por la emergencia", en AA.VV. *Tratado General de los Contratos Públicos*, Dir. Juan Carlos Cassagne, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 1159.

[119] Cfr. Artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

[120] Aprobado en la Argentina por medio de la Ley Nº24.353, del 28/07/1994.

se convierte en definitivo, debe ser cumplido, y será considerado por todos los estados signatarios de la Convención como *una sentencia nacional*, lo que implica que no es necesario el trámite del *exequátur*[121].

3.4.4 Responsabilidad patrimonial

Al tratarse de materia contractual, la responsabilidad patrimonial de las partes contratantes debe necesariamente sujetarse a lo dispuesto en los pliegos y en el contrato, y así ha sido previsto en la Ley 27.328[122].

En cuanto a la aplicación la normativa general, se estipula la aplicación supletoria de las normas pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación. En tal sentido, no se aplica la ley de responsabilidad del Estado Nº 26.944, que prevé la aplicación supletoria en materia de contratos administrativos[123], siendo una decisión muy acertada toda vez que esta ley de responsabilidad del Estado es sumamente restrictiva, y ello encarecería estos contratos de PPP. Por ejemplo, entre las cuestiones restrictivas de dicha ley se encuentra la limitación de la responsabilidad del Estado por los daños que ocasione su conducta legítima. O sea, aplicándose a un contrato, habilitaría a la exclusión del lucro cesante para el caso, por ejemplo, en que se decida la terminación anticipada de un contrato por razones de oportunidad del Estado, sin que media culpa alguna del contratista[124].

3.4.5 Regulación y Control de la ejecución del Contrato

[121] Cfr. DURAND, Julio César, "Los arbitrajes internacionales de inversión y los contratos de servicios públicos afectados por la emergencia", en AA.VV. *Tratado General de los Contratos Públicos*, Dir. Juan Carlos Cassagne, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2013, pp.1159-1170.
[122] Ver art- 11 de la Ley 27.328.
[123] Ver. art. 10 de la Ley 26.944.
[124] Ver art. 5 de la Ley 26.944.

Las funciones de regulación y de poder de policía del Estado son indelegables, y así lo dispone en forma expresa la ley[125]. El cumplimiento de los contratos de PPP se encuentran sujetos al control de la contratante, contando para ello con amplias facultades de inspección y control, pudiendo requerir todo tipo de información vinculada al cumplimiento del contrato y desarrollo del proyecto, garantizando la confidencialidad de la información de índole comercial o industrial en los términos de la legislación vigente[126].

A los efectos de reforzar el control de este tipo de contratos, el Senado agregó un nuevo artículo al proyecto del Poder Ejecutivo, el 22, que establece que la Auditoría General de la Nación deberá incluir en cada plan de acción anual la auditoría de la totalidad de los contratos de participación público privada existentes, su desarrollo y resultado,

La Subsecretaría de participación público privada dictó en noviembre de 2017 una Guía para la Transparencia en la Gestión de las Contrataciones Públicas en el marco de los proyectos de PPP. Esta guía, aprobada por Disposición 1-E/2017, es una importante herramienta de autocontrol que debe ser respetada por los propios funcionarios. El control de su cumplimiento será un factor determinante para el buen éxito de las PPP en Argentina.

3.4.6 Órgano Rector

Para que un régimen de PPP -como el sancionado - funcione, era necesario constituir un órgano rector, que tenga a su cargo la centralización normativa – reglamentación, guías de contratos, recomendaciones, etc- del nuevo marco regulatorio.

Este órgano no debe ser en modo alguno un órgano concentrado de gestión de las PPP, porque no es política ni administrativamente conveniente que un solo órgano concentre la gestión de los contratos de PPP, de diversas materias específicas.

Nótese que la Ley 27.328 prevé la descentralización de la gestión de las PPP, como cualquier otro contrato administrativo. De manera que la gestión contractual corresponde a cada Entidad o Jurisdicción con competencia en la materia del contrato. Sin embargo, resulta importante que se conforme un equipo altamente especializado que pueda asesorar transversalmente a los distintos órganos que deban llevar adelante las contrataciones,

[125] Cfr. art. 21 de la Ley 27.328.
[126] Ídem.

prestando apoyo consultivo u operativo en las etapas de formulación del proyecto, elaboración de la documentación licitatoria o ejecución del contrato.

Este órgano ha sido denominado en la ley 27.328 "Unidad de Participación Público Privada", teniendo entre sus funciones la de asesorar al Poder Ejecutivo en la elaboración de programas y planes de desarrollo de proyectos de PPP; asistir en la preparación de disposiciones regulatorias para el funcionamiento general del sistema de PPP, así como manuales, guías y modelos contractuales de aplicación general, entre otras; asesorar a requerimiento de las entidades contratantes en el diseño y estructuración de los proyectos, abarcando la realización de estudios de viabilidad, preparación de documentación licitatoria, promoción nacional y/o internacional de los proyectos, y en la implementación de los procedimientos de selección de los Contratistas y; asesorar a requerimiento de las entidades y jurisdicciones en el diseño, organización y funcionamiento de sistemas de control de actividades a cargo de sus respectivos Contratistas[127].

A los efectos de garantizar y fomentar la transparencia y la difusión, la Ley 27.328 establece que la Unidad de PPP deberá instrumentar un sitio específico de consulta pública y gratuita de internet, con el fin de dar adecuada difusión a los actos administrativos, auditorías e informes relacionados con las licitaciones y contratos que se efectúen en el marco de la ley[128].

La Guía para la Transparencia de estos contratos indica con claridad, en su punto 12, que resultarán fundamentales la publicación y difusión de actos administrativos, auditorías, informes relacionados con las licitaciones, pre-pliegos, pliegos y de la convocatoria para el llamado a licitación/concurso público. También resalta que será de vital importancia que toda la información relativa a los Proyectos de PPP en curso se encuentre centralizada y sistematizada en una plataforma electrónica, de fácil y rápido acceso y consulta, que permita otorgar mayor transparencia y que facilite el control social[129].

El Decreto 936/2017, modificatorio del Reglamento de la Ley de PPP, le da a la unidad de PPP rango de subsecretaría de Estado, denominándose a partir de ese momento "Subsecretaría de Participación Pública Privada".

---

[127] Ver art. 28 de la Ley 27.328.
[128] Cfr. art. 29 de la Ley 27.328.
[129] Disposición 1-E/2017 de la Subsecretaría de PPP.

3.4.7 Comisión Bicameral de Seguimiento

La Ley 27.328 ha creado la Comisión Bicameral de Seguimiento de Contratos de Participación Público-Privada, la que estará integrada por siete senadores y siete diputados del Congreso de la Nación, quienes serán elegidos por sus respectivos Cuerpos, respetando la proporcionalidad de las fuerzas políticas que los componen.

La Comisión tiene como misión efectuar el seguimiento de los proyectos desarrollados bajo contratos de PPP a los de fines verificar el cumplimiento de la 27.328. A tal efecto, la Comisión deberá contar con acceso a toda la documentación pertinente, incluyendo los contratos que se firmen bajo este régimen, no pudiendo oponérsele a estos efectos las eventuales cláusulas de confidencialidad de dichos contratos.

Asimismo, la Ley 27.328 prevé que el titular de la unidad de PPP deberá concurrir anualmente ante dicha Comisión a los efectos de brindar un informe fundado sobre el estado de ejecución y cumplimiento de estos contratos.

3.5 COLOFÓN

Estas son a grandes rasgos las bases, principios y contenidos que contempla con acierto la ley de PPP que se ha sancionado, y su reglamentación.

Debo volver a reiterar que esta normativa es fruto de un cuidadoso debate jurídico, político y social realizado en el marco de su elaboración, enriquecido a raíz del debate público al que se sometió el proyecto en el Congreso de la Nación. El resultado de este consenso ha sido demostrado, a partir del voto afirmativo de dos tercios de los senadores y diputados presentes en las votaciones efectuadas en cada recinto.

La necesidad de contar con un régimen contractual para el desarrollo de Políticas de Estado de mediano y largo plazo se imponía en nuestro país, y requería de la colaboración de toda la ciudadanía. El atraso en materia de infraestructura y desarrollo es evidente: ha llegado la hora de pensar y trabajar para el futuro.

Se trata de un régimen novedoso, alternativo a todo tipo de contrato existente en nuestro ordenamiento jurídico. Y así como resulta ser alternativo, es asimismo autónomo,

regulado por sus propias reglas. De manera tal que no le son aplicables ni directa, ni analógica ni supletoriamente las normas que rigen otros tipos de contratos administrativos[130], aun siendo los contratos de PPP que regula esta ley definitivamente contratos públicos, en la medida que se encuentran presentes todas las notas esenciales de los mismos.

Este modelo de ley de PPP representa un verdadero equilibrio entre las prerrogativas del Estado y las garantías de los contratistas e inversores, reconociendo como eje central la seguridad jurídica de ambas partes. Solamente a través de una colaboración eficiente entre ambos sectores podremos hacer crecer a nuestro país, y ver ese crecimiento.

[130] Así se ha dispuesto en el art. 31 de la Ley 27.328.

LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA REPUBLICA ARGENTINA

I. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL

1.1 CONCEPTO

El profesor Palacio nos enseñaba que el proceso cautelar "es aquél que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva"[1].

Resulta que la sustanciación de todo proceso judicial demanda un tiempo considerable, y son varias las etapas procesales que deben recorrerse hasta alcanzar una sentencia definitiva. Y es sabido que, dependiendo de la complejidad del caso y del ofrecimiento de prueba realizado por las partes, la etapa probatoria puede prolongarse por años.

En este escenario surge una actividad preventiva que, por medio de una resolución temprana en el mismo proceso, asegura en forma provisoria que el transcurso de tiempo que demanda la labor jurisdiccional no perjudique o agrave el menoscabo sufrido al derecho que le asiste a la parte, situación que de no resguardarse podría provocar que la sentencia que luego se dicte resulte ineficaz[2].

En efecto, la necesidad de una cautela se debe a que la satisfacción inmediata de una pretensión de conocimiento o ejecución resulta materialmente irrealizable[3]. Y para proteger ese derecho existe en nuestro ordenamiento el proceso cautelar, cuya finalidad consiste en

---

[1] PALACIO, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 14° ed, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, ps. 773-774.

[2] Cfr. CASSAGNE, Ezequiel, Las Medidas Cautelares contra la Administración, en AAVV, *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Director Juan Carlos Cassagne, La Ley, Provincia de Buenos Aires, 2007. Pág. 258.

[3] GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, "Control judicial de la Administración. Medidas cautelares", en AAVV, *Derecho Procesal Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 727.

asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en el proceso al que accede. En tal sentido, el proceso cautelar es accesorio a otro proceso.

En este entendimiento, Piero Calamandrei explicaba que las medidas cautelares, en tanto se hallan ineludiblemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, carecen de un fin en si mismo. Por tal motivo, este autor entiende que la cautelar es provisoria en el fin[4].

Pues bien, en nuestro ordenamiento procesal nacional el administrado tiene a su alcance distintas medidas cautelares, llamadas también precautorias, que puede requerir al juez en orden a satisfacer esa necesidad inmediata mientras tramita el proceso principal, conforme las particularidades de cada caso concreto.

1.2 NATURALEZA JURÍDICA

Tanto la doctrina como la jurisprudencia utilizan las nociones de proceso, medida, acción, pretensión, providencia o sentencia para referirse al instituto cautelar. No existe, en tal sentido, un criterio uniforme respecto a su naturaleza jurídica.

En primer lugar, compartimos la postura señalada por varios autores que excluye la calificación de acción, dado que desde una concepción moderna, la acción impide su fraccionamiento, es sólo una[5].

En tal sentido, entendemos que a los efectos de determinar la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, se debe precisar, en efecto, si se trata de pretensiones procesales dentro de un proceso, o si estamos en presencia de un proceso judicial autónomo, aunque accesorio de un proceso principal y definitivo.

---

[4] CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio sistematico dei provedimenti cautelari*, traducción de Marino Ayerra Merín, Buenos Aires, El Foro, 1996, p. 40.

[5] PODETTI-GUERRERO LECONTE, "Tratado de las medidas cautelares, 2° ed., Buenos Aires, 1969, p. 18; DI IORIO, Alfredo, "Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares", LL 1978-B, 152; REDENTI, *Diritto processuale civile*, t. III, Milán, p. 53; PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, t. VIII, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1985, p 16.; REIMUNDÍN, Ricardo, "Las medidas cautelares en los Códigos Procesales Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia", en *Revista del Colegio de abogados de la Plata*, nº 22, p. 95 y ss. A favor de la tesis de que se trata de una acción, ver CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1936, p. 297 y ss.

En nuestro país, la polémica se suscitó entre autores como Di Iorio, que sostienen que el instituto cautelar no es autónomo, en la medida que importa una actuación procesal vinculada a un proceso principal, y autores como Reimundín, que postulan la autonomía del proceso cautelar y su independencia como proceso[6].

La primera de las corrientes reconoce su influencia en Calamandrei, autor que entendía que no debe hablarse de proceso cautelar sino de providencias cautelares, dado que el instituto cautelar no tiene una estructura exterior constante que permita considerarlo formalmente como un tipo separado[7].

En realidad, como hemos expuesto el comienzo de este capítulo, este jurista entiende que las medidas cautelares carecen de un fin en sí mismo, son instrumentales, en la medida que están preordenadas a la emanación de una ulterior sentencia que busca asegurar. Esta tesis, sostenida en nuestro país por Di Iorio, excluye toda idea de autonomía y ha sido adoptada por autores como Micheli[8].

En cambio, quienes sostienen la autonomía del proceso cautelar reconocen las influencias de otro gran jurista italiano, Francesco Carnelutti, quien ha desarrollado originariamente esta tesis, al postular que mientras los procesos ejecutivos y de conocimiento persiguen la composición definitiva de la litis, el proceso cautelar, en cambio, tiene por finalidad la composición provisional[9].

Por otra parte, Palacio propone un criterio intermedio, porque si bien entiende que no son atendibles los reparos que se han formulado para desechar la mencionada autonomía del proceso cautelar, dado que, aún desde la óptica formal que hace hincapié Calamandrei, el proceso cautelar exhibe una peculiar estructura que lo distingue de otros procesos, por otra parte sostiene que "desde un punto de vista teórico y práctico, la caracterización de la materia examinada bajo el rótulo de medidas o providencias cautelares no resulta en modo desdeñable", aunque señala que este último criterio no se opone a la existencia de un verdadero proceso cautelar, "ya que si bien este carece de autonomía con respecto al

---

6 Cfr. DI IORIO, Alfredo, "Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares", LL 1978-B, 152; REIMUNDÍN, Ricardo "Las medidas cautelares en los Códigos Procesales Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia", en *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, nº 22, p. 95 y ss.

7 CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio sistematico*…, cit., p. 32.

8 MICHELI, G., *Curso de derecho procesal civil, Parte General*, vol. I, traducción de Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1970, p. 78. En la doctrina nacional, otros autores que siguen esta tesis son FALCÓN, E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado, comentado, concordado*, T° II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 233 y COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 193.

9 Ver CARNELUTTI, Francesco, *Derecho y Proceso*, Buenos Aires, Ejea, 1971, p. 413.

proceso principal cuya eficacia garantiza, la tiene sin embargo, en el ámbito conceptual, e incluso con entidad suficiente para justificar su regulación legal"[10].

Este autor cuestiona, así, el criterio sostenido por Podetti, quien afirma que no existe un proceso cautelar específico dado que solamente podría hablarse de autonomía cuando la medida se impetra separadamente del proceso donde se actuará el derecho[11].

Para Simón Padrós, que comparte el criterio de la existencia de un proceso autónomo, pero accesorio, es necesario diferenciar el concepto de pretensión del de proceso, en la medida que la pretensión cautelar es el acto fundamental del proceso cautelar y consiste en la declaración de verosimilitud del derecho y en el consecuente despacho de la medida requerida. En tal entendimiento sostiene que "el proceso cautelar se configura como el conjunto de actos originados en una pretensión de igual naturaleza (cautelar, provisional o precautoria), que tienden en forma coordinada y progresiva hacia el dictado de una resolución judicial que garantice la tutela judicial efectiva, posibilitando el ulterior cumplimiento de la sentencia de mérito a recaer en otro proceso, de conocimiento o ejecución"[12].

Por último, también la doctrina se refiere a las decisiones de los magistrados que resuelven las pretensiones cautelares como "*sentencias cautelares*", aunque reconociéndose su alcance provisorio, su accesoriedad, y el hecho de que el contenido de su declaración no es de certeza sino de verosimilitud del derecho. Para evitar cualquier confusión con el instituto de la sentencia procesal, nosotros nos inclinamos en denominar a las decisiones judiciales que resuelven pretensiones cautelares como "*resoluciones cautelares*".

1.3 FUNDAMENTO Y CARACTERES

[10] PALACIO Lino E., *Derecho Procesal Civil*, T° VIII, cit., p. 17.

[11] PALACIO Lino E., *Derecho Procesal Civil*, T° VIII, cit., p. 17. Ver, al respecto, PODETTI-GUERRERO LECONTE, *Tratado de las medidas cautelares*, cit., p. 19.

[12] SIMÓN PADRÓS, Ramiro, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, p. 61. En igual sentido, KIELMANOVICH sostiene que "concebimos al proceso cautelar como aquel que tiene por objeto una verdadera pretensión cautelar (…) entendemos que se trata de un proceso que goza conceptualmente de autonomía, por su peculiar estructura, grado de conocimiento diferenciado y particular impuesto para la adopción de las medidas cautelares (…) la pretensión cautelar es autónoma por su propia naturaleza y porque no se confunde con la pretensión objeto del proceso contencioso o con la petición del objeto extracontencioso, sino que se trata de una pretensión, o si se quiere acción, diversa de la pretensión o petición actuada en el proceso principal, llamada a tener una virtualidad provisoria, por mas que pueda mediar alguna coincidencia entre el bien de la vida aprehendido en una y otra", en KIELMANOVICH, Jorge L., *Medidas cautelares*, Santa Fe, Rubinzal–Culzoni, 2000, ps. 20 y 49.

El fundamento de la garantía jurisdiccional cautelar está vinculado a una situación de urgencia que requiere una solución inmediata a los efectos de resguardar los derechos de los particulares frente a la lentitud del proceso judicial.

Esa urgencia conlleva el peligro de que la demora del proceso frustre la protección del derecho que el ciudadano ha encomendado a la justicia. En ciertos casos, se trata de evitar que el particular sufra mayores daños, pero en otros supuestos, la cuestión radica en garantizar que el posterior reconocimiento de derechos no pierda virtualidad, esto es, que la sentencia no sea ineficaz en razón de que, al haber transcurrido un tiempo, ya no pueda ejercerse luego el derecho que ha sido reconocido.

Este fundamento deriva del de la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional[13]. Pero la protección del peligro en la demora del proceso judicial, y de la demora de no contar con una solución inmediata, aunque provisoria, también encuentra fundamento en el respeto al principio de la igualdad de las partes en el proceso, que desde luego se vincula al principio antes señalado, pero apunta en particular a resguardar la inalterabilidad de la cosa litigiosa y la consecuente inmodificabilidad del objeto de la litis[14].

Por ello, coincidimos con los autores que sostienen que si bien no es posible desconocer que las medidas cautelares persiguen la garantía objetiva de la inalterabilidad del equilibrio de las partes en el proceso, y por ende, la eficacia y seriedad de la justicia, su fundamento también radica en la protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares que pueden verse conculcados frente a la demora de la actividad jurisdiccional[15].

Por otra parte, compartimos el criterio expuesto por Juan Carlos Cassagne respecto a que las medidas cautelares persiguen como fundamento el principio de la tutela judicial efectiva[16], con rango constitucional, debido a la incorporación a nuestra carta magna del tratado de derechos humanos conocido como el Pacto de San José de Costa Rica[17]. El

---

[13] Ver COMADIRA, Julio R. "Las medidas cautelares en el proceso administrativo, con especial referencia a la suspensión de los efectos del acto", LL 1994-C, 699.

[14] GARCÍA PULLÉS, Fernando R, "Actividad cautelar en el proceso contra la Administración", RAP, nª 203, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1995, p. 14.

[15] Ver, al respecto, SIMÓN PADRÓS Ramiro, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*, cit., p. 63.

[16] Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Las medidas cautelares en el contencioso administrativo", LL 2001-B, 1090.

[17] Según el art. 8, inc. 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), directamente aplicable conforme al art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, "toda persona tiene

principio de la tutela efectiva es la contracara del principio de la inviolabidad del juicio, y debe aplicarse tanto al proceso contencioso administrativo como a los demás procesos jurisdiccionales. En palabras de Schmidt-Assmann, "junto con la intensidad del control judicial es, sobre todo, la protección cautelar lo que se estima caracteriza a una tutela judicial efectiva de derechos subjetivos"[18].

Así lo entiende el profesor español, Juan Ramón Fernández Torres, para quien "se colige sin mayores detalles el papel determinante, con carácter general, del principio de la tutela judicial efectiva y, dentro de él, de la tutela cautelar en la salvaguarda de los derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados a los ciudadanos por el derecho europeo. Dicho papel, conviene precisarlo, ha ido acrecentándose de forma gradual a lo largo del tiempo"[19].

En tal escenario, las medidas cautelares presentan los caracteres que a continuación se analizarán.

1.4 ACCESORIAS O INSTRUMENTALES

Es sabido que las medidas cautelares no tienen un fin en sí mismo, se hallan ordenadas a asegurar la eficacia de una sentencia posterior[20].

En este entendimiento, resulta interesante la observación que efectúa Chiovenda, en tanto señala que "en la medida provisional actúa una efectiva voluntad de ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de otra supuesta voluntad de ley"[21].

Incluso autores como Carnelutti, que defienden el criterio del "*proceso"* cautelar, no se apartan de la idea de instrumentalidad de dicho proceso, que sirve "para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo)"[22].

---

derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acción penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter…"

[18] SCHMIDT-ASSMANN Eberhard, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid, INAP–Marcial Pons, 2003, p. 237.

[19] FERNANDEZ TORRES, Juan Ramón, La tutela cautelar (I). Su configuración como pieza central de la tutela judicial de los ciudadanos en Europa y en España, en AAVV, Revista de Derecho Administrativo (REDA), Nº 89, Abeledo Perrot, 2013, p. 1355.

[20] Cfr. CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio sistematico*…, cit., p. 40.

[21] CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. I, cit., p. 282.

[22] CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del proceso civiL*, Buenos Aires, Ejea, p. 86.

Por tal motivo, por ejemplo, la conclusión del proceso principal por perención de instancia produce la caducidad de la medida cautelar decretada. Lo mismo ocurre cuando ha recaído sentencia firme o ejecutoriada en el proceso principal que desestima la pretensión[23]. En nuestro ordenamiento nacional, el proceso cautelar típico tramita por incidente y está siempre vinculado al proceso principal.

1.5 PROVISIONALES

Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en su momento para su dictado[24]. Esta posibilidad no se encuentra limitada a la existencia de hechos nuevos, sino también a la valoración de los presupuestos requeridos para su dictado.

A su vez, las medidas cautelares son modificables a pedido del deudor o del acreedor, o a pedido del actor o el demandado[25] y de oficio, salvo que, en este último supuesto, la medida ya haya sido cumplida y notificada.

Las medidas cautelares son apelables, razón por la cual pueden ser revocadas o, en caso de haber sido denegadas, podrán ser otorgadas por los tribunales de apelaciones. En el supuesto de haberse dispuesto su desestimación, e incluso confirmada esa decisión en segunda instancia, también podrían ser posteriormente otorgadas si varían las circunstancias que fueron evaluadas al momento en que fueron denegadas.

Esta condición de provisionalidad determina que las resoluciones cautelares no revistan la calidad de cosa juzgada en sentido material, dado que, como se ha visto, dichas resoluciones pueden ser revisables, modificables y revocables. También las medias cautelares pueden levantarse en cualquier momento del proceso, cuando las circunstancias que las determinaron cesaren, como lo establece el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN).

La Corte Suprema de la Nación tiene un criterio restrictivo para los casos de levantamiento de medidas cautelares, exigiendo para su procedencia que las circunstancias de hecho hayan variado, o sea, si los antecedentes de hecho invocados se vieron

---

23 Cfr. KIELMANOVICH, Jorge L., *Medidas cautelares*, cit., ps. 44-45.
24 Ver art. 202 del CPCCN.
25 Art. 203 del CPCCN.

modificados. Al respecto, el Alto Tribunal ha dicho en una causa donde precisamente el tribunal que dispuso el levantamiento de una medida cautelar no había tenido en cuenta dicha exigencia que " el fallo apelado prescinde de examinar si se ha modificado la situación de hecho que resultó determinante para su dictado y se introduce en el examen de los requisitos para el otorgamiento de las medidas cautelares afirmando, en ese sentido, que el derecho invocado no resulta verosímil y que no se acreditó el agravio económico que se pretende evitar, cuestiones éstas que ya habían sido resueltas en la sentencia por la cual se decretó la medida y que, por el principio de preclusión de los actos procesales, no podían ventilarse nuevamente en el proceso, a excepción de un cambio de circunstancias"[26].

Conforme desarrollaremos más adelante al tratar el nuevo régimen de las medidas cautelares contra el Estado, sancionado el 24 de abril de 2013 mediante la ley 26.854, las medidas cautelares si bien deben subsistir mientras duren las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en su momento para su dictado, esta nueva ley les impone un plazo máximo de vigencia que, no obstante, puede ser prorrogado sucesivamente durante el trámite del proceso judicial[27].

1.6 SON *INAUDITA PARS*

En principio, el juez dicta las medidas cautelares valorando los hechos y el derecho que presenta el peticionante, sin intervención de la otra parte o terceros que puedan llegar a verse afectados por el otorgamiento de tal medida, difiriéndose la sustanciación con el afectado de las mismas para el momento en que la misma se encuentre producida. Se prescinde de dicha intervención previa pues de lo contrario podría frustrarse la finalidad del instituto cautelar, esto es, preservar en forma urgente el derecho de la parte.

Este principio general que indica que las medidas cautelares se decretan y cumplen sin intervención de la otra parte[28], reconocido en forma expresa en el CPCCN[29], es unánimemente aceptado por la doctrina[30] como por la jurisprudencia.

---

[26] Cfr. CSJN, in re "Asociación Editores de Diarios de Bs. As. (AEDBA) y otros c/ EN –dto. 746/03- AFIP s/medida cautelar (autónoma)", de fecha 28/10/2014.

[27] Se trata de una exigencia inconstitucional, como se explicará en el capítulo respectivo.

[28] Parece importante, a ese respecto, recordar que la regla general que establece que las medidas cautelares se decretan *inaudita parte* no trasunta una derogación del principio de contradicción (el cual constituye una proyección de la garantía constitucional de la defensa en juicio) sino una postergación momentánea de su vigencia justificada en obvias razones de efectividad (Cfr. PALACIO LINO E., *Derecho Procesal Civil*, t. VIII, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, pág. 69).

Así ha sido reconocido por la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, al expresarse que "entre las características principales, las medidas cautelares tienen las siguientes: a) Provisoriedad e interinidad; b) Mutabilidad o variabilidad en el sentido de que pueden ser revocadas o modificadas siempre que sobrevengan circunstancias que así lo aconsejen (artículos 202 y 203); c) Accesoriedad, ya que no tienen un fin en sí mismas, sino que sirven a un proceso principal; d) se dictan sin contradictorio previo, inaudita parte, vale decir que el Juez resuelve en forma unilateral en base a la sola petición del interesado" (artículo 198)"[31].

Por su parte, la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil de La Plata ha sostenido con suma claridad que "La tramitación inaudita parte y el hecho de que ningún incidente o recurso detenga su ejecución constituyen notas propias, esenciales, ínsitas e intransferibles de la institución cautelar (artículo 198 CPCCN.). De otro modo los medios de aseguramiento tornaríanse en ineficaces, en tanto avisado el afectado del propósito precautorio se encontraría en condiciones de frustrarlo. La adopción de las medidas preventivas sin previo debate -ha dicho la Corte Suprema de la Nación-, concuerda con su naturaleza y no importa lesión constitucional en tanto queda a los afectados por ellas la posibilidad de cuestionarlas después de dictadas (II 56-459; Fallos: 213:246)"[32].

Al propio tiempo, la doctrina ha señalado que "la regla en medidas cautelares consiste en que ellas son dictadas sin contradictorio previo. El principio inaudita pars se funda en razones de urgencia y efectividad. Es indiscutible que la intervención del sujeto pasivo de la medida cautelar demanda una considerable inversión de tiempo, que cuando

---

[29] En su artículo 198 puede leerse: "*Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte*".

[30] CAMPS, Carlos Enrique, *Código Procesal Civil y Comercial De La Provincia De Buenos Aires (Anotado - Comentado - Concordado)*, Depalma, 2004, Abeledo Perrot Nº: 8009/006364.

[31] CNACAF, Sala V, *in re* "*S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Cámara Nac. de Correos y Telégrafos s/ Amparo Ley 16.986*", Abeledo Perrot Nº 8/7153. En el mismo sentido: Sala V, *in re* "H*alperín, David Eduardo -Incidente- c/E.N. -Mº de Economía y Servicios Públicos s/ Empleo público*", Abeledo Perrot Nº 8/7275; y Sala II, *in re* "*Torre, Hugo Mario c/ Aguas Argentinas S.A. y otro s/ daños y perjuicios*", sentencia del 17/07/2010 (inédito) y "*Héctor Enrique Perino s/ Medida Precautoria*", Abeledo Perrot Nº 8/4084.

[32] Capel. Civ. Fed. La Plata, sala IV, *in re* "*Cipriano, Marcela S. y otros v. Presidente de la Universidad Nacional de La Plata*", JA 1993-II-128. En el fallo citado la CSJN dijo que "*La adopción de las medidas precautorias sin previo debate sobre su procedencia, concuerda con su naturaleza y no importa lesión constitucional en tanto quede a los afectados por ellas la posibilidad de cuestionarlas después de dictadas*".

hay una situación de peligro debe ser evitada para proteger a quien justifique que su derecho, en el supuesto de no ser tutelado, puede sufrir una seria afectación”[33].

Sin embargo, si las circunstancias del caso lo requieren, puede correrse un breve traslado a la contraria a los efectos de que el juez pueda tener un mayor conocimiento de las implicancias del caso, siempre que la urgencia no determine su inmediata resolución.

Este principio general propio de las medidas cautelares, tendiente a evitar que se frustre su cometido, dada la urgencia que rodea este tipo de pretensiones, ha sido alterado por la ley 26.854, que exige el traslado de un informe previo en el supuesto de las medidas cautelares contra el Estado, aunque previéndose la posibilidad de obtener en el interín una protección precautelar, conforme se analizará más adelante.

1.6.1 Fungibles

Como una consecuencia directa de su provisionalidad, las medidas cautelares pueden sustituirse entre sí, toda vez que no deben causarse perjuicios innecesarios a la parte afectada por la traba de una medida cautelar determinada.

1.6.2 Clasificaciones

En el capítulo III del CPCCN se regulan las medidas cautelares, entre las cuales se encuentran: el embargo preventivo, el secuestro, la intervención judicial, la inhibición general de bienes y anotación de la litis, la prohibición de innovar, la protección de personas.

Pero, además de las medidas señaladas, el codificador faculta al juez al dictado de cualquier otra medida cautelar no prevista. Estas medidas, denominadas genéricas, abren una suerte de ventana práctica que permite a los magistrados ordenar la medida que mejor se adapte a las circunstancias de cada caso concreto.

[33] OTEIZA, Eduardo, El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la Ley 26.854, en La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, pág 98.

Pues bien, a partir de la enunciación que efectúa el CPCCN de cada una de las medidas cautelares surge el intento de sistematizar una clasificación de las distintas medidas allí contenidas.

En tal sentido, la primera clasificación que debe hacerse es entre las medidas nominadas e innominadas. Así, las medidas nominadas son aquellas que expresamente se encuentran indicadas en el código, mientras que las medidas innominadas son todas las otras medidas que puede dictar un juez, o sea, la gran variedad de medidas genéricas que surgirán, sin estar individualizadas en el código procesal, de cada caso en particular y que podrán ser ordenadas.

En efecto, el artículo 232 del CPCCN expresamente establece que "fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia"[34].

Otra clasificación que ha realizado la doctrina distingue entre las medidas cautelares conservativas y las innovativas -o positivas-. Las primeras se orientan a mantener un statu quo determinado hasta tanto se dicte la sentencia o finalice el proceso, en cambio, las medidas cautelares innovativas requieren que el juez al ordenarlas modifique una situación de hecho existente en forma previa al requerimiento cautelar. Generalmente, al tratarse de pedidos de modificación de hechos concretos, las medidas innovativas requeridas no se encuentran nominadas en el código, por lo tanto, son genéricas o innominadas.

Ahora bien, entre las medidas nominadas se encuentra la prohibición de innovar, regulada en el artículo 230 del CPCCN. Allí se establece que "podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que: 1) El derecho fuere inverosímil. 2) Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o

[34] GONZÁLEZ PÉREZ, en su proyecto de Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica, ha preferido directamente no tipificar ninguna medida cautelar. Dicho profesor sostiene que en su proyecto "no se tipifican, ni siquiera a título de ejemplo, las medidas que pueden adoptarse. No se ha estimado necesario ni conveniente. Puede adoptarse cualquiera, esté o no tipificada en la legislación civil, siempre que sea adecuada para asegurar la efectividad del fallo y "no sea susceptible de sustitución por otras igualmente claras y menos gravosas o perjudiciales para el demandante", en GONZÁLEZ PÉREZ Jesús - CASSAGNE, Juan Carlos, *La justicia administrativa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 96.

convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible. 3) La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria."

Sin perjuicio de que el título se refiere a las medidas de no innovar, lo cierto es que si bien ello nos indica que se trata de impedir la modificación, mientras dura el proceso, de la situación de hecho o de derecho existente al momento de disponerse la medida, la norma también incluye la posibilidad de que mediante éstas se restablezcan situaciones que hubiesen sido modificadas con anterioridad al momento de entablarse la acción judicial. En este sentido, señala Palacio que "lo que interesa, por ende, en las dos hipótesis incluidas en la norma, no es tanto la subsistencia o la alteración del *statuo quo* sino la necesidad de acatar, mientras dura la sustanciación del proceso principal, la situación de hecho o derecho delimitada en la resolución cautelar, con prescindencia del emplazamiento temporal de esa situación, que puede ser la existente al tiempo de promoverse el juicio, una anterior que se restablece e incluso una nueva"[35].

Por otra parte, también se distinguen las medidas cautelares según lo que se trata de preservar son bienes (secuestro, inhibición), o las medidas que preservan personas (protección de personas)[36].

La Ley 26.854 de medidas cautelares contra el Estado regula específicamente las distintas pretensiones cautelares que pueden requerirse en este tipo de procesos. Teniendo en cuenta que se trata de una ley especial, sólo aplicable cuando el Estado es parte en el juicio, se analizará más adelante en oportunidad de describir el nuevo régimen especial.

Por último, es importante destacar que existen medidas cautelares denominadas autónomas, en tanto se solicitan y otorgan en forma previa a la promoción del proceso principal, pero siendo accesorias e instrumentales al proceso que luego necesariamente se debe iniciar. La diferencia radica en que este tipo de medidas no se solicitan dentro de un proceso de conocimiento o de ejecución, sino con anterioridad a éstos.

Respecto de estas medidas, el artículo 207 del C.P.C.C.N. prescribe que "se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda dentro de los 10 días siguientes a su traba y aunque la otra parte hubiere deducido recurso".

---

[35] PALACIO Lino, E. *Derecho Procesal Civil*, t. VIII, cit., p. 181.
[36] Ver de LAZZARI, Eduardo N., *Medidas cautelares*, La Plata, Librería Editora Platense, 1995, p. 12.

Volveremos más adelante sobre este tipo particular de remedio cautelar, en la medida que adquiere un importante protagonismo en el contencioso administrativo, dada su frecuente utilización mientras el administrado se encuentra dentro del procedimiento administrativo, agotando la vía administrativa a los efectos de poder acceder a la instancia judicial. La nueva ley 26.854 las ha regulado expresamente.

Una situación análoga se da en otras materias con relación al requisito de la mediación obligatoria previa, instaurado por Ley 24.573. El artículo 2º, inciso 6º de dicha norma establece que las medidas cautelares se encuentran exentas de la mediación hasta que se decidan las mismas, agotándose respecto de ellas las instancias recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación.

Esta exención presupone la posibilidad de solicitar una medida cautelar en forma previa al proceso y, consecuentemente, en forma previa a la mediación obligatoria que lo antecede. No es difícil advertir que este criterio responde a los fundamentos mismos del instituto de la tutela cautelar, toda vez que si se requiriese la mediación como paso previo y obligatorio a la interposición de la pretensión cautelar en sede judicial, se desvirtuaría la finalidad misma de la medida precautoria, esto es, servir como una herramienta eficaz que, en una situación de urgencia, se constituya en una solución inmediata a los efectos de resguardar los derechos de los particulares frente al peligro en la demora del trámite del proceso, y más aún en este caso donde la situación de dilación se agrava debido a la etapa previa de la mediación.

1.7 LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

Se trata de medidas urgentes que se caracterizan por la satisfacción definitiva y única de la pretensión. Un ejemplo típico sería aquella medida que ordena el otorgamiento de una vista de las actuaciones administrativas[37].

El propio Peyrano, autor que ha estudiado con profundidad este tipo de medidas, sostiene que "se trata de una especie de tutela urgente que no debe confundírsela con la tutela cautelar. En efecto, realizando una aproximación al ideario de la medida autosatisfactiva, ha dicho que "se trata de un requerimiento urgente formulado al órgano

[37] Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Las medidas cautelares en el contencioso administrativo", LL, 2001-B, 1090.

jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable: no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma"[38].

Compartimos la postura del autor citado, dado que observamos que, desde la teoría cautelar clásica, estas medidas no pueden ser consideradas cautelares ya que no son instrumentales ni accesorias respecto de procedimiento principal alguno. Son verdaderos procesos sumarísimos autónomos, que se agotan con el dictado de la respectiva resolución. En tal sentido, los procesos autosatisfactivos son procesos urgentes, como el amparo, aunque sin el respaldo de una ley que los haya consagrado ni reglamentado, siendo una construcción pretoriana y doctrinaria. Entre estas construcciones preferimos aquellas que se fundan en las atribuciones judiciales implícitas y no en un poder cautelar genérico dado que, como señala el profesor Peyrano, si bien todo lo cautelar es siempre urgente, no todo lo urgente es cautelar[39].

La realidad social y económica que fuerza la aceptación de procesos urgentes no es extraña a otros ordenamientos jurídicos, en la medida de que se trata de un fenómeno mundial que, en definitiva, pretende respetar el principio de la tutela judicial efectiva. La diferencia radica en que en otros países, en cambio, estos procesos urgentes fueron motivo de una debida regulación, estableciendo reglas claras que intentan eliminar soluciones judiciales discrecionales. Un ejemplo de ello es Francia, que bajo el término *réferé*, ha consagrado, además de las medidas cautelares, verdaderos procesos autónomos y urgentes.[40]

1.8 PRESUPUESTOS GENERALES PARA EL OTORGAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

---

[38] PEYRANO, Jorge W., *Medidas autosatisfactivas*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 1999, p. 13.

[39] PEYRANO, Jorge W., *Medidas autosatisfactivas*, cit., p. 10.

[40] Cfr. DE LA SIERRA, Susana, *Las medidas cautelares en la contratación pública*, Revista de la Administración Pública, mayo-agosto 2004, Madrid, pág. 219 y ss. Esta autora sostiene que en Francia, "el réferé-liberté, un proceso especialmente sumario (se ha de resolver en 48 hs) para la protección de las libertades fundamentales, carece de la característica de la instrumentalidad, ya que el juez se manifiesta sobre el fondo y, en su caso, la resolución tendrá fuerza de cosa juzgada. También en Portugal, la reciente adopción del Código del Proceso de los Tribunales Administrativos ha permitido la introducción de distintos instrumentos procesales que responden a idénticas necesidades de celeridad."

Conforme la naturaleza jurídica y la finalidad de las medidas cautelares, se requieren **ciertos presupuestos** para su otorgamiento, a saber:

1.8.1 Verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*)

El término *fumus boni iuris* significa "*humo de buen derecho*". Este presupuesto requiere que para la concesión de las medidas cautelares baste la apariencia del derecho que le asiste al peticionante de la medida cautelar, a cuyo efecto el procedimiento es meramente informativo y sin intervención de la persona contra la cual se pide la tutela. Como hemos dicho precedentemente, la resolución cautelar no declara la certeza del derecho sino la verosimilitud del mismo.

Al tratarse de un procedimiento inaudita parte y, en consecuencia, meramente informativo, el juez no puede conocer con certeza el derecho, o sea, lo que a cada uno le corresponde. En tal sentido, se requiere que los argumentos y pruebas aportadas por el peticionante tengan una consistencia que permitan al juez valorar en esa instancia provisional y urgente la existencia de un razonable orden de probabilidades de que le asista razón en el derecho solicitado.

Así, Cassagne y Perrino sostienen que "se trata de un recaudo vinculado a la apariencia de buen derecho (lo que supone una menor rigurosidad en la prueba de la titularidad del derecho que recién se esclarecerá en la sentencia) que debe ser entendida como la probabilidad de que el derecho exista y no como su incontestable realidad, que solo se logrará al final del proceso"[41].

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma en este punto que las medidas cautelares "no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad"[42].

---

[41] CASSAGNE, Juan Carlos - PERRINO, Pablo E., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 341.

[42] Fallos 318:107, 326:4963, 327:305, entre otros.

En tal entendimiento, resulta suficiente la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el actor, de manera tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal se declarará la certeza de ese derecho, suponiendo que el desarrollo de ese proceso principal no resulte un obstáculo para alcanzar esa certeza[43].

1.8.2 Peligro en la demora (*periculum in mora*)

Es el peligro en la demora de la sentencia definitiva que se dictará en el proceso, o como dicen García de Enterría y Fernández, "la urgencia para evitar que la demora en la resolución del pleito principal cause perjuicios apreciables"[44]. Se requiere que sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transformará en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión. En este riesgo reside el interés procesal que respalda a toda pretensión cautelar y debe, consecuentemente, responder a una objetiva posibilidad de frustración, o estado de peligro de ese derecho invocado.

Al respecto, Chiovenda afirma que se trata del "temor de un daño jurídico, es decir, la inminencia de un posible daño a un derecho o a un posible derecho"[45]. Ahora bien, el peligro debe probarse en forma adecuada. En tal entendimiento, el requirente deberá exponer las razones, provenientes de circunstancias objetivas o subjetivas que así lo indiquen, por las cuales es menester que el juez le conceda el anticipo jurisdiccional.

Como hemos afirmado al comienzo de este capítulo, la sustanciación de los procesos judiciales demanda un tiempo considerable, y son varias las etapas procesales que deben recorrerse hasta alcanzar una sentencia definitiva. A ello se le debe sumar la lentitud cada vez mayor de nuestra administración de justicia que, aún aunando sus mejores esfuerzos, no puede solucionar el problema que suscita el abarrotamiento de expedientes en sus tribunales.

Previendo esto, el CPCCN prescribe que podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que "existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara,

---

[43] Cfr. PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, t. VIII, cit., p. 32.
[44] GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo – FERNÁNDEZ Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, T° II, Madrid, Civitas, 1998, p. 628.
[45] CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. I, cit., p. 299.

en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible*'*[46].

Nuestro codificador estableció respecto a las medidas cautelares genéricas –o sea, innominadas- que "quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia"[47].

No se trata de dos nuevos requisitos, sino que la irreparabilidad y la inminencia del daño son las condiciones requeridas para la configuración del peligro en la demora. El verdadero peligro que pretende resguardarse está vinculado con la posibilidad cierta de que se produzca un daño inminente e irreparable. Como señala el profesor Gallegos Fedriani "no existe medida cautelar que no se dé para disipar un temor de daño inminente; constituye la razón de ser jurídica y de hecho de las medidas cautelares, que sustancia con ellas"[48]. Respecto al concepto de irreparabilidad, señala este autor que debe ser entendido por su naturaleza, con independencia de la reparación que pueda o no obtenerse[49], en la medida que conforme esa naturaleza, la gravedad del derecho conculcado puede no ser adecuadamente reparado en dinero. En tal sentido, será suficiente que no se pueda reponer las cosas a su estado anterior o que la reparación *in natura* sea imposible o en los hechos muy dificultosa[50].

1.8.3 Prestación de una contracautela

---

46 Art. 230 del CPCCN.

47 Art. 232 del CPCCN.

48 GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, p. 70.

49 Cfr. GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *Las medidas cautelares…*, cit., p. 69.

50 Cfr. SIMÓN PADRÓS, Ramiro, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*, cit., p. 172. Según MAIRAL, "existe gravamen irreparable cuando: la sentencia no puede reponer las cosas al estado anterior a la ejecución del acto y la diferencia resultante no es adecuadamente compensable en dinero; o la sentencia sí puede disponer tal reposición, pero la ejecución del acto durante el transcurso del pleito provocará necesariamente perjuicios que no son adecuadamente compensables con dinero" y si el perjuicio es puramente patrimonial "cuando la evaluación de los daños y perjuicios resulte tan difícil que impida llegar a una indemnización plenamente restitutoria: así, una medida que afecte la reputación o clientela de una empresa o la fama de sus principales productos o vulnere su secreto técnico o comercial; cuando por aplicación de las reglas sobre responsabilidad aquiliana, no pueda eventualmente otorgarse una indemnización plena, por ejemplo, ante la no reparabilidad de los perjuicios mediatos cuando la existencia e importancia sea verosímil; cuando por aplicación de las normas que reglan el caso la indemnización sea debida no por el Estado sino por personas de dudosa solvencia; cuando la previsible magnitud del perjuicio acarree verosímilmente la insolvencia del recurrente", MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 818 y ss.

El peticionante de una medida cautelar debe prestar una garantía a los efectos de resguardar los daños que pueda ocasionar el otorgamiento ilegítimo de tal medida. Esta condición no es aplicable al peticionante que obtuvo un beneficio de litigar sin gastos, ni tampoco en el supuesto de que sea la Nación, una provincia o un municipio quien solicitare la protección cautelar.

Así lo requiere el artículo 199 del CPCCN, que dispone que "la medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que lo solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas y daños que pudiere ocasionar…".

En tal sentido, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiese solicitado[51].

Al respecto, es dable advertir que en numerosas ocasiones los jueces, quienes fijan a su sano criterio el monto y tipo de la contracautela, otorgan medidas cautelares bajo caución juratoria cuando el peticionante tiene capacidad de afrontar una caución real. Esta modalidad ha sido abusada en múltiples situaciones que han generado enormes daños patrimoniales, desvirtuando el instituto cautelar. Es que al tratarse de un procedimiento inaudita parte, la garantía de la contracautela impide el envalentonamiento de pretensiones infundadas. Quizás a partir de esta preocupación, la nueva ley 26.854 ha prohibido de forma genérica la caución juratoria, solución que no compartimos, como veremos en el capítulo respectivo.

Es dable destacar que para algunos autores, la prestación de la contracautela no es un requisito para su procedencia, sino solo un presupuesto para que resulte viable su ejecución[52].

1.8.4 Falta de identidad entre el objeto de la pretensión cautelar y la acción de fondo

[51] Cfr. art. 208 del CPCCN.

[52] PEYRANO, Jorge W., *Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial*, 2° ed., Rosario, Zeus, p. 82.

Este requisito ha sido introducido por la jurisprudencia, y se encuentra expuesto claramente en la sentencia de segunda instancia de la causa "Camacho Acosta", entre otras tantas.[53] Se trata de un criterio que postula que la identidad del objeto de la pretensión cautelar debe ser distinta al de la pretensión que será objeto de la sentencia que se dicte en el proceso principal. La finalidad de este principio es evitar que el Juez al momento de resolver la cautelar prejuzgue sobre el contenido de la sentencia definitiva que tendrá luego que dictar. La realidad es que es muy difícil y, hasta a veces imposible, impedir que los jueces prejuzguen al dictar las medidas cautelares.

El problema de la aplicación de este criterio en la práctica radica en que genera una gran cantidad de casos en los que se ha identificado que ciertos litigantes, para superar este obstáculo, elaboran pretensiones principales distintas, sobre las que carecen de interés, con tal de obtener la tutela cautelar.

Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha encausado este criterio, al revocar la sentencia de Cámara en "Camacho Acosta". Para así decidir, el Alto Tribunal manifestó que "la alzada no podía desatenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamiento, pues en ciertas ocasiones –como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa- existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada (...) es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones –en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva". [54]

Por tal motivo, un ordenamiento de avanzada, como es el Código Procesal de la Ciudad de Buenos Aires, respetando la tutela judicial efectiva, admite la procedencia de las medidas cautelares "aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida"[55]. Lamentablemente, la ley 26.854 de medidas cautelares contra el Estado expresamente dispone que las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la

[53] CCiv, Sala J, in re "Camacho Acosta, Mariano c. Grafo Graf SRL y otros"; CNACAF, Sala V, *in re* "Denegri, Hilda María. Ex Feria n. 29", de fecha 26/3/97.
[54] "Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf SRL y otros", Fallos, 320:1633 (1997).
[55] Ver art. 177 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

demanda principal, solución legislativa que, como varias otras disposiciones que contiene esta nueva ley, atrasa en el camino de un definitivo respeto del principio de la tutela judicial efectiva, siendo en muchos aspectos, como se verá, inconstitucional.

1.9 CONSIDERACIONES COMUNES

1.9.1 Competencia

El artículo 196 del CPCCN dispone que los jueces deben abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuere de su competencia, sin embargo, la medida será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones legales, pero no implicará prórroga de competencia.

Salvo casos de extrema urgencia que no ameriten solución en contrario, el principio expuesto precedentemente proscribe el dictado de medidas cautelares por parte de jueces incompetentes. Aclaramos este punto toda vez que se observa que la práctica jurisdiccional arroja casos en los que se ha malinterpretado este precepto, en los cuales los jueces dictan medidas cautelares y luego remiten inmediatamente las actuaciones al fuero que entienden competente.

Esta práctica es contraria al espíritu de la ley, toda vez que si bien las medidas cautelares dictadas por jueces incompetentes son válidas si han sido dispuestas de conformidad con las prescripciones legales, esto no implica desconocer el principio de que deben abstenerse de dictarlas si reconocen que son incompetentes. En definitiva, este comportamiento determina la invalidez de dichas medidas en tanto no han sido dispuestas de conformidad con la prescripción legal contenida en el artículo 196. Más adelante veremos, igualmente, que la regla que contiene este artículo ha sido alterada por la ley 26.854.

1.9.2 Apelación de las resoluciones cautelares

La resolución cautelar de primera instancia es apelable a segunda instancia, donde a su vez se prevé el recurso de revocatoria contra el pronunciamiento de ese tribunal superior.

Conforme el fundamento y la finalidad del instituto cautelar, en nuestro ordenamiento procesal nacional, el efecto de la apelación es de carácter devolutivo[56].

Para los supuestos de medidas cautelares dictadas en el marco de los procesos de amparo, el tema no es tan sencillo. El problema radica en que la Ley 16.986 estableció, en el artículo 15, que: "Sólo serán apelables la sentencia definitiva, las resoluciones previstas en el art. 3º y las que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado. El recurso deberá interponerse dentro de las 48 horas de notificada la resolución impugnada y será fundado, debiendo denegarse o concederse en ambos efectos dentro de las 48 horas…"

Sin perjuicio de que desde una interpretación literal de la norma podría desprenderse que la apelación de una resolución cautelar en el marco de un proceso de amparo tiene, entonces, efectos suspensivos –en ambos efectos, o sea, suspensivo y devolutivo-, lo cierto es que la jurisprudencia ha desarrollado un enfoque funcional del precepto citado, conforme al cual "cabe al intérprete hacer los distingos que la naturaleza misma de la cosa impone. Porque la diversidad de la cautelar no tolera, como se ha visto, una suspensión en la efectivización de su aseguramiento. De allí que se entienda que el art. 15, cuando menciona la concesión del recurso en ambos efectos, ha podido referirse a la apelación deducida contra la sentencia definitiva o las providencias denegatorias mentadas por el art. 3º, mas no a las cautelares, pues éstas últimas poseen una regulación especial, particular y propia que excluye aquel tratamiento"[57].

Al respeto, es claro que la posibilidad de que un recurso de apelación logre suspender la decisión cautelar no se compadece con la finalidad misma del instituto cautelar, que implica resguardar los derechos de los particulares, en una situación de urgencia que requiere una solución inmediata para que esos derechos no pierdan virtualidad con motivo de la tramitación de todo proceso judicial, incluso, un proceso de amparo. En tal sentido, la aplicación extensiva del artículo 15 de la Ley 19.986 al instituto cautelar vulneraría el artículo 43 de la Constitución Nacional que consagra al amparo como medio judicial idóneo; el principio de tutela judicial efectiva contenido en el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica; y el artículo 25 de ese mismo ordenamiento internacional, que reconoce

---

[56] Cfr. Art. 198 del CPCCN.

[57] Cám. Fed. La Plata, Sala IV, in re "Dapoto, Marta S. y otros c. Universidad Nacional de La Plata"; "Semplici, Norma B. y otros c. Universidad Nacional de La Plata", con nota de PEYRANO, Jorge W. Cfr. ROSSI, Alejandro, "Las medidas cautelares y su apelación en el amparo", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho Procesal Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Jesús González Pérez,* T° II, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 1603.

a toda persona la existencia de un derecho sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales.

La doctrina ha sido crítica sobre este tema. Al respecto, es dable traer a colación las palabras de Robredo, compartidas por Sagüés, quien, al analizar los efectos de los recursos de apelación de las medidas cautelares en los procesos de amparo, sostiene que "implica que la medida de no innovar no pueda hacerse efectiva hasta que el expediente vuelva del tribunal superior", concluyendo que, al atentarse de esa forma el fundamento mismo del instituto cautelar, esto es, la urgencia, "debe tratarse (por el legislador) de una ignorancia absoluta del proceso en la acción de amparo"[58].

También se ha sostenido que "se trata de una práctica disfuncional a la norma, pues no se compadece con la finalidad de la institución cautelar, con la naturaleza del contencioso administrativo ni con las garantías de la acción de amparo que se desprenden de la legislación supranacional, cuya naturaleza es netamente operativa… La primera crítica es la más obvia: el artículo 15 de la Ley de Amparo es autocontradictorio. No existe auténtica tutela cautelar si la apelación queda en suspenso. No se cumple la finalidad asegurativa que hace a la esencia del instituto. Para el momento en que se resuelva la apelación, la situación tutelada podrá haberse tornada abstracta, de no mediar una autolimitación de la Administración que desde el punto de vista jurídico –no moral– resulta discrecional en los términos del artículo 12 de la LNPA Y para entonces se habrán generado derechos subjetivos a favor de terceros…"[59].

Por su parte, Genaro Carrió ha dicho con relación al efecto suspensivo del artículo 15 que "la consecuencia de todo ello es que la tutela eficaz de un derecho o libertad constitucional ha quedado supeditada al agotamiento de las dos instancias ordinarias y al de la extraordinaria. En la práctica ello equivale a agotar un trámite que puede llevar dos años de duración. Esto constituye la negación lisa y llana de una protección sumaria para esos derechos"[60].

---

[58] ROBREDO, Alberto F, citado por SAGUÉS Néstor P., *Ley de Amparo*, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 384.

[59] ROSSI, Alejandro, "Las medidas cautelares y su apelación en el amparo", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, t. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pág. 1586 y ss-.

[60] CARRIÓ, Genaro, *Recurso de amparo y técnica judicial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, pág. 234. También Sagüés (Sagüés, Néstor Pedro, *Derechos Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, 4ta. ed., Astrea, Buenos Aires, pág. 501)".

Resulta interesante observar que las distintas cámaras federales también han objetado la reglamentación del amparo. Por ejemplo, la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario sostuvo que "de la armónica interpretación de lo expuesto precedentemente se colige claramente que la efectivización de la tutela judicial mediante el otorgamiento de medidas cautelares no puede ser diferida en su ejecutividad sin colisionar con los principios consagrados en los tratados internacionales citados, por lo que la concesión de los recursos debe efectuarse de conformidad a los artículos 198 y concs. CPCCN., regulación especial, particular y propia que debe ser aplicada. Por otra parte, entiendo que también puede colegirse que la concesión del recurso en ambos efectos violenta la garantía de igualdad establecida por el artículo 16 CN., ya que consagra una prerrogativa que interfiere con dicho principio"[61].

Ahora bien, otra cuestión importante que debemos resaltar es que el criterio del efecto devolutivo, o sea, no suspensivo, del recurso de apelación de una medida cautelar, no se aplica a los casos de apelaciones de decisiones judiciales que disponen el levantamiento de una medida cautelar, su revocación o su sustitución por otra. La razón de ser radica en que el peligro en la demora alegado conlleva el necesario mantenimiento de la medida cautelar hasta tanto el superior decida la cuestión. Se trata del mismo criterio que se aplica en los casos de apelación de sentencias definitivas. En cambio, en los casos en los cuales se apela una decisión judicial que concede una pretensión cautelar, se impone que el efecto sea devolutivo pues se prioriza el mantenimiento de esa medida cautelar a los fines evitar que se frustre el derecho por la mera interposición de un escrito de apelación, y así ha sido dispuesto por el artículo 198 del código de rito, que en forma expresa dispone que "el recurso de apelación, en caso de admitirse la medida, se concederá en efecto devolutivo". Como se ve, el Código solo prevé, como una excepción, el efecto devolutivo de los recursos de apelación contra decisiones que admiten las pretensiones cautelares, no contra otro tipo de decisiones vinculadas al instituto cautelar. Esta solución es la única posible para los procesos cautelares, donde la importancia radica en proteger una situación de urgencia. Nótese que en ese mismo artículo, en igual sentido, también se afirma que "ningún incidente planteado por el destinario de la medida podrá detener su cumplimiento".

---

[61] Véase Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, sala B, in re "Compañía Elaboradora de Productos Alimenticios S.A. v. Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación de la Nación", Abeledo Perrot Nº 35010489, del voto del Dr. Toledo. En igual sentido se pronunció la Cámara Federal Apelaciones en lo Civil de La Plata, Sala IV, en el caso "Cipriano, Marcela S. y otros v. Presidente de la Universidad Nacional de La Plata", JA 1993-II-128. Asimismo, ver de la misma Sala IV "Dapoto, Marta y otros c/ Universidad Nacional de La Plata", LL 1993-C, 569 y de la Sala III del mismo tribunal "Ciancios, Juan c/ Consejo Profesional de Química de la Provincia de Buenos Aires", LLBA 1996-713.

Por último, cabe resaltar que las resoluciones que decretan, deniegan o disponen el levantamiento de medidas cautelares, al ser provisorias, no son, en principio, materia de recurso extraordinario, toda vez que uno de los requisitos para la procedencia de estos recursos requiere que se trate de una sentencia definitiva[62]. De todas formas, podrán ser revisadas en instancia extraordinaria si causan un agravio que por su magnitud y circunstancias de hecho resulta de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, o cuando lo decidido excede el interés individual de las partes o atañe también a la comunidad, o sea, se presente una gravedad institucional que amerite su apertura, conforme la jurisprudencia que para estos casos ha establecido la Corte Suprema de la Nación[63].

Aquí se presenta la misma situación que hemos analizado respecto de los alcances de los efectos de los recursos de apelación. Veamos.

A tenor de la jurisprudencia de la Corte Suprema, la concesión del recurso extraordinario suspende la ejecución del pronunciamiento impugnado, con excepción del supuesto contemplado en el art. 258 CPCCN[64].

También, en concordancia con lo expuesto, se ha estimado que "conforme la regla contenida en el art. 243 CPCCN y al argumento resultante de los arts. 258 y 285 del mismo ordenamiento, la mera concesión del recurso extraordinario federal tiene efecto suspensivo y, por consiguiente, la resolución impugnada no puede cumplirse o ejecutarse hasta tanto medie un pronunciamiento de la Corte Suprema sobre aquél..."[65]

Más aún, el Alto Tribunal ha entendido que, en orden a lo dispuesto por el art. 499 CPCCN, incluso la interposición del recurso extraordinario ya tiene ese efecto hasta tanto el

---

[62] "Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina c. Somisa s/ medida cautelar", Fallos 314:1968 (1991); "Grinberg, Horacio Marioa c. Guntin, Beatriz Margarita y otro", Fallos 316:2153 (1995); "The Coca Cola Company y otros s/ medidas cautelares", Fallos 318:1711 (1995). Asimismo ver "López de López, Emilia c/ López, José María", Fallos 297:37 (1977); "Río Ancho SRL c/ Banco Hipotecario Nacional", Fallos 300:1036 (1978) y "Bula, Enrique Hipólito c/ Coscia, Marcos y otros", Fallos 302:896 (1980), entre otros.

[63] "Diaz Lynch, César c. Estado Nacional", Fallos 313:116 (1990); "Seery, Daniel Jorge c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos 315:2040 (1992); "Sucesión de Joaquín Sánchez c. Alonso, Aníbal y otro", Fallos 318:941 (1995); "Milano, Daniel R. c. Estado Nacional (Mrio. de Trabajo y Seguridad Social de la Nación) y otro", Fallos 319:1277 (1996).

[64] Fallos: 310:678; 311:2679; y disidencia de los jueces Fayt y Petracchi en Fallos: 324:3599.

[65] CNFed. Cont. Adm. Fed., sala I, "Cirlafin SA c/EN s/proceso de conocimiento", sentencia del 05/02/2002.

tribunal se expida con respecto a su concesión o denegación[66]. En este mismo sentido, se expidió la Procuración General de la Nación[67].

Ahora bien, por los mismos argumentos que hemos expuesto para el caso de las apelaciones ordinarias, el efecto suspensivo aludido que tiene la presentación del recurso extraordinario de apelación ante la Corte Suprema no se aplica en el caso de apelaciones de decisiones que admitieron o confirmaron una pretensión cautelar, en la medida que se trata en todos los casos de recursos de apelación a los que se les debe aplicar el art. 198 antes comentado del Código procesal. En cambio, si se tratare de decisiones que disponen el levantamiento, la revocación o la sustitución de una medida cautelar, la aplicación del efecto suspensivo frente a la mera interposición del recurso extraordinario procede, a la luz de lo dispuesto por la jurisprudencia referida[68].

2 DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN

2.1 CONSIDERACIONES GENERALES. EL INTERÉS PÚBLICO

Sostiene Juan Carlos Cassagne que "las medidas cautelares despliegan todas las posibilidades que brinda el principio de la tutela judicial efectiva a fin de compensar el peso de las prerrogativas de poder público"[69].

Pero lo cierto es que no siempre en nuestro derecho se aceptó la procedencia de la medidas cautelares contra el Estado. A tal efecto, se expusieron todo tipo de razones dogmáticas para denegarlas, tales como la prevalencia del interés público sobre el interés individual; el principio de legalidad del Estado, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y el principio de solvencia estatal (*fiscus semper solvens*).

---

66 Fallos: 319:1039 y 3470; 323:3667; 324:3599; entre otros.

67 Véase "Werneke, Adolfo y otros c/Subsecretaría de Actividades pesqueras de la Provincia de Buenos Aires", expte. SC, W 107, L XLII, dictamen del 17.12.2007.

68 Véase "Mendoza 21 SA y otros c/PEN", de fecha 5/09/2007, en la cual la Cámara Federal de Mendoza rechazó una petición de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) tendiente a que se declare que la concesión de un recurso extraordinario no tiene efectos suspensivos respecto de una resolución que revocó una medida cautelar otorgada en primera instancia.

69 CASSAGNE, Juan Carlos, "Las medidas cautelares en el contencioso administrativo", LL, 2001-B, 1090. En rigor, GONZÁLEZ PÉREZ señala que "la esencia del Derecho Administrativo radica en una perfecta ecuación entre la prerrogativa y la garantía. Si el interés público exige que las entidades a las que se encomienda su realización desborden los moldes clásicos del Derecho común y adopten una posición de supremacía respecto de las personas que con ellas se relacionan, para que este régimen de prerrogativa no desemboque en la injusticia, es necesario que vaya indisolublemente unido a un perfecto sistema de garantías", en GONZÁLEZ PÉREZ Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, Civitas, 1998, p. 2024.

A pesar de ello, el derecho procesal administrativo, frente a las situaciones cotidianas que demostraban la necesidad de las personas de contar con una satisfacción inmediata de sus derechos conculcados por el Estado (en virtud de actos administrativos, reglamentos, leyes, omisiones y hechos), comenzó a consagrar la procedencia de las medidas cautelares en éste ámbito, utilizando por analogía los preceptos del código procesal civil y comercial de la Nación[70].

Hasta el año 2013 esta situación no había variado, adoptándose mediante la técnica de la analogía, al carecer el orden nacional de un código contencioso administrativo, y teniendo en cuenta que las normas de otros ordenamientos se aplican en el derecho administrativo solo ante los vacíos legales, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en cuanto fuere pertinente, con las adaptaciones necesarias que requería, en materia cautelar, el régimen exorbitante propio del derecho administrativo. De hecho, así continúa siendo en todo lo que no ha sido regulado en forma expresa por la nueva ley 26.854 de medidas cautelares en las causas en la es parte o interviene el Estado nacional.

No obstante la aplicación del CPCCN, la jurisprudencia solía desplegar una gama innumerable de requisitos y principios para valorar la procedencia de los remedios cautelares. Así, la mayoría de las veces los magistrados evaluaban que el dictado de una determinada medida cautelar no vulnerara el interés público o, por ejemplo, requerían que se plantee la suspensión del acto administrativo en sede administrativa previo al pedido de suspensión en sede judicial, ambas cuestiones que ahora son exigidas expresamente por la ley 26.854.

Respecto al interés público, no descartamos que los jueces deban valorarlo al momento de decidir el otorgamiento de una medida cautelar, y aún más, reconocemos que constituye la finalidad última de toda función estatal, que consiste, en definitiva, en la realización de la justicia[71]. Lo que sí se objeta es la aplicación de este concepto a los fines

---

[70] Para MAIRAL, en cambio, la aplicación del Código debe efectuarse de manera directa. En tal sentido, dicho autor sostiene que "corresponde al Poder Judicial de la Nación entender en las causas en que la misma Nación es parte, siendo de aplicación, por ende, en forma directa y no analógica, el CPCCN", en MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 800.

[71] Cfr. BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, T° I, Buenos Aires, La Ley, 1964, p. 180; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T° I, 7° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, p. 60.

de restringir la procedencia de las medidas precautorias, invocando en los hechos meras insinuaciones dogmáticas, en un claro propósito de evitar analizar el caso concreto[72].

Pero, claro está, el interés público a ponderarse no es el del acto, reglamento o situación de hecho en sí misma, sino el interés público de que se suspenda o no dicho acto administrativo o reglamento, o se mantenga o altere en forma provisoria una situación, mientras dure el proceso judicial. En rigor, debe ponderarse si el perjuicio al interés general que supondría dictar una medida cautelar determinada es mayor o menor al derivado de no dictarla. Y como señala Simón Padrós, el criterio del interés público "no puede admitirse sin más, debiendo por el contrario indagarse –en cada caso- la efectiva presencia de las razones de interés general que imponen la ejecución inmediata del acto administrativo. Y ello es así, pues como hemos señalado, no cualquier interés invocado por la Administración Pública será suficiente para concluir en que la suspensión compromete, por sí misma y apriorísticamente, el cumplimiento de fines generales impostergables"[73].

A su vez, hay que recordar que el interés público no debe ser aquél perseguido por una administración en particular, sino el de toda la comunidad[74]. De todas formas, nuestra opinión es que, en principio, frente a una ilegalidad manifiesta no es procedente la invocación del interés público[75].

---

[72] GONZÁLEZ PÉREZ afirma que "a la hora de decidir sobre la medida cautelar –de suspensión de la ejecución o de cualquier otra que sea necesaria para garantizar la eficacia de la sentencia- ha de tenerse en cuenta no el interés público como algo abstracto, sino el interés concreto en juego", en GONZÁLEZ PÉREZ Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cit., p. 2048.

[73] SIMÓN PADRÓS, Ramiro, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*, op. cit., p. 292.

[74] Al respecto, ESCOLA sostiene que "en ciertas ocasiones, sobre todo en regímenes políticos de sustancia totalitaria, se suele hablar del interés público "del pueblo", como una totalidad ideal, o de un interés público que es definido y precisado por el gobierno, por la administración pública, por el Estado, por el partido gobernante, por el monarca, o por el Jefe de Gobierno, conductor o leader de turno … podrá darse la presencia de un interés, en cuanto se trata y consiste en una cosa o un bien a los que se considera valiosos, y que son queridos y pretendidos por quien los propone y define. Pero nunca podrá sostenerse, con propiedad, que ese interés sea un interés público, pues faltará esa coincidencia mayoritaria de intereses individuales que es la que otorga aquel carácter. Podrá hablarse, entonces, de un interés del Estado, del partido, del gobierno, de la administración pública, etc. Pero no de un interés público, condición que no adquiriría ni aun cuando ese interés, al que no se ha trepitado en llamar a veces superior, pudiera ser impuesto coactivamente a toda la comunidad: es que el interés público es sólo el resultado de quereres voluntaria y libremente formulados, y nunca impuestos forzadamente a los componentes de la comunidad…", en ESCOLA Héctor J., *El interés público*, Buenos Aires, Depalma, 1989, ps. 240/241.

[75] COMADIRA señala que "las nociones de interés público o bien común reconducen no ya al interés propio de la administración sino a los intereses generales de la comunidad a la cual la Administración sirve, por lo que exigir su valoración no supone afirmar, en nuestra opinión, la primacía de un interés público superior al de la propia legalidad del accionar administrativo porque éste no se puede desarrollar, en un Estado de Derecho, en contradicción con aquélla…" en COMADIRA, Julio R., *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, ps. 257/258. En igual sentido HERNÁNDEZ CORCHETE entiende que si "la actuación administrativa es antijurídica el juez debe olvidarse de la ponderación de intereses y fijarse directa y

2.2 LA LEY 26.854 DE MEDIDAS CAUTELARES CONTRA EL ESTADO NACIONAL.

El 29 de abril de 2013 se publicó en el Boletín Oficial la Ley 26.854 que regula las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado nacional, sus entes descentralizados, o solicitadas por éstos[76].

Es importante describir el contexto en el que se dictó esta ley, para permitir comprender el alcance de varias de sus disposiciones, que en nuestra opinión, que adelantamos, resultan inconstitucionales y restrictivas de las medidas cautelares.

A tal efecto, corresponde recordar que a partir del año 2010, distintos miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación propusieron en algunos de sus votos limitar la vigencia de las medidas cautelares contra el Estado que se obtienen en los procesos judiciales.

Así surgió del voto de la mayoría en la ya famosa causa "Clarín", del 10 de octubre de 2010, por medio del cual la Corte Suprema, si bien desestimó el recurso extraordinario presentado por el Estado Nacional que pretendía revocar la medida cautelar que había suspendido la aplicación del artículo 161 de la ley de medios audiovisuales 26.522, esto es, la cláusula que fijaba a la actora un plazo de un año para desinvertir y vender sus canales, radios y empresas, *obiter dictum* aconsejó la fijación de un plazo razonable para la vigencia de la medida cautelar -ex oficio o en su defecto, a pedido de parte- en el entendimiento que la sentencia de fondo podría demorar un tiempo excesivo, y ello permitiría a la actora excepcionarse por el simple transcurso del tiempo de la aplicación del régimen impugnado. Los magistrados Argibay y Petracchi no adhirieron a este voto, y simplemente desestimaron el recurso extraordinario por no dirigirse contra una sentencia definitiva o asimilable a tal[77].

Luego, en fecha 15 de marzo de 2011, la Corte Suprema dictó sentencia en la causa "Radio y Televisión Trenque Lauquen", en la que también desestimó un recurso

---

exclusivamente si concurren el periculum in mora y el fumus boni iuris en el grado establecido por el legislador. En estos casos el interés público por muy trascendente que sea no puede ser usado para justificar la denegación de una medida cautelar.", en HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan A., "Medidas cautelares en lo contencioso administrativo y Constitución Española. Una propuesta para un debate aún abierto", REDA, vol. 13, Buenos Aires, Depalma, 2001, p. 164.

[76] Conforme así se establece en el artículo 1 de la ley 26.854.

[77] Cfr. CSJN, in re "Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares", de fecha 10/11/2010.

extraordinario del Estado Nacional contra la medida cautelar dictada a favor de la actora en las dos instancias inferiores, por medio de la cual se ordenó al Estado Nacional que se abstuviera de autorizar la transferencia de una licencia de radiodifusión a dos empresas extranjeras en violación de los dispuesto por la Ley de Radiodifusión 22.285, la Ley de Bienes Culturales 25.750, y la Ley Medios Audiovisuales 26.522.

En esta causa, el voto de los jueces Fayt, Argibay y Petracchi se limitó a declarar la inadmisibilidad del recurso por no dirigirse contra una sentencia definitiva. Pero los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, además de desestimar el recurso del Estado por esa misma causal, volvieron a aconsejar la fijación de un plazo razonable de vigencia de la medida cautelar, de oficio o a pedido de parte. En este voto conjunto, que a diferencia del caso "Clarín" no logró mayoría, se sostuvo, entre otras cosas, que la prolongación indefinida de una medida precautoria constituye una verdadera desviación del objetivo tenido en cuenta por el legislador al establecer el instituto cautelar, y que dicha situación no encuadra en la mala fe procesal pero constituye un abuso del derecho que no debe ser tolerado por los magistrados[78].

Si bien estas ideas, elaboradas en un contexto determinado, no tuvieron muchos adeptos en la doctrina especializada ni en la jurisprudencia, en el año 2013 el Congreso de la Nación sancionó, como hemos dicho, la ley 26.854, en el marco de un controvertido plan de reforma judicial amparado bajo el lema de "democratización de la justicia", donde lamentablemente el legislador no se ha privado de consagrar positivamente la exigencia de la fijación de un plazo a las medidas cautelares, constituyéndose así en la innovación más importante y restrictiva que se hizo al instituto cautelar, no la única.

Esta novedosa ley de cautelares contra el Estado, establece un conjunto de requisitos y pautas estrictas para el otorgamiento de estas medidas provisorias por parte de los jueces, con la clara finalidad de evitar que el ciudadano pueda obtener una tutela anticipada e inmediata de sus derechos por medio de este instituto procesal arraigado en nuestra cultura cívico y jurídica.

2.2.1 Requisitos generales.

[78] CSJN, in re "Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A. c/ Estado Nacional s/ incidente de medida cautelar autónoma", de fecha 15/03/2011.

En primer lugar, la ley 26.854 sienta algunas bases generales que los jueces deberían respetar al analizar la procedencia de una medida cautelar determinada.

2.2.1.1 Competencia

El primer aspecto que regula la ley es sobre las medidas cautelares dictadas por juez incompetente, alterando la regla arraigada en la jurisprudencia y expresamente contenida en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que establece que las medidas cautelares dictadas por jueces incompetentes serán de todas formas válidas siempre que hayan sido dispuestas de conformidad con las prescripciones legales, pero no implicarán prórroga de sus competencias[79].

En efecto, la ley 26.854 establece como principio general que "los jueces deberán abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia" [80]. Esta regla general no difiere, en rigor, de aquella que establece el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en tanto el artículo 196 comienza sentando esta regla, en iguales términos que los que luego utiliza la ley de medidas cautelares.

La gran diferencia, que genera un problema que traerá muchos conflictos, radica en que el Código de rito prevé, seguidamente, que "la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo, pero no prorrogará su competencia", mientras que en la ley 26.854, por el contrario, se estatuye que "la providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores vulnerables acreditados en el proceso se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud, o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental"[81].

No es difícil advertir los conflictos que esta nueva normativa producirá en los casos concretos, que determina la profunda irrazonabilidad de la solución contenida en la referida ley, y un riesgo mayúsculo a la seguridad jurídica. Para comprender cabalmente esta

[79] Art. 196 CPCCN.
[80] Art. 2 de la ley 26.854.
[81] Art. 2, inc. 2, de la ley 26.864.

cuestión, es necesario reconocer que en muchos casos las competencias de los tribunales no están definidas con precisión en la normativa vigente. Un ejemplo de ello sucede en determinadas materias entre la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal y la justicia federal civil y comercial de la Nación. Podemos poner como ejemplo concreto a la materia aeronáutica, y la polémica que en cada caso se genera entre ambas jurisdicciones, que termina siempre con importantes conflictos positivos de competencia que debe dirimir la Corte Suprema de la Nación. También existen numerosos conflictos entre estas dos jurisdicciones cuando el Estado celebra contratos de objeto privado, como ser la venta de un bien del Estado dominio privado, o cuando el Estado acude a personas de derecho privado para cumplir sus fines, tal el caso de las sociedades anónimas de propiedad estatal. Otra materia que genera constantes tensiones de competencia es la relacionada al empleo público, cuestión disputada entre la justicia contencioso administrativo federal y la justicia laboral. ¿Qué ocurrirá en estos casos? ¿Acaso las medidas cautelares dictadas por jueces que se asumieron competentes, pero que luego resulta que eran en rigor incompetentes, quizás varios años después, no tuvieron eficacia? ¿Esto significa que resuelto el tema de la incompetencia, dichas medidas caen? Y si así fuera, ¿qué efectos jurídicos tuvieron mientras estuvieron supuestamente vigentes pero no eran eficaces? Realmente, esta disposición sobre competencia únicamente persigue crear un estado de inseguridad que ciertamente afectará a aquellos administrados que obtengan medidas precautorias en trámites procesales en los que el Estado oponga excepciones de incompetencia, o plantee este tipo de cuestiones, que en muchos casos no están del todo definidas.

No siendo esto suficiente, la Ley 26.854 estableció a modo de normas complementarias, varias modificaciones al instituto de la inhibitoria y de los conflictos de competencias que se encuentran regulados en el código civil, que exceden a las medidas cautelares, y se impondrían a todas las causas en que el Estado Nacional, o alguno de sus entes, sean parte.

En efecto, el art. 20 de la ley establece que la vía de la inhibitoria procederá también para la promoción de cuestiones de competencia entre jueces de una misma circunscripción judicial, en todas las causas en que el Estado nacional o su entes sean parte, a la par que dispuso seguidamente que todo conflicto de competencia planteado entre un juez del fuero contencioso administrativo y un juez de otro fuero será resuelto por la Cámara Contencioso Administrativo Federal, mientras que cuando el conflicto de competencia se suscitare entre

la Cámara Contencioso Administrativo y un juez o Cámara de otro fuero, el conflicto será resuelto por la Cámara federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal [82].

2.2.1.2 Afectación de los recursos y bienes del Estado

La Ley de medidas cautelares contra el Estado dispone que los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, o incluso distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias[83].

Esta exigencia, por sí sola, persigue eliminar directamente la gran mayoría de las medidas cautelares contra el Estado, pues gran parte de esta medidas cautelares ciertamente afectan, de uno u otro modo, recursos o bienes del Estado, como es el caso, por ejemplo, de las medidas cautelares en materia tributaria contra la Administración Federal de Ingresos Públicos.

Como se ha señalado respecto a esta absurda prohibición, "pretender, por consiguiente, investir al Estado de un aura de inmunidad, que preserve incólumne sus "bienes o recursos" de cualquier afectación preventiva, representa, la derogación casi plena del instituto cautelar. Que ya no se prohíbe aquí el otorgamiento, por el juez, de medidas meramente innovativas sino, más intolerable todavía, la dación de aquellas más antonomásticas (léase, embargo, secuestro, inhibición de bienes, intervención judicial, prohibición de innovar y/o contratar, etcétera)"[84].

Esta prohibición, por lo tanto, resulta irrazonable e inconstitucional, y así tendrá que ser declarada por los tribunales intervinientes, aunque lo cierto sea que en la mayoría de los casos los jueces directamente la ignoran. No está demás comprender, como bien aclara la profesora española Zulima Sánchez, que "la adopción de la medida se hace ponderando los intereses en conflicto y, en muchos casos, la resolución causa un detrimento patrimonial o económico a alguna de las partes –ciudadano o Administración-, cuando no a ambas (como en el caso de la tutela cautelar en materia medioambiental). De ahí la importancia de la

---

[82] Art. 20 de la ley 26.854.
[83] Art. 9 de la ley 26.854.
[84] MIDÓN, Marcelo, "Medidas Cautelares requeridas contra el Estado Nacional", La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, pág. 92.

ponderación del *periculum in mora* a la luz de los intereses en conflicto y la necesidad de que el juez prime unos derechos sobre otros"[85].

Asimismo, resulta a todas luces inconveniente prohibirle a los jueces que impongan a los funcionarios cargas personales pecuniarias frente al incumplimiento de un mandato cautelar. De esta manera se fomenta el incumplimiento de las órdenes judiciales y se atenta contra el principio de separación de poderes, al privar "a los magistrados y los justiciables de un instrumento esencial a la hora de poder hacer realmente efectivas las medidas cautelares, por cuanto, un funcionario podría incumplir sin perjuicio personal alguno, y a sabiendas, que quién deberá abonar las astreintes pertinentes por su conducta violatoria será el Estado"[86].

2.2.1.3 El informe previo

La ley 26.854 establece que los jueces deberán, previo a resolver, requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud[87]. La ley permite, a su vez, que cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez o tribunal podrá dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento fijado para su producción.

En nuestra opinión, en ciertos supuestos donde el interés público adquiere una importancia relevante, no resulta desacertado que se corra un breve traslado a la otra parte a los efectos de que pueda ser oída y ejerza su derecho de defensa. Este emplazamiento no atropella el instituto cautelar sino que en algunos casos y circunstancias podría fortalecerlo, no existiendo, ni antes ni ahora, norma que lo prohíba. No obstante ello, hasta el dictado de esta ley, eran los jueces los que en cada caso concreto debían ponderar si era necesario el referido emplazamiento, dado que la técnica de la justicia provisional inmediata requiere de

---

[85] SANCHEZ SANCHEZ Zulima, La tutela cautelar (II), sus manifestaciones en la doctrina del tribunal Supremo Español, en AAVV, Revista de Derecho Administrativo (REDA), Nº 89, Abeledo Perrot, 2013, p. 1382.

[86] GIL DOMINGUEZ, Andrés, "La inconstitucionalidad e inconvencionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en lo que el Estado es parte", La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, pág. 71.

[87] Art. 4 de la ley 26.854. Ya hemos tenido oportunidad de comentar un proyecto de ley del año 2008 que pretendía obligar a los jueces a correrle en todos las casos traslado a la Administración antes del dictado de las medidas cautelares contra el Estado, y establecía otras exigencias inadecuadas que conculcaban el propio fundamento de éstas, es decir, la urgencia. Ver CASSAGNE, Ezequiel, Proyecto de ley polémico sobre medidas cautelares contra la Administración Pública, La Ley 27/07/2009.

un análisis agudo y particular de la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora de cada caso.

Ahora, en cambio, se sienta una regla general perniciosa que exige la obligatoriedad del traslado previo, que podría generar injusticias en los casos concretos. Y si bien la nueva normativa prevé que cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez podrá dictar una medida interina, lo cierto es que la ponderación de las circunstancias graves generará un sinnúmero de planteos, que pondrán en juego la legitimidad de las cautelas, a la par que se darán etapas de protección cautelar –hasta la contestación del referido informe-, seguidas por otras de desamparo –hasta que el juez decida la cautelar-, y nuevamente otras etapas de resguardo provisional –si se decide hacer lugar al planteo cautelar-.

Evidentemente, la medida interina no puede perder eficacia con la simple contestación del traslado por parte del Estado, ni por haber operado el plazo para hacerlo. Es un contrasentido permitir este tipo de medidas interinas con una fecha de vencimiento. Lo razonable hubiera sido que se mantenga la vigencia de las medidas interinas hasta tanto el juez o tribunal, a partir del conocimiento de la contestación del Estado, decida la admisibilidad de la medida cautelar requerida.

Han sido varios los tribunales que han declarado la inconstitucionalidad del plazo acotado de vigencia de la medida interina[88], y otros directamente entienden que las medidas interinas rigen hasta el dictado de la medida cautelar propiamente dicha[89].

Tampoco debe pensarse que tratándose de un breve traslado, no es susceptible de ocasionar daños a los particulares. Resulta cierto que la ley establece un breve traslado de cinco días, pero no es menos cierto que el otorgamiento de la medida cautelar sufrirá más demoras, como consecuencia del procedimiento de todo traslado judicial (providencia que lo ordena, confección de cédulas, confronte, y diligenciamiento). El peligro en la demora de una resolución temprana en el proceso en muchos casos no admitirá la posibilidad de promover traslado alguno, y los jueces deberán o declarar inconstitucional este precepto, o

[88] Ver Juzgado de Primera Instancia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 11, in re "LAN ARGENTINA SA C/ORSNA S/INC. DE MEDIDA CAUTELAR2, de fecha 4 de septiembre de 2013.

[89] Cfr. CNACAF, Sala V, in re "Cambio García Ramaglio y Cia. S.A. y otros c. Banco Central de la República Argentina s/ entidades financieras - ley 21526 art. 41", de fecha 26/05/2015. Ver también CNACAF, Sala I, in re "Banco de Valores SA y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/recurso directo de organismo externo", de fecha 5 de diciembre de 2014.

ampararse sin más a la permisión antes descripta. La tutela inmediata no permite dilaciones, si quiere ser efectiva.

Finalmente, en el plano fáctico, no debe descartarse que el Estado, al conocer en forma previa los requerimientos cautelares, disponga todos sus esfuerzos para evitar su concesión, desde su posición privilegiada de poder. En este entendimiento, una ley que permite la posibilidad de que la Administración Pública interfiera en las facultades jurisdiccionales del Poder Judicial, y de esta manera desnaturalizar los derechos de los particulares, en este caso, el de la tutela judicial efectiva, consagrado en nuestra Constitución Nacional y en el Pacto de San José de Costa Rica, se aleja del fin mismo del Estado que consiste, en definitiva, en la realización de la justicia.

Como hemos explicado con anterioridad, una regla esencial de las medidas cautelares es que éstas se dicten "*in audita parte*", dada la urgencia presente en este tipo de pretensiones.

Por tal motivo, los jueces deberán dictarlas sin intervención del Estado si de esta forma garantizan su eficacia. Téngase en cuenta, por ejemplo, que el conocimiento previo por parte del Estado de un pedido cautelar puede permitirle a la Administración materializar un daño, o por ejemplo, ejecutar determinado acto o conducta que se buscaba impedir, y a partir de ello incluso tornar al referida pretensión cautelar a estudio del juez en abstracta. Un sinsentido, por cierto, al permitirle en muchos casos consumar los hechos que intentan evitarse con la traba de la medida y, lo que también resulta perjudicial para el administrado, permitirle al Estado conocer de antemano los contenidos de las demandas entabladas.

En este tiempo, varios tribunales han declarado directamente la inconstitucionalidad de del informe previo exigido por la norma. Así, se ha resuelto que "El art. 4 de la Ley 26.854 en cuanto establece el requisito de un informe de la autoridad pública demandada previo a la decisión sobre la admisibilidad de la medida cautelar, es inconstitucional, pues desnaturaliza el trámite inaudita parte propio de aquella medida, el cual se vincula con la urgencia y eficacia de la protección cautelar dirigida a garantizar la efectividad de los derechos que se invocan, de modo tal que se afecta el debido proceso"[90].

Con igual alcance, por ejemplo, se ha expedido el Juzgado Nacional en lo

[90] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, "*American Airlines Inc. c. Administración Nacional de Aviación Civil s/ nulidad de acto administrativo*", 06/06/2014, La Ley Online, AR/JUR/23548/2014.

Contencioso Administrativo Federal de Primera Instancia Nº 10, que declaró la inconstitucionalidad de la exigencia del traslado previo para que la Administración presente el informe previsto en la ley Nº 26.854"[91]. En igual sentido se pronunció el Juzgado Federal Nº 1 de Neuquén[92], y el Juzgado Federal de San Nicolás Nº1[93]. Lo mismo han decidido, entre muchos otros, los juzgados nacionales en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 2[94] y Nº 6[95]. Lo propio han hecho los juzgados federales de La Plata Nº 2[96] y Nº4[97]. Sin embargo este no es el criterio sostenido por la Cámara Contencioso Administrativo Federal. En efecto, un caso interesante se ha dado en una causa que tramita en la Sala V de dicha Cámara, donde si bien en el voto de la mayoría conformado por los Dres. Guillermo Treacy y Jorge Alemany se exigió el informe previo, el Dr. Pablo Gallegos Fedriani, en una lúcida disidencia, sostuvo que "se advierte que la nueva normativa -al requerir el informe previo al dictado de la medida cautelar- desconoce un principio inherente, que hace a la naturaleza propia de la figura cautelar, cual es que deben ser decretadas "inaudita parte", porque su función es garantizar la efectividad del derecho y resultaría un contrasentido que el procedimiento para disponerlas pudiera constituir la fuente de información que imposibilitaría justamente el objeto a que se tiende. Ello es así, porque una de las finalidades del instituto cautelar es que no exigen el contradictorio previo a su resolución, porque de otra manera se correría el riesgo de que importaran sólo una ficción. El contradictorio se posterga para el momento en que la parte que las padece solicita su cesación. Por lo tanto, considero que el informe previo a que hace referencia el artículo 4° citado, aparte de desnaturalizar el instituto de la medida cautelar, coloca al Estado Nacional en una situación de ventaja frente a los particulares, al permitirle tomar conocimiento anticipado de los fundamentos de la contraparte; y ello lesiona el principio de igualdad y debido proceso legal, consagrados en los artículos 16 y 18 de la Constitución

---

91 In re "SERA JUSTICIA –Inc. Med. Cautelar- c/ EN –PEN- Ley 26.855 s/ Proceso de Conocimiento", de fecha 4/06/2013.

92 Véase la causa "Spinelli Ana María c/ Estado Nacional s/ Acción de Inconstitucionalidad".

93 Juzgado Federal de San Nicolás Nº 1, in re "Colegio de Abogados de San Nicolás y otro c/PEN s/Acción meramente declarativa", de fecha 31/05/2013.

94 Ver "Federación Argentina de Colegios de Abogados c/EN – PEN- Ley 26.855 s/Proceso de conocimiento", de fecha 5/06/2013; "Rizzo Jorge Gabriel y otro c/EN – PEN- Ley 26.855", de fecha 6/06/2013; y "Cabral, Luis María c/ EN-Consejo de la Magistratura s/proceso de conocimiento", Expte Nº 33666 / 2015, resolución de fecha 1/07/2015.

95 Cfr. Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal nº 6, in re "Javkin Pablo c/EN – PEN- Ley 26.855 s/Proceso de Conocimiento", resolución de fecha 7/06/2013; "Pitte Fletcher Denis c/EN –PEN s/Amparo Ley 16.986", de fecha 6/06/2013 y "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otros c/ PEN s/ Proceso de Conocimiento", de fecha 5/06/2013.

96 Cfr. Juzgado Federal de La Plata Nº 2, in re "Colegio de Abogados Departamento Judicial de La Plata, Levene Fernando Pablo c/PEN s/Acción declarativa", de fecha 11/06/2013.

97 Cfr. Juzgado Federal de La Plata Nº 4, in re "GASCON, Alfredo Julio María c/PEN s/Acción de inconstitucionalidad", de fecha 5/06/2013.

Nacional”[98].

En rigor, de acreditarse los requisitos de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, el juez tiene elementos suficientes para dictar una medida cautelar. No debe olvidarse que se trata de una decisión esencialmente provisional, que no causa instancia y que puede ser revocada o modificada en cualquier etapa del proceso. En tal entendimiento, no se encuentra afectada la garantía de la defensa en juicio del Estado, pues éste puede defenderse ampliamente al pedir la reconsideración de la medida, apelarla, pedir su sustitución o modificación, o bien solicitar su levantamiento si tiene elementos nuevos que aportar que no han sido considerados por el juez o tribunal.

Sin embargo, la Ley 26.854 convierte a la medida cautelar en un proceso contradictorio, al establecer como trámite necesario para el otorgamiento de medidas cautelares el traslado del escrito inicial a la autoridad administrativa demandada por el término de cinco días.

No obstante que pueda advertirse que el título del artículo es “Informe” y que allí se indica que el juez procederá a requerir a la autoridad pública demandada que “produzca un informe” que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud, lo cierto es que se trata de un verdadero traslado, en la medida que se faculta al Estado a expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida cautelar solicitada y acompañar constancias documentales que considere pertinentes, conjuntamente con la presentación del informe. Asimismo, una práctica aún más controvertida, que no exige la ley, se presenta cuando los jueces, a partir del informe producido por del Estado, consideran que la Administración ya es parte del proceso cautelar, y en tal entendimiento, le corren traslado de toda otra pretensión que requiera el administrado, desvirtuándose de esta forma el proceso cautelar, que se bilateraliza en todos sus aspectos. Un ejemplo curioso de ello sucede cuando el juez deniega una medida cautelar, y el administrado en ejercicio de su derecho de defensa, apela la misma. El trámite debiera ser inaudita parte, aun habiendo el Estado presentado su informe. Sin embargo, son muchos los casos en que los jueces no saben cómo actuar frente a esta nueva ley, y exigen el traslado al Estado de

[98] In re “Cambio García Ramaglio y Cia. S.A. y otros c. Banco Central de la República Argentina s/ entidades financieras - ley 21526 art. 41”, de fecha 26/05/2015, publicado en JA 2015-III. Por su parte, la Sala I de dicho fuero acepta la legitimidad del informe previo. Ver al respecto causas “Fernández Clarisa Lorena y otros c/ EN— Mº Defensa—resol 59/96 178/13 s/ amparo ley 16.986”, del 10 de septiembre de 2013, “Rugby Equipment SA c/ EN-AFIP-SCI s/ proceso de conocimiento”, de fecha 7 de noviembre de 2013”, y “Banco de Valores SA y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/recurso directo de organismo externo”, de fecha 5 de diciembre de 2014.

dichas apelaciones, como de cualquier pedido o presentación que realiza el administrado dentro del proceso cautelar.

A partir del análisis realizado, resulta interesante concluir este tema reiterando a modo de ejemplo lo expresado por la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil de La Plata en cuanto a que "la tramitación inaudita parte y el hecho de que ningún incidente o recurso detenga su ejecución constituyen notas propias, esenciales, ínsitas e intransferibles de la institución cautelar (artículo 198 CPCCN.). De otro modo los medios de aseguramiento tornaríanse en ineficaces, en tanto avisado el afectado del propósito precautorio se encontraría en condiciones de frustrarlo"[99].

2.2.1.4. La vigencia temporal de las medidas cautelares.

La ley 26.854 establece, bajo pena de nulidad, un plazo de vigencia a las medidas cautelares, incluso más exiguo de lo que uno podría haber previsto: tres meses en los procesos sumarísimos y en los amparos, y seis meses en los procesos ordinarios[100], previéndose que al vencimiento del término fijado, a petición de parte, y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el tribunal podrá, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable, siendo de especial consideración para la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida.

Asimismo, la norma prevé que "si se tratara de una medida cautelar dictada encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa, el límite de vigencia de la medida cautelar se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8° segundo párrafo". Precisamente, este segundo párrafo del art. 8 de la ley indica que "cuando la medida cautelar se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caducará automáticamente a los diez (10) días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa". Va de suyo que, en cualquier caso, siempre la medida cautelar debe subsistir durante la tramitación de la vía

[99] Cam. Apel. Civ. Fed. La Plata, sala IV, *in re* "*Cipriano, Marcela S. y otros v. Presidente de la Universidad Nacional de La Plata*", JA 1993-II-128.
[100] Art. 5 de la ley 26.854.

administrativa, en la medida que hasta su conclusión, el administrado no tiene habilitada la instancia judicial.

Para comprender las implicancias que tiene fijarle un plazo a las cautelares, en esos términos tan exiguos, es importante reiterar que el instituto cautelar persigue una resolución temprana en el proceso que asegure, en forma provisoria, que el transcurso del tiempo del mismo no perjudique o agrave el menoscabo sufrido al derecho que le asiste a la parte, situación que de no resguardarse podría provocar que la sentencia que luego se dicte resulte ineficaz.

En efecto, la necesidad de una cautela se debe a que la satisfacción inmediata de una pretensión de conocimiento o ejecución resulta materialmente irrealizable[101]. Y para proteger ese derecho existe en nuestro ordenamiento el proceso cautelar, cuya finalidad consiste en asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en el proceso al que accede. En tal sentido, el proceso cautelar es accesorio a otro proceso.

El fundamento de la garantía jurisdiccional cautelar se encuentra vinculado a una situación de urgencia que requiere una solución inmediata a los efectos de resguardar los derechos de los particulares frente a la lentitud del proceso judicial. Por ello, conforme lo establece el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, los jueces pueden conceder medidas cautelares en toda clase de juicios, siempre que el derecho fuere verosímil y existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.

Sin embargo, esta ley atenta contra el instituto cautelar en sí mismo, en la medida en que postula la fijación de plazos de vigencia para el mantenimiento de las medidas cautelares contra el Estado, frustrando así su razón de ser, esto es, la urgencia de una protección judicial y el grave peligro de que esa protección se demore.

La fijación de un plazo de seis meses de vigencia a las medidas cautelares dictadas en los procesos ordinarios de conocimiento implica desconocer la finalidad del instituto cautelar, como garantía del principio de inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional y del principio de

[101] GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, "Control judicial de la Administración. Medidas cautelares", en AAVV, *Derecho Procesal Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 727.

la tutela judicial efectiva, consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica, de jerarquía constitucional.

Como hemos sostenido en otras oportunidades[102], es impensado fijar en términos generales un "plazo razonable" para las medidas cautelares, que prescinda del peligro en la demora que motiva cada dictado. Es más, si en un caso concreto pudiera establecerse un plazo, la concesión realizada de dicha medida cautelar generaría dudas porque el peligro tendría que justificarse únicamente para cierto plazo de tiempo. ¿Y luego? O desaparece el peligro y la urgencia, lo que lleva a pensar si ciertamente existió o, lo que es peor aún, el ciudadano simplemente queda desprotegido y se frustra definitivamente su derecho[103].

No debe pasarse por alto que las medidas cautelares son hoy en día la herramienta más eficaz para controlar a la Administración Pública. Fijarles un plazo de vigencia desnaturaliza un instituto importante dirigido a preservar la jurisdicción del Poder Judicial, tan caro a todo Estado de Derecho, y priva a los administrados de una tutela efectiva por parte de los jueces. Como antes hemos indicado, es importante resaltar que las medidas cautelares despliegan todas las posibilidades que brinda el principio de la tutela judicial efectiva a fin de compensar el peso de las prerrogativas de poder público"[104].

En definitiva, la pregunta que debemos hacernos es, ¿hasta cuándo puede mantenerse vigente una medida cautelar? Si bien la respuesta la encontraremos en cada caso concreto, lo cierto es que puede establecerse un criterio general, que no podría ser otro que reconocer la vigencia de las medidas precautorias siempre que se mantengan las circunstancias que originaron su dictado, o sea, el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho, aún habiéndose modificado las causas.

Las medidas cautelares son accesorias, provisionales, inaudita parte y fungibles. Su carácter provisional permite que subsistan mientras duren las circunstancias que las determinaron, y en cualquier momento puede disponerse su levantamiento. Es más, esta posibilidad no se encuentra limitada a la existencia de hechos nuevos, sino también a la valoración de los presupuestos requeridos para su dictado.

---

[102] Ver CASSAGNE, Ezequiel, El error de la insistencia en la aplicación de un plazo a las medidas cautelares, La Ley, 10/05/2011.

[103] Así lo hemos dicho también en CASSAGNE, Ezequiel, El plazo y otras restricciones a las medidas cautelares. A propósito de la ley 26.854, La Ley, Suplemento especial, Medidas cautelares y el Estado como parte. Ley 26.854, Mayo, 2013.

[104] Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Las medidas cautelares en el contencioso administrativo", LL, 2001-B, 1090.

Teniendo en cuenta que las medidas cautelares se hallan ordenadas a asegurar la eficacia de una sentencia posterior, las medidas cautelares deberán garantizar el buen fin de ese proceso y, siempre que se mantenga el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho, deberán regir hasta la sentencia firme. Su limitación temporal es, en estos casos, una restricción inconstitucional, violatoria de la garantía de defensa en juicio y del principio de la tutela judicial efectiva, y pone en riesgo, incluso, el cumplimiento de la sentencia de fondo. Es que, "debido a que entre la iniciación del proceso (y aun antes del mismo) y el eventual otorgamiento de la pretensión perseguida transcurre un tiempo en el cual la misma puede resultar de dificultosa o imposible concreción, para evitar este efecto y sostener la posibilidad de realizar el objeto del proceso se han regulado las medidas cautelares"[105].

Kielmanovich explica que "las medidas cautelares se caracterizan, a su turno, por su provisionalidad, por lo que ellas habrán de subsistir hasta el momento en que la sentencia definitiva adquiera firmeza o ejecutoriedad –verificándose su conversión luego, en todo caso, en ejecutorias– o mientras duren las circunstancias fácticas que las determinaron (rebus sic stantibus), pudiendo entonces así solicitarse su levantamiento en tanto esos presupuestos sufriesen alguna alteración"[106]. Este temperamento es receptado por el Código Procesal Civil y Comercial nacional, cuyo artículo 202 prescribe que "las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron".

Resulta interesante observar que en el Mensaje de Elevación Nº 377 del proyecto de la ley 26.854 se sostuvo, de manera incorrecta, que el deber de los jueces o tribunales de establecer un plazo de duración a las medidas cautelares se funda en el carácter provisional que tienen las medidas cautelares. Por el contrario, el carácter provisional de las medidas cautelares da lugar a que puedan ser modificadas, sustituidas o levantadas si cambian las circunstancias de hecho que la justificaron o, desde otro ángulo, que deban mantenerse (hasta que se dicte la sentencia definitiva) en la medida en que no se alteren las circunstancias que la justificaron (cláusula rebus sic stantibus)[107].

---

105 FALCÓN, Enrique M., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial,* t. IV: Sistemas cautelares (Medidas cautelares. Tutela anticipada), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, pág.86.

106 KIELMANOVICH, Jorge L. *Medidas Cautelares*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, pág. 43.

107 Ver el pasaje citado de KIELMANOVICH y el artículo 202 del CPCCN. En el mismo sentido CASSAGNE, Ezequiel, "Las medidas cautelares contra la administración", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2007*)* al referirnos al carácter provisional afirmamos que "*Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en sus momento para su dictado*".

Los jueces que no declaren inconstitucional la vigencia temporal impuesta por la ley 16.854, tendrán que fijar un plazo máximo de seis meses para cada medida. Si bien la norma permite la prórroga, a petición de parte y previa valoración del juez, por otros seis meses más, nada dice si esa prórroga debe ser dada por única vez, o si cada seis meses el administrado podrá requerir su extensión. La única interpretación posible, al menos coherente con las garantías constitucionales, es que la prórroga podrá requerirse consecutivamente cada seis meses, de lo contrario estaríamos ante la prohibición absoluta de la tutela cautelar por el mero transcurso del tiempo.

Y así ha sucedido en todos los casos desde la sanción de la ley, que ya lleva más de dos años de vigencia. En muchos de estos casos los pedidos de prórroga han tenido que hacerse en cuatro oportunidades, lo que genera un dispendio jurisdiccional enorme, y una gran distracción de los recursos del Estado. Piénsese que al momento de requerirse una nueva prórroga, el expediente quizás pueda no encontrarse en el juzgado de primera instancia, ante quien debe efectuarse el pedido. El administrado en estos casos debe velar por una rápida remisión del expediente, lo que conlleva numerosos trámites y exigencias. El expediente puede encontrarse en la Corte Suprema, o en la Procuración General de la Nación, lo que dificulta aún más su búsqueda y remisión.

Ahora bien, como hemos indicado al referirnos al contexto de la ley 26.854, algunos jueces de la Corte Suprema venían propiciando la idea del plazo de duración razonable de las medidas cautelares. Y la respuesta del Poder Ejecutivo, convalidada por el Congreso, fue la de fijar el término máximo de seis meses. Si bien nuestra opinión se orienta a rechazar de plano la fijación de un plazo genérico de duración de estas medidas, cabe preguntarnos si el plazo de seis meses resulta ser razonable.

Para Linares Quintana, "lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa: conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido: con arreglo a lo que dice el sentido común"[108]. Por su parte, Bidart Campos advierte que "no cabe duda que es difícil definir, o siquiera conceptuar, qué es razonable. Alguien puede pensar que se trata nada más que de una pura apreciación subjetiva. Sin embargo, aunque la cuestión sea sutil, resulta susceptible de una estimación objetiva. En primer lugar, la razonabilidad consiste en una valoración axiológica de justicia que nos muestra lo que se ajusta o no es conforme a justicia, lo que tiene razón suficiente… En segundo lugar, el

[108] LINARES QUINTANA, SEGUNDO, V., *Tratado de Interpretación Constitucional*, p. 559, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

sentido común y el sentimiento racional de justicia de los hombres hace posible vivenciar al razonabilidad y su opuesto, la arbitrariedad"[109].

Sagüés distingue tres exámenes de control razonabilidad que pueden realizarse a las normas y a los actos administrativos. El primero consiste en un test de razonabilidad normativa, en el cual se deberá analizar la coherencia de estos con la norma constitucional; el segundo es un análisis de razonabilidad técnica, esto es, que exista una apropiada adecuación entre los fines de la ley y los medios para lograrlos y, finalmente, un test de razonabilidad axiológica, que apunta valorar su sentido de justicia[110].

Pues bien, resulta bastante claro que esta nueva norma ha reprobado el primero de los tests. Ya hemos aludido a la inconstitucionalidad de la misma, en particular a la violación de la garantía constitucional de defensa en juicio y al principio de la tutela judicial efectiva, consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica.

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta importante a esta altura destacar un tema no menor respecto a la fijación de plazos a las medidas cautelares. Se ha dicho que no puede resultar inconveniente alguno, ni afectación a la tutela judicial efectiva, el hecho de fijarles plazo a las medidas cautelares pues dicho plazo puede ser prorrogado las veces que sea necesario a lo largo del proceso judicial. Esta opinión, que parece en principio atendible, carece sin embargo de un debido análisis de los procesos contra el Estado, sus pretensiones, y los derechos en juego. Se trata, en rigor, de una afirmación genérica que no evalúa todas las implicancias que rodean las protecciones cautelares, en la medida que en numerosos casos el otorgamiento de medidas cautelares sujetas a plazos frustraría el derecho que pretende protegerse. Ciertamente, no todos los derechos son iguales. Y ciertamente no todos los hechos resultan similares.

Para entender la afectación a la tutela judicial efectiva que se daría en innumerables casos, acudiremos a ciertos ejemplos. Es indudable que la mayoría de los negocios actuales son complejos, y requieren de inversión y financiación para su mantenimiento, y para su crecimiento. Cualquier negocio en marcha, cualquier fondo de comercio o empresa, requiere asistencia financiera u económica constante. También requiere credibilidad, confianza y estabilidad. En tal escenario, imaginemos cualquier conducta estatal que ostente arbitrariedad manifiesta y que afecte de manera significativa ese negocio o empresa.

---

[109] BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, p. 200/201, Buenos Aires, 1972.

[110] SAGÜÉS, Néstor, P., Elementos de Derecho Constitucional, ps. 700/701, 2ed, Astrea, Buenos Aires, 1997.

Desde la clausura de un negocio, la caducidad de una licencia, la restricción de la libertad de comercio, la aplicación de una multa desproporcionada, la prohibición de celebrar determinados actos jurídicos, confiscación de bienes, etc. En estos casos, aunque fueran extremadamente y ostensiblemente arbitrarios, el afectado sólo podrá obtener en la justicia una medida cautelar por un plazo máximo de seis meses, eso sí, prorrogables por otros seis meses más a criterio del juez, y así sucesivamente. En este marco de protección cautelar por etapas, el afectado no podrá desarrollar sus negociosos con normalidad, pues tendrá siempre una Espada de Damocles que cada seis meses comenzará a agitarse sobre su empresa o negocio. Es evidente que ello no pasará inadvertido entre sus clientes, proveedores, financistas, accionistas y todo aquel que tenga interés en esa empresa o negocio, siendo que el afectado tendrá que explicarles a todos ellos que su supervivencia o buena marcha del negocio está garantizada únicamente por el plazo de seis meses, y luego se verá.

No es difícil imaginar que un negocio que se encuentra al acecho de una conducta estatal arbitraria, y que sólo obtenga una protección judicial por el plazo, en principio, de seis meses, carece de la estabilidad necesaria, y de seguridad jurídica, que le permita desarrollar con normalidad su actividad. Una empresa o negocio en tal situación directamente se encontrará fuera del mercado. No podrá obtener préstamos, ni efectuar negocios a mediano ni a largo plazo, pues tendrá una evaluación de riesgo negativa por parte del mercado que sea, al que no podrá –ni debe- ocultar su situación. Y menos aún aquellas empresas que prestan servicios en los que predomina la confianza de sus clientes en la solidez de las mismas, como por ejemplo entidades financieras o empresas aseguradoras, quienes directamente no encontrarán protección posible con el dictado de cautelares con plazos de seis meses.

Estas reflexiones, que parten de la observación de la realidad normada, no implican en modo alguno desconocer el carácter provisorio de las medidas cautelares. Sin embargo, tampoco puede soslayarse el hecho de que no es lo mismo obtener una medida cautelar hasta la sentencia firme en un proceso judicial, que obtenerla por el plazo de seis meses. Basta imaginar la calificación de un pedido crediticio, o la calificación que deba realizarse de cualquier negocio propuesto por una empresa cuya actividad, por ejemplo, esté protegida durante todo un proceso judicial, o sólo esté protegida por plazos determinados. La garantía de la protección cautelar hasta la sentencia definitiva permite a cualquier persona analizar si los presupuestos que habilitaron su procedencia fueron contundentes, de manera tal de

proyectarlos hasta el fin del proceso, con la relatividad propia de todo proceso jurisdiccional. En los supuestos de medidas cautelares por plazos ciertos, el problema radica en la inestabilidad que dicha situación genera, pues habilita al análisis continuo y permanente de la medida cautelar, que en muchos casos no se ve exenta del riesgo derivado de cambios de magistrados, presiones sectoriales o gubernamentales.

Ahora bien, con relación al análisis de razonabilidad técnica, es dable precisar que la lentitud del proceso judicial no debe beneficiar a ninguna de las partes. Ni a aquél que obtiene una medida cautelar, ni a aquél que se ve perjudicado por su dictado. En todo caso, existe un código de rito que establece plazos de caducidad para garantizar la conducta procesal de las partes, y cada parte se encuentra en condiciones, frente a la inercia de la otra, de impulsar el proceso. Al propio tiempo, los jueces podrán en cada caso concreto analizar el comportamiento procesal de las partes, e incluso pueden condenar a pagar daños y perjuicios si el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtener una medida cautelar.

En rigor, es un error que el Estado centre su preocupación en el plazo de vigencia de las medidas cautelares. Por el contrario, el problema resulta ser el tiempo que depara cada proceso. Y en nuestro país, muchas causas suelen durar más de diez años, sobre todo si se genera una etapa probatoria importante. Los esfuerzos debieron orientarse a acortar los plazos de los procesos, mediante la utilización de nuevas herramientas tecnológicas, y así generar una mayor eficiencia. En cambio, a partir de esta nueva ley se pretende impedir y obstaculizar el funcionamiento de las medidas cautelares y la tutela judicial efectiva. Ni siquiera se advierte que, en muchos casos, ni las medidas precautorias alcanzan a proteger el derecho de las partes frente a la eternidad de los procesos. Por otra parte, si sólo se hubiera tratado de proteger a la parte perjudicada por una medida cautelar, en su momento propusimos una alternativa interesante, que implicaba la modificación del código procesal por ley formal, y que consistía en establecer un plazo reducido de caducidad del proceso de fondo para aquella parte que hubiera obtenido una medida precautoria. Por ejemplo, reducir para estos casos la caducidad del proceso ordinario de seis meses a tres[111].

Es evidente, a nuestro criterio, la irrazonabilidad técnica de la ley 26.854, así como también su irrazonabilidad axiológica. Veamos cómo operaría en los casos concretos, para realmente comprender su sentido de justicia. No debe olvidarse que es también tarea del

[111] Cfr. CASSAGNE, Ezequiel, El error de la insistencia en la aplicación de un plazo a las medidas cautelares, La Ley, 10/05/2011.

jurista, del legislador, del magistrado y del funcionario, comprobar los efectos de los sistemas que rigen las relaciones jurídicas. En tal sentido, ya hicimos referencia a la prolongación desconsiderada de los procesos judiciales, durante los cuales es necesario, en algunos casos, contar con una tutela anticipada para evitar la frustración, durante ese transcurso de tiempo, del derecho que se reclama. Ahora bien, es oportuno destacar que en los procesos contra el Estado, el Congreso dispuso una exigencia innecesaria, oculta en una ley de emergencia económica, que establece que en todos esos juicios se suspenderán los plazos procesales hasta que el tribunal de oficio o la parte actora comuniquen a la Procuración del Tesoro de la Nación su existencia. Dicha normativa también estipula que la Procuración tendrá en esos casos un plazo de veinte días a partir de la notificación para tomar la intervención que ella considere pertinente, vencido el cual se reanudarán los términos procesales[112]. La misma ley prevé que recién a partir del vencimiento de dicho término, se procederá a dar vista al fiscal, para que se expida acerca de la procedencia y competencia del tribunal[113].

En este escenario, el particular que obtiene una medida cautelar por el término máximo que esta nueva ley autoriza –esto es, seis meses-, y luego inicia el proceso ordinario dentro de los diez días hábiles judiciales que le permite el ordenamiento, se enfrenta a todo un procedimiento engorroso que dura en los hechos aproximadamente dos meses –ciertamente, la Procuración del Tesoro de la Nación nunca se expide sobre los juicos, y deja correr el plazo de 20 días- para estar recién en condiciones de correrle traslado de la demanda al Estado Nacional. Vale decir, al plazo de seis meses uno debería restarle aproximadamente dos meses, en el cual el impulso del expediente se entretiene en cuestiones que no permiten su eficaz avance. A ello hay que agregarle luego el plazo excepcional que el Estado cuenta a los fines de contestar demanda, que es de sesenta días hábiles judiciales, en contraposición con el plazo que tiene cualquier particular, que es de quince días[114].

En tal entendimiento, la nueva ley que regula las cautelares exigirá, incluso en casos de probada celeridad, la petición de prórrogas del plazo de vigencia de las medidas cautelares aún antes de las respectivas contestaciones de demanda por parte del Estado Nacional. Por cierto, una exigencia a todas luces irrazonable, que demuestra una ignorancia absoluta de los procesos contra el Estado o, lo que es peor, un desprecio al administrado.

---

[112] Arts. 6 y 8 de la ley 25.344.
[113] Art. 8 de la ley 25.344.
[114] Ver art. 338 del CPCCN.

Tampoco se nos escapa el hecho de que el Estado -al igual que lo que ocurre a raíz de la obligada bilateralización de las medida cautelares-, dispondrá todos sus esfuerzos para evitar, en este caso, la prórroga de las mismas, desde su posición privilegiada de poder.

Otra cuestión no menos curiosa de la aplicación del plazo de seis o tres meses a las medidas cautelares en los procesos contra el Estado resulta ser el hecho de que en la mayoría de los casos los recursos de apelación que debe interponer el Estado, u otros planteos que deba resolver un tribunal superior (las Cámaras por ejemplo), devienen abstractos dado que difícilmente son resueltos antes de los seis meses o tres meses, según fuera el caso. Y al tiempo que no son resueltos en ese escueto periodo, el particular se ve obligado a realizar el pedido de prórroga de la medida cautelar ante el tribunal que dictó la medida, explicando la subsistencia del peligro en la demora y la verosimilitud del derecho, que podrá en ambos casos siempre reforzar si tiene elementos o hechos nuevos para acreditar. También podrá, si así lo considera pertinente, explicar la conducta procesal que ha tenido en ese período. Ahora bien, todo ello generará una nueva decisión judicial sobre la vigencia de la medida cautelar que, al producirse, tornará abstractos los planteos aún sin resolver efectuados por el Estado contra la primera decisión cautelar, que no estaría ya rigiendo dada su vigencia acotada al plazo exigido por ley. Y así sucesivamente, lo que demuestra la absoluta irrazonabilidad práctica de la disposición normativa referida

Este plazo de seis meses es incluso irrazonable a la luz de lo dispuesto por la Corte Suprema en la causa Clarín antes aludida. En dicha causa, el 22 de mayo de 2012 la Corte confirmó el plazo de treinta y seis meses de vigencia de dicha cautelar establecido por la Cámara en lo Civil y Comercial Federal, ponderando que "no resulta irrazonable y se ajusta a los tiempos que insume la vía procesal intentada (acción meramente declarativa), a la prueba ofrecida por las partes y a la naturaleza debatida"[115].

En ese mismo pronunciamiento, en el que se fija un plazo de tres años de vigencia para una medida cautelar en particular, el Alto Tribunal ordenó que dicho plazo contara desde el dictado de la medida cautelar, pues a su criterio la actora –Grupo Clarín- había demorado casi un año la notificación de la demanda, lo cual a juicio de la Corte, "resultaría demostrativo de un interés más centrado en lo provisional que en la resolución definitiva del pleito".

[115] Cfr. CSJN, in re "Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares", de fecha 22/05/2012.

Si bien, como hemos dicho, no compartimos el criterio de fijar un plazo razonable que no coincida con la finalización del proceso de fondo, es interesante observar que la Corte fijó, en un caso donde estimó que la conducta procesal de la actora no había sido del todo proactiva, un plazo seis veces superior al plazo máximo que por medio de la nueva ley de cautelares pretende imponérsele arbitrariamente a los jueces.

Asimismo, en la causa "Clarín", la Corte ha analizado –para bien o para mal- el caso concreto y luego ha establecido el plazo de duración de dicha medida cautelar, ponderando la naturaleza de la materia debatida, el tipo de proceso y la prueba ofrecida. La ley 26.854, por el contrario, fija un plazo general que prescinde de las circunstancias concretas de cada caso en particular. De ahí deriva, también, su irrazonabilidad.

Ahora bien, como era evidente, en la causa "Clarín", la Cámara Civil y Comercial Federal de la Nación tuvo que expedirse nuevamente sobre el plazo de vigencia de dicha medida cautelar, dado que la parte actora, al vencimiento del plazo fijado por la Corte –el ya famoso "7D", término que refiere al siete de diciembre de 2012, fecha en el que se cumplían los tres años de vigencia de la medida cautelar- requirió se prorrogue la medida cautelar hasta el dictado de la sentencia definitiva en la causa de fondo. En dicha oportunidad, el Tribunal, luego de analizar la conducta procesal de la parte actora y el avance del juicio, admitió, de manera acertada, el requerimiento formulado y por ende prorrogar la medida cautelar hasta la sentencia definitiva, "a fin de no alterar significativamente las circunstancias y asegurar la utilidad, oportunidad y eficacia del fallo que habrá de recaer en los autos principales"[116].

Finalmente, la Corte Suprema confirmó este último pronunciamiento jurisdiccional. Para así decidir, el Alto Tribunal entendió que la decisión de prorrogar la vigencia de la medida cautelar por considerar que la acción principal se encontraba en una etapa próxima al dictado de una sentencia de fondo es fruto de una solución posible, siendo además un dato relevante "el hecho de que se hubiera disipado el riesgo de una excesiva prolongación del proceso"[117].

Esta ha sido, a nuestro criterio, una solución que si bien ha servido a la Corte para salir del *dilemma* que el mismo tribunal había creado, contiene elementos distorsivos del instituto cautelar, en la medida que vincula la subsistencia y la eficacia de las medidas

[116] Cfr. CNACCF, in re "Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares", de fecha 6/12/2012.
[117] Cfr. CSJN, in re "Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares", de fecha 27/12/2012.

cautelares a una duración corta de los procesos, no siendo posible para el administrado en la mayoría de los casos evitar la prolongación de los mismos. Como hemos dicho, la medidas cautelares deben asegurar la eficacia de la sentencia definitiva, y la lentitud del proceso judicial no puede, en modo alguno, perjudicar a la parte que reclama una tutela judicial efectiva. En rigor, la propia lentitud de la justicia es, en sí misma, una afectación grave de la garantía de defensa en juicio y del principio de la tutela judicial efectiva, como ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos[118].

No obstante el panorama desalentador que ha introducido la ley 26.854, lo cierto es que muchos tribunales han dejado de fijarles plazo a las medidas cautelares contra el Estado, como es el caso no menor de la Corte Suprema de la Nación.

En tal sentido, el Alto Tribunal ha decidido, luego de sancionada la ley de medidas cautelares, numerosos planteos donde ha convalidado la vigencia de las medidas cautelares hasta la sentencia definitiva firme que recaiga en el proceso judicial, para lo cual no ha fijado plazo alguno de vigencia[119].

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, se pronunció por la inconstitucionalidad de la norma, en el caso "American Airlines", donde sostuvo que "el artº 5 de la ley 26.854 al fijar un plazo de vigencia de seis meses de la medida cautelar –prorrogable por otros seis meses cuando fuese indispensable y no hubiere, en principio, una actitud dilatoria de la parte favorecida- es incongruente con el carácter instrumental del instituto precautorio, el cual tiene por objeto asegurar –sobre la base de un derecho verosímil- el cumplimiento de una eventual sentencia favorable. Las medidas cautelares son el instrumento para que una providencia jurisdiccional definitiva pueda llegar a tiempo, es decir, son la garantía de la garantía (Cfr. J. Ramiro Podetti, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral, Tratado de las Medidas Cautelares, Ediar, 1956, t. IV, pág. 21, con cita de Carnelutti"[120].

---

[118] Cfr. CIDH, in re "Caso Furlan y familiares Vs. Argentina", sentencia de fecha 31/08/2012.

[119] Ver al respecto sentencia de la CSJN dictada en la causa "Asociación Editores de Diarios de Bs. As. (AEDBA) y otros c/ EN –dto. 746/03- AFIP s/medida cautelar (autónoma)", de fecha 28/10/2014. Véase también "Harriet y Donnely S.A. c/Chaco, Provincia del s/ acción declarativa de certeza", de fecha 24/02/2015; "Petrobrás Argentina S.A. c/Neuquén, Provincia del y otro (Estado Nacional) s/ Incidente Medida Cautelar", del 7/07/12015; y "Minera Tritón Argentina SA c/ Provincia de Santa Cruz s/medida cautelar, de fecha 30/06/2015. Si bien en estos últimos tres casos citados, las partes demandadas no eran el Estado Nacional, y por ende no era aplicable la ley 26.854, lo cierto es que la Corte no les fijó plazo alguno a dichas medidas cautelares, que regirán hasta la sentencia definitiva.

[120] CNACCF, Sala III, in re "*American Airlines Inc. c. Administración Nacional de Aviación Civil s/ nulidad de acto administrativo*", 06/06/2014, La Ley Online, AR/JUR/23548/2014).

En este mismo precedente, el Tribunal sostuvo con que "la norma no es razonable pues el legislador ha establecido el término máximo de un año para la vigencia de la medida cautelar, con prescindencia de la duración objetiva del proceso principal, que puede variar por múltiples factores según la complejidad de cada caso, independientemente del mayor o menor impulso que pueda darle la beneficiaria de la medida, entre los cuales no se puede descartar la demora judicial. De ese modo, la norma sancionada por el Poder Legislativo es susceptible de limitar irremediablemente la vigencia temporal de la protección cautelar otorgada ante un acto u omisión de las autoridades públicas, colocando al administrado ante el Estado Nacional en una situación de indefensión, pues se lo priva de la tutela judicial efectiva y oportuna que es garantía constitucional"[121].

Sin perjuicio de compartir la declaración de inconstitucional efectuada, es dable aclarar que si bien la norma no tiene una redacción feliz, la prórroga de la medida cautelar puede otorgarse sucesivamente, y no por única vez. De lo contrario estaríamos ante una prohibición absoluta de obtener una protección cautelar luego de transcurrido un año del proceso, lo que es impensable.

Un caso interesante se ha dado en el marco del conflicto suscitado entre la empresa de aviación comercial Lan Argentina y el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA) con relación al hangar que ocupa dicha empresa en el Aeroparque Jorge Newbery. En esta causa, la empresa obtuvo una medida cautelar de no innovar frente al acto administrativo que disponía la finalidad del acuerdo de concesión del hangar. Se otorgó primero una tutela protectoria interina en agosto de 2013, luego se le otorgó una medida cautelar por el plazo de seis meses, que a su vez tuvo que ser prorrogada por otros seis meses en fecha 21 de marzo de 2014. Al vencimiento de ésta última, la jueza de primera instancia finalmente declaró la inconstitucionalidad del art. 5º inc. 1º y 3º de la Ley 26.854, y decidió extender la vigencia temporal de la medida cautelar hasta que se dicte sentencia en el proceso principal.

Para así decidir, la juez sostuvo que "no parece congruente con el principio de idoneidad –expresamente reconocido en el Mensaje que el PEN elevara al Congreso

[121] Idem anterior.

respecto de la ley 26.854- establecer un plazo acotado de vigencia de las medidas, con independencia del proceso principal y su sentencia" [122].

No obstante ello, la Cámara, al resolver el recurso de apelación planteado por el organismo público, dispuso prorrogar por otros seis meses más la medida cautelar, revocando parcialmente la sentencia en cuanto declaró la inconstitucionalidad de los preceptos de la ley 26.854, toda vez que la interpretación literal del artículo "conduce a sostener que la norma no prohíbe expresamente prorrogar la medida cautelar por más de una vez. Siendo así, no se advierte que, en el particular supuesto de autos, el dispositivo legal resulte inconciliable con el principio constitucional de tutela judicial efectiva, habida cuenta que, su aplicación no impide que, de mantenerse las circunstancias fácticas y jurídicas que justifican admitir la tutela anticipada, tal como ocurre en el caso, pueda prorrogarse su vigencia"[123].

De esta manera, la Cámara convalidó la ley 26.854 en tanto fija un plazo a las medidas cautelares, y la empresa deberá cada seis meses requerir una nueva medida cautelar, que por cierto será analizada por las tres instancias judiciales posibles, a lo largo de todo el proceso. En tal entendimiento, cuya posición no compartimos por las razones expuestas en este capítulo, si el proceso dura diez años, algo común en las actuales circunstancias que atraviesa nuestra administración de justicia, la actora tendrá que pedir más de 20 prórrogas consecutivas de medidas cautelares, lo que implicará un dispendio jurisdiccional innecesario que tornará aún más lenta la justicia, si se suma a todos los casos análogos que deberán pasar por la misma situación. Esto nos lleva a pensar si una de las consecuencias de la aplicación de esta normativa no es otra que lentificar la administración de justicia en el país.

Finalmente, es interesante traer a colación otros precedentes en los cuales se ha declarado la inconstitucionalidad del plazo mismo, donde se ha afirmado que "el establecimiento de un plazo (3 o 6 meses, según sea el proceso sumarísimo u ordinario) implica desconocer la finalidad misma del proceso cautelar, en punto a los principios procesales y constitucionales"[124], o que "sin perjuicio del reconocimiento de la facultad de

---

[122] Véase Juzgado de Primera Instancia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 11, in re "LAN ARGENTINA SA C/ORSNA S/INC. DE MEDIDA CAUTELAR", de fecha 18 de septiembre de 2014.

[123] CNACAF, Sala II, in re "Lan Argentina sa c/Orsna s/inc. de medida cautelar", de fecha 16 de diciembre de 2014.

[124] Cfr. Juzgado Federal de La Plata Nº 4, in re "GASCON, Alfredo Julio María c/PEN s/Acción de inconstitucionalidad", de fecha 5/06/2013.

la autoridad judicial de limitar razonablemente, y según las circunstancias del caso, la extensión de la vigencia de las medidas preventivas, la nueva norma que se intenta aplicar selectivamente a las medidas cautelares contra el Estado Nacional tampoco guarda armonía con la naturaleza evidentemente provisional que tienen esas medidas, lo que permite su levantamiento en cualquier instancia del proceso (artículo 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)"[125].

Por lo expuesto en este capítulo, consideramos que resulta irrazonable e inconstitucional fijarle un plazo genérico a las medidas cautelares, con total deprecio y prescindencia de la circunstancias de cada caso concreto[126].

2.2.1.5 La no afectación del interés público

La ley de medidas cautelares establece, para la gran mayoría de las medidas allí indicadas, la exigencia de que éstas no afecten el interés público[127].

Ya hemos explicado que no se nos escapa que los jueces antes de esta ley debían valorar el interés público al momento de decidir el otorgamiento de una medida cautelar, en la medida que constituye la finalidad última de toda función estatal, que consiste, en

[125] Cfr. Juzgado Federal de La Plata Nº 2, in re "Colegio de Abogados Departamento Judicial de La Plata, Levene Fernando Pablo c/PEN s/Acción declarativa", de fecha 11/06/2013. Por otra parte, en la causa, de la CNCCAF, Sala V, "Cambio García Ramaglio y Cia. S.A. y otros c. Banco Central de la República Argentina s/ entidades financieras - ley 21526 art. 41", de fecha 26/05/2015, el voto disidente del Dr. Gallegos Fedriani ha sido contundente en cuanto afirma que "La determinación de un plazo de vigencia de la medidas cautelares otorgadas, implica a mi criterio desconocer la finalidad misma del proceso cautelar, en punto a los principios constitucionales antes citados. En efecto, es sabido que una de las características principales de las medidas cautelares es que son provisionales y que, por tal razón, las mismas en caso de ser ordenadas tienen eficacia hasta la finalización del pleito y/o hasta que sean modificadas o levantadas por modificación o cesación de las circunstancias que le dieron origen. Por supuesto que dentro de ese marco de análisis deberá evaluarse la conducta de las partes, a los fines de entorpecer o dilatar el pronunciamiento de fondo, pero, en todo caso, ello encuadraría en un supuesto de mala fe procesal, y ante lo cual el juez cuenta con herramientas para evitarlo y/o sancionarlo. Fijarles un plazo de vigencia implicaría un contrasentido, pues sería tanto como suponer que luego de vencido ese plazo -aunque la causa se encuentre en pleno trámite- los hechos que la motivaron habrían perdido virtualidad y ya no incidirían en el resultado del pleito. Todo ello, en mi opinión constituiría una incongruencia con la naturaleza del instituto cautelar, y privaría a los administrados de una tutela efectiva por parte de los jueces".

[126] Coinciden POZO GOWLAND y ZUBIAURRE, quienes sostienen que "no parece razonable el establecimiento con carácter general de un plazo máximo para la vigencia de las medidas cautelares, por dos motivos: (i) por cuanto el plazo máximo en ningún caso debería ser preestablecido ni generalizado, sino que debe definirse en función de las circunstancias concretas de cada caso, y (ii) por cuanto el plazo de 6 meses (o de un año como máximo) resulta sumamente exiguo", en "La suspensión de los efectos del acto administrativo en la Ley 26.854", La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, pág. 110.

[127] Arts. 13, 14 y 15 de la ley 26.854.

definitiva, en la realización de la justicia[128]. Lo que sí resulta objetable es la aplicación de este concepto a los fines de restringir la procedencia de las medidas precautorias, invocando en los hechos, como suele hacer el Estado, meras insinuaciones dogmáticas, en un claro propósito de eludir el control judicial suficiente en el caso concreto[129].

Ahora bien, ¿cuál sería ese interés público en un caso determinado? Ciertamente, el interés público a ponderarse no es el del acto, reglamento o situación de hecho en sí misma, sino el interés público de que se suspenda o no dicho acto administrativo o reglamento, o se mantenga o altere en forma provisoria una situación, mientras dure el proceso judicial. En rigor, debe ponderarse si el perjuicio al interés general que supondría dictar una medida cautelar determinada es mayor o menor al derivado de no dictarla.

Asimismo, son sumamente interesantes las reflexiones que realiza Sacristán en oportunidad de analizar el concepto de interés público contenido en la ley de medidas cautelares. En efecto, la autora sostiene, en una posición que compartimos, que "si la noción de interés público es muy amplia, la ley 26.854 devendría inconstitucional porque ninguna medida cautelar se podría dictar contra una acción u omisión estatal. Recordemos que se exige que, al otorgarse la medida, haya no afectación del interés público. Si todo lo estatal es interés público, las solicitudes de medidas cautelares perderían razón de ser: devendrían improponibles"[130].

En definitiva, los jueces deberán ponderar la situación concreta que se les presenta, y decidir si el interés público invocado por el Estado es mayor al interés público de proteger un derecho vulnerado que se encuentra en grave peligro de desnaturalizarse, a raíz de una conducta estatal presumiblemente ilegítima que generará además, de no evitarse, mayores daños y perjuicios[131].

---

[128] Cfr. BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, T° I, Buenos Aires, La Ley, 1964, p. 180; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T° I, 10° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2011, ps. 21 y 748/9.

[129] GONZÁLEZ PÉREZ afirma que "a la hora de decidir sobre la medida cautelar –de suspensión de la ejecución o de cualquier otra que sea necesaria para garantizar la eficacia de la sentencia- ha de tenerse en cuenta no el interés público como algo abstracto, sino el interés concreto en juego", en GONZÁLEZ PÉREZ Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cit., p. 2048.

[130] SACRISTAN, Estela, "El Concepto de interés público en la ley 26.854", La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, ps. 151/152

[131] En igual sentido, ver VERBIC, Francisco, "El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado nacional y su potencial incidencia en el campo de los procesos colectivos", La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, p. 163.

2.2.1.6 Los efectos suspensivos de la apelación de la suspensión de leyes, decretos delegados, o de necesidad y urgencia.

La ley 26.854 establece que el recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de sectores vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud, o un derecho de naturaleza alimentaria o ambiental[132].

Como se adelanta en el capítulo mismo de este apartado, la norma impone efectos suspensivos a las cautelares que suspendan leyes, decretos de necesidad y urgencia, o delegados. Esta aclaración no es menor, pues una interpretación errada podría conducir a malinterpretar la norma y aplicarla también a todo acto de alcance general, como ser los reglamentos de ejecución o los autónomos[133]. Sin embargo, basta leer la literalidad de la misma para advertir que su aplicación se limita a disposiciones legales, o sea, a leyes, y a reglamentos con igual rango, esto es, a reglamentos con rango de ley. Y en este punto vale la pena aclarar que los reglamentos con rango de ley en nuestro ordenamiento son dos, a saber: los decretos de necesidad y urgencia, y los decretos delegados.

En tal entendimiento, los decretos de necesidad y urgencia se encuentran reconocidos en el art. 99, inciso 3, de nuestra Constitución nacional, donde se establece con total claridad que "el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministro"[134].

---

[132] Art. 13, apartado 3, de la ley 26.854.

[133] En sentido similar véase "Asociación de Editores de Diarios de la Ciudad de Buenos Aires c/ EN-PEN s/proceso de conocimiento", pronunciamiento de fecha de 19 de agosto de 2015 dictado por el Jugado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal. Nº 2.

[134] Esta norma también exige que "*El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la*

Al propio tiempo, los decretos delegados han sido reconocidos en el artículo 76 de nuestra Carta Magna, que dispone que “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”.

La Corte Suprema ha reconocido que las disposiciones de carácter legislativo que puede, de manera excepcional, dictar el Poder Ejecutivo son los decretos de necesidad y urgencia y los decretos delegados. En efecto, en la causa “Colegio de Abogados”, el Alto Tribunal señaló que “con un lenguaje firme y explícito la Constitución Nacional prohíbe al Presidente de la República, como regla general, emitir "disposiciones de carácter legislativo", sea a iniciativa propia (artículo 99.3, segundo párrafo), sea por virtud de la delegación que, en su favor, haga el Congreso (artículo 76, primera parte). Ambas cláusulas establecen también, luego de formular el principio, las condiciones o límites bajo los cuales ha de operar el caso excepcional en que el Presidente se encuentra habilitado para dictar decretos legislativos que, según sea, se denominan "decretos de necesidad y urgencia" o "decretos que ejercen facultades delegadas" (artículo 100, incisos 13 y 12, respectivamente)” [135.]

No obstante lo expuesto sobre el alcance del apartado tercero del artículo 13 de la ley 26.854, lo cierto es que esta norma al disponer que la apelación contra la medida que disponga la suspensión de los efectos de una ley (o reglamento con rango de ley) sea concedida con efecto suspensivo, torna ilusoria toda posibilidad de tutela urgente, lo cual conspira contra el ya citado derecho a la tutela judicial efectiva, dañándose de forma irreversible en muchos casos el derecho de defensa de los administrados.

¿Qué utilidad puede tener una medida cautelar cuya vigencia será suspendida a raíz de la mera interposición de un recurso de apelación? Ninguna. De esta forma, se impide la tutela inmediata de los derechos, lo que dará lugar a la frustración de los mismos en los casos en que el peligro acreditado no permita la dilación que genera el trámite ante segunda instancia. Una disposición de esta naturaleza es claramente inconstitucional, pues atenta contra el principio de la tutela jurisdiccional efectiva.

Como hemos explicado antes, una regulación análoga a la citada, como es el artículo

---

totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

[135] CSJN Fallos 331:2406.

15 de la Ley 16.986, ha sido declarada inconstitucional en numerosos precedentes, y ha sido motivo de fuerte crítica por parte de la doctrina especializada.

En cuanto al art. 13 de la ley 26.854, el Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 10 ha indicado que "el art.13, inc.3, párrafo segundo, de la ley 26.854, al otorgar efecto suspensivo al recurso de apelación interpuesto contra la resolución que suspenda total o parcialmente los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, es inconstitucional porque perturba y hasta neutraliza la función del juez como órgano de control de constitucionalidad, protector de los derechos de los ciudadanos ante eventuales arbitrariedades del poder, con clara agresión a los principios fundamentales de separación y/o distribución de poderes"[136].

En igual sentido, la doctrina sostiene que el art. 13.3 de la ley 26.854 es inconstitucional, afectando numerosos derechos reconocidos en nuestra Constitución Nacional, pues al establecer "que la apelación por parte del Estado de una medida cautelar que suspenda los efectos de un acto estatal tendrá efectos suspensivos (…) a pesar de que se detectó la existencia de un gravamen irreparable por parte de Estado, el mismo se sigue produciendo hasta tanto sea resuelto por la respectiva Cámara de Apelación. La misma estructura procesal que utilizó con el decreto-ley 16.986, cuando para aniquilar el radio de protección de la acción de amparo contra actos de autoridad estatal creada pretorianamente por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Siri", estableció en el art. 15 el efecto suspensivo de las apelaciones"[137].

2.2.1.7 La exigencia de una contracautela material

El art. 10 de la ley de medida cautelares dispone que las medidas cautelares dictadas contra el Estado nacional o sus entidades descentralizadas tendrán eficacia práctica una vez que el solicitante otorgue caución real o personal por las costas y daños y perjuicios que la medida pudiere ocasionar, no siendo admisible la caución juratoria[138].

---

[136] Véase Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nro. 10. "Será Justicia – Inc Med- c. EN –PEN- LEY 26855 s/proceso de conocimiento", 04/06/2013, La Ley Online.

[137] GIL DOMINGUEZ, Andrés, "La inconstitucionalidad e inconvencionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en lo que el Estado es parte", La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, pág. 72.

[138] Art. 10 de la ley 26.854. Salvo para los supuestos contemplados en el art. 2º, inc. 2 de la ley, esto es, cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida

Al respecto, es importante comprender que en la teoría y práctica cautelar, la caución juratoria está pensada para los casos en los cuales la verosimilitud del derecho se encuentra altamente acreditada, en la medida que cuando más verosímil se presenta –y es- el derecho invocado, menor es la posibilidad de causar un daño irreparable.

Por otra parte, la modalidad exigida en cada proceso para satisfacer la contracautela exigida a raíz del otorgamiento de una medida cautelar ha sido siempre una facultad propia de los jueces, que deben ponderar los hechos y el derecho presentados. Pretender erradicar de forma genérica la alternativa de satisfacer la contracautela mediante una caución juratoria es a todas luces irrazonable e inconstitucional, y así ha sido decidido en numerosos precedentes[139].

Al respecto, vale la pena traer a colación la afirmación efectuada por el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 11, quien ha señalado que la norma es inconstitucional en tanto no permite al Juez disponer la caución juratoria a pesar de que en el caso se configuren las razones para imponerla (fuerte verosimilitud del derecho invocado e inexistencia de daño patrimonial resultante de la medida precautoria solicitada)[140]. En rigor, el tribunal llegó a la siguiente conclusión, que compartimos: ″...la lineal aplicación del precepto objetado implicaría aquí violar la forma republicana de gobierno y el principio de separación de poderes (arts. 1 y 29 CN); con directa intromisión en las atribuciones jurisdiccionales, que para 'conocer y decidir' (la CN no dice sólo 'conocer', agrega 'decidir') consagra el art. 116 de la CN (declaración American a de los Derechos y Deberes del Hombre (art. V, XVIII, XXIV), Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 8 y 12) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1, 2, 8, 24 y 25); doc. CSJ 'Fallos' 53:431; doc. Sala II 'Proda Juan Carlos' del 4/4/02; Sala

---

la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria o ambiental.

[139] Ver Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 2 in re "Federación Argentina de Colegios de Abogados c/EN – PEN- Ley 26.855 s/Proceso de conocimiento", de fecha 5/06/2013, y "Rizzo Jorge Gabriel y otro c/EN – PEN- Ley 26.855", de fecha 6/06/2013; Juzgado Federal de San Nicolás Nº 1, in re "Colegio de Abogados de San Nicolás y otro c/PEN s/Acción meramente declarativa", de fecha 31/05/2013; Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 10, in re "SERA JUSTICIA –Inc. Med. Cautelar- c/ EN –PEN- Ley 26.855 s/ Proceso de Conocimiento", de fecha 4/06/2013; Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal nº 6, in re "Javkin Pablo c/EN – PEN- Ley 26.855 s/Proceso de Conocimiento", resolución de fecha 7/06/2013, "Pitte Fletcher Denis c/EN –PEN s/Amparo Ley 16.986", de fecha 6/06/2013 y "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otros c/ PEN s/ Proceso de Conocimiento", de fecha 5/06/2013; Juzgado Federal de La Plata Nº 4, in re "GASCON, Alfredo Julio María c/PEN s/Acción de inconstitucionalidad", de fecha 5/06/2013; y Juzgado Federal de La Plata Nº 2, in re "Colegio de Abogados Departamento Judicial de La Plata, Levene Fernando Pablo c/PEN s/Acción declarativa", de fecha 11/06/2013.

[140] Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 11, in re "LAN Argentina SA c/ ORSNA s/ medida cautelar (autónoma)", causa 36337/13, sentencia del 27/9/13.

IV ‘Samit’ incte Med Caut del 27/8/09; Sala V "Frigorífico Morrone" 19/9/01; entre muchos otros; doc. Juzgado 10 in re ‘Ravasi M.N. s/ medida cautelar (Aut)’ del 12/10/01)".

Otro análisis que compartimos es el que expuso el Dr. Gallegos Fedriani en un voto disidente en la causa “Cambio García Ramaglio c. Banco Central de la República Argentina”, donde tuvo oportunidad de destacar que “la contracautela es una garantía establecida a favor del afectado por la medida y para cuya procedencia es necesario analizar los hechos traídos a conocimiento del juzgador, pues se refiere a una cuestión de hecho que debe ser apreciada por el juez en cada caso en particular. También, se ha dicho que la contracautela se funda en el principio de igualdad y reemplaza en cierta medida a la bilateralidad y controversia (cf. Morello G.L.Sosa R Belizonce, Cod. Proces. Civil y Comerc. Coment., Tomo II.C, pág. 495). En tales condiciones, la previsión legal contenida en el artículo 10 de la Ley N° 26.854, avanza sobre las facultades propias del juez, a quién le corresponde estimar el tipo de contracautela adecuada para el caso concreto, colocando, a su vez, a las partes en estado de desigualdad en favor del Estado Nacional, ya que lo posiciona en una situación de mayor privilegio en contra de los particulares. Por lo tanto, considero que el artículo 10 de la Ley N° 26.854, en cuanto limita de modo irrazonable los casos de procedencia de la caución juratoria, afectando el principio de igualdad ante la ley y el debido proceso legal, ambos derechos con jerarquía constitucional (artículos 16 y 18 de la Constitución Nacional), en supuestos en que no se trata de una cuestión patrimonial, corresponde que sea declarado inconstitucional”[141].

2.2.1.8 No coincidencia entre el objeto cautelar y el principal

Esta cuestión es analizada en el capítulo 1.6.4 de este trabajo. No obstante ello, es importante reiterar que siendo un polémico requisito que había sido introducido por la jurisprudencia, lo cierto es que la ley 26.854 lo incorporó positivamente en el caso de las medidas cautelares contra el Estado. En efecto, el art. 3º, inc. 4º de la ley establece que “las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal”.

Al respecto, ya hemos dicho que difícilmente una medida cautelar coincida con el objeto de una demanda, toda vez que las medidas precautorias son pretensiones provisorias y las pretensiones de fondo son, en cambio, definitivas. Esta distinción de por si elimina la

[141] In re “Cambio García Ramaglio y Cia. S.A. y otros c. Banco Central de la República Argentina” s/ entidades financieras - ley 21526 art. 41”, de fecha 26/05/2015, publicado en JA 2015-III.

coincidencia que prohíbe la ley. No obstante ello, es interesante destacar un precedente, en el que se declaró la inconstitucionalidad de este precepto de la ley, sosteniéndose que esta norma "ha pretendido transformar un principio procesal en un valladar de derecho sustantivo, que veda al juez la posibilidad de analizar si en el caso concreto la aplicación dogmática de aquél supone desprotección del justiciable que ha concurrido ante los estrados de su Tribunal, precisamente, en busca de esa protección … la aplicación lisa y llana del mencionado principio, sin contemplar excepción alguna, implica también una limitación al juzgador que, en muchos casos –como en el supuesto bajo estudio- podría desembocar en el dictado de una medida cautelar inidónea para garantizar de modo suficiente el eventual dictado de una sentencia favorable, con evidente afectación de la tutela judicial efectiva"[142].

En los casos en que la medida cautelar coincidiera con el objeto del proceso, estaríamos en realidad ante una medida auto satisfactiva, que como hemos indicado, no pueden ser consideradas cautelares ya que no son instrumentales ni accesorias respecto de procedimiento principal alguno. Son verdaderos procesos sumarísimos autónomos, que se agotan con el dictado de la respectiva resolución. Gozaíni, que entiende que el art. 3º, inc. 4º de la ley 26.854 apunta a prohibir en realidad a las medidas austosatisfactivas, sostiene que "estas medidas de inmediata satisfacción que suelen dictarse inaudita parte, conculcan la contradicción y bilateralidad propia de un sistema que resguarda el derecho de defensa en juicio; pero no son inconstitucionales ni pueden ser injustas cuando en el marco de la urgencia que las fundamenta, promedia una mínima bilateralidad, y resuelve dando soluciones prácticas y efectivas"[143].

2.2.2 La suspensión de los efectos de un acto estatal.

2.2.2.1 La clásica medida de suspensión de efectos del acto administrativo

La clásica medida cautelar de suspensión de los efectos del acto administrativo constituyó el primer avance del derecho procesal administrativo en esta materia, la que

[142] Cfr. Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal nº 2, in re "Federación Argentina de Colegios de Abogados c/EN – PEN- Ley 26.855 s/Proceso de conocimiento", de fecha 5/06/2013. Ver también sentencia de fecha 7/06/2013, del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal nº 6, in re "Javkin Pablo c/EN – PEN- Ley 26.855 s/Proceso de Conocimiento".

[143] GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, "Las medidas cautelares ante la ley 26.854", La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, pág. 78.

luego se terminó extendiendo también a los reglamentos. Es la tutela cautelar típica del contencioso administrativo.

Entre las prerrogativas de la Administración, que emanan de su régimen exorbitante, se encuentra la ejecutoriedad de sus actos, en virtud del cual ésta puede ejecutar directamente sus actos administrativos sin necesidad de recurrir a la vía judicial[144], utilizando la coacción en forma excepcional y conforme los límites del ordenamiento jurídico[145]. Sin perjuicio de ello, el administrado puede solicitar en sede administrativa la suspensión de los efectos del acto[146], aunque la impugnación administrativa de los actos y su pedido de suspensión, si fueren efectuados, carecen de efectos suspensivos, salvo que una norma establezca lo contrario. Será la Administración quien decida su procedencia, o sea, si decide ejecutar o no ese acto, valorando el interés público que persigue.

Como bien señalaba MUÑOZ, la suspensión judicial de los actos administrativos estaba contemplada desde principio de siglo en la Provincia de Buenos Aires, en el primer Código de lo Contencioso Administrativo, denominado Código Varela[147]. En el orden federal, en cambio, la jurisprudencia tuvo que recurrir, por la técnica de la analogía, a la medida de no innovar contemplada en el CPCCN[148], que establece que: "Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que: 1) el derecho fuere verosímil. 2) Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible. 3) La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria" [149].

---

[144] Cfr. DIEZ, Manuel, M., *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 319.

[145] Cf. CASSAGNE, Juan Carlos, *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1971, p. 21 y ss.

[146] Cfr. Art. 12 de la Ley 19.549.

[147] MUÑOZ, Guillermo A. – GRECCO, Carlos M., *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 621.

[148] Cfr. CNACAF, Sala II, "Trebas SA", de fecha 20/09/88, JA, 1988-IV, 189; Sala IV, "Azucarera Argentina S.A. Ingenio Corona", de fecha 1/11/84, LL 1985-A, 46.

[149] Art. 230 del CPCCN. Por su parte, es interesante resaltar que los legisladores nacionales han establecido, para las consecuencias de la emergencia pública y la reforma cambiaria ocurrida en enero de 2002, que: "En los procesos judiciales de cualquier naturaleza en que se demande al Estado nacional, a integrantes del sistema financiero, de seguros o a mutuales de ayuda económica en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectadas por las disposiciones contenidas en la ley 25.561 y sus reglamentarias y complementarias, sólo será admisible la medida cautelar reglada por el art. 230, CPCCN cuando existiere el peligro de que si se mantuviere o alterare, en su caso, la situación de hecho o de derecho la modificación pudiere interferir en la sentencia o convirtiere su ejecución en imposible o ineficaz." (Art. 1 de la Ley 25.587).

Ahora bien, para un sector de la doctrina, la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo que ha comenzado a producir sus efectos importaría, no ya la clásica medida de no innovar, sino una medida innovativa[150], toda vez que se busca restablecer una situación modificando la existente, o sea, suspendiendo los efectos que está produciendo un acto administrativo. Pero como hemos comentado en párrafos anteriores, autores como PALACIO y LUQUI sostienen que siempre estaríamos en presencia de una medida de no innovar, pues en estos casos se trataría de la prohibición de innovar la situación anterior al acto administrativo que conculca los derechos[151]. En otros términos, esta interpretación propone la idea de que se estaría no innovando la situación preexistente al acto, que fue alterada, razón por la cual es necesario modificar la situación fáctica, suspendiendo los efectos de ese acto que alteró la situación.

Para otros autores, si bien el título del artículo 230 antes citado, se refiere a la medida cautelar de no innovar, también comprende la medida innovativa, toda vez que el inciso 2º de dicho precepto expresamente contempla la necesidad de modificar la situación cuyo mantenimiento genera un peligro[152].

Pues bien, esta tutela judicial clásica del derecho procesal administrativo requiere una importante y prudente valoración de la verosimilitud del derecho que el particular invoca, toda vez que los actos administrativos se presumen legítimos. Este principio de presunción de legitimidad es, como el título lo contempla, una presunción, la cual, por ende, no es definitiva y admite prueba en contrario que la refute[153]. En tal caso, será menester acreditar

---

[150] PEYRANO, Jorge. W., "Nueva afirmación de la doctrina judicial de la cautelar innovativa", LL 1986-C, 344. COMADIRA entiende que "habitualmente, la suspensión de efectos del acto, como derivación de una medida de no innovar dispuesta en el marco del artículo 230 del CPCCN, es concebida como medida innovativa en tanto tendría como objeto innovar en el mundo jurídico neutralizando, precisamente, el acto inicialmente innovador.", en COMADIRA, Julio R., *Procedimientos administrativos…,* cit., p. 247. Esta pareciera ser la postura que inspiró la ley 26.854, dado que allí se regulan de manera separada la suspensión de los efectos de un acto estatal –art. 13- y la medida de no innovar –art. 15-, aunque sin mayores consecuencias prácticas pues las exigencias que se establecen en ambos casos son idénticas.

[151] Cfr. PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, t. VIII, cit., p. 181; CASSAGNE, Juan Carlos, "Las medidas cautelares en el contencioso administrativo", LL, 2001-B, 1090. En igual sentido, LUQUI afirma que "una medida es de no innovar tanto si prohíbe que la Administración ejecute el acto cuanto si le ordena suspender la ejecución y retrotraer las cosas a la situación anterior de su dictado, ya que en ambos casos estará impidiendo que tenga efecto una decisión administrativa, es decir, suspende los efectos del acto", en LUQUI, Roberto, E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 380.

[152] Cfr. GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado de lo contencioso Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 826.

[153] Según MARIENHOFF, "la presunción de legitimidad consiste en la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, es decir que su emisión responde a todas las prescripciones legales (…) quien pretenda la ilegitimidad o nulidad de los actos administrativos debe alegar y probar lo pertinente (…) la presunción de legitimidad que acompaña al acto administrativo no es una presunción absoluta, sino una mera presunción simple: puede ser desvirtuada por el interesado, demostrando que el acto controvierte al

en sede judicial la verosimilitud del derecho de tal forma que haga caer esa impresión de legitimidad, transformándola paradójicamente en una presunción de ilegitimidad.

Finalmente, es importante aclarar que como toda otra medida cautelar, entre los modos de obtener la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo, el afectado podrá alcanzarlo como objeto de una petición cautelar en el marco de un juicio ordinario o sumarísimo, o de una acción de amparo -en este último caso si se dan también los presupuestos de dicho remedio excepcional-, o como objeto de una cautelar autónoma, sea mientras tramita el procedimiento administrativo o una vez concluido.

2.2.2.2 La polémica en la doctrina respecto a los presupuestos requeridos para la suspensión judicial de los efectos del acto.

Ante la falta de un código en la materia que establezca reglas claras, era lógico que se encuentren tanto en la doctrina como en la jurisprudencia opiniones dispares con relación a la suspensión cautelar de los efectos de los actos administrativos.

Así, se suscitó una polémica respecto a la necesidad o no de solicitar la suspensión del acto en sede administrativa en forma previa a la petición en sede judicial, en los casos que se pretenda el remedio precautorio jurisdiccional por medio de una medida cautelar autónoma o en virtud de un requerimiento cautelar incorporado a un proceso principal. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha otorgado en su oportunidad una cautelar autónoma sujeto al pedido de suspensión en sede administrativa del acto en cuestión[154].

Para Cassagne, Aberastury (h), Gambier y Zubiaur, en cambio, esta exigencia configura un requisito inútil, pues la administración nunca resuelve suspender un acto, y lo grave es que, además, la exigencia expuesta conculca el principio de defensa en juicio y el

---

orden público…", MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 4° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, ps. 338/339.

[154] "Hughes Tool Company SACIFI c/ Nación Argentina", Fallos 307:178 (1985) y en LL 1985-E, 141. Esta postura también ha sido sostenida por la Sala IV de la CNACAF, en la causa "Rama, Norberto c. UBA", de fecha 20/5/1986. Cfr. CNACAF, Sala III, in re "Tienda León Manuel S.A. c/ Estado Nacional – Fuerza Aérea", LL 1996-D, 127. En igual sentido, ver HUTCHINSON Tomás, "La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional." ED, 124-679

de la tutela judicial efectiva, en la medida que prolonga y condiciona innecesariamente la iniciación del proceso cautelar y, por ende, el acceso a la justicia[155].

Por otra parte, en el caso de las medidas judiciales tendientes a suspender los efectos de los actos administrativos, también se discutió en nuestra doctrina si los jueces deben aplicar los presupuestos de admisibilidad regulados en el ordenamiento procedimental administrativo, o utilizar en forma analógica las normas procesales civiles y comerciales antes referidas.

En tal sentido, un sector de la doctrina, como Barra y Hutchinson, sostuvieron que para valorar la admisibilidad de las peticiones precautorias que requieren la suspensión de los efectos de los actos administrativos, los jueces deben aplicar los requisitos del artículo 12 de la L.N.P.A., que regula la suspensión del acto administrativo en sede administrativa[156]. Estos presupuestos son: a) cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta; b) razones de interés público y; c) que se dicte para evitar perjuicios graves al interesado.

Al respecto, cabe advertir que para la procedencia de la suspensión en sede administrativa basta que se configure uno solo de estos requisitos[157]. Aquí radica la gran diferencia entre ambos regímenes, y este criterio sería trasladado por dicha doctrina al proceso cautelar. A su vez, recientes ordenamientos como el Código Contencioso Administrativo de la Ciudad prevén estos mismos presupuestos.

Entre los que se opusieron firmemente en su momento a esta idea se encuentran, entre otros, Mairal, Tawil y García Pullés, quienes sostenían la aplicación del CPCCN., entendiendo principalmente que el artículo 12 de la LNPA se dirige a la propia

---

[155] CASSAGNE Juan Carlos, *Fragmentos de Derecho Administrativo. Entre la justicia, la economía y la política,* Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 149; ABERASTURY Pedro, *La justicia administrativa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, en prensa; GAMBIER, Beltrán - ZUBIAUR, Carlos, "Las medidas cautelares contra la administración: fundamentos, presupuestos y aplicación del artículo 12 de la Ley 19.549", LL 1993-D, 706.

[156] Cfr. BARRA, Rodolfo C., "Efectividad de la tutela judicial frente a la Administración: suspensión de ejecutoriedad y medida de no innovar", ED, 107-419. Ello sin perjuicio de la aplicación supletoria del CPCCN en todo lo atinente a las disposiciones propias del proceso cautelar; HUTCHINSON Tomás, "La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional." ED, 124-679; Ver también, GAMBIER, Beltrán - ZUBIAUR, Carlos, "Las medidas cautelares contra la administración…", cit.

[157] GARCÍA PULLÉS explica respecto del art. 12 de la LNPA que "este precepto fija supuestos alternativos, que no son compatibles con la previsión del art. 230 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, que exige la acreditación conjunta de la verosimilitud del derecho, una especial versión del peligro en la demora y aun acreditar que la finalidad buscada no puede lograrse por ningún otro recurso cautelar.", en GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado de lo contencioso Administrativo*, t. II, cit., p. 820.

Administración, que en definitiva es la emisora del acto y se pretende sea la que lo suspenda, y no a los magistrados[158].

Por su parte, Comadira postulaba que si el pedido de protección cautelar se realizaba ante la denegatoria expresa o el silencio administrativo, operados en el trámite de un recurso o reclamo entablados en el marco del agotamiento de la vía, correspondía aplicar las previsiones del artículo 12 de la ley, toda vez que se trataría del ejercicio jurisdiccional sobre una cláusula prevista para la Administración cuando la petición ha sido denegada o respondida con el silencio por parte de ésta. Por el contrario, si la pretensión cautelar era introducida luego de agotada la vía administrativa sin haberse planteado en dicha sede, correspondería la aplicación de las previsiones del artículo 230 del CPCCN, toda vez que en este caso el magistrado se encontraría frente a un accionar o a una inactividad resultante de una vía administrativa agotada[159].

García Pullés criticó esta postura, porque en su opinión, a la que en su oportunidad adherimos[160], la evaluación de la decisión de la administración de suspender o no un acto en sede judicial es materia que hace al fondo del proceso, que debe ser decidida en la sentencia definitiva y, por ende, no puede ser analizada en el marco de un proceso cautelar, dictado inaudita parte[161].

De todas formas, la jurisprudencia ha atenuado los requisitos del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, sosteniendo que a mayor verosimilitud se requiere menor peligro, y viceversa, cuando exista el peligro de un daño de extrema gravedad e irreparabilidad se requiere una menor verosimilitud del derecho[162]. Este criterio neutraliza la incidencia que

---

[158] Véase MAIRAL, Héctor A., *Control Judicial de la Administración Pública*, cit., p. 799 y ss.; TAWIL, Guido S., "A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de los nuevos entes reguladores", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 1363. GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado de lo contencioso Administrativo*, t. II, cit., p. 829 y ss.

[159] Cfr. COMADIRA, Julio R., *Procedimientos Administrativos*…, cit., p. 265 y ss.

[160] Cfr. CASSAGNE, Ezequiel, Las Medidas Cautelares contra la Administración, en AAVV, *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Director Juan Carlos Cassagne, t. II, 2da ed., La Ley, Provincia de Buenos Aires, 2011. Pág. 376.

[161] Este autor concluye que "la postulación de la aplicación del art. 12 de la ley 19.549 por parte del órgano jurisdiccional queda encerrada en un laberinto borgiano. Porque si su ejercicio es una consecuencia de la facultad de revisión jurisdiccional, parece evidente que como tal debe ser objeto de una pretensión inserta en una demanda y sujeta al desarrollo de todos los recaudos típicos de la apertura y desarrollo del contencioso, que sólo podría decidirse en la sentencia definitiva, extremo que genera graves dudas acerca de su utilidad", en GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado de lo contencioso Administrativo*, t. II, cit., p. 825.

[162] "Arizu, Enrique e Hijos c/ Provincia de Mendoza", Fallos 307:2267 (1985); CNACAF, Sala I, in re "Font Ricardo Mario c/ Estado Nacional s/ Amparo", 5/6/86 y "Roman Marítima S.A. c/Administración General de Puertos s/Nulidad de Acto Administrativo", 3/7/86; Sala II, in re "Continental Illinois National Bank

podría tener la aplicación de los requisitos que prescribe el artículo 230 del CPCCN frente a los supuestos contemplados en el artículo 12 de la LNPA, aunque es dable resaltar que el verdadero punto de inflexión para la procedencia o no de una medida cautelar debe ser el peligro en la demora, dado que en ese peligro reside el interés de todo el instituto cautelar[163].

A continuación veremos los requisitos fijados por la ley 26.854, y cómo ha recogido la posición que exigía la obligatoriedad del planteo previo de suspensión del acto en sede administrativa.

2.2.2.3 Requisitos de la ley 26.854 para la procedencia de la suspensión de un acto estatal

El artículo 13 de la ley 26.854 establece los requisitos exigidos para la procedencia de la suspensión de un acto estatal, que según la propia normativa comprende a la ley, un reglamento, un acto general o un acto administrativo de alcance particular.

En primer lugar se exige que se acredite sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior. Al momento de analizar las medidas cautelares genéricas que contempla nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, hemos explicado que este concepto de irreparabilidad y la inminencia del daño son las condiciones requeridas para la configuración del peligro en la demora. Al respecto, cabe reiterar las reflexiones efectuadas por Gallegos Fedriani, quien considera que el concepto de irreparabilidad, debe ser entendido por su naturaleza, con independencia de la reparación que pueda o no obtenerse[164], en la medida que conforme esa naturaleza, la gravedad del derecho conculcado puede no ser adecuadamente reparado en dinero. En tal sentido, será suficiente

---

and Trust Company of Chicago c/BCRA s/ Nulidad", 9/4/92, Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Nº2, in re "Santa Juana SCA c/ Gobierno Nacional", JA 1988-II, p. 301.

[163] Al respecto, GARCÍA PULLÉS, en una postura que compartimos, advierte que "este razonamiento es inexacto, pues la existencia de la mayor verosimilitud del derecho no habilita al dictado de ninguna medida cautelar si no existe el peligro en la demora. La urgencia es el presupuesto esencial, de modo que la seguridad del derecho en modo alguno puede suplantarla a los efectos de anticipar el resultado de una sentencia de mérito.", en GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado de lo contencioso Administrativo*, t. II, cit., p. 808.

[164] Cfr. GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *Las medidas cautelares…*, cit., p. 69.

que no se pueda reponer las cosas a su estado anterior o que la reparación *in natura* sea imposible o en los hechos muy dificultosa[165].

A continuación se exige también la verosimilitud del derecho invocado, y la verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves. Respecto de estos dos requisitos, no se advierte la diferencia de los mismos. En rigor, la verosimilitud del derecho que invoca un administrado a los efectos de requerir la suspensión de un acto estatal ilegítimo, que lesiona sus derechos, no es otra cosa que la verosimilitud de tal ilegitimidad. Y el control que el juez realice de la legitimidad, por cierto, comprenderá la legalidad como la razonabilidad. Precisamente, la legitimidad de los actos abarca tanto la legalidad, como la razonabilidad o justicia de los mismos[166], siendo necesario, entonces, el análisis jurídico de ambos presupuestos. En rigor, el análisis de la razonabilidad de los actos estatales que deben efectuar los jueces, resulta sumamente importante frente a las potestades discrecionales de la Administración o de cara a los famosos "conceptos jurídicos indeterminados"[167]. A tal fin, es importante distinguir entre potestades regladas de la administración, y potestades discrecionales. En tal entendimiento, la actividad reglada reduce a la Administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa, debiendo aplicar lo que la propia ley también ha determinado[168]. En cambio, la facultad discrecional requiere la necesidad de una valoración subjetiva de la propia Administración, al permitirle elegir entre una o más alternativas válidas, igualmente justas desde la perspectiva del Derecho[169].

---

[165] Cfr. SIMÓN PADRÓS, Ramiro, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*, cit., p. 172. Según MAIRAL, "existe gravamen irreparable cuando: la sentencia no puede reponer las cosas al estado anterior a la ejecución del acto y la diferencia resultante no es adecuadamente compensable en dinero; o la sentencia sí puede disponer tal reposición, pero la ejecución del acto durante el transcurso del pleito provocará necesariamente perjuicios que no son adecuadamente compensables con dinero" y si el perjuicio es puramente patrimonial "cuando la evaluación de los daños y perjuicios resulte tan difícil que impida llegar a una indemnización plenamente restitutoria: así, una medida que afecte la reputación o clientela de una empresa o la fama de sus principales productos o vulnere su secreto técnico o comercial; cuando por aplicación de las reglas sobre responsabilidad aquiliana, no pueda eventualmente otorgarse una indemnización plena, por ejemplo, ante la no reparabilidad de los perjuicios mediatos cuando la existencia e importancia sea verosímil; cuando por aplicación de las normas que reglan el caso la indemnización sea debida no por el Estado sino por personas de dudosa solvencia; cuando la previsible magnitud del perjuicio acarree verosímilmente la insolvencia del recurrente", MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 818 y ss.

[166] Cfr. CASSAGNE Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 119.

[167] Cfr. CASSAGNE, Ezequiel, El principio de razonabilidad en el procedimiento administrativo, en Procedimiento Administrativo, AAVV, T. I, La Ley, p. 681 y ss.

[168] Cfr. GARCÍA de ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón., Curso de Derecho Administrativo, t. I, 8 ed., Civitas, Madrid, 1997, pág. 444.

[169] Cfr. GARCÍA de ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón., Curso de Derecho Administrativo, t. I, 8 ed., Civitas, Madrid, 1997, pág. 449 y ss.

Precisamente, siendo que las alternativas deben ser justas, el juez debe analizar esa justicia, esa razonabilidad. Y si bien –como sostiene MUÑOZ MACHADO- "la actuación discrecional consiste en definir con libertad lo que son intereses generales, o lo que conviene para la mejor satisfacción de los intereses generales ya definidos por el legislador sin concretar totalmente las políticas que ha de seguir la Administración para atenderlos eficazmente"[170], lo cierto es que esta actividad discrecional debe ajustarse a derecho, o sea, ser justa, equitativa y razonable, dado que, aunque demás está decirlo, en modo alguno el ordenamiento jurídico tolera actos arbitrarios –injustos e irrazonables[171].

La Corte Suprema Argentina ha reiterado, en un pronunciamiento reciente, que "la circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad —constituida por la legalidad y la razonabilidad— con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias"[172].

En efecto, el principio de interdicción de la arbitrariedad administrativa posee fundamento constitucional, dado que el art. 19 de la Constitución Argentina establece que

---

[170] Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, T. I, Thompson Civitas, 1 ed., Madrid, 2004, pág. 519. Por su parte, Balbín señala que "la actuación discrecional del Ejecutivo en el ejercicio de sus funciones no es un espacio enteramente privilegiado porque éste no puede resolver libremente en términos absolutos sin de acuerdo con el marco normativo que reconoce comúnmente un grado de libertad, pero, insistimos, dentro de ciertos límites. Claro que en el marco de las potestades regladas el arbitrio estatal es mucho menor o, según el caso, casi inexistente", en BALBÍN, Carlos, Tratado de Derecho Administrativo, T. I., La Ley, Prov. Bs. As., 2011, pág. 806.

[171] Al respecto, SCHMIDT-ASSMANN sostiene que "la Administración no elige libremente una opción determinada, ya que, como poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada. Estos parámetros están constituidos, en primer lugar, por los objetivos o fines deducibles de la programación contenida en la ley y que, en ocasiones –sobre todo cuando se trata de normas de programación final-, se recogen expresamente en aquélla en forma de directrices para el ejercicio del poder discrecional atribuido. A estos parámetros se unen los de la Constitución, en particular los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad y de igualdad, así como los cada vez más precisos mandatos establecidos en el Derecho de la Unión Europea", en SCHMIDT-ASSMANN Eberhard, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid, INAP–Marcial Pons, 2003, p. 221.

[172] CSJN, en "Silva Tamayo Gustavo Eduardo c/ EN – Sindicatura General de la Nación – Resol. 58/03 459/03 s/ empleo público". sentencia del 27/12/2011. Ver también *Fallos*: 307:639 y 320:2509. A su vez, es interesante el desarrollo que la Corte hace sobre el ejercicio de facultades discrecionales en materia de asignación de publicidad oficial, en la famosa causa "Editorial Río Negro" (*Fallos*: 320:1191) y en la causa "Perfil", esta última in re "Perfil c/Estado Nacional s/ amparo", CSJN, sentencia del 2 de marzo de 2011. En ambos precedentes se establece que, aunque la selección de los medios de prensa para efectuar la pauta oficial trasunta una facultad discrecional, no puede ser ejercida en forma arbitraria.

“ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de los que ella no prohíbe”, siendo aplicable a los funcionarios públicos, quienes tienen prohibido, por tal motivo, emitir actos administrativos contrarios a las leyes positivas, a la razón o a la justicia. Por otra parte, la prescripción contenida en el art. 28 de esa Carta Magna, que estatuye que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”, también da sustento a la prohibición de arbitrariedad, en la medida que si bien aparece concebida para las leyes, resulta extensiva a todos los actos de los distintos poderes públicos[173]. Finalmente, el derecho a la igualdad, consagrado en el art. 16 de dicha Constitución, veda las conductas arbitrarias puntuales.

Al propio tiempo, el artículo establece el requisito de que no se vea afectado el interés público -cuestión que ya hemos analizado-, y de que la medida cautelar no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles. Esta última condición es por si misma inconstitucional y así deberá ser declarada por los jueces, en el marco del respeto al principio de la tutela judicial efectiva. De hecho, muchas decisiones cautelares necesariamente tendrán un efecto jurídico irreversible, siendo además un parámetro tan amplio que puede abarcar a la totalidad de las medidas cautelares otorgadas contra el Estado Nacional. En rigor, toda medida cautelar tiene ciertas consecuencias jurídicas irreversibles y otras no.

Asimismo, como bien señalan Pozo Gowland y Zubiaurre, esta última exigencia “resulta también cuestionable, en tanto se impone al administrado la carga de la prueba de un hecho negativo. Hubiera sido esperable que la norma pusiera en cabeza de la Administración la acreditación de este extremo, en oportunidad de presentar el informe exigido por el art. 4º de la ley 26.854, o en cualquier otro momento, de conformidad con lo previsto por el art. 6º de dicha ley”[174].

Finalmente, la norma establece que cuando el pedido de suspensión judicial de un reglamento o de un acto de alcance general o particular, mientras se encuentre pendiente el agotamiento de la vía administrativa, sólo será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y que la decisión de ésta fue adversa a su petición, o que han transcurrido cinco días desde la presentación de la

[173] Cfr. CASSAGNE Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, págs. 198 y 201.

[174] Cfr. POZO GOWLAND Héctor y ZUBIAURRE Ramón, “La suspensión de los efectos del acto administrativo en la Ley 26.854”, La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, pág. 117.

solicitud sin que ésta hubiera sido resuelta[175]. Como hemos advertido en oportunidad de comentar la polémica que se había generado antes del dictado de esta ley respecto de este tema, esta exigencia configura un requisito inútil, pues la administración nunca resuelve suspender un acto, y lo grave es que, además, la exigencia expuesta conculca el principio de defensa en juicio y el de la tutela judicial efectiva, en la medida que prolonga y condiciona innecesariamente la iniciación del proceso cautelar y, por ende, el acceso a la justicia, que en muchos casos no admite demora alguna, mucho menos innecesaria[176].

2.2.3 Las medidas positivas contra la Administración.

A la tutela cautelar clásica de suspensión de los efectos del acto, que no alcanzaba al supuesto de denegación de derechos, se le sumaron las medidas positivas -o innovativas[177]-, que hacen posible que el juez otorgue, sin las dilaciones del procedimiento ordinario, lo que la administración le niega al ciudadano. Al no estar expresamente contempladas en el CPCCN, pertenecen al campo de las medidas innominadas que los magistrados pueden dictar conforme la autorización genérica que consagra el codificador en el artículo 232 de dicho cuerpo normativo, las cuales constituyen herramientas útiles frente a la inactividad de la Administración, o en el supuesto de denegación de derechos, en el caso de que el pedido de no innovar no sirva para proteger precautoriamente el derecho en cuestión.

---

[175] Ver art. 13, incido 2.

[176] Ver CASSAGNE Juan Carlos, *Fragmentos de Derecho Administrativo. Entre la justicia, la economía y la política*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 149; ABERASTURY Pedro, *La justicia administrativa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, en prensa; GAMBIER, Beltrán - ZUBIAUR, Carlos, "Las medidas cautelares contra la administración: fundamentos, presupuestos y aplicación del artículo 12 de la Ley 19.549", LL 1993-D, 706.

[177] Sin embargo, para autores como GALLEGOS FEDRIANI, las medidas cautelares positivas y las medidas cautelares innovativas se diferencian entre sí, en la medida que "al peticionar una innovativa –o de no innovar retroactiva-, el particular pretende ser colocado en la situación en la que se hallaba antes de su solicitud; es decir, que se restablezca el estado de cosas que existía con anterioridad a la actuación innovadora de la Administración. Por el contrario, si se persigue la obtención de una medida cautelar positiva, el administrado aspira a quedar en una situación nueva, distinta de la que gozaba antes como después del acto que lo perjudicó", en GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., "Control judicial de la Administración. Medidas cautelares", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho Procesal Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 762. En cambio, para LUQUI, opinión que compartimos, las medidas positivas son equivalentes a las medidas innovativas. Este autor entiende que "las medidas cautelares se consideran innovativas en los casos que imponen al sujeto pasivo una conducta nueva, pero no cuando retrotraen la situación al estado en que se hallaba antes de dictarse el acto administrativo (…) es mejor reservar la calificación de medidas cautelares innovativas para las medidas positivas, las que dictan los jueces cuando imponen una conducta nueva a la Administración o el cumplimiento de una prestación, las cuales son generalmente resistidas", Cfr. LUQUI, Roberto, E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, cit., p. 380.

En efecto, señala González-Varas que "si la pretensión cautelar se refiere a una pretensión prestacional en caso de inactividad (a fin de obligar a la Administración a realizar una actuación o hacer cesar una vía de hecho), procede la medida cautelar positiva, ya que lo que interesa al sujeto es que la Administración cautelarmente realice una actuación, por ejemplo que actúe contra un sujeto que realiza una actividad molesta paralizando la actividad"[178].

Se trata de la emisión de mandatos judiciales orientados a exigir de las entidades públicas determinadas conductas a seguir, pudiendo ser obligaciones de dar o de hacer[179]. Este tipo de medidas deja de lado la interpretación ortodoxa del principio de la división de poderes, por una interpretación más flexible acorde a la realidad de los tiempos actuales. En este escenario, teniendo en cuenta que la decisión jurisdiccional que las concede, en lugar de mantener el estado de hecho o de derecho preexistente, modifica dicha situación en beneficio del particular, se observa un criterio restrictivo en la apreciación de los presupuestos necesarios para su dictado[180].

La nueva ley de medidas cautelares contra el Estado prevé expresamente las medidas positivas. En efecto, el artículo 14 de dicha ley establece las exigencias que deben observarse para las medidas cautelares cuyo objeto implique imponer la realización de una determinada conducta a la entidad pública demandada. Esta norma dispone, además de las exigencias generales impuestas para las otras medidas cautelares que regula, la necesidad de que exista una inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada, y la fuerte posibilidad de que el derecho del solicitante a una prestación o actuación positiva de la autoridad pública exista.

Vale la pena efectuar una valoración de la primera de las exigencias, dado que el segundo requisito señalado es similar al requisito genérico de la verosimilitud en el derecho, expresado ahora con otra terminología, que consideramos inadecuada pues no vemos una razón valedera para cambiar constantemente de términos cuando en realidad se

---

[178] GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ Santiago, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 555.

[179] SORIA, Daniel F., "La medida cautelar positiva en el proceso administrativo" (Notas sobre un nuevo avance jurisprudencial)", ED 182-1126.

[180] "Bulacio Malmierca, Juan Carlos y otros c/ Banco de la Nación Argentina", *Fallos,* 316:1833 (1993); "Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf SRL y otros", Fallos 320:1633 (1997) y "Banco de la Ciudad de Buenos Aires –en autos "Kiper"- s/ solicita se declare estado de emergencia económica (corralito financiero)", Fallos 324:4520 (2001).

trata del mismo presupuesto, rebautizado en esta caso como "fuerte posibilidad de que el derecho exista".

Pero con relación a la primera de las exigencias aludidas, vemos con preocupación que se haya incluido como requisito la inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico concreto y específico a cargo de la demandada, pues este concepto puede ser malinterpretado y generar la idea de que sólo podrá requerirse una medida positiva si el objeto de la pretensión radica en imponer a la Administración el cumplimiento de una obligación expresamente exigida por la normativa.

Es que como bien señala Gozaíni, las medidas positivas, en rigor, "obligan a la Administración a hacer cuando su inactividad produce daños irreparables, o cuando por vías de hecho produce mayores perjuicios a la sociedad aunque tenga beneficios individuales"[181]. Este alcance supera, ciertamente, la exigencia ahora introducida por la ley del deber concreto y específico.

2.2.4 Las medidas cautelares frente a los hechos de la Administración.

Conforme lo dispone en forma expresa el artículo 9º de la Ley 19.549, "la Administración se abstendrá de comportamientos materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantía constitucionales…".

Pues bien, frente a hechos de la Administración que vulneren los derechos de los administrados, éstos podrán acudir a la justicia y solicitar la protección cautelar que, de acuerdo a las particularidades de cada caso, podrá provenir de una medida de no innovar, o de una medida positiva que resguarde el derecho lesionado.

La ley de medidas cautelares contra al Estado, al regular la medida de no innovar de manera separada a la medida de suspensión de los efectos de un acto estatal, expresamente indica que la misma es procedente frente a la ejecución de una conducta material que ocasione perjuicios graves de imposible reparación ulterior[182]. Los requisitos que exige en estos casos son idénticos a los presupuestos requeridos para el caso de las medidas cautelares que suspenden los efectos de un acto estatal.

---

[181] Ver GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, "Las medidas cautelares ante la ley 26.854", La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, pág. 87.
[182] Ver art. 15 de la ley 26.854.

2.2.5 Las medidas autónomas contra la Administración.

En el derecho procesal administrativo adquieren un importante protagonismo las medidas cautelares autónomas, distintas de aquellas medidas autosatisfactivas que hemos desarrollado *ut supra*. Este tipo de medidas, en cambio, se solicitan generalmente cuando el particular está tramitando el procedimiento administrativo y todavía no se encuentra en condiciones de acceder, en principio, a la instancia judicial.

Su fundamento procesal se encontraba en el artículo 195 del CPCCN, en cuanto dispone que las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes de deducida la demanda. Esta medida se presenta como autónoma e instrumental, y el particular se obligaba, en el orden nacional, a promover la demanda dentro de los diez días de que se haya agotado la instancia, toda vez que a partir de ese agotamiento de vía el administrado se encuentra en condiciones de habilitar la instancia judicial. Así lo estableció la jurisprudencia, al indicar que "el plazo a que se refiere el art. 207 del CPCCN comenzaría a correr o se reanudaría a partir del momento en el que, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones citadas de la ley 19.549 –artículo 23 y 25- quedará expedita la vía judicial … tal plazo, debe considerarse suspendido a partir de la promoción de las actuaciones que harían viable una posterior acción judicial, y reanudando en el momento en el que esa segunda vía quedara expedita de alguno de los modos previstos en las normas que rigen el procedimiento administrativo"[183].

En nuestro medio, la doctrina sostiene que las medidas cautelares autónomas constituyen "una herramienta adecuada para establecer un límite a las prerrogativas que el ordenamiento concede a la Administración para hacer posible la consecución de sus fines, recordándole que su ejercicio, como medio, está tan sujeto a la legalidad como los propios fines y que aquellas potestades no constituyen un *bill* de indemnidad contra el control judicial efectivo y oportuno, marcando el límite de la relación entre autotutela ejecutiva y principio de legalidad. Debe atribuirse esta condición a las "cautelares autónomas", pues son las que se enfrentan particularmente con las potestades exorbitantes que se han

[183] Cfr. CNACAF, Sala IV, in re "Hisisa Argentina SAICIF c/ BCRA s/ juicio de conocimiento", de fecha 24/8/94, ED 166-533. Cfr ABERASTURY Pedro, *La justicia administrativa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, en prensa.

descripto más arriba, mientras la cuestión todavía se halla en el seno de la Administración y sujeta a su decisión"[184].

A su vez, el administrado también puede interponer una medida autónoma una vez concluido el procedimiento administrativo, siempre que la urgencia amerite su presentación en forma autónoma a un proceso, el cual deberá incoarse a los diez días de presentada la petición autónoma[185].

Una práctica procesal recurrente consiste en iniciar una pretensión administrativa y, paralelamente, acudir a la justicia requiriendo una medida cautelar autónoma hasta que la Administración resuelva dicha petición. A partir de ese momento la protección cautelar pierde vigencia, pero inmediatamente puede iniciarse el pleito con la extensión de esa cautela –o un nuevo pedido-, una vez que se encuentre en condiciones de habilitar la instancia judicial al haberse agotado la vía administrativa. Esta alternativa puede implicar que al agotarse la vía administrativa, la cautela obtenida caduque en ese momento, razón por la cual no se contaría con los diez días antes mencionados que poseen las cautelares autónomas comunes.

La ley 26.856, específica de cautelares contra el Estado, tuvo que contemplar esta particularidad propia que presenta el sistema de agotamiento de vía dispuesto por la ley 19.549. A tal fin, la ley establece que cuando la medida cautelar se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caducará automáticamente a los diez días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa[186]. También dispone que se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubiesen ordenado y hecho efectivas antes de la interposición de la demanda, si encontrándose agotada la vía administrativa no se interpusiere la demanda dentro de los diez días siguientes al de su traba.

---

[184] GARCÍA PULLÉS, Fernando R, *Medidas cautelares autónomas en el contencioso administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p. 63.

[185] En el orden nacional, el artículo 207 prevé que "se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que su hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda dentro de los diez días siguientes a su traba, aunque la otra parte hubiese deducido recurso. Las costas y los daños y perjuicios causados serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción del proceso; una vez iniciado éste, podrá ser nuevamente requerida si concurriesen los requisitos de su procedencia."

[186] Art. 8º, inciso 1º de la ley 26.854.

En principio, la solución parece acertada, pues prevé que la medida cautelar no caduca al momento mismo de producirse el agotamiento de la vía administrativa. Ahora bien, cabe realizar dos observaciones a la norma.

La primera de ellas consiste en no compartir la solución de que el agotamiento de la vía administrativa por acto expreso de la Administración tenga que producir a los diez días la caducidad automática de la medida cautelar. Es una sanción que no se condice con la finalidad del instituto cautelar, y menos aún puede tener algún fundamento en el hecho de que la Administración finalmente se expida como consecuencia de sistema de agotamiento de vía administrativa, que de por sí ya es, a nuestro criterio, inconstitucional[187]. ¿Por qué debe caducar? No hay explicación posible, menos si se tiene en cuenta que la Administración pudo cuestionar –y podrá volver a hacerlo- la procedencia y vigencia de la medida cautelar en el proceso judicial autónomo. Es más, esta caducidad pierde sentido teniendo en cuenta que el Juez ya tuvo oportunidad de escuchar a la Administración al exigírsele el informe previo, razón por la cual el acto que ponga fin a la vía administrativa puede no tener virtualidad alguna, más que la procedimental o, lo que es peor aún, constituir la consolidación de la arbitrariedad o ilegitimidad. Y en estos casos, sorprendentemente, se produce la caducidad automática.

Una solución razonable en estos supuestos sería otorgarle a la Administración la facultad de presentar en forma inmediata el acto en cuestión, obligando en forma expresa al juez a pronunciarse, en un plazo prudente, sobre el mantenimiento de la medida provisoria. De manera tal que la cautelar se mantenga vigente hasta que el juez examine la incidencia que tiene el acto dictado por la Administración respecto de la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora acreditado. No debe olvidarse que frente al acto administrativo que agota dicha instancia, el administrado tiene un plazo de caducidad de noventa días hábiles judiciales para iniciar la acción judicial[188]. En tal entendimiento, si el administrado no inicia en ese término la respectiva demanda, caducará su derecho, y por ende, es también razonable que allí si caduque automáticamente la medida cautelar obtenida.

---

[187] Cfr. CASSAGNE, Ezequiel, El principio de razonabilidad en el procedimiento administrativo, en Procedimiento Administrativo, AAVV, T. I, La Ley, p. 681 y ss.

[188] Véase art. 25 de la Ley 19.549. En igual sentido se ha advertido que la fijación de un plazo especial de caducidad de diez días para la interposición de la demanda (…) altera injustificadamente el plazo previsto en el art. 25 de la LNPA para la interposición de la impugnación judicial del acto administrativo", en POZO GOWLAND Héctor y ZUBIAURRE Ramón, "La suspensión de los efectos del acto administrativo en la Ley 26.854", La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, pág. 106.

La otra observación no menor radica en advertir que la norma comentada impone la caducidad automática de la medida cautelar a los diez de la notificación "del acto que agotase la vía administrativa". Ahora bien, existen en el ordenamiento administrativo una serie de recursos facultativos que el administrado puede interponer ante la administración una vez dictado el acto que agota la vía administrativa, como ser el caso del recurso de alzada contra actos definitivos emanados del órganos superior de un ente autárquico –incluidas las universidades nacionales-, reconocido en el art. 94 del Reglamento de la Ley de Procedimientos Administrativos, aprobado por el Decreto 1759/72, el recurso de revisión que prevé el art- 22 de la Ley 19.549, o el recurso de reconsideración contra decisiones definitivas que contempla el art. 100 del reglamento antes referido. En estos casos en que el administrado legítimamente continúa en el trámite del procedimiento administrativo, no debería en modo alguno caducarle automáticamente la medida cautelar obtenida en la justicia. Una solución así sería a todas luces irrazonable y atentaría no sólo contra la tutela judicial efectiva, sino que se estaría vulnerando en estos supuestos concretos el debido procedimiento adjetivo, dado que si el particular opta por continuar con el procedimiento administrativo se vería privado de la protección cautelar.

2.2.6 Las medidas precautelares contra la Administración.

Una práctica reconocida en el fuero contencioso administrativo federal ha dado nacimiento a la medida precautelar, que implica la suspensión provisoria de los efectos de un acto cuestionado hasta que la administración remita las actuaciones administrativas al juzgado, toda vez que el peticionante no ha podido realizar la vista de ellas y por ende no ha podido adjuntar las copias certificadas a la presentación judicial, o debido a que el magistrado requiere ver el expediente en su totalidad. En ciertas ocasiones, suele también pedírsele a la Administración que produzca un informe sobre la situación, en un plazo muy exiguo. Luego, inmediatamente, el juez debe decidir la cautela solicitada[189].

Respecto de este tipo de medidas, Guglielmino apunta que "cuando son dirigidas contra la Administración, dada la incapacidad jurídica y moral de insolventarse de ésta, el juez tiene como alternativa, previo a la cautela, la posibilidad de requerir a aquélla que en un breve plazo produzca un informe sumario sobre el planteo del administrado, acompañado, en su caso, de las actuaciones administrativas que eventualmente hayan

[189] Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Las medidas cautelares en el contencioso administrativo", op cit.

precedido la actividad estatal. Por supuesto, si ese traslado pudiera implicar que el daño se produzca por lo intenso del peligro en la demora, el juez debe agregar a aquel traslado la orden a la Administración de que se abstenga de llevar a cabo un comportamiento que implique la abstracción del objeto que se pretende tutelar, hasta tanto resuelva la medida solicitada, una vez producido el informe en cuestión"[190].

La ley 26.854 ha dado una connotación definida de estas medidas precautelares, las que cobran un sentido más importante frente a la nueva exigencia del informe previo a la decisión cautelar. En rigor, para morigerar los efectos irreparables que pueden derivarse de la exigencia al juez de requerir un informe previo a la autoridad pública demandada antes de analizar y poder dictar una medida cautelar, la referida ley dispone que sólo cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez o tribunal podrá dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción[191]. Hemos realizado el análisis de los alcances de esta medida interina en el capítulo correspondiente al informe previo, al cual nos remitimos.

2.3 LAS CAUTELARES REQUERIDAS POR EL ESTADO

Sorprendentemente, y a contrario de toda lógica y fundamento jurídico, la ley 26.854 regula las medidas cautelares pedidas por el Estado de una manera totalmente distinta a las medidas cautelares al alcance de los administrados.

Es aquí donde se advierte la incongruencia y la afectación a la igualdad procesal que debe regir en estos casos. Basta leer rápidamente el art. 16 de la ley para observar que al Estado se lo ha dotado de un inmenso privilegio en materia de medidas cautelares, que no se condice con las innumerables exigencias previstas para los ciudadanos comunes, muchas de ellas inconstitucionales. En rigor, al Estado sólo se le exige peligro en la demora y verosimilitud en el derecho, y la exigencia de que el objeto de su pretensión cautelar no coincida con su pretensión principal. O sea, para el Estado sí se aplican los presupuestos clásicos de la teoría general de las medidas cautelares -aunque como no podía ser de otra

[190] GUGLIELMINO Osvaldo, "Medidas cautelares contra la Administración", en *Actualidad en el Derecho Público*, Nº 13, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p. 80 y ss.
[191] Art. 4º, inciso 1º, apartado 3º.

manera bajo un ropaje terminológico distinto-, que se venían aplicando por siempre a los administrados.

La desigualdad es ilimitada. Al Estado no se le exige informe previo, ni ninguna de las cuantiosas exigencias previstas para los particulares. Se trata de un "tratamiento desigualitario que se brinda al justiciable frente al propio Estado, en violación a las previsiones del art. 16 de la Ley Fundamental"[192].

2.4 LA BATALLA POR LAS MEDIDAS CAUTELARES (O CONTRA)

Señala Luqui que si bien en una época los requerimientos cautelares eran rechazados por los jueces sobre la base de la solvencia estatal y la presunción de legitimidad de los actos administrativos, después las cosas cambiaron. Explica el autor que los magistrados actuales conceden medidas cautelares contra la Administración con mucha ligereza, sobre todo en una primera instancia, en la medida de que, ante la menor duda, se conceden con la seguridad de que existe una cámara de apelaciones que luego podrá rever y estudiar esa decisión[193].

Desde la Administración, mediante el dictado de numerosos decretos, y desde el Congreso mediante la sanción de leyes, se ha tratado de impedir la proliferación de medidas cautelares en casos concretos, como lo ocurrido con el denominado "corralito financiero" y la congelación de los depósitos bancarios (Decretos 905/02, 1316/02, Ley 25.587), disposiciones que, en esa parte pertinente, fueron declaradas inconstitucionales en más de una oportunidad por distintos fueros jurisdiccionales[194].

---

[192] ROJAS, Jorge, El nuevo régimen de las cautelares frente al Estado, La Ley, Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte, Ley 26.854, Mayo 2013, p. 131.

[193] LUQUI, Roberto, E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, cit., p. 353.

[194] El artículo 12 del Decreto 214/02 estableció la suspensión de 180 días en la tramitación de todos los procesos judiciales y medidas cautelares que tengan incidencia sobre las disposiciones que imposibilitaron el retiro de los depósitos bancarios. Los tribunales del fuero Contencioso Administrativo Federal inmediatamente declararon la inconstitucionalidad de dicha disposición. Véase, como ejemplo, la sentencia del Juzgado Nº 10, secretaría 19, in re "Castillo, Pablo Christian c/Mº de Economía – Resolución 9/02 s/Amparo", de fecha 11/2/02. A su vez, por medio de la Ley 25.587 el Congreso reguló el instituto cautelar en los procesos judiciales de cualquier naturaleza en que se demande al Estado Nacional, a entidades integrantes del sistema financiero, de seguro o mutuales de ayuda económica en razón de créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse efectados por las disposiciones contenidas en la Ley 25.561 y sus complementarias y reglamentos. Entre los recaudos que dicha ley fijó para la procedencia de las medidas en cuestión, el que quizás más resistencia produjo fue el que estableció que "serán apelables con efecto suspensivo ante la Cámara Federal de Apelaciones que sea tribunal de alzada del juzgado que las dictó." La Sala II de la CNACAF

Como hemos dicho en otra oportunidad, es importante reconocer que nos debemos un código procesal contencioso administrativo que establezca reglas adjetivas claras, no sólo sobre el instituto cautelar, sino sobre todos los procesos contra el Estado[195]. En ese marco se podría haber tratado este tema, y no como se ha hecho, dictándose una ley sumamente restrictiva e inconstitucional sobre el régimen de medidas cautelares contra la Administración, como lo es la ley 26.854.

Una ley como la 26.854 sería impensada hoy en día, por ejemplo, en cualquier país de Europa, dado que, como bien nos indica Fernández Torres, "el enfoque de la tutela cautelar con el principio general del derecho europeo de la tutela judicial efectiva, así como con el derecho a un proceso equitativo del art. 6º.1, Convenio Europeo de Derechos Humanos, la consagran al máximo nivel. Ello entraña varias consecuencias que son sencillamente capitales. Por un lado, impide que cualquier legislador, ya sea supranacional o ya nacional, recorte o limite la tutela cautelar y, más aún, la prive de contenido"[196].

Esta ley ha sido concebida en el marco de una extrema tensión entre el Poder ejecutivo de turno y distintos medios de comunicación. De hecho, la génesis de la aplicación de un plazo a las medidas cautelares se dio en dos causas donde el Estado Nacional es demandado, referidas a la ley de medios audiovisuales, y otras leyes vinculadas. Esta ley es fruto también de una concepción autoritaria que no tolera la administración de justicia, y que ha decidido no sólo continuar con los constantes agravios que ciertos funcionarios públicos o formadores de opinión efectuaron contra los jueces que dictan medidas cautelares contra la Administración, mediante la utilización de frases desafortunadas tales como "*justicia delivery*", "*justicia express*", "*jueces cautelares*" o "*justicia cautelar*", sino ahora contar con una legislación cautelar que, aun sabiéndose inconstitucional, generará graves problemas a los administrados.

Es en este escenario donde los distintos estamentos de la sociedad deben contribuir al fortalecimiento de las instituciones republicanas, como la justicia, y más precisamente en este caso, el instituto cautelar que la preserva. Seguimos confiando que muchas de las disposiciones de esta ley seguirán siendo declaradas inconstitucionales por los tribunales

---

dispuso la inconstitucionalidad de este precepto, in re "Grimberg Marcelo Pablo c/ PEN Dto. 1570/01 s/ Amparo", de fecha 25/6/02.

[195] Cfr. CASSAGNE, Ezequiel, "Proyecto de ley polémico sobre medidas cautelares contra la Administración Pública", La Ley 27/07/2009.

[196] FERNANDEZ TORRES, Juan Ramón, La tutela cautelar (I). Su configuración como pieza central de la tutela judicial de los ciudadanos en Europa y en España, en AAVV, Revista de Derecho Administrativo (REDA), Nº 89, Abeledo Perrot, 2013, p. 1368.

competentes. Se encuentran en juego, nada menos, los principios de la tutela judicial efectiva y el de división de poderes.

En definitiva, son los jueces los que en cada caso concreto deberán ponderar si deben otorgar las medidas cautelares requeridas, a pesar de esta normativa inconstitucional, siendo junto con los abogados los responsables de que se abra paso con "resolución y con lucidez la técnica de la justicia provisional inmediata, que se ventila en el plano de las medidas cautelares, impuesta como una exigencia ineludible de la efectividad de la tutela judicial en un momento en que la justicia definitiva no puede ser decidida sino tras larguísimos plazos temporales (…) Se comprende fácilmente que el único instrumento hábil para hacer efectiva la justicia en una situación de este carácter, que puede proyectar hacia un futuro virtualmente ilimitado la solución definitiva de los procesos, el único instrumento hábil es este de la justicia provisional que las medidas cautelares hacen posible"[197]. Si bien estas reflexiones del profesor García de Enterría han sido concebidas desde el derecho comunitario y europeo, es fácil advertir su proyección a la realidad actual de nuestro país y de todos los sistemas jurídicos iberoamericanos.

Sin perjuicio de lo expuesto, consideramos que el dictado de medidas cautelares contra la administración por parte de los jueces debe realizarse en el marco de un prudente y detenido análisis del interés público comprometido, en la medida que se corre el riesgo en algunos casos de afectar la administración ordinaria del país, con la consecuente posibilidad de generarse daños importantes a ese interés colectivo de impostergable realización[198].

En nuestra opinión, en ciertos supuestos donde la cuestión es compleja, y se presenta un interés público mayor, los jueces deben considerar conveniente correrle un breve traslado a la otra parte a los efectos de que pueda ser oída. Este emplazamiento, que debe ser facultativo de los jueces y en modo alguno obligatorio, no atropella el instituto cautelar sino que lo fortalece, no existiendo norma que lo prohíba.

De todas formas, admitiendo o no la utilización del emplazamiento para ciertos supuestos, son los jueces los que en cada caso concreto deberán ponderar si se dan los requisitos para la procedencia de las medidas cautelares requeridas, que en este trabajo hemos expuesto, siendo junto con los abogados los responsables de que se abra paso con "resolución y con lucidez la técnica de la justicia provisional inmediata, que se ventila en el

[197] GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1992, p. 203.
[198] Cfr. COMADIRA, Julio R., *Procedimientos Administrativos…,* cit., p. 259.

plano de las medidas cautelares, impuesta como una exigencia ineludible de la efectividad de la tutela judicial en un momento en que la justicia definitiva no puede ser decidida sino tras larguísimos plazos temporales –más extensos cada vez, por cierto, ante el incremento paulatino del número de procesos pendientes ante los Tribunales, incluido el Supremo, que lejos de reducirse lleva ya varios años aumentando-. Se comprende fácilmente que el único instrumento hábil para hacer efectiva la justicia en una situación de este carácter, que puede proyectar hacia un futuro virtualmente ilimitado la solución definitiva de los procesos, el único instrumento hábil es este de la justicia provisional que las medidas cautelares hacen posible"[199]. Si bien estas reflexiones del gran maestro García de Enterría fueron concebidas desde el derecho comunitario y europeo, es fácil advertir su proyección a la realidad de nuestro país y de todos los sistemas jurídicos iberoamericanos.

[199] GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1992, p. 203.

AUTORIDAD NACIONAL DE LA COMPETENCIA: LINEAMIENTOS GENERALES DE SU DISEÑO INSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

A diferencia de lo ocurrido en muchos países de la región, en Argentina no han existido grandes avances en materia de defensa de la competencia durante los últimos quince años. Más aún, en el período 2007-2015 hemos experimentado un marcado retroceso, caracterizado por una creciente politización de las decisiones adoptadas en esta materia y la escasa aplicación de sanciones.

Si bien son diversos los factores que llevaron a esta situación, que recién comenzó a revertirse con el cambio de Gobierno ocurrido a fines de 2015, resulta indudable que una de sus principales causas consiste en la inexistencia de una autoridad de aplicación independiente del poder político, que cuente con los recursos humanos y financieros necesarios para llevar adelante eficazmente las tareas a su cargo.

Es por ello que uno de los ejes centrales de la Ley 27.442[1], que aprobó el nuevo régimen de defensa de la competencia, es justamente la creación de una nueva autoridad de aplicación descentralizada -la Autoridad Nacional de la Competencia ("ANC")- dotada de características tales que le permitan ejercer sus funciones con mayor independencia, tanto técnica como económica.

A continuación, nos referiremos muy brevemente a los principios generalmente aceptados a nivel internacional en lo que respecta al diseño institucional de las autoridades de competencia, para luego analizar la evolución de nuestra legislación en esta materia y las características generales de la ANC, a la luz de lo dispuesto en la Ley 27.442 y su reglamentación.

II. EL DISEÑO INSTITUCIONAL DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

[1] B.O. 15/5/2018.

Desde hace ya varios años el diseño institucional de las autoridades de competencia es objeto de un intenso debate a nivel internacional, en tanto se ha tomado conciencia de que de tal diseño depende, en gran medida, el éxito de la legislación *antitrust*.

Un análisis pormenorizado de los distintos modelos existentes, y las propuestas que en esta materia ha efectuado la doctrina, excedería el objeto de este trabajo. Sin embargo, consideramos conveniente efectuar una breve síntesis de las conclusiones emergentes de las mesas redondas sobre "Cambios en el diseño institucional de las autoridades de competencia" organizadas por el Comité de Competencia de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), de las cuales es posible extraer una serie de principios básicos que serán de utilidad al momento de evaluar las características generales de la nueva autoridad de aplicación creada por la Ley 27.442.

En el marco de estas reuniones -que tuvieron lugar en diciembre de 2014 y junio de 2015, y de las cuales participaron, entre otros, representantes de la Unión Europea, Estados Unidos, el Reino Unido, Francia, España, Brasil y México[2]- se concluyó que no existe un modelo ideal en materia de diseño institucional de las autoridades de competencia que sea universalmente aplicable, dada la fuerte influencia que tiene en esta materia el contexto económico, social y legal de cada jurisdicción.

No obstante ello, en el documento final publicado por la OCDE se proponen, entre otras, las siguientes pautas a tener en consideración[3]:

(i) la independencia de las autoridades de competencia respecto del gobierno es una característica altamente deseable, aunque una completa autonomía institucional podría conllevar ciertas dificultades;

(ii) la rendición de cuentas es un elemento clave para el funcionamiento de la autoridad, que puede incrementar la credibilidad del organismo;

(iii) contar con recursos financieros suficientes y autonomía es esencial para

[2] Todos los documentos vinculados con estas mesas redondas se encuentran disponibles en http://www.oecd.org/daf/competition/changes-in-competition-institutional-design.htm.

[3] OECD Competition Committee, "Key points of the Roundtables on Changes in Institutional Design", DAF/COMP/M(2015)1/ANN9/FINAL, disponible en: http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M(2015)1/ANN9/FINAL&docLanguage=En.

alcanzar efectivamente los objetivos perseguidos por las autoridades *antitrust*[4];

(iv) la creación de autoridades de aplicación "multifuncionales" -que tengan competencia no sólo en materia *antitrust*, sino también en lo que respecta a defensa del consumidor y/o sectores regulados- puede brindar ciertos beneficios -como ser un mejor intercambio de información, la combinación de experiencias complementarias y la reducción de costos administrativos-, pero también conlleva dificultades -tales como eventuales conflictos en la determinación de objetivos y prioridades, choque de distintas culturas internas y diferencias en el tipo de análisis legal y económico requerido en cada materia-[5]; y

(v) si bien no existe un modelo ideal en lo relativo a la distribución de las competencias de investigación y juzgamiento (que en algunos países estan concentradas en un mismo organismo y en otros son otorgadas a autoridades separadas), puede resultar ventajosa la adopción de medidas tendientes a incrementar la independencia y objetividad en la toma de decisiones (como, por ejemplo, la separación interna de las competencias mencionadas, la obligación de presentar informes anuales y la implementación de un sistema de control judicial efectivo).

En muchos otros trabajos publicados por la OCDE[6] y la Organización de las Naciones Unidas (ONU)[7] se proponen pautas similares, especialmente en lo referido a la necesidad de que la autoridad de competencia sea independiente del poder político y esté obligada a rendir cuentas de sus actos.

Nuestro país se ha manifestado en forma coincidente en la tercera sesión del Global

---

[4] En el documento se señala, sin embargo, que el auto-financiamiento basado en las multas impuestas y el cobro de tasas conlleva ciertos riesgos, como ser la posible pérdida de imparcialidad al momento de calcular el monto de las sanciones.

[5] En España, por ejemplo, existe actualmente una autoridad de aplicación "multifuncional" (la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, creada mediante la Ley 3/2013) que ejerce funciones tanto en materia *antitrust* como también en lo que respecta a diversos sectores regulados (electricidad, gas, comunicaciones electrónicas, comunicación audiovisual, ferrocarriles, servicio postal y tarifas aeroportuarias). Este modelo institucional ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina y ya existen proyectos legislativos para su modificación (ver, al respecto, JIMÉNEZ LAIGLESIA, José M., "La anunciada extinción de la CNMC", en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2017*, Civitas, Madrid, 2017, p. 325).

[6] OECD Competition Committee, "Independence of competition authorities - From designs to practices", DAF/COMP/GF(2016)5, disponible en https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)5/en/pdf.

[7] UNCTAD, "Independence and accountability of competition authorities", TD/B/COM.2/CLP/67, disponible en http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/CCPB_IGE2014_UNCTADNOTE_EMCF_en.pdf; y "Foundations of an effective competition agency", TD/B/C.I/CLP/8, disponible en http://unctad.org/en/Docs/ciclpd8_en.pdf.

Forum on Competition de la OCDE, que tuvo lugar en diciembre de 2016, donde señaló que una autoridad de competencia independiente ejerce sus poderes sobre la base de argumentos legales y económicos, libre de presiones o influencias políticas, lo cual acrecienta la consistencia y predictibilidad de las decisiones y crea un ambiente de confianza en el procedimiento mediante el cual la autoridad selecciona, investiga y decide los casos[8].

III.- LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN ARGENTINA

Nuestro país cuenta con legislación *antitrust* desde 1923, año en el que fue sancionada la Ley 11.210[9], en virtud de la cual se declaró delito la comisión de diversas conductas anticompetitivas, como ser la celebración de convenios o pactos tendientes a establecer o sostener un monopolio. Atento al carácter penal de los ilícitos previstos en la norma, la aplicación de las sanciones respectivas fue encomendada al Poder Judicial.

Igual criterio fue adoptado en la Ley 12.906[10], que sustituyó a su antecesora, no obstante lo cual la norma estableció que correspondería al Poder Ejecutivo de la Nación, o al organismo administrativo que éste determinase, vigilar su cumplimiento e instruir el respectivo sumario administrativo en caso de reunir indicios de la comisión de alguno de los ilícitos previstos en la norma. De contar con indicios vehementes o semiplena prueba del hecho investigado, debía iniciarse la respectiva denuncia ante el juez penal competente.

En 1980, como consecuencia del fracaso de la legislación preexistente[11], se sancionó la Ley 22.262[12], en virtud de la cual se aprobó un nuevo régimen de defensa de la competencia que preveía tanto sanciones penales como administrativas.

A fin de subsanar la inexistencia de una autoridad de aplicación especializada en la materia, la nueva ley creó la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ("CNDC") como órgano desconcentrado de la ex Secretaría de Comercio y Negociaciones Económicas

---

8 Ver el documento titulado "Independence of competition authorities - From designs to practices. Contribution from Argentina", TD/B/COM.2/CLP/67, disponible en https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2016)1/en/pdf.

9 B.O. 11/9/1923.

10 B.O. 22/2/1947.

11 Las Leyes 11.210 y 12.906 fueron objeto de severas críticas por parte de la doctrina y tuvieron muy escasa aplicación práctica (ver, al respecto, CERVIO, Guillermo J. y RÓPOLO, Esteban P., *Ley 25.156 de defensa de la competencia: comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 41 y ss.),

12 B.O. 6/8/1980.

Internacionales, integrado por un presidente y cuatro vocales designados por el Ministro de Economía[13].

Conforme la distribución de competencias prevista en la norma, la CNDC tenía a su cargo la instrucción de los sumarios por infracciones al régimen y la emisión de dictámenes aconsejando el curso de acción a seguir, correspondiendo al Secretario de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales la facultad de aplicar las respectivas sanciones administrativas y, en su caso, disponer el pase de las actuaciones al juez competente para la aplicación de las sanciones penales[14].

Atento a este diseño institucional, resulta claro que la Ley 22.262 no creó una autoridad de aplicación independiente, ya que no se dotó a la CNDC de autarquía, lo cual conlleva su subordinación jerárquica al Poder Ejecutivo[15].

A fin de adecuar nuestra legislación a las mejores prácticas internacionales, en 1999 fue sancionada la Ley 25.156[16], en virtud de la cual se aprobó un nuevo régimen *antitrust* que, en diversos aspectos, difería sustancialmente del marco normativo preexistente.

Una de las innovaciones más importantes introducidas por la Ley 25.156 fue la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, como nueva autoridad de aplicación descentralizada. A diferencia de la CNDC, el referido tribunal gozaba de autarquía[17], razón por la cual contaba con personalidad jurídica propia y tenía facultad para administrar sus propios recursos. Asimismo, la norma otorgó al nuevo organismo todas las facultades decisorias, sin prever la posibilidad de que sus actos fueran dejados sin efecto por el Poder Ejecutivo u órganos de la Administración centralizada[18].

Con el claro objetivo de asegurar la independencia del tribunal, se estableció que sus miembros: (i) debían ser designados por el Poder Ejecutivo previo concurso público de antecedentes y oposición ante un jurado (integrado por el Procurador del Tesoro de la Nación, el Secretario de Industria, Comercio y Minería, los presidentes de las Comisiones

---

13 Cfr. artículos 6 y 7 de la Ley 22.262.

14 Cfr. artículos 12, 17, 19, 23, 26 y 29 de la Ley 22.262.

15 Es loable el hecho de que la Ley 22.262 haya limitado las consecuencias de dicha subordinación jerárquica, al disponer que la remoción de los vocales de la CNDC debe ser efectuada por un jurado, con sustento en alguna de las causales específicamente establecidas en su artículo 9. Pero lo cierto es que a dicha comisión se le otorgaron únicamente facultades consultivas, encomendándose las facultades decisorias a un secretario que, como tal, puede ser removido de su cargo por el Poder Ejecutivo en forma discrecional.

16 B.O. 20/9/1999.

17 Cfr. artículo 17 de la Ley 25.156, en su redacción original.

18 Cfr. artículo 24 de la Ley 25.156, en su redacción original.

de Comercio de ambas Cámaras del Poder Legislativo de la Nación, el presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y los presidentes de la Academia Nacional de Derecho y de la Academia Nacional de Ciencias Económicas); y (ii) durarían seis años en su cargo y únicamente podrían ser removidos por alguna de las causales taxativamente establecidas en la norma, previa decisión del referido jurado[19].

La ley dispuso que, hasta tanto el tribunal fuera puesto en funcionamiento, subsistiría el órgano de aplicación de la Ley 22.262, otorgándole a este último competencia para entender en todas las causas promovidas a partir de su entrada en vigencia[20]. Dado que la norma no brindaba mayores aclaraciones al respecto, y atento a la demora en la constitución del tribunal, en los años subsiguientes se suscitaron importantes controversias en lo que respecta a la distribución de competencias entre la CNDC y la sucesora de la ex Secretaría de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales [21].

La cuestión fue zanjada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en diversos precedentes sostuvo que la CNDC contaba con facultades de instrucción y de asesoramiento, mientras que a la secretaría respectiva le correspondía el ejercicio de la facultad resolutoria[22].

Pese a las recomendaciones oportunamente realizadas por la OCDE[23] y los cuestionamientos doctrinarios[24] y jurisprudenciales[25], el Poder Ejecutivo nunca constituyó el tribunal[26].

---

[19] Cfr. artículos 19 y 20 de la Ley 25.156, en su redacción original.

[20] Cfr. artículo 58 de la Ley 25.156, en su redacción original.

[21] Ver, al respecto, CERVIO, Guillermo J. y RÓPOLO, Esteban P., *op. cit.*, p. 472 y ss.

[22] Cfr. CSJN, Fallos 330:2527; 331:781 y 335:1645, entre otros.

[23] En 2006 la OCDE realizó un examen inter-pares de la legislación y políticas aplicadas en nuestro país en materia de defensa de la competencia, en cuyo marco se recomendó conformar el tribunal, en tanto ello permitiría abordar algunos de los problemas fundamentales que enfrentaba la CNDC, en particular, la insuficiencia de presupuesto e independencia (cfr. OCDE, "Derecho y política de la competencia en Argentina. Examen inter-pares 2006", disponible en https://www.oecd.org/daf/competition/Argentina2006Peer%20Review_sp.pdf).

[24] En doctrina se señaló que la falta de constitución del Tribunal de Defensa de la Competencia implicaba un supuesto de inconstitucionalidad por omisión (cfr. ORLANSKI, Leonardo T., "La defensa de la competencia desde el derecho público", en AAVV, *Cuestiones de intervención estatal: servicios públicos, poder de policía y fomento*, RAP, Buenos Aires, 2011, p. 627).

[25] En diversos precedentes la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico calificó esta omisión como un "*verdadero escándalo jurídico*" (cfr. CNPE, Sala A, "Grupo Clarín S.A.", 30/12/2009; "Pirelli & CS.P.A. y otros", 1/2/2010; y "Grupo Bimbo Sociedad Anónima de Capital Variable S.A.", 2/2/2011, entre otros).

[26] Cabe destacar que en noviembre de 2009 el Jefe de Gabinete presentó ante la Cámara de Diputados el Informe Nº 76, en donde afirmó que "*resulta evidente que el Artículo 17 de la ley está en desuetudo, es decir en desuso causado por la falta de aplicación de esta norma durante un lapso importante. Efectivamente, la costumbre ha permitido con eficacia la derogatoria de una norma, que en este caso no*

Finalmente, en 2014 el Congreso sancionó la Ley 26.993[27], en virtud de la cual se suprimió el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia y se dispuso que: (i) la autoridad de aplicación de la Ley 25.156 sería determinada por el Poder Ejecutivo; y (ii) ésta contaría con la asistencia de la CNDC, cuyas atribuciones fueron específicamente establecidas[28]. De esta forma, se reestableció legislativamente el diseño institucional originalmente previsto en la Ley 22.262, lo cual fue objeto de severas críticas en doctrina[29].

IV. LA NUEVA AUTORIDAD DE COMPETENCIA CREADA POR LA LEY 27.442

En septiembre de 2016, en el marco de los cambios impulsados por el nuevo Gobierno en materia productiva, diversas comisiones de la Cámara de Diputados elaboraron en forma conjunta un proyecto de ley para sustituir el régimen de defensa de la competencia vigente, el cual -entre sus aspectos más relevantes- incluyó la creación de una nueva autoridad de aplicación -la ANC-, cuyo diseño institucional se adecua, en gran medida, a los principios analizados en el Capítulo II, *supra*.

El proyecto no fue objeto de grandes cambios durante su trámite parlamentario y, finalmente, fue sancionado el 9 de mayo del corriente año, como Ley 27.442.

La ley fue prontamente reglamentada por el Poder Ejecutivo mediante el Decreto 480/18[30], en virtud del cual se ordenó a la Secretaría de Comercio convocar al concurso público de antecedentes y oposición para la designación de los miembros de la ANC, dentro de los 30 días de efectuada su publicación en el Boletín Oficial[31].

Cabe destacar que, conforme lo dispuesto en el decreto referido: (i) la Secretaria de Comercio ejercerá todas las facultades y atribuciones de la ANC hasta que ésta sea

---

es una costumbre contra legem, puesto que la Ley 25.156 previó el mecanismo utilizado luego para preservar su vigencia, salvando el incumplimiento de la constitución del Tribunal".

27 B.O. 19/09/2014.

28 Cfr. artículo 65 de la Ley 26.993.

29 Al respecto, se ha afirmado que "*ni en las exposiciones de los legisladores de ambas Cámaras del Congreso, ni en las sesiones de debate en las distintas comisiones de la Cámara de Diputados se registraron argumentos a favor de la derogación de TNDC (al menos que nosotros hayamos podido tomar conocimiento). Lo cierto es que como siguiendo un principio de inercia mental el proyecto llegó del Poder Ejecutivo con esa disposición y así fue finalmente sancionado*" (DE DIOS, Miguel Ángel, "Un paso en falso en el diseño institucional para la defensa de la competencia", Revista de Derecho Constitucional, N° 6, mayo 2015, IJ-LXXVII-977).

30 B.O. 24/5/2018.

31 Cfr. artículo 83 del Anexo del Decreto 480/18.

constituida y puesta en funcionamiento[32]; y (ii) la CNDC continuará actuando en el ámbito de dicha secretaría hasta tanto la estructura organizativa de la ANC cuente con plena operatividad[33].

IV.1. Autarquía y estructura orgánica de la ANC

Tal como se explicó en el capítulo precedente, desde 1980 hasta el presente la aplicación de la legislación de defensa de la competencia en nuestro país estuvo a cargo de meros órganos desconcentrados (la CNDC y sucesivas secretarías), subordinados jerárquicamente al Poder Ejecutivo[34], sin perjuicio de la intervención del Poder Judicial en lo que respecta a la aplicación de las sanciones penales, que fueron eliminadas en 1999.

La Ley 27.442 adoptó un diseño institucional sustancialmente diferente, en tanto otorgó a la ANC el carácter de organismo descentralizado y autárquico[35], lo cual, de conformidad con los principios aplicables en materia de organización administrativa[36], implica que la nueva autoridad de aplicación:

(i) tiene personalidad jurídica propia[37];

(ii) cuenta con patrimonio y facultades para administrar sus propios recursos[38]; y

(iii) no depende jerárquicamente del Poder Ejecutivo, pese a integrar los cuadros de la Administración pública[39].

---

32 Cfr. artículo 5 del Decreto 480/18.

33 Cfr. artículo 6 del Decreto 480/18. Mediante la Resolución 359/18, el Secretario de Comercio estableció las competencias a ser ejercidas por la CNDC durante el período de transición.

34 Los órganos desconcentrados cuentan con competencias propias, pero carecen de personalidad jurídica y dependen jerárquicamente del Poder Ejecutivo o de la autoridad máxima del ente descentralizado que integran (ver, al respecto, MURATORIO, Jorge, "Centralización, descentralización, concentración y desconcentración", en AAVV, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, RAP, Buenos Aires, 2005, p. 221 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, T. I, 11º ed., La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 252 y ss.; y BALBÍN, Carlos F., *Tratado de derecho administrativo*, T. II, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 94 y ss.)

35 Cfr. artículo 18 de la Ley 27.442.

36 Ver, al respecto, CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 311.

37 Cabe destacar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 146, inciso, a), del Código Civil y Comercial de la Nación, las entidades autárquicas son personas jurídicas públicas.

38 El artículo 33 de la Ley 27.442 dispone que la ANC "*administrará su presupuesto de manera autónoma, de acuerdo a la autarquía que le asigna la presente ley*".

39 En doctrina se afirma que las entidades autárquicas están sujetas a un control limitado por parte del Poder Ejecutivo, comúnmente denominado control "administrativo" o "de tutela", que únicamente permite la revisión de la legitimidad de los actos dictados por el ente, no así la emisión de órdenes (cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 305 y ss.). En el ámbito nacional, dicho control es ejercido en el marco del recurso

La ANC tendrá su sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires[40] y estará conformada por los siguientes órganos[41]:

(i) el Tribunal de Defensa de la Competencia ("TDC"): órgano colegiado integrado por cinco miembros (un presidente y cuatro vocales), de los cuales dos por lo menos serán abogados y otros dos economistas[42];

(ii) la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas ("SICA"): órgano unipersonal, cuyo titular es el Secretario Instructor de Conductas Anticompetitivas; y

(iii) la Secretaría de Concentraciones Económicas ("SCE"): órgano unipersonal, cuyo titular es el Secretario de Concentraciones Económicas.

El presidente y los vocales del TDC, como así también los titulares de la SICA y la SCE, revisten el carácter de miembros de la ANC[43], pero no integran conjuntamente un órgano que tenga a su cargo la administración del organismo (a diferencia, por ejemplo, del Banco Central o los entes reguladores de servicios públicos, que cuentan, a tales efectos, con un directorio). En virtud de ello, la ley dispone que la presidencia, la representación legal y la función administrativa de la ANC será ejercida por el Presidente del TDC[44].

Atento a su carácter autárquico la ANC cuenta con su propio patrimonio, que estará constituido por los bienes que se le transfieran y los que adquiera en el futuro por cualquier título[45]. Asimismo, está facultada para administrar su presupuesto de manera autónoma, el cual debe ser proyectado anualmente por el TDC y elevado al Poder Ejecutivo a efectos de

---

de alzada regulado en el Decreto 1759/72, que reglamentó la Ley 19.549. Dado que esta última no es aplicable a las cuestiones regidas por la Ley 27.442 (conforme lo expresamente dispuesto en su artículo 79), el recurso de alzada no resulta procedente contra los actos dictados por la ANC.

40 Sin perjuicio de ello, la ANC podrá actuar, constituirse y sesionar en cualquier lugar del territorio nacional mediante delegados que la misma designe. Los delegados instructores podrán ser funcionarios nacionales, provinciales o municipales (cfr. artículo 18 de la Ley 27.442).

41 Cfr. artículo 18 de la Ley 27.442. El artículo 18 del Anexo del Decreto 480/18 establece que "*la AUTORIDAD NACIONAL DE LA COMPETENCIA se considerará legalmente constituida con el nombramiento de su Presidente, de los DOS (2) primeros vocales del TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA y de los Secretarios Instructores de Conductas Anticompetitivas y de Concentraciones Económicas y comenzará a ejercer sus funciones a los SESENTA (60) días de constituida, conforme el procedimiento estipulado en la Ley. Durante ese período de transición, el TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA deberá dictar, siguiendo las pautas establecidas por la Ley N° 27.442 y por el presente Decreto, su reglamento interno y toda otra norma que juzgue necesaria para el adecuado funcionamiento de la AUTORIDAD NACIONAL DE LA COMPETENCIA*".

42 Cfr. artículo 28 de la Ley 27.442.

43 *Ibidem*.

44 *Ibidem*. La norma dispone, asimismo, que el Presidente del TDC se encuentra facultado para efectuar contrataciones de personal para la realización de trabajos específicos o extraordinarios que no puedan ser realizados por su planta permanente, fijando las condiciones de trabajo y su retribución.

45 Cfr. artículo 18 de la Ley 27.442.

su inclusión en el Presupuesto de la Administración Pública Nacional[46].

Cabe destacar que, sin perjuicio de los restantes recursos que le sean asignados en el presupuesto anual, la ley dispone que el producido del arancel a ser abonado por quienes inicien los trámites regulados en su Capítulo III (es decir, la notificación de operaciones de concentración económica y la solicitud de una opinión consultiva) será destinado a sufragar los gastos ordinarios de la ANC[47], lo cual le permitirá contar con cierto grado de autosuficiencia financiera[48].

La ley, en cambio, no establece el destino de las sumas percibidas en concepto de multas impuestas por el TDC. Es conveniente que éstas no se encuentren específicamente afectadas a solventar los gastos de la ANC, ya que, de lo contrario, podría verse comprometida la imparcialidad del organismo al momento de aplicar y graduar las sanciones[49].

En síntesis, cabe afirmar que, de conformidad con el diseño institucional adoptado en la Ley 27.442, la ANC, a diferencia de las autoridades de aplicación preexistentes, es un organismo descentralizado -específicamente, una entidad autárquica-, integrado por diversos órganos desconcentrados (cuyas competencias serán analizadas en el Capítulo IV.3, *infra*), que podrá solventar sus gastos, cuanto menos parcialmente, con recursos propios de afectación específica.

IV.2. Designación y remoción de los miembros de la ANC

---

46 Cfr. artículo 33 de la Ley 27.442.

47 *Ibidem*.

48 SIBOLDI ha señalado, sin embargo, que "*la independencia económica de la autoridad no está garantizada a través del texto legal propuesto, toda vez que una vía de sometimiento de dicha autoridad a la voluntad del Poder Ejecutivo bien puede ser la restricción presupuestaría que finalmente apruebe éste, una vez recibida la propuesta. Por su parte, los aranceles seguramente no serán suficientes para cubrir las restricciones mencionadas, dado que, como tales, deben guardar relación con los servicios prestados en el análisis de las concentraciones económicas, de modo que –por definición- no deberían financiar el resto de las actividades a cargo de la autoridad. Así las cosas, esta propuesta sería perfectible por la vía de incluir algunos criterios o pautas que limiten la discrecionalidad del Poder Ejecutivo a la hora de aprobar el presupuesto presentado por la autoridad de aplicación, así como en el momento de dar cumplimiento al mismo*" (SIBOLDI, Agustín, "Ley de defensa de la competencia: Interesante propuesta de actualización y necesidad de mayor impulso político", publicado en www.abogados.com.ar).

49 En relación a este punto, ver el apartado 2.C del documento elaborado por el Comité de Competencia de la OCDE citado en la nota 3 y el apartado 3.2.3. del *paper* de dicho comité citado en la nota 6, donde se señalan los riesgos del financiamiento mediante los fondos recaudados por multas y las distintas alternativas que podrían adoptarse al respecto.

Tal como se explicó en el Capítulo II, *supra*, uno de los aspectos centrales en el diseño institucional de las autoridades de competencia es el procedimiento de designación y remoción de sus miembros, de lo cual dependerá, en gran medida, el grado de independencia del organismo.

En relación a este punto, la Ley 27.442 dispone que los miembros de la ANC son designados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, previo concurso público de antecedentes y oposición[50], en cuyo marco se deberá constatar la idoneidad de los postulantes en materia de defensa de la competencia y el cumplimiento de los restantes requisitos establecidos en la norma[51].

La ley faculta al Poder Ejecutivo a efectuar designaciones en comisión durante el tiempo que insuma la sustanciación del concurso y la resolución de las eventuales oposiciones recibidas por los respectivos candidatos[52]. Si bien la norma no lo aclara, entendemos que la designación en comisión debería recaer en alguno de los postulantes que participan en el respectivo concurso, el cual -evidentemente- deberá cumplir estrictamente con todos los requisitos exigidos para ser miembro de la ANC[53].

El concurso público se realiza ante un jurado integrado por el Procurador del Tesoro de la Nación, el Ministro de Producción de la Nación, un representante de la Academia Nacional del Derecho y un representante de la Asociación Argentina de Economía Política (el "Jurado"). El referido ministro preside el Jurado y tiene doble voto en caso de empate[54].

---

[50] Cfr. artículos 20 y 23 de la Ley 27.442.

[51] De conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 27.442, los miembros de la ANC deben reunir los siguientes requisitos: a) contar con suficientes antecedentes e idoneidad en materia de defensa de la competencia y gozar de reconocida solvencia moral, todos ellos con más de 5 años en el ejercicio de la profesión; b) tener dedicación exclusiva durante su mandato, con excepción de la actividad docente, resultando aplicables las incompatibilidades y obligaciones fijadas por la Ley 25.188 de Ética Pública; c) no desempeñarse o ser asociados de estudios profesionales que intervengan en el ámbito de la defensa de la competencia mientras dure su mandato; y d) excusarse por las causas previstas en los incisos 1), 2), 3), 4), 5), 7), 8), 9) y 10) del artículo 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en los casos en los que tengan o hayan tenido en los últimos 3 años una participación económica o relación de dependencia laboral en alguna de las personas jurídicas sobre las que deba resolver. Como se podrá apreciar, únicamente el inciso a) hace referencia a los requisitos que deben reunir los postulantes a ser miembros de la ANC. Los restantes incisos del artículo bajo análisis se refieren al régimen de incompatibilidades y las causales de excusación, que constituyen obligaciones que los miembros de la ANC deben cumplir una vez asumido el cargo.

[52] Cfr. artículo 20 de la Ley 27.442.

[53] En el caso de designaciones en comisión efectuadas con carácter previo a la finalización del concurso, el respectivo decreto del Poder Ejecutivo debería explicitar pormenorizadamente los antecedentes del candidato elegido y las demás circunstancias que permitan tener por debidamente acreditado el estricto cumplimiento de los requisitos exigidos para ser miembro de la ANC.

[54] Cfr. artículo 20 de la Ley 27.442 y su reglamentación.

De esta forma, bastaría con que el Ministro de Producción y el Procurador del Tesoro voten en igual sentido para formar mayoría[55], lo cual otorgaría al Poder Ejecutivo una incidencia sustancial en los concursos, que podría incidir negativamente sobre el grado de independencia de la ANC[56]. Este riesgo se ve limitado, sin embargo, por el hecho de que las designaciones deben contar con el acuerdo del Senado, el cual -en virtud de las modificaciones introducidas durante el trámite parlamentario de la ley- debe ser expreso[57].

El reglamento del concurso debe ser dictado por el Secretario de Comercio de la Nación, quién, asimismo, tiene a su cargo convocar al Jurado, con al menos 180 días de antelación a la fecha en que se deba producir la renovación de alguno de los miembros de la ANC[58]. La Ley 27.422 y su reglamentación no establecen pautas concretas en lo que respecta a los criterios de evaluación a ser aplicados en los concursos, lo cual hubiera sido conveniente, a fin de evitar eventuales arbitrariedades o favoritismos[59].

Una vez vencido el plazo establecido en el reglamento del concurso público para presentar las candidaturas, el Jurado debe confeccionar una terna con los postulantes que resulten más idóneos para cubrir el respectivo cargo de la ANC, la cual debe ser remitida a la Oficina Anticorrupción, a fin de que este organismo realice un informe acerca de los conflictos de intereses actuales o potenciales que puedan surgir, en base a las declaraciones juradas que los candidatos se encuentran obligados a presentar[60].

---

55 El artículo 20 del Anexo del Decreto 480/18 dispone que las decisiones son adoptadas por mayoría simple de votos de los miembros del Jurado.

56 Al respecto, cabe destacar que la Ley 25.156, en su redacción original, disponía que el respectivo jurado estaría integrado por el Procurador del Tesoro de la Nación, el Secretario de Industria, Comercio y Minería, los presidentes de las Comisiones de Comercio de ambas Cámaras del Poder Legislativo de la Nación, el presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y los presidentes de la Academia Nacional de Derecho y de la Academia Nacional de Ciencias Económicas.

57 El proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados establecía que, si el Senado no se pronunciaba en el plazo de 60 días hábiles, el Poder Ejecutivo podía designar definitivamente a los miembros de la ANC. En virtud de los cambios introducidos por el Senado en el proyecto, el artículo 23 de la ley quedó redactado del siguiente modo: "*La designación de los miembros de la Autoridad Nacional de la Competencia requerirá acuerdo del Honorable Senado de la Nación. El Poder Ejecutivo nacional podrá realizar nombramientos en comisión durante el tiempo que insuma el otorgamiento del acuerdo*".

58 Cfr. artículo 20 del Anexo del Decreto 480/18.

59 Al respecto, cabe destacar que la Ley 11.683 dispone que, en los concursos públicos realizados para la selección de los vocales del Tribunal Fiscal de la Nación, los criterios y mecanismos de calificación de los exámenes y de evaluación de los antecedentes se determinarán antes del llamado a concurso, debiéndose garantizar igualdad de trato y no discriminación entre quienes acrediten antecedentes relevantes en el ejercicio de la profesión o la actividad académica o científica y aquellos que provengan del ámbito judicial o la administración pública (artículo 147, inciso b).

60 Cfr. artículo 20 de la Ley 27.442 y su reglamentación. Los candidatos deben presentar una declaración jurada con los bienes propios, los del cónyuge y/o de los convivientes, los que integren el patrimonio de la sociedad conyugal y demás previsiones del artículo 6° de la ley 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública y su reglamentación. Asimismo, deben adjuntar otra declaración en la que incluirán la nómina de las asociaciones civiles y sociedades comerciales que integren, o hayan integrado en los

Dentro de los 5 días posteriores a la recepción del referido informe, el Presidente del Jurado debe remitir la terna al Poder Ejecutivo, quién procederá luego a seleccionar el candidato a ocupar el cargo vacante y comunicar su decisión al Senado de la Nación[61].

A efectos de brindar mayor transparencia al procedimiento y permitir la participación ciudadana, la ley dispone que: (i) el Poder Ejecutivo debe dar a conocer el nombre, apellido y antecedentes curriculares del candidato seleccionado en el Boletín Oficial y en 2 diarios de circulación nacional, durante 3 días; y (ii) los ciudadanos, las organizaciones no gubernamentales, los colegios y asociaciones profesionales y de defensa de consumidores y usuarios y las entidades académicas y de derechos humanos podrán, en el plazo de 15 días a contar desde dicha publicación, presentar ante el Ministerio de Producción y la presidencia del Senado de la Nación, por escrito y de modo fundado y documentado, las observaciones que consideren de interés efectuar respecto de los candidatos seleccionados[62].

A diferencia de su antecesora, la Ley 27.442 dispone que la designación requiere acuerdo del Senado de la Nación[63]. Sin embargo, faculta al Poder Ejecutivo a nombrar en comisión a los candidatos seleccionados, durante el tiempo que insuma el otorgamiento del acuerdo[64].

Los miembros de la ANC duran 5 años en el ejercicio de sus funciones y pueden ser reelegidos por única vez, resultando necesario, a tal fin, que la decisión respectiva del Poder Ejecutivo cuente con el acuerdo del Senado[65]. El plazo de duración en el cargo, sumado al hecho de que la renovación de los integrantes del TDC se hará en forma escalonada y parcial[66], contribuirá a dotar a la autoridad de aplicación de mayor independencia, en tanto

---

últimos 5 años, la nómina de clientes o contratistas de los últimos 5 años en el marco de lo permitido por las normas de ética profesional vigentes, los estudios de abogado, contables o de asesoramiento a los que pertenecieron según corresponda, y en general cualquier tipo de compromiso que pueda afectar la imparcialidad de su criterio por actividades propias, de su cónyuge, de sus ascendientes y descendientes en primer grado, con la finalidad de permitir la evaluación objetiva de la existencia de incompatibilidades o conflictos de intereses.

61 Cfr. artículo 21 de la Ley 27.442 y artículo 20 del Anexo del Decreto 480/18.

62 Cfr. artículos 21 y 22 de la Ley 27.442.

63 Cfr. artículo 23 de la Ley 27.442. Tal como se explicó precedentemente, el acuerdo del Senado debe ser expreso.

64 Cfr. artículo 23 de la Ley 27.442 y su reglamentación.

65 Cfr. artículo 24 de la Ley 27.442.

66 Cfr. artículo 24 de la Ley 27.442. A los efectos de permitir la renovación escalonada, dos de los integrantes del TDC, seleccionados por sorteo en su primera sesión, durarán únicamente tres años en sus funciones (cfr. artículo 83 de la ley y artículo 24 de su reglamentación).

el mandato de sus miembros no coincidirá con el del Presidente de la Nación[67].

Todos ellos cesan de pleno derecho en sus funciones de mediar alguna de las siguientes circunstancias: a) renuncia; b) vencimiento del mandato; c) fallecimiento; y d) remoción por alguna de las causales previstas en la ley[68].

En lo que respecta al procedimiento de remoción, la Ley 27.442 no siguió el mismo criterio que sus antecesoras.

La Ley 22.262, pese a no haber otorgado carácter autárquico a la CNDC, disponía que sus vocales únicamente podrían ser removidos de su cargo -con sustento en alguna de las causales previstas en la norma- por decisión de un jurado presidido por el Procurador de Tesoro de la Nación e integrado por 4 abogados, con 10 años de ejercicio de la profesión, nombrados anualmente por el Poder Ejecutivo. Asimismo, establecía que el jurado debía dictar normas de procedimiento que asegurasen el derecho de defensa y el debido trámite de la causa[69].

En forma similar, la Ley 25.156, en su redacción original, preveía que los integrantes del Tribunal de Defensa de la Competencia únicamente podían ser removidos previa decisión -por mayoría simple- del jurado ante quién tramitaban los concursos públicos de antecedentes (el cual debía estar integrado por el Procurador del Tesoro, el Secretario de Industria, Comercio y Minería, los presidentes de las Comisiones de Comercio de ambas Cámaras del Poder Legislativo de la Nación, el presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y los presidentes de la Academia Nacional de Derecho y de la Academia Nacional de Ciencias Económicas).

Apartándose de estos antecedentes, la Ley 27.442 otorga al Poder Ejecutivo la facultad de remover de su cargo a los miembros de la ANC por las causales previstas en el artículo 26, sin necesidad de que intervenga en forma previa el Jurado. A tal fin, la norma únicamente exige contar con el previo dictamen no vinculante de una comisión *ad hoc*, integrada por los presidentes de las Comisiones de Defensa del Consumidor, del Usuario y

---

67 En el apartado 2.A del documento de la OCDE citado en la nota 3 se destaca que la renovación escalonada contribuye a asegurar que el Jefe de Estado no pueda reemplazar a todos los miembros de la autoridad de aplicación durante un mismo mandato.

68 Cfr. artículo 25 de la Ley 27.442. Producida la vacancia, el Poder Ejecutivo debe dar inicio al procedimiento de designación del reemplazante en un plazo no mayor a 30 días. El reemplazante dura en su cargo hasta completar el mandato del reemplazado, excepto, obviamente, en los casos en que aquél hubiera sido nombrado como consecuencia del vencimiento del mandato de este último.

69 Cfr. artículo 9 de la Ley 22.262. La Ley 11.683, en su artículo 148, prevé un mecanismo similar para la remoción de los integrantes del Tribunal Fiscal de la Nación.

de la Competencia de la Cámara de Diputados y de Industria y Comercio del Senado, y por los presidentes de ambas cámaras[70].

Inexplicablemente, la nueva ley tampoco impone, a diferencia de sus antecesoras, la obligación de tramitar, con carácter previo al dictado del acto de remoción, un sumario en el que se asegure plenamente el derecho de defensa del funcionario en cuestión. Esta grave omisión no fue subsanada en la reglamentación. No obstante ello, es indudable que, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos análogos[71], la legitimidad del acto de remoción se encuentra subordinada a la previa tramitación de un sumario en cuyo marco: (i) se impute al funcionario estar incurso en alguna de las causales establecidas en el artículo 26 de la ley; y (ii) se le brinde la oportunidad de alegar y producir prueba.

Las causales de remoción taxativamente previstas en la Ley 27.442 son[72]:

(i) mal desempeño en sus funciones;

(ii) negligencia reiterada que dilate la substanciación de los procesos;

(iii) incapacidad sobreviniente;

(iv) condena por delito doloso[73];

(v) violaciones de las normas sobre incompatibilidad; y

(vi) no excusarse en los supuestos previstos en el artículo 19, inciso d).

El hecho de que un miembro de la ANC pueda ser removido de su cargo con sustento en el "mal desempeño de sus funciones" constituye, a nuestro criterio, el "talón de Aquiles" de la nueva autoridad de aplicación. La vaguedad de esta causal podría dar lugar a remociones discrecionales por parte del Poder Ejecutivo, sustentadas en meras

---

70 Cfr. artículo 24 de la Ley 27.442. Al respecto, NIETO ha afirmado que la simplicidad del proceso de remoción de sus miembros podría comprometer la necesaria independencia de la ANC (cfr. NIETO, Matías L., "Un primer abordaje a la ley 27.442 de 'Defensa de la Competencia'", ADLA 2018-7, p. 109).

71 Ver, al respecto, el caso "Cedale" (Fallos 321:1970) y sus citas.

72 Cfr. artículo 26 de la Ley 27.442.

73 El artículo 27 de la Ley 27.442 dispone que será suspendido preventivamente y en forma inmediata en el ejercicio de sus funciones aquel miembro de la ANC sobre el que recaiga auto de procesamiento firme por delito doloso, y que dicha suspensión se mantendrá hasta tanto se resuelva su situación procesal. El artículo 27 del Anexo del Decreto 480/18, por su parte, establece que quien fuera suspendido preventivamente en sus funciones tendrá derecho a reintegrarse al cuerpo cuando se dictare la sentencia absolutoria o de sobreseimiento definitivo.

discrepancias con las decisiones adoptadas por los órganos de la ANC[74]. De aceptarse esta posibilidad, la buscada independencia del organismo podría verse gravemente afectada[75].

En consecuencia, y de conformidad con una interpretación teleológica de la norma, que haga prevalecer los objetivos perseguidos por el legislador al crear la nueva autoridad de aplicación, esta causal de remoción debería poder tenerse por configurada únicamente cuando existieran circunstancias objetivas que pongan en evidencia que el funcionario ha incurrido en un grave incumplimiento de los deberes a su cargo.

IV.3 Facultades de los órganos que integran la ANC

Tal como se explicó en el Capítulo IV.1, *supra*, la ANC es una entidad autárquica integrada por diversos órganos desconcentrados (el TDC, la SICA y la SCE), cada uno de los cuales cuenta con facultades propias, específicamente establecidas en la Ley 27.442.

Las principales facultades del TDC son[76]:

(i) imponer las sanciones establecidas en la ley y otorgar los beneficios del "programa de clemencia";

(ii) aprobar o rechazar las operaciones de concentración económica notificadas conforme lo dispuesto en el Capítulo III de la ley;

(iii) admitir o denegar la prueba ofrecida por las partes en el momento procesal oportuno;

(iv) realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes;

(v) emitir opinión en materia de libre competencia respecto de leyes, reglamentos, circulares y actos administrativos, sin que tales opiniones tengan efecto vinculante, como así también recomendaciones pro-competitivas de carácter general o sectorial respecto a las

---

[74] Este riesgo fue destacado por la American Bar Association al comentar el proyecto de ley puesto a consideración por la CNDC (ver, al respecto, SIBOLDI, Agustín, "Ley de defensa de la competencia: Interesante propuesta de actualización y necesidad de mayor impulso político", publicado en www.abogados.com.ar).

[75] Tal como lo sostuvo la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso "Humphrey's executor", citado por nuestro Máximo Tribunal en el caso "Cedale" (Fallos 321:1970), "*es a todas luces evidente que no cabe esperar que, quien depende de la discrecional voluntad de otro para permanecer en su cargo, actúe en forma independiente respecto de este último*".

[76] Cfr. artículo 28 de la Ley 27.442.

modalidades de la competencia en los mercados;

(vi) propiciar soluciones consensuadas entre las partes[77];

(vii) crear, administrar y actualizar el Registro Nacional de Defensa de la Competencia, en el que deberán inscribirse las operaciones de concentración económica previstas en el Capítulo III de la ley y las resoluciones definitivas dictadas por el tribunal;

(viii) imponer, en cualquier estado del procedimiento, el cumplimiento de condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de las conductas previstas en los Capítulos I y II de la ley, a los fines de evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, su continuación o agravamiento. Asimismo, cuando se pudiere causar una grave lesión al régimen de competencia, el TDC se encuentra facultado para ordenar las medidas que según las circunstancias fueren más aptas para prevenir dicha lesión, y en su caso la remoción de sus efectos[78]; y

(viii) expedir permisos para la realización de contratos, convenios o arreglos que contemplen conductas incluidas en el artículo 2 de la ley, que a la sana discreción del TDC no constituyan perjuicio para el interés económico general[79].

---

[77] Cabe destacar que la Ley 25.156, en su redacción original, también preveía esta facultad, pero el inciso respectivo fue observado por el Poder Ejecutivo mediante el Decreto 1019/99, con sustento en que: (i) la ley en cuestión versa sobre una materia propia del derecho público y en la que no se debaten intereses o derechos contradictorios entre partes, sino la afectación a un bien de carácter público (el mercado), que no es susceptible de apropiación por los particulares; (ii) el procedimiento aplicable es de tipo acusatorio y penal administrativo, no es de libre disposición por las partes y puede ser iniciado de oficio por la autoridad de aplicación; (iii) no resulta coherente con dichas características la posibilidad de que se propicien soluciones consensuadas entre las partes, no sólo porque dichas soluciones son propias de los procedimientos bilaterales y contradictorios del derecho privado, sino porque la categoría de parte en sentido estricto sólo se aplica, en esta materia, a los presuntos responsables; y (iv) la ley ya contiene la posibilidad de llegar a soluciones que no supongan la aplicación de una sanción, como es la aprobación de un compromiso que ofrezca el presunto responsable a la autoridad de aplicación. La facultad de propiciar soluciones consensuadas entre las partes fue luego reestablecida por la Ley 26.993, lo cual fue cuestionado por un sector de la doctrina, con sustento en argumentos similares a los esgrimidos en los considerandos del Decreto 1019/99 (ver, al respecto, DE DIOS, Miguel Ángel, "Un paso en falso en el diseño institucional para la defensa de la competencia", Revista de Derecho Constitucional, N° 6, mayo 2015, IJ-LXXVII-977).

[78] Cfr. artículo 44 de la Ley 27.442. Debe tenerse en cuenta que el artículo 30, inciso f), dispone que la SICA se encuentra facultada para "*solicitar al juez competente las medidas cautelares que estime pertinentes, las que deberán ser resueltas en el plazo de un (1) día*". Una interpretación armónica de estas disposiciones, y ajustada a los principios y garantías de nuestro régimen constitucional, lleva a concluir que, si bien el TDC cuenta con facultades amplias para disponer medidas preventivas, éstas deberán ser solicitadas por la SICA al juez competente cuando conlleven el ejercicio de coacción sobre las personas o bienes (como ser, por ejemplo, en el caso de allanamientos, secuestros y embargos).

[79] Cfr. artículo 29 de la Ley 27.442. El artículo 29 del Anexo del Decreto 480/18 establece las condiciones que deberán cumplir los acuerdos en cuestión a efectos de que el TDC pueda otorgar el respectivo permiso. A nuestro criterio, la facultad de otorgar estos permisos es contradictoria con lo dispuesto en el artículo 2 de la ley, que expresamente establece que los acuerdos allí previstos "*constituyen prácticas*

Dado que la ANC no cuenta con un directorio u órgano análogo, la ley dispone que el Presidente del TDC es quién ejerce la presidencia, la representación legal y la función administrativa del organismo[80].

La SICA, por su parte, es un órgano con competencia y autonomía técnica y de gestión para recibir y tramitar los expedientes en los que cursa la etapa de investigación de las infracciones a la Ley 27.442, cuyo titular y representante es el Secretario Instructor de Conductas Anticompetitivas[81]. Tiene facultades para:

(i) recibir las denuncias, conferir el traslado previsto en el artículo 38 de la ley y resolver sobre la eventual procedencia de la instrucción del respectivo sumario;

(ii) citar y celebrar audiencias con los presuntos responsables, denunciantes, damnificados, testigos y peritos, recibirles declaración y ordenar careos, para lo cual podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública;

(iii) proponer al TDC las imputaciones que pudieren corresponder como conclusión del sumario, las acciones señaladas en el artículo 41 de la ley y las sanciones aplicables;

(iv) acceder a los lugares objeto de inspección con el consentimiento de los ocupantes o mediante orden judicial, la que será solicitada ante el juez competente, quien deberá resolver en el plazo de 1 día[82];

(v) solicitar al juez competente las medidas cautelares que estime pertinentes, las que deberán ser resueltas en el plazo de 1 día[83];

(vi) producir la prueba necesaria para llevar adelante las actuaciones;

(vii) opinar sobre planteos y/o recursos que interpongan las partes o terceros contra

---

absolutamente restrictivas de la competencia", los cuales "*serán nulos de pleno derecho y, en consecuencia, no producirán efecto jurídico alguno*". Nos resulta incomprensible cómo es posible que se faculte al TDC a otorgar permisos respecto de acuerdos que la propia ley califica como absolutamente restrictivos de la competencia.

80 Cfr. artículo 28 de la Ley 27.442. La norma dispone, asimismo, que el Presidente del TDC se encuentra facultado para efectuar contrataciones de personal para la realización de trabajos específicos o extraordinarios que no puedan ser realizados por su planta permanente, fijando las condiciones de trabajo y su retribución.

81 Cfr. artículo 30 de la Ley 27.442.

82 En estos supuestos resultarán aplicables, supletoriamente, los artículos 224 y ss. del Código Procesal Penal de la Nación, conforme lo previsto en el artículo 79 de la Ley 27.442.

83 Ver, al respecto, lo indicado en la nota 78.

actos dictados por el TDC en relación a conductas anticompetitivas; y

(viii) desarrollar cualquier otro acto que fuera necesario para la prosecución e instrucción de denuncias o investigaciones de mercado y aquellas tareas que le encomiende el Tribunal.

Como se podrá apreciar, apartándose en este punto de su antecesora, la Ley 27.442 otorgó a órganos distintos -que cuentan con autonomía técnica- la facultad de instruir el sumario (a cargo de la SICA) y la de aplicar las sanciones (a cargo del TDC)[84], lo cual constituye, sin lugar a dudas, un gran acierto, que contribuirá a asegurar el respecto de los garantías constitucionales que rigen en este tipo de procesos.

La SEC, finalmente, es un órgano con competencia y autonomía técnica y de gestión para recibir y tramitar los expedientes en los que cursan las notificaciones de operaciones de concentración económica, diligencias preliminares y opiniones consultivas establecidas en el Capítulo III de la Ley, cuyo titular y representante es el Secretario de Concentraciones Económicas[85]. Tiene facultades para:

(i) recibir, tramitar e instruir las solicitudes de opiniones consultivas previstas en el segundo párrafo del artículo 10 de la ley y opinar sobre la eventual procedencia de las notificaciones de operaciones de concentración económica;

(ii) recibir, tramitar e instruir las notificaciones de operaciones de concentración económica previstas en el artículo 9 de la ley y autorizar, de corresponder, aquellas notificaciones que hayan calificado para el procedimiento sumario previsto en el cuarto párrafo del artículo 10;

(iii) iniciar de oficio o recibir, tramitar e instruir las denuncias por la existencia de una operación de concentración económica que no hubiera sido notificada y deba serlo conforme la normativa aplicable, y opinar sobre la eventual procedencia de la notificación prevista en el artículo 9 de la ley;

(iv) opinar sobre la eventual aprobación, subordinación o rechazo de la operación

---

[84] Cabe destacar que la OCDE recomienda la separación interna de las competencias de investigación y juzgamiento como herramienta para incrementar la independencia y objetividad en la toma de decisiones (ver, al respecto, el documento citado en la nota 3). En igual se ha pronunciado la doctrina (ver, COLOMA, Germán, *Defensa de la competencia. Análisis económico comparado*, 2º ed., Ciudad Argentina, 2009, p. 507).

[85] Cfr. artículo 31 de la Ley 27.442.

notificada, conforme al artículo 14 de la ley;

(v) opinar sobre planteos y/o recursos que interpongan las partes o terceros contra actos dictados por el TDC en relación a concentraciones económicas; y

(vi) desarrollar cualquier otro acto que fuera necesario para la prosecución e instrucción de las actuaciones, sea en el marco del proceso de notificación de operaciones de concentración económica, de las opiniones consultivas o de las investigaciones de diligencias preliminares.

Asimismo, tanto la SICA como la SEC se encuentran facultadas para[86]:

(i) recibir, agregar, proveer, contestar y despachar oficios, escritos, o cualquier otra documentación presentada por las partes o por terceros;

(ii) efectuar pedidos de información y documentación a las partes o a terceros, observar o solicitar información adicional, suspendiendo los plazos cuando corresponda;

(iii) dictar y notificar todo tipo de providencias simples;

(iv) conceder o denegar vistas de los expedientes en trámite, y resolver de oficio o a pedido de parte la confidencialidad de documentación;

(v) ordenar y realizar las pericias necesarias sobre libros, documentos y demás elementos conducentes de la investigación, controlar existencias, comprobar orígenes y costos de materias primas u otros bienes;

(vi) propiciar soluciones consensuadas entre las partes; y

(vii) requerir al TDC la reserva de las actuaciones.

Cabe destacar que la Ley 27.442 dispone, al igual que su antecesora[87], que "*queda derogada toda atribución de competencia relacionada con el objeto de esta ley otorgada a otros organismos o entes estatales*"[88]. Esta disposición resulta de fundamental relevancia, dado que diversas leyes otorgaron oportunamente facultades en materia de defensa de la competencia a ciertos organismos administrativos, como, por ejemplo, los entes

[86] Cfr. artículo 32 de la Ley 27.442.
[87] Ver artículo 59 de la Ley 25.156.
[88] Cfr. artículo 82 de la Ley 27.442.

reguladores de servicios públicos[89].

Dado que la designación de los miembros de la ANC demandará un plazo de tiempo considerable, la Ley 27.442 dispone que la autoridad de aplicación de las Leyes 22.262 y 25.156 "*subsistirá, con todas las facultades y atribuciones, incluso las sancionatorias, que la presente ley otorga a la Autoridad Nacional de la Competencia, y continuará tramitando las causas y trámites que estuvieren abiertos a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley hasta la constitución y puesta en funcionamiento de la Autoridad Nacional de la Competencia*"[90].

A fin de evitar eventuales dudas interpretativas y conflictos de competencias, análogos a los que se suscitaron oportunamente al entrar en vigencia la Ley 25.156, el Decreto 480/18 expresamente dispuso que: (i) la Secretaria de Comercio ejercerá todas las facultades y atribuciones de la ANC hasta que ésta sea constituida y puesta en funcionamiento[91]; y (ii) la CNDC continuará actuando en el ámbito de dicha secretaría hasta tanto la estructura organizativa de la ANC cuente con plena operatividad[92].

IV.4 Rendición de cuentas y control de la actividad de la ANC

Tal como lo ha destacado el Comité de Competencia de la OCDE, si bien es importante que las autoridades de aplicación sean independientes, también resulta necesario que éstas rindan cuentas de sus actos y estén sujetas a controles que las obliguen a operar dentro de los límites establecidos en la normativa aplicable[93].

---

[89] En lo que respecta a la interacción, y eventuales conflictos de competencias, entre la autoridad de aplicación *antitrust* y los entes reguladores sectoriales, pueden verse los siguientes trabajos: ORLANSKI, Leonardo T., *Competencia y regulación*, Ad Hoc, 2006; y AGUILAR VALDEZ, Oscar, "Competencia y regulación", en AAVV, *Servicio público, policía y fomento - Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, RAP, 2003, p. 59 y ss.

[90] Cfr. artículo 80 de la Ley 27.442.

[91] Cfr. artículo 5 del Decreto 480/18. El artículo 28 del Anexo de dicho decreto, por su parte, establece que "*la AUTORIDAD NACIONAL DE LA COMPETENCIA comenzará a ejercer las funciones establecidas en el artículo 28, incisos a) a t) de la Ley N° 27.442 a los SESENTA (60) días de constituida, conforme el procedimiento estipulado en dicha Ley, a excepción de lo establecido en los incisos k) y q), cuyas facultades y funciones serán ejercidas inmediatamente después de constituida. Durante ese período de transición de SESENTA (60) días, el TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA deberá dictar, siguiendo las pautas establecidas por la Ley N° 27.442 y por el presente Decreto, su reglamento interno y toda otra norma que juzgue necesaria para el adecuado funcionamiento de la AUTORIDAD NACIONAL DE LA COMPETENCIA*".

[92] Cfr. artículo 6 del Decreto 480/18. Mediante la Resolución 359/18, el Secretario de Comercio estableció las competencias a ser ejercidas por la CNDC durante el período de transición.

[93] Ver documentos citados en las notas 3 y 6.

A tal fin, resulta fundamental que los actos de la autoridad de aplicación puedan ser objeto de una revisión judicial efectiva y amplia, que alcance tanto a los aspectos fácticos como jurídicos[94].

En relación a este punto, la Ley 27.442 dispone que las resoluciones del TDC enumeradas en su artículo 66 podrán ser apeladas en el plazo de 15 días hábiles, contados desde su notificación[95]. El recurso tramita ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal[96], creada por la nueva ley, o ante la Cámara Federal que corresponda en el interior del país, y será concedido:

(i) con efecto suspensivo en el caso de las sanciones, previa constitución de un seguro de caución. La norma dispone, sin embargo, que el Secretario Instructor de Conductas Anticompetitivas podrá requerir el pago de la sanción, en los términos del artículo 16 de la Ley 26.854[97], cuando considere que está en riesgo la efectiva aplicación de la sanción debido a la posible insolvencia del sancionado; y

(ii) con efecto meramente devolutivo en el caso de las multas diarias establecidas en el artículo 55 inciso d), las medidas precautorias previstas en el artículo 44 y las restantes resoluciones apelables[98].

Consideramos loable que la norma, apartándose de lo oportunamente dispuesto en la

---

94 *Ibidem*.

95 Cfr. artículos 66 y 67 de la Ley 27.442. El artículo 66 dispone que son susceptibles de apelación aquellas resoluciones que ordenen: a) la aplicación de las sanciones; b) el cese o la abstención de una conducta, conforme lo dispuesto en el artículo 55 de la ley; c) la oposición o condicionamiento respecto de los actos previstos en el Capítulo III de la ley; d) la desestimación de la denuncia por parte de la autoridad de aplicación; e) el rechazo de una solicitud de acogimiento al "régimen de clemencia"; y f) las medidas previstas en el artículo 44 de la ley. Debe tenerse en consideración que la Ley 25.156 contenía una disposición similar y la jurisprudencia interpretó que la enumeración de las resoluciones apelables no era taxativa y, por consiguiente, podían ser impugnadas todas aquellas decisiones que causaran un gravamen irreparable (ver, al respecto, CERVIO, Guillermo J. y RÓPOLO, Esteban P., *op. cit.*, p. 546 y ss.). Esta es, sin lugar a dudas, la interpretación que debe darse al artículo 66 de la nueva ley, ya que no admitir el derecho a apelar una resolución que cause un gravamen irreparable implicaría una violación flagrante de la garantía de tutela judicial efectiva.

96 Si bien la creación de esta sala especializada ha suscitado cierta controversia, a nuestro criterio la decisión adoptada por el legislador es positiva, en tanto dará lugar a una jurisprudencia coherente y con mayor sustento técnico, que incrementará la seguridad jurídica y contribuirá a consolidar el derecho *antitrust* en nuestro país, máxime teniendo en cuenta los gravísimos conflictos de competencia suscitados a partir de la sanción de la Ley 25.156.

97 El artículo 16 de la Ley 26.854 dispone que "*el Estado nacional y sus entes descentralizados podrán solicitar la protección cautelar en cualquier clase de proceso, siempre que concurran las siguientes circunstancias: 1. Riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre el interés público, el patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad; 2. Verosimilitud del derecho invocado y, en su caso, de la ilegitimidad alegada; 3. Idoneidad y necesidad en relación con el objeto de la pretensión principal*".

98 Cfr. artículo 67 de la Ley 27.442.

Ley 26.993[99], no imponga el pago previo de las multas como requisito de admisibilidad del recurso de apelación. Pero no nos parece admisible que se exija con carácter general la constitución de un seguro de caución y se faculte a la autoridad de aplicación -en determinados supuestos- a reclamar judicialmente el pago de la multa no estando ésta firme, en tanto ello violenta las garantías constitucionales de tutela judicial efectiva y presunción de inocencia[100]. A fin de asegurar su cobro en aquellos casos en los que realmente existiera riesgo de insolvencia, bastaba con prever la posibilidad de que la ANC solicitara judicialmente un embargo o cualquiera de las medidas cautelares previstas a tales efectos en los códigos procesales, solución que hubiera dejado a resguardo el interés público sin afectar los derechos del presunto infractor.

En lo que respecta al control de los actos de la ANC, también es importante señalar que:

(i) la Ley 27.442 no prevé la posibilidad de que las resoluciones del TDC sean revisadas o vetadas por el Poder Ejecutivo u órganos de la Administración centralizada, lo cual constituye un gran acierto, que contribuirá a otorgar mayor independencia a la nueva autoridad de aplicación[101]; y

(ii) en su carácter de organismo descentralizado, la ANC integra el Sector Público Nacional[102] y, por consiguiente, se encuentra alcanzada por las disposiciones de la Ley de

---

[99] La Ley 25.156, en su redacción original, disponía que la apelación de las sanciones tenía efectos suspensivos, sin exigir a tal fin la constitución de un seguro de caución. Ello fue modificado en 2014 mediante la 26.993, que impuso la obligación de depositar el monto de la multa impugnada con carácter previo a la interposición del respectivo recurso. Al respecto cabe destacar que, no obstante el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos precedentes, la doctrina es conteste en afirmar que el requisito de pago previo de las multas, como condición para su impugnación judicial, es manifiestamente inconstitucional (cfr. AZZARRI, Juan Cruz, *Derecho penal administrativo argentino*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2015, p. 72 y ss.; VEGA OLMOS, Jimena, "La exigencia de pago previo como requisito para la impugnación de actos administrativos que imponen sanciones", ReDA, N° 106, p. 694; LICHT, Miguel, "El efecto contaminante del 'solve et repete' sobre pautas propias del derecho administrativo sancionador", L.L. 2000-C-98; y MAMMONI, Gustavo Antonio, "La inconstitucionalidad del solve et repete en materia de multas administrativas", L.L. 2013-C-542.

[100] Cfr. artículo 18 de la Constitución Nacional y artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[101] Al respecto, cabe recordar que en 2005 el Poder Ejecutivo envió al Congreso un proyecto de modificación de la Ley 25.156, que nunca fue aprobado, en virtud del cual se otorgaba al Ministerio de Economía la facultad de modificar las decisiones adoptadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de control de concentraciones económicas, en caso de considerar que se encontraba comprometido el interés general de la Nación. El proyecto fue muy cuestionado por la doctrina, con sustento en que, dependiendo de la interpretación subjetiva que hicieran las autoridades políticas del concepto de "interés general de la Nación", cualquier concentración económica podría ser desaprobada, pese a haber sido autorizada por dicho tribunal (cfr. ARANOVICH, Fernando, "El proyecto de modificación de la Ley de Defensa de la Competencia", Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, T. 65, Nº 2, p. 65 y ss.).

[102] Cfr. artículo 8 de la Ley 24.156.

Administración Financiera (Ley 24.156[103]) y sujeta al control tanto de la Sindicatura General de la Nación, como de la Auditoría General de la Nación[104].

La ley prevé, asimismo, mecanismos tendientes a dar publicidad y mayor transparencia a la actividad de la ANC, como ser la obligación de que las resoluciones definitivas del TDC sean inscriptas en el Registro Nacional de Defensa de la Competencia (que tiene carácter público)[105] y la posibilidad de que dicho tribunal convoque a audiencias públicas cuando lo considere oportuno para la marcha de las investigaciones[106].

V. CONCLUSIONES

A la luz de todo lo expuesto en los capítulos precedentes, cabe concluir que el diseño institucional de la ANC se ajusta, en gran medida, a los parámetros generalmente aplicados en el derecho comparado y a las pautas recomendadas por la OCDE y la ONU, dotando a dicho organismo de un importante grado de independencia del poder político, del cual las autoridades de aplicación preexistentes nunca han gozado.

Ello, sin lugar a dudas, constituye uno de los cambios más importantes implementados por la Ley 27.442, que contribuirá al progreso del derecho *antitrust* en nuestro país y brindará mayor seguridad jurídica en la aplicación de un régimen que en el pasado ha sido utilizado, en diversas ocasiones, con fines políticos.

No obstante lo expuesto -y sin perjuicio de otras observaciones de menor entidad efectuadas en este trabajo-, consideramos que resulta cuestionable el mecanismo de remoción de los miembros de la ANC previsto en la ley, el cual -debido a la deficiente técnica legislativa empleada- podría poner en riesgo la independencia del organismo.

---

[103] B.O. 29/10/1992.

[104] Cfr. artículo 18 del Anexo del Decreto 480/18, que también dispone que es obligación permanente e inexcusable del TDC "*dar a sus actos publicidad y transparencia en materia de recursos, gastos, nombramientos de personal y contrataciones*".

[105] Cfr. artículo 28, inciso s), de la Ley 27.442. Hubiera sido conveniente que la ley previera expresamente la posibilidad de consultar dicho registro a través de la página web de la ANC.

[106] Cfr. artículo 47 de la Ley 27.442.

BASES CONSTITUCIONALES DEL SISTEMA PREVENTIVO DE LA UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA

(UN ENFOQUE CONSTITUCIONAL DEL *COMPLIANCE* EN MATERIA DE PLA/FT)

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno del lavado de activos y financiamiento del terrorismo (LA/FT) y los esquemas preventivos que se han diseñado para contrarrestarlo, ofrecen en la actualidad una nutrida selección de estudios doctrinarios que constituyen un corpus teórico especializado cada vez más relevante dentro del mapa jurídico argentino.

Entre las distintas aristas de la materia, reviste especial interés analizar el alcance de las prerrogativas del Estado para la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo (PLA/FT) y la necesaria armonización con las garantías constitucionales de los sujetos privados que se encuentran obligados a cumplir con la regulación respectiva (los Sujetos Obligados),reconociendo, en esa línea, la importancia de propiciar círculos virtuosos de colaboración entre el sector público y privado.

Ello, en tanto el funcionamiento del sistema de PLA/FT interactúa (y en algunos casos puede entrar en tensión) con el ejercicio de determinadas libertades individuales como consecuencia de la obligación del Estado de perseguir la criminalidad financiera compleja —comprometida en el plano internacional con la firma de diversos instrumentos internacionales[1]— y conforme la necesidad de requerir la intervención de actores del sector privado para coadyuvar en la prevención y detección de operaciones sospechosas de

[1] Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, aprobada por la ley 24.072; Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la ley 24.759; Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en la Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada por la ley 25.319; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, aprobado por la ley 26.024; Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por la ley 25.632; Convención Interamericana contra el Terrorismo, aprobada ley 26.023; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por la ley 26.097. Asimismo, la Argentina es miembro integrante del Grupo de Acción Financiera (GAFI).

LA/FT, encontrándose obligadas, en muchos casos, a realizar importantes inversiones para lograr un efectivo cumplimiento.

Presentando el asunto como un dilema entre derechos individuales e interés general, se puede concluir que a ambos lados de la "disputa"[2] se encuentra un mismo baluarte de las comunidades políticas modernas: el Estado de Derecho.

En efecto, las distorsiones económicas que produce el LA/FT son tan evidentes como su vinculación con las modalidades más peligrosas de la criminalidad organizada (v.gr.: narcotráfico, trata de personas, corrupción política, terrorismo internacional, etc.), lo que ha convertido al flagelo en una auténtica amenaza que puede llegar a erosionar los principios mismos del Estado de Derecho[3] y comprometer los objetivos constitucionales de consolidar la paz interior[4] y proveer a la defensa común[5].

---

[2] Lejos del *conflictivismo* propugnado por algunas escuelas del constitucionalismo moderno que llegan a ver al Derecho Constitucional como un campo de batalla de intereses competidores, consideramos que dilemas como el planteado deben resolverse a partir de un enfoque armonizador. Como señala Toller "*las controversias no sólo pueden establecerse entre derechos individuales, sino también entre algún derecho individual y un bien jurídico de interés general, donde la necesidad de coordinar los derechos de la persona con los bienes comunes de la sociedad no es menos acuciante que la de conjugar los distintos derechos y libertades individuales entre sí…".* Como afirma el citado autor, lo anterior lleva a que también en los casos donde aparentemente confluyan un interés colectivo, un bien constitucionalmente protegido, y un derecho individual, deban en principio ser armonizados conforme al criterio de establecer los contenidos esenciales de ambos valores presuntamente en disputa, para intentar salvaguardar la integridad de ambos. (TOLLER, Fernando M., "Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales", en Tratado de los Derechos Constitucionales / Julio C. Rivera (h.) -Director-, 1ra. Edición, Abeledo Perrot, Bs. As., 2014, Tomo 1, pp. 53/55).

[3] Cfr. GONZALEZ CUSSAC, José L., "Tecnocrimen", en *Amenazas a la seguridad nacional: Terrorismo, criminalidad organizada y TIC's*, Dir. J.L. González Cussac y M.L. Cuerda Arnau. Coord. Antonio Fernandez Hernandez. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, p. 206, citado por VIDALES RODRÍGUEZ, Caty (Dir.) y FABRA VALLS, Modesto (Coord.), *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 17.

[4] Dicho objetivo aparece en el Preámbulo de la Constitución Nacional y funciona, junto con el resto de los propósitos allí plasmados, como una pauta interpretativa idónea, a punto tal que una ley que contradiga tales objetivos -conspirando, por ejemplo, con el objetivo de constituir la unión nacional, consolidar la paz interior o proveer a la defensa común- devendría en inconstitucional del mismo modo que si estuviese en pugna con cualquier otra cláusula de la Constitución (Cfr. SAGÜES, Néstor, *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1993, t. I, p. 212). En cuanto a su vigencia temporal, los propósitos enunciados en el preámbulo designan un programa de acción permanente que no pueden considerarse agotados en el tiempo, sino que exigen el esfuerzo cotidiano y constante para su perfeccionamiento progresivo (Cfr. TAWIL, Guido Santiago, "El Preámbulo de la Constitución Nacional", en *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su Sesquicentenario*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2003).

[5] Objetivo que también forma parte del Preámbulo de la Constitución Nacional. Sobre esta finalidad se ocupó la doctrina norteamericana con posterioridad al atentado a las Torres Gemelas: "*After the tragic events of September 11, 2001, there can be no doubt that there is a need for strong anti-money laudering enforcement. As noted even years before this terrorist attack, "[W]orld stability is increasingly threatened by sophisticated criminal organizations and their creative implementation of money laundering schemes"* [cfr. Fletcher N. Baldwin, Jr., Money Laundering and Wire Transfers: When the New Regulations Take Effect Will They Help? 14 Dick, J. IntL.414, 413 (Spring 1996)]. *This fact was noted again recently by the Secretary of the Treasury: "The threat that terrorism poses to the world financial system demands from us*

En el otro extremo, la necesidad de preservar la libertad económica y las garantías individuales exige y condiciona el actuar del Estado en pos de lograr la tutela de los principios jurídicos en juego de forma respetuosa con un ideario constitucional personalista[6].

Para lograr dicha armonización, como bien explica Cassagne, resulta necesario acudir a un método adecuado que permita ponderar y reflexionar con sentido práctico para arribar a una solución justa[7].

En definitiva, de acuerdo con lo expresado en el dictamen de la Procuración General de la Nación en el caso "*Colegio de Escribanos c. PEN*", fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el año 2018, "*...la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo es una preocupación prioritaria del Estado Nacional, toda vez que dichas conductas delictivas constituyen un serio riesgo, no sólo para la estabilidad de los sistemas democráticos y el desarrollo de sus economías, sino fundamentalmente para la libertad de los ciudadanos. Dicha lucha consiste en buena parte en la adopción de medidas regulatorias que tornen eficaces, en el orden interno, la prevención y represión de estos delitos*"[8].

Con ese telón de fondo, en el presente trabajo nos proponemos abordar algunos aspectos salientes del sistema de PLA/FT desde una perspectiva constitucional.

Así, haremos referencia a las características singulares que presenta el *compliance* en materia de PLA/FT, describiendo cómo se integra, y cuáles son las características tipificantes del sistema preventivo a cargo de la Unidad de Información Financiera (UIF), para luego detenernos en los desafíos constitucionales que enfrenta, especialmente por la intensa reglamentación que desarrolla sobre la actividad económica y profesional de

---

an expanded effort to combat the financing of terrorism and terrorist acts" [Cfr. O'Neill Paul h., United States Secretary of the Trasury, before the Extraordinary Plenary Meeting of the Financial Action Task Force (Oct. 29, 2001)]. En PASLEY Robert. S, *Privacy Rights v. Anti-Money Laundering Enforcement*, 6 North Carolina Banking Institiute. 147, 2002, p. 154/155.

6 Tal como lo explica Badeni, las constituciones personalistas son aquellas que en función de la idea política dominante crean una estructura que procura concretar la plena vigencia de la libertad y dignidad de las personas. En contraposición con ello, las constituciones transpersonalistas, en función de una idea política dominante autocrática, imponen una organización para la cual, en la cúspide de la escala axiológica, no se encuentra la libertad y dignidad de las personas, sino otros valores que se consideran superiores. (Ver: BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 3ra. Edición actualizada y ampliada, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2010, Tomo I, p. 89).

7 CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*, Edit. Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 9.

8 Del dictamen de la PGN en la causa "*S.c. FLP 1298/2008/CS1-CA1, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires c/PEN s/ Sumarísimo*", fallada por la CSJN el 4.09.2018.

determinados sujetos privados[9] compelidos a colaborar con el Estado en la protección de la integridad del sistema económico-financiero.

Una vez abordada la referida temática, formularemos una serie de consideraciones acerca del viraje reglamentario en materia de PLA/FT que se encuentra en pleno proceso de implementación por parte de las actuales autoridades de la UIF, desde un enfoque de cumplimiento formal hacia uno basado en riesgos que pone su foco en la eficiencia y efectividad del sistema[10].

II. LAS PARTICULARIDADES DEL *COMPLIANCE* EN MATERIA DE PLA/FT

El concepto de *compliance* se ha extendido en los últimos años dentro del lenguaje jurídico argentino haciendo referencia a los programas de integridad que deben implementar las personas jurídicas —principalmente las que realizan algún tipo de transacción económica con dependencias estatales— y que comprende a un conjunto de acciones y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y/o actos ilícitos[11].

Con la internalización de la cultura del cumplimiento —cuyo origen en EEUU estuvo vinculado a grandes casos de corrupción público-privada y la necesidad de dar una respuesta eficiente en resguardo de las arcas públicas[12]— se busca elevar los estándares de

---

[9] Si bien el catálogo de sujetos obligados fijado por el legislador en el art. 20 de la Ley 25.246 y modificatorias incluye sujetos de naturaleza pública y privada, en el presente trabajo nos referiremos especialmente a los de naturaleza privada.

[10] En esa línea la UIF ha dictado en el último tiempo las nuevas reglamentaciones para entidades financieras (Resolución UIF Nº 30-E/2017), mercado de valores (Resolución UIF Nº 21/2018) y sector de seguros (Resolución UIF Nº 28/2017).

[11] El ejemplo más claro del desembarco definitivo del *compliance* al ordenamiento jurídico argentino está dado por la reciente sanción de la Ley 27.401, de responsabilidad penal de las personas jurídicas (BO del 1.12.2017) que en su articulado establece incentivos claros para que las empresas incorporen programas de integridad, que pueden acarrear la atenuación en la graduación de la sanción penal (art. 8°), eximición de pena y responsabilidad administrativa (art. 9°), y acceso a un acuerdo de colaboración eficaz (art. 18); constituyéndose, asimismo, en un requisito para ser proveedor del Estado Nacional en ciertas contrataciones (art. 24). Ello se ve complementado con la creciente dedicación por parte de la doctrina al estudio del fenómeno (como ejemplo ilustrativo de esto último, cabe destacar la variedad de temáticas y enfoques que reúne el Suplemento Especial que sobre la temática editó Thomson Reuters-La Ley, con la dirección de DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl, titulado "*Compliance, anticorrupción y Responsabilidad penal empresaria*", del mes de mayo de 2018). Sobre la temática específica de PLA/FT, se destaca el trabajo de docencia y difusión que viene realizando desde hace varios años la Fundación Argentina para el Estudio y Análisis sobre la Prevención del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (FAPLA), mediante el encuentro anual que desarrolla y el foro de estudios y discusión permanente que se nutre a partir de las actividades que realiza.

[12] Se ha señalado que el origen del *compliance* se sitúa en Estados Unidos, a mediados de los años 70´s, luego de distintos hechos de corrupción de gran escala y cobertura mediática que dieron lugar al dictado

integridad y buenas prácticas empresarias, procurando advertir preventivamente cualquier eventual quiebre de la ley y, a su vez, contar con herramientas idóneas para la detección, gestión interna y denuncia en aquellos casos donde el quebramiento ya se haya producido.

Una característica típica de estos programas es la relación y proporcionalidad que deben guardar con los riesgos propios de la actividad que realiza la empresa, su dimensión y capacidad económica, atendiendo de forma proporcionada a los requerimientos específicos que establezcan las distintas regulaciones particulares[13].

En definitiva, la puesta en funcionamiento de sanas prácticas de gobierno corporativo y esquemas de integridad aparece como una consecuencia lógica en tanto si el empleado o funcionario de una organización comete un delito por no haber estado sujeto a un adecuado y correcto control, las consecuencias penales también las sufre la compañía[14].

Ahora bien, la descripta es la configuración típica de los esquemas de *compliance* que es receptada, en términos generales, por la nueva ley de responsabilidad penal empresaria y que ha sido complementada por los "Lineamientos de integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas", aprobados por la Resolución 27/2018 de la Oficina Anticorrupción[15].

Sin embargo, existen tipologías que presentan características diferenciadas del modelo tradicional. En particular, entendemos que el sistema de PLA/FT que se encuentra bajo la órbita de la UIF exige la puesta en funcionamiento de programas de cumplimiento

---

de la *Foreign Corrupt Practices Act* (año 1977) que reguló mandatos anti sobornos y corrupción de forma genérica. Seguido a ello, y con similar espíritu, se impulsó en EEUU la suscripción, para los países miembros de la OCDE, del Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales e Internacionales. Finalmente, en el año 2002, como respuesta al caso "Enron", se sancionó la *Sarbanes-Oxley Act of 2002* que constituyó un verdadero punto de inflexión a nivel transnacional en la puesta en práctica de programas de cumplimiento para empresas, no solamente en Estados Unidos, sino también en todas las filiales de grandes corporaciones localizadas mundialmente (Cfr. KOMAROFKY, Nadia, "El nuevo régimen legal de responsabilidad penal de la persona jurídica por delitos que impliquen corrupción", en ADLA 2017-12, 10).

[13] Cfr. YACOBUCCI, Guillermo J., "La empresa como sujeto de imputación penal", en La Ley 2017-F, 798; KOMAROFKY, Nadia, *El nuevo régimen legal de responsabilidad penal de la persona jurídica por delitos que impliquen corrupción*, Publicado en: ADLA 2017-12, 10; y LANÚS OCAMPO, María Cecilia, *Compliance en el ámbito de las entidades financieras*, en DURRIEU Nicolás y SACCANI Raúl R. (Directores), *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria*, Edit. Thomson Reuters, Buenos Aires, 2018, p. 399; entre otros.

[14] Las consecuencias prácticas de esta afirmación están teniendo lugar en la actualidad con el lamentable suceso de la denominada "causa de los cuadernos" y sus derivaciones.

[15] RESOL-2018-27-APN-OA#MJ, publicada en el BO el 4.10.2018.

que si bien se interrelacionan y retroalimentan con los generales, se estructuran sobre premisas particulares[16].

Así vemos que este tipo de sistemas, a diferencia de los tradicionales, además de prevenir las potenciales conductas ilícitas en que puedan participar miembros de la propia persona o entidad que lo implementa (como autores o participes secundarios), tiene por objetivo primordial prevenir que terceras personas, ajenas al sujeto que pone en práctica el programa, puedan concretar un ilícito (LA o FT) utilizando al sujeto en cuestión como un medio para llevar a cabo su cometido[17].

Con dicha finalidad, se busca dotar a los SO de las herramientas necesarias para que en el supuesto de existir sospechas sobre la licitud del origen de los fondos implicados en la transacción efectuada por algún cliente, se encuentren en condiciones de poder reportar dicha sospecha al órgano rector del sistema preventivo –la UIF–, habilitando así la adopción de las medidas adecuadas para el caso.

Por lo demás, una adecuada cultura de cumplimiento en materia de PLA/FT promueve un ambiente de control y prevención en el que es más difícil que delitos aberrantes para cualquier comunidad prosperen sin ser detectados. Como destaca Zenón Biagosch, de acuerdo al Grupo Internacional de Acción Financiera (GAFI), la correcta aplicación de las recomendaciones sobre PLA/FT posibilita que los países puedan: (i) proteger las instituciones públicas; (ii) aumentar la transparencia del sistema financiero y

---

[16] La necesidad de desarrollar esquemas de cumplimiento en la materia específica de PLA/FT proviene de una iniciativa de organizaciones internacionales, dada la dimensión global del fenómeno del LA, lo que dio lugar a respuestas diseñadas desde el derecho internacional entre las que se puede mencionar la creación por el Club de París del Comité sobre Regulaciones Bancarias y Prácticas Supervisoras, el cual en 1988 formuló la Declaración de Principios sobre el Lavado de Dinero. Con similar espíritu, dentro del marco de la Organización de Cooperación y Desarrollo (OCDE) y durante la XV Cumbre Económica del G7 celebrada en París en 1898, fue creado el grupo de Acción Financiera (GAFI/FATF) con el mandato de relevar y estudiar las medidas de cooperación adoptadas hasta entonces por cada Estado miembro a fin de prevenir la utilización del sistema bancario y financiero con finalidades delictivas de lavado.

[17] En el borrador de los "*Lineamientos para la implementación de Programas de integridad*" (https://www.argentina.gob.ar/lineamientos-para-la-implementacion-de-programas-de-integridad) que ha emitido la Oficina Anticorrupción (OA) para que la sociedad civil pueda participar sugiriendo contenidos, ajustes o proponiendo alternativas para los modelos, se pone de resalto que los programas de integridad o cumplimiento que se derivan de las previsiones de los arts. 22 y 23 de la Ley 27.401 (modelo tradicional de *compliance*) se caracterizan, principalmente, por la finalidad de prevenir que "*…se cometan -en contra de la voluntad corporativa adecuadamente expresada y transmitida- actos de corrupción en su nombre, interés o beneficio*…" (ver. págs. 6 y 49). En efecto, aun cuando dicho esquema de *compliance* alcanza la debida diligencia que las compañías deben efectuar respecto de terceros o socios de negocios, lo hace con el sentido de una vinculación que pueda implicar que ese tercero actúe en nombre de la organización o vaya a representarla ante terceros (ver. págs. 50/51).

(iii) facilitar la detección, investigación y enjuiciamiento del delito de lavado de activo y sus delitos precedentes, así como el recupero de los fondos sustraídos[18].

De tal forma, si bien el cumplimiento en esta materia conlleva una imprescindible protección para la reputación del propio SO de no verse involucrado en operatorias con dinero ilícito, lo cierto es que el sistema está estratégicamente diseñado para funcionar, en primera medida, como dique de contención frente a posibles maniobras delictivas de terceras personas ajenas al sujeto en cuestión; todo lo cual redunda en una finalidad de prioritario interés general.

Lo dicho no implica subestimar el innegable valor para el SO de observar fielmente la normativa de PLA/FT lo que, sumado al contenido ético de la conducta, lo previene del riesgo de exponerse a sanciones legales por incumplimiento de las regulaciones ("*compliance risk*") y/o las posibles pérdidas reputacionales y financieras que de allí pueden derivarse[19]. Asimismo, el programa de cumplimiento en PLA/FT permite al SO mitigar el riesgo de que sus directores, funcionarios o empleados se encuentren involucrados en un proceso penal sobre lavado de activos (art. 303 del cód. Penal) o financiación del terrorismo (art. 306 del cód. Penal)[20].

---

[18] Cfr. BIAGOSCH, Zenón A., "La corrupción y la prevención del lavado de activos", en DURRIEU, et al, op. cit., p. 428.

[19] Ya en el año 1988, en la *Declaración de Principios de Basilea sobre prevención de la utilización del sistema bancario para el blanqueo de fondos de origen criminal, del 12 de diciembre de 1988,* se sentaron una serie de principios éticos básicos, conscientes de los daños que pueden derivar de la implicación del sistema bancario en la legitimación de ganancias ilícitamente obtenidas, principalmente por la afectación a su credibilidad y confianza de los clientes cuanto a las pérdidas directas que dichas maniobras podían importar para las instituciones víctimas de fraudes. En el acápite I de la declaración, donde se previó el "*objeto*", se dejó sentado que: "*Los bancos y otras instituciones financieras pueden servir involuntariamente de intermediarios para la transferencia o depósito de fondos de origen criminal. Este tipo de operaciones pretenden a menudo ocultar al verdadero propietario de los fondos. Esta utilización del sistema financiero preocupa directamente a la policía y a las autoridades responsables del cumplimiento de la Ley. También es motivo de preocupación para los supervisores bancarios y para los gestores de los bancos, dado que la confianza del público en los bancos puede verse minada por la asociación de éstos con los delincuentes. La presente Declaración de Principios pretende señalar un cierto número de reglas y procedimientos cuya puesta en práctica debería ser garantizada por los gestores de los bancos, a fin de colaborar en la eliminación de las operaciones de blanqueo de dinero por medio del sistema bancario nacional e internacional*". Asimismo, en el año 2005 el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea emitió un documento que refuerza y concientiza acerca de la función de cumplimiento en los bancos, definiéndola como "*una función independiente que identifica, asesora, alerta, monitorea y reporta los riesgos de cumplimiento en las organizaciones, es decir, el riesgo de recibir sanciones por incumplimientos legales o regulatorios, sufrir pérdidas financieras o pérdidas de reputación por fallas de cumplimiento con las leyes aplicables, las regulaciones, los códigos de conducta y los estándares de buenas prácticas (juntos "leyes, reglas y estándares")"*. Ver: BIS, "El cumplimiento y la función de cumplimiento en los bancos", Comité de Basilea, Banco de Pagos Internacionales, Traducción de la Asociación de Supervisores Bancarios de las Américas, ASBA, 2005.

[20] Según Cassanovas, tomando en consideración el marco legal argentino, el "programa de cumplimiento" en PLA/FT pretende mitigar tres tipos de riesgos; a saber: "*a) <u>riesgo penal</u>: probabilidad de ocurrencia de*

Sin embargo, entendemos que el contenido distintivo de este modelo es relevante en cuanto supone la convocatoria a determinados sujetos privados, en virtud de las diferentes actividades lícitas que constituyen su cometido esencial, para colaborar en una empresa de interés general que pone su foco preventivo en la licitud del origen del dinero de sus clientes, complementando funciones y actividades de vigilancia que exceden las posibilidades reales del Estado de cumplir con sus potestades de control y prevención contra el LA/FT.

Dicha particularidad, por su relevancia y singularidad, impone un análisis específico del fenómeno de PLA/FT y del equilibrio de potestades y obligaciones que enmarca la relación de colaboración entre los SO y la UIF.

III. ASPECTOS GENERALES DEL SISTEMA PREVENTIVO DE LA UIF

Mediante la sanción de la Ley N° 25.246[21] (posteriormente reformada por la Ley 26.683[22]) se modificó el Código Penal argentino a los efectos de tipificar como figura autónoma el delito de lavado de activos de origen ilícito. Asimismo, se creó a la UIF como órgano descentralizado[23], dotado de autonomía y autarquía financiera, poniendo a su cargo el análisis, tratamiento y la transmisión de información para prevenir e impedir la comisión de los delitos de LA/FT.

---

*directores, funcionarios o empleados dolosamente se encuentren involucrados en un proceso penal sobre lavado de activos (art. 303 del Cód. Penal) o financiación del terrorismo (art. 306 del Cód. Penal); b) riesgo administrativo: probabilidad de ocurrencia que la persona jurídica o física, sus directores, funcionarios o empleados se encuentren involucrados en un proceso administrativo sustanciado por la UIF (arts. 23 y 24, ley 25.246); y c) riesgo reputacional: probabilidad que la opinión pública por distintos medios de información periodística tome conocimiento de la posible vinculación del sujeto obligado con un tema asociado al lavado de dinero o financiamiento del terrorismo. A diferencia de lo que ocurre con los riesgos precedentes (penal o administrativo), donde puede precisarse la cuantía de la sanción, previa posibilidad de ejercer el derecho de defensa, en este caso no puede ponderarse los efectos que en la opinión pública puede generar tal información sensible, pudiendo incluso generar un efecto que pueda poner en riesgo la propia subsistencia del sujeto obligado (p. ej., corrida bancaria, disminución en el valor de las acciones comercializadas en el mercado de valores, cambio de comportamiento del mercado, etc.)" (*CASANOVAS, Marcelo A., "Los sujetos obligados y la administración del riesgo del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo", en BERTAZZA, Humberto J. y D'ALBORA, Francisco J. (h) -Directores-*Tratado de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo: prevención, investigación y represión,* 1ª. Edic. Edir. La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo 2, pp. 754/755.

21 Sancionada el 13.04.2000 y promulgada el 05.05.2000.

22 Sancionada el 01.06.2011 y promulgada el 17.06.2011.

23 El organismo fue ubicado originalmente dentro de la jurisdicción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Con posterioridad, mediante el art. 92, inc. a de la Ley 27.260 del año 2016 se transfirió a la jurisdicción del Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas de la Nación, para luego, mediante el Decreto N° 2/2017, quedar finalmente en la órbita del Ministerio de Finanzas. Actualmente, con la absorción del Ministerio de Finanzas por el de Hacienda -instrumentada mediante Decreto PEN Nº 575/2018-, ha quedado bajo la órbita de este último.

Las atribuciones asignadas a la UIF para cumplir con su cometido se dividen en tres grandes campos: (a**.)** análisis de información financiera, (b**.)** colaboración judicial, y (c**.)** sistema preventivo. Tales cometidos se complementan con la actividad del organismo en el plano internacional, a través de la cual mantiene una vinculación estratégica con los distintos países que integran el sistema global de prevención y lucha contra el LA/FT[24].

El alcance de las referidas competencias se define a través de distintos preceptos de la Ley 25.246, principalmente los que se citan a continuación:

(i) El análisis de información financiera: *Disponer y dirigir el análisis de los actos, actividades y operaciones que según lo dispuesto en esta ley puedan configurar actividades de lavado de activos o de financiación del terrorismo según lo previsto en el artículo 6º de la presente ley y, en su caso, poner los elementos de convicción obtenidos a disposición del Ministerio Público, para el ejercicio de las acciones pertinentes* (Cfr. art. 13, inc. 2);

(ii) La colaboración judicial: *Colaborar con los órganos judiciales y del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL en la persecución penal de los delitos reprimidos por esta Ley, de acuerdo a las pautas que se establezcan reglamentariamente* (Cfr. art. 13, inc. 3);

(iii) El sistema preventivo*: Disponer la implementación de sistemas de contralor interno para las personas a que se refiere el artículo 20. A efectos de implementar el sistema de contralor interno la Unidad de Información Financiera (UIF) establecerá los procedimientos de supervisión, fiscalización e inspección in situ para el control del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 21 de la ley y de las directivas e instrucciones dictadas conforme las facultades del artículo 14 inciso 10*(Cfr. art. 14, inc. 7) (…)*Emitir directivas e instrucciones que deberán cumplir e implementar los sujetos obligados por esta ley, previa consulta con los organismos específicos de control…*(Cfr. art. 14, inc. 10) (…) *Aplicar las sanciones previstas en el capítulo IV de la presente ley, debiendo garantizarse el debido proceso* (Cfr. art. 14, inc. 8).

Como vemos, el sistema preventivo es uno de los pilares de funcionamiento de la UIF; tiene un alto impacto en la política pública de combate contra el LA/FT y es el complemento imprescindible del sistema represivo ya que tiende a detectar preventivamente y dificultar cualquier operación con tales fines delictivos.

[24] En particular la actividad dentro del Grupo Egmont (conformado por las máximas autoridades de las Unidades de Inteligencia Financiera del mundo), GAFI y GAFILAT.

Su trascendencia está dada, a su vez, por la alta especialidad técnica de la materia y por la autonomía otorgada a la UIF por el legislador que la ha investido de amplias competencias en materia reglamentaria, supervisora y sancionadora lo que determina su singular incidencia en la actividad de los SO.

En cuando al diseño funcional del sistema preventivo, el mismo tiene como piedra basal la colaboración de los SO que interactúan principalmente con las direcciones de supervisión[25] y del régimen administrativo sancionador[26] de la UIF.

El contenido, alcance y la distribución de obligaciones y potestades en cabeza de los actores que conforman el sistema se rige por la ley 25.246 y sus modificatorias, el decreto PEN N° 290/2007 y sus modificatorios y las resoluciones dictadas por la propia UIF en ejercicio de su potestad reglamentaria, donde se establecen con mayor nivel de detalle las obligaciones de cumplimiento en PLA/FT para cada tipo de SO y se regulan aspectos procedimentales del sistema.

A su vez, dicha normativa se encuentra directamente condicionada por las recomendaciones provenientes de los organismos supranacionales con impacto en la materia, cuya condición de "*soft law*"[27] no le quita influencia en el orden interno atento el

---

[25] La Resolución UIF Nº 152/2016 (B.O. 23/11/2016) y sus modificaciones —mediante la cual se aprobó la estructura organizativa de la UIF— fija como responsabilidad primaria de la Dirección de Supervisión la de *"Atender en todo lo relativo a la implementación de procedimientos de supervisión y control del cumplimiento de las obligaciones que poseen los sujetos obligados a informar, establecidos en el artículo 20 de la Ley N° 25.246 y sus modificatorias"*. Concretamente, el procedimiento de supervisión refiere a la actividad desarrollada por la UIF —con la colaboración, cuando existen, de los órganos de contralor específico (BCRA, SSN, CNV, INAES)— a efectos de constatar el adecuado cumplimiento de las obligaciones impuestas a los SO. Dicha regulación se encuentra enmarcada en lo establecido en las Recomendaciones Nros. 26, 27 y 28 del GAFI que propician la aplicación del EBR a las tareas de supervisión para que las autoridades puedan dirigir los recursos de manera más eficaz hacia las áreas o actividades en las que se percibe la presencia de un riesgo mayor, contando para ello con amplias facultades de inspección y de requerimiento de documentación e información.

[26] Dentro de las facultades asignadas por el legislador a la UIF se encuentra la de aplicar las sanciones previstas en el Capítulo IV de la Ley Nº 25.246, debiendo garantizarse el debido proceso (inciso 8º del artículo 14 de la Ley Nº 25.246). El ejercicio de dicha facultad tiene como antecedente necesario el desarrollo del procedimiento administrativo sumarial previsto en la Resolución UIF Nº 111/2012 y sus modificatorias. Conforme lo previsto por la Resolución UIF Nº 152/2016 y sus modificatorias, dentro del organismo el área específica encargada de la sustanciación de los procedimientos sumariales es la Dirección de Régimen Administrativo Sancionador (DRAS) donde se desempeñan los instructores que instruyen los procedimientos y recomiendan al Presidente de la unidad la aplicación (o no) de sanciones y su quantum. Los mismos deben realizar su análisis teniendo en cuenta los principios rectores que surgen de la Recomendaciones GAFI, en particular la número 35 que establece que los países deben asegurar que exista una gama de sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas, y que las mismas deben ser aplicables no sólo a las instituciones financieras y a las APNFD, sino también a sus directores y la alta gerencia.

[27] A diferencia del *hard law*, derecho directamente aplicable y operativo, el *soft law* hace referencia a principios y normas —generalmente emanadas del ámbito supranacional— que no son en sí mismas de eficacia y aplicación obligatoria para los ordenamientos internos, no obstante lo cual, las administraciones públicas suelen adoptarlos voluntariamente en sus regulaciones para dar cumplimiento con el mandato

proceso cada vez más avanzado hacia la configuración, en determinadas materias, de un derecho administrativo global[28].

Así vemos que el sistema de PLA/FT que cada país configura a partir de su ordenamiento interno se inspira en el contenido de las recomendaciones que provienen del GAFI, ente intergubernamental cuyo mandato principal es el de fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, reglamentarias y operativas para combatir el LA/FT y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional.

Como explica Canda, las recomendaciones del GAFI carecen de ejecutividad directa en el plano interno, pero tienen incidencia fáctica en tanto su incumplimiento y la posible calificación como "plaza no cooperativa" en el marco de las evaluaciones mutuas puede traer consecuencias negativas en el acceso al crédito internacional y, en general, en la consideración de los países que integran esta organización de poder globalizado[29].

---

trasnacional, y ante el riesgo de sufrir consecuencias cada vez más negativas en el ámbito de los organismos y acuerdos supranacionales. En lo que hace a su tipología, como bien explica Aguilar Valdez, no se trata de normas y regulaciones "detalladas" sino de lineamientos, "guías" y/o estándares generales de actuación (cfr. AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Fuentes y Principio del Derecho global de las Contrataciones Públicas", en: CASSAGNE, Juan Carlos -Director- *Tratado General de los Contratos Públicos*, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2013, Tomo II, p. 715).

28 En la actualidad se habla de una crisis y transformación del denominado "*derecho administrativo internacional"*, tradicionalmente conceptualizado como derecho administrativo "*interno"* de las organizaciones internacionales; lo que conduce a postular el surgimiento del "*derecho administrativo global*", noción que abarca un campo más extenso y complejo de fenómenos interrelacionados y que se enmarca en otro fenómeno más grande que es el del denominado "*global governance"* surgido como consecuencia de la acentuación del proceso de globalización. La estabilidad financiera y económica, la regulación del comercio, la salud, el combate del crimen, la prevención del lavado y financiamiento del terrorismo, la regulación de las nuevas tecnologías de la información, son ejemplos básicos de materias de importancia global, que son objeto de regulación en el ámbito del derecho administrativo global (Ver: KINGSBURY, Benedict – KRISCH, Nico – STEWART, Richard, *The emergence of global administrative law*, IILJ Working Paper 2004/1 (Global Administrative Law Series) (www.iilj.org). Una versión en español – también disponible on line- se publicó en la Revista Res Pública Argentina (RPA), 2007-3:25; AGUILAR VALDEZ, Oscar R., *Fuentes y Principio* ob.cit.; FERNÁNDEZ LAMELA, Pablo, *El Impacto de las Redes Transgubernamentales en la Evolución del Derecho Administrativo Internacional, El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina* (Introducción por Benedict Kingsbury y Richard Stewart), Institute for International Law and Justice (NYU School of Law) – Universidad de San Andrés, Buenos Aires, Rap, 2009 (ISBN 978-987-1313-65-5).

29 CANDA, Fabián, "El régimen penal administrativo de la ley 25.246 de encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo", en Bertazza, et al., op. cit, Tomo 2, p. 252. En esa línea, cabe tener presente que el cumplimiento con los estándares internacionales en materia de PLA/FT se mide a través de las evaluaciones mutuas que realizan los distintos países miembros del GAFI, las cuales funcionan como mecanismo tendiente a hacer cumplir las recomendaciones (soft law) en el ámbito global. Si bien el GAFI no tiene facultades para imponer multas o sanciones contra las naciones miembro que luego de una evaluación aparezcan como incumplidoras, lo cierto es que desde 1996 el organismo inauguró una política para tratar con las naciones que no cumplen con las Recomendaciones que se describe como "*un enfoque graduado dirigido a mejorar la presión ejercida por los países del grupo*", cuyo primer paso es obligar al país a entregar en las reuniones plenarias un informe sobre el progreso realizado. El país luego puede recibir una carta del presidente del GAFI o una visita de una misión de alto nivel y adicionalmente el GAFI puede emitir una declaración pidiendo a las instituciones financieras que presten especial atención a

De acuerdo con lo anterior, es importante tener presente que el desarrollo y evolución del sistema de PLA/FT en el país sufrió el condicionamiento de la apatía inicial que derivó en el mal resultado obtenido en el "*Tercer Informe de Evaluación Mutua sobre el cumplimiento por parte de la República Argentina*", emitido por el GAFI el 22 de octubre de 2010, lo que motivo que dicho organismo incluyera al país en la lista gris de jurisdicciones cuyo "Plan de Acción" que daba bajo especial seguimiento, y acarreó un costo reputación al muy alto en sus relaciones comerciales y financieras con la comunidad internacional.

En ese contexto se dictó la ley 26.683 y la mayoría de las resoluciones UIF actualmente vigentes, las que buscaron sacar al país de la situación apuntada[30], aunque con claras deficiencias en el enfoque y otros aspectos sustantivos del esquema reglamentario adoptado[31].

En la actualidad el organismo se encuentra en pleno proceso de una necesaria reconfiguración del sistema preventivo, con cambios sensibles en aspectos institucionales, regulatorios y operativos, algunos de los cuales son tratados en el presente trabajo.

IV. CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS DEL ROL DE LOS SO EN EL SISTEMA DE PLA/FT

Como señalamos anteriormente, el sistema preventivo de la UIF se encuentra estructurado a partir de la participación y colaboración de los SO.

En tal sentido, la ley 25.246 estableció un marco concreto de competencias y facultades en cabeza del organismo y determinó cuáles son los sujetos alcanzados por la

---

las relaciones y transacciones comerciales con personas, compañías e instituciones financieras domiciliadas en el país incumplidor. Luego, como medida final, el GAFI puede suspender la membresía del país en cuestión.

30 Ello ocurrió finalmente en octubre de 2014, mediante resolución del pleno del GAFI que decidió la salida de la Argentina de la "Lista gris", con su seguimiento intensivo para controlar que "continúe abordando toda la gama de cuestiones PLA/FT [prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo] identificadas en su informe de evaluación mutua" (FATF, High-risk and non-cooperative jurisdictions, IMPROVING GLOBAL AML/CFT COMPLIANCE: ON-GOING PROCESS - 24 October 2014, versión original en inglés, pág. 8).

31 Como destaca Paolantonio, la reforma integral de la normativa reglamentaria en 2011, acompañada por la modificación de la ley 25.246 (vinculada a la posible calificación negativa para la República Argentina por parte del GAFI), se elaboró fundamentalmente sobre la base de la versión 2003 de las Recomendaciones del GAFI, las que serían objeto de importantes modificaciones en la redacción de 2012 (cfr. PAOLANTONIO, Martín E., "Inclusión financiera y prevención del lavado de activos", en La Ley 2018-B , 890 - DPyC 2018 (mayo), 42).

regulación, los que tienen la obligación de poner en funcionamiento un programa de cumplimiento que incluye políticas de prevención, debida diligencia, conocimiento y monitoreo de clientes (cfr. art. 21 inc. a y 21 bis de Ley N° 25.246) , junto con la obligación principal de reportar a la UIF las operaciones sospechosas de LA/FT (cfr. art. 21, inciso b, de la Ley N° 25.246).

Se trata de un universo de personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, a las que el legislador fijó una serie de obligaciones orientadas a la prevención que exceden a las tareas propias de su labor ordinaria, y les exige capacitación y un compromiso con el fenómeno del LA/FT y sus modalidades de prevención.

La relación de la UIF con los SO estatales es de naturaleza interadministrativa y se sustenta en uno de los principios de la organización administrativa, que es el de colaboración. En cuanto a los SO del ámbito privado, la exigencia de informar se explicaría como una faceta del ejercicio del poder de policía y de la policía estatal: el deber de información[32].

Es importante recordar junto con Zavalía Lagos, que este esquema jurídico según el cual ciertos particulares deben participar de un mundo de prevención y control de los clientes con los cuales operan no surgió de la inspiración de nuestros legisladores, sino que obedeció a una tendencia que se venía plasmando y desarrollando cada vez con más fuerza y decisión en el plano internacional[33].

En ese contexto, entendemos que la actuación de los SO en el esquema de PLA/FT presenta ciertas particularidades que caracterizan el vínculo y cuya correcta configuración y dinámica le otorga coherencia y sustentabilidad jurídica al sistema, a saber: (i) enumeración taxativa;(ii) relación de colaboración; (iii) principio de buena fe y (iv) deber de secreto.

A. *Enumeración taxativa*

Una característica fundamental de la figura de los SO dentro del sistema vigente es que la misma ha sido creada por ley del Congreso y que los sujetos designados como tales

[32] CANDA, op. cit., p. 257.
[33] ZAVALÍA LAGOS, Hernán, “Sujetos Obligados”, en Bertazza, et al., Tomo 2, p. 367.

fueron consignados de forma taxativa por el órgano legislativo (cfr. art. 20 de la Ley 25.246, modificado por la Ley 26.683).

La enumeración es exhaustiva y está integrada por profesionales independientes y organizaciones de naturaleza pública y privada, que tienen actuación en los ámbitos financiero y no financiero. La elección respondió, en la mayoría de los casos, a las recomendaciones del GAFI y sus notas interpretativas, sumado a la valoración del legislador local respecto del riesgo inherente a determinadas actividades que responden a dinámicas de negocio propias del ámbito nacional.

El listado no puede ser modificado sin la intervención del Congreso, lo que impone un saludable valladar a cualquier pretensión del órgano ejecutivo —o de la propia UIF— de ampliar o reducir el listado sin la debida intervención del órgano con mayor legitimidad democrática dentro de nuestro sistema institucional. Ello, sostenemos, otorga un sustento constitucional de base imprescindible para el sistema.

En particular, entendemos que esta solución es superadora a la alternativa de establecer una ley penal en blanco (que permitiera ir modificando el listado, atendiendo a ciertas premisas, sin la necesidad de sancionar una nueva ley), aún frente a la posibilidad de que los lavadores de dinero puedan ir escogiendo nuevas actividades permeables a sus necesidades de LA/FT lo que obligaría —según advertían[34]— a una sucesiva reforma legislativa modificando el listado de SO.

Sin desconocer la falibilidad del legislador ni la astucia de las organizaciones criminales para sortear la ley, entendemos que en tanto la regulación que recae sobre los SO en materia de PLA/FT es suficientemente intensa y gravitante en el ejercicio de sus respectivas actividades, la decisión sobre cuáles son los sectores y profesiones alcanzadas tiene que recaer, necesariamente, en el órgano legislativo, funcionando tal resguardo como una técnica de limitación del poder en protección de las libertades individuales.

Es en el Congreso Nacional, a través del procedimiento de formación y sanción de las leyes, donde se obtiene la más cercana representación de las diferentes parcelas e intereses de la sociedad, incluyendo a las minorías, y por lo tanto es el ámbito donde deben debatirse cuestiones de esta naturaleza.

[34] Ver D'ALBORA (h.), Francisco J., "Lavado de dinero. El delito de legitimación de activos provenientes de ilícitos", en El Derecho, 180-1084.

B. *Relación de colaboración*

Otra característica fundamental de los SO es su calidad de "colaboradores" de la UIF coadyuvando, a través de la observancia con las políticas de cumplimiento que se exige a cada sector, en la prevención de los delitos de LA/FT.

La colaboración que aquí se menciona difiere del genérico rol que le cabe asumir a los particulares en el marco de un procedimiento administrativo, como colaboradores de la Administración Pública en la gestión del bien común[35], y que comprende la posibilidad de obtener una verdadera y efectiva participación en la elaboración y toma de las decisiones que lo afecten[36].

En este caso la "colaboración" va mucho más allá y adquiere contornos particulares. Como bien lo destacaron Biagosh y D'Albora al sancionarse la ley 25.246, las distintas profesiones y entidades a través de las cuales se desarrolla la actividad económica y financiera del país "…*deben incorporarse al esquema ineludiblemente* [en tanto] *no es posible realizar ningún tipo de análisis si se pierde la oportunidad de detectar las operaciones sospechosas o inusuales durante las primeras etapas de las maniobras de lavado. No se trata de una delegación estatal respecto de funciones que le son propias, sino de la única alternativa viable: quienes toman contacto con determinadas operaciones caracterizadas objetivamente como aptas para desencadenar los alertas previstos por el legislador constituyen la única posibilidad cierta de un minucioso análisis técnico por parte de la UIF como autoridad de contralor*"[37].

Dicho contexto de necesaria interacción entre el sector privado y el Estado debe habilitar una comunicación fluida y eficaz sobre la cual estructurar un sistema que verdaderamente incremente los costos y riesgos de las organizaciones criminales que pretendan legitimar sus ganancias a través de instrumentos de la actividad económica lícita.

Ahora bien, la puesta en valor del rol colaborativo de los SO no puede lograrse sin el compromiso de la UIF en una tarea de retroalimentación mutua. En tal sentido, se

---

[35] COMADIRA, Julio Rodolfo, "Algunas reflexiones sobre el procedimiento administrativo", en Boletín del Instituto de Derecho Administrativo Profesor Rafael Bielsa, núm. 5, pp. 59-60.

[36] Cfr. TAWIL, Guido Santiago, "El principio de colaboración y su importancia en el procedimiento administrativo", enLa Ley 1985-E, 952.

[37] BIAGOSCH, Zenón A. y D'ALBORA (h.), Francisco J., "Lavado de dinero y Unidad de Información Financiera", en La Ley 2001-D, 946.

destacan las medidas adoptadas por la actual gestión del organismo, con la loable convicción de su presidente Mariano Federici y su vicepresidenta María Eugenia Talerico, consistentes en: (i) dar el primer *feedback* a los SO acerca de la calidad de los ROS remitidos[38]; (ii) generar canales genuinos de participación en los procesos de elaboración de las reglamentaciones de cada sector, compartiendo borradores de los proyectos y recibiendo las propuestas y sugerencias antes de definir las versiones finales[39] emulando una suerte de *rulemaking* informal[40];(iii) organizar de forma más coordinada la intervención supervisora de la UIF y los órganos de colaboración en aquellos sectores que tienen un regulador natural (v.gr. entidades financieras, seguros, valores, etc.)[41], y (iv) promover capacitaciones

[38] En el mes de diciembre del 2017 se llevó a cabo la primera reunión de retroalimentación con los oficiales de cumplimiento del sector financiero sobre la calidad de los ROS emitidos por las entidades en la cual se compartieron los resultados del informe de evaluación realizado y funcionarios del organismo sugirieron buenas prácticas para cumplir con la manda legal de forma eficaz y agregando valor al trabajo de la UIF (cfr. Informe de Gestión de la UIF del año 2017, pág. 25).

[39] Durante 2017 y 2018 la UIF puso en marcha un procedimiento de consultas y retroalimentación mutua previo al dictado de las resoluciones que regulan a los SO mediante el cual representantes de los sectores respectivos pudieron hacer sugerencias a los proyectos de normas a partir del conocimiento específico que poseen de los mercados en los que actúan. Esta tipo de prácticas viene propiciada en la actualidad por la doctrina, como es el caso de Castro Videla y Maqueda Fourcade que en una obra reciente destacan la conveniencia de implementar procedimientos de participación específicos que tengan lugar de forma previa y obligatoria -como condición de validez del acto- al dictado de reglamentaciones de derechos con alcance general, lo que tendería a asegurar la mayor eficiencia y respeto de derechos a través de la regulación, tal como ocurre en los procedimientos de *rulemaking* o "consulta pública" de Europa, Estados Unidos y diversos países latinoamericanos como México (CASTRO VIDELA, Santiago M. y MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *La delegación legislativa y el Estado regulatorio. Una mirada crítica al agujero negro de la regulación*, Edit. Ábaco, Buenos Aires, 2017, p. 357 y stes.).

[40] Explica Bianchi que en la Argentina tradicionalmente no se ha prestado mayor atención a la cuestión de la participación ciudadana en el proceso de elaboración de los reglamentos. Así como el proceso de formación del acto administrativo individual sí ha merecido un especial interés y de hecho está regulado con detalles en la LPA como medio de protección del derecho del administrado, no ha ocurrido lo mismo con el proceso de formación del acto de alcance general. Sólo a partir de la reforma de 1994 se adoptó el requisito de la audiencia pública tomado del Derecho Norteamericano que constituye una nota típica de los reglamentos emanados de los entes. Señala el autor que en los EEUU el procedimiento de formación de un reglamento (*rulemaking*) puede ser formal o informal. En el primer caso con una audiencia pública formal celebrada ante el juez administrativo; y en el segundo, que constituye la regla general, la intervención del administrado se prevé a través de una notificación previa de que el reglamento está siendo tratado para asegurar la participación de los interesados por medio de opiniones, etc. (Ver: BIANCHI, Alberto, "La potestad reglamentaria de los entes reguladores", en Acto Administrativo y Reglamento, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral (30, 31 de mayo y 1 de junio de 2001), Edit. RAP, Buenos Aires, p. 599 y sstes.).

[41] En este sentido la UIF dictó la Resolución UIF 97/2018 que establece una nueva metodología de trabajo en el plan de supervisión a entidades financieras entre la UIF y el BCRA. Conforme surge de sus considerandos, con su dictado se intenta mejorar la cooperación y coordinación de las actividades de supervisión, buscando una mayor sinergia entre los equipos de trabajo de ambos organismos, permitiendo unificar enfoques y decisiones sobre evaluación de riesgos, niveles de cumplimiento y alinear la comunicación de los resultados de las inspecciones realizadas, lo que permitirá alcanzar un procedimiento de supervisión más eficiente y claro en beneficio de los SO supervisados (cfr. boletín de novedades del organismo: https://www.argentina.gob.ar/noticias/mesa-de-trabajo-entre-la-uif-y-el-banco-central).

brindadas por funcionarios del organismo a sujetos obligados de distintos sectores y regiones del país[42].

C. *Principio de la buena fe*

La participación de los SO se inspira, asimismo, en una regla fundamental que es a la vez premisa legal y sustento teleológico de la relación que mantienen con la UIF: el principio de la buena fe.

En el art. 18 de la Ley 25.246 se establece que "[*e*]*l cumplimiento, de buena fe, de la obligación de informar no generará responsabilidad civil, comercial, laboral, penal, administrativa, ni de ninguna otra especie*". Si bien se trata de una previsión importante a la hora de blindar al SO de consecuencias negativas cuando cumple con la obligación de reportar o informar operaciones a la UIF, la buena fe no se limita a dicho ámbito, inspirando toda la relación con un deber reciproco y necesario para nutrir la confianza que requiere el vínculo.

Así vemos que la buena fe, además de integrar un contenido ético de toda conducta humana, informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico con antecedentes que se ubican en los principios generales del derecho, configurando uno de los medios legislativos y judiciales para reiterar la regla moral en el orden positivo. Si bien el principio tiene especial acogida dentro del ordenamiento civil y comercial[43], resulta directamente aplicable al Derecho Administrativo y rige con independencia de su reconocimiento por el derecho positivo, aunque las tendencias de los ordenamientos se inclinan por su incorporación expresa[44].

Así, en un ejemplo clásico de colaboración entre administrado y administración como es la contratación pública, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha acuñado la

---

[42] Como surge del Informe de Gestión de la UIF de 2017, a lo largo de 2017 y 2018 se desarrollaron mesas de trabajo, conferencias, capacitaciones y acciones conjuntas con distintos sectores de Sujetos Obligados, a fin de aclarar la expectativa regulatoria, guiar a los regulados en la implementación del EBR y reforzar la confianza mutua logrando de esta manera una mejor y más eficiente cultura de cumplimiento en materia de prevención de LA/FT (Cfr. Informe de Gestión de la UIF del año 2017, página 33).

[43] En el art. 9 del título preliminar del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se establece que "*los derechos deben ser ejercidos de buena fe*". Asimismo, en el art. 10 del mismo ordenamiento, al regularse el abuso de derecho se considera tal "…*el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*".

[44] CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios…*, op. cit, pp. 52/53.

regla de la buena fe como un valor inmanente del orden normativo, y orientador de la relación de colaboración en la realización de un fin público[45].

Como complemento de la buena fe se ubica la confianza legítima que toma en cuenta la confianza que precisa generar la actividad de la Administración pública en los administrados para que éstos puedan conocer razonablemente el grado de previsibilidad y seguridad jurídica que posee su relación con el Estado y adoptar las medidas necesarias para cubrir o soportar las contingencias adversas[46].

Se trata de conceptos y valoraciones que aplican de forma directa al vínculo entre SO y la UIF.

Como ejemplo de medidas adoptadas en sintonía con este principio, encontramos el dictado de la guía para la implementación de la Resolución UIF Nº 30-E/2017[47], cuyo objetivo es clarificar la expectativa regulatoria sobre temas puntuales relacionados con la aplicación de la nueva resolución para entidades financieras y provee herramientas para lograr una mejor implementación del sistema de PLA/FT, permitiendo a los SO una debida comprensión sobre aquellos puntos que pueden haber generado alguna duda razonable y así evitar futuros incumplimientos.

En la misma línea se ubica la puesta en valor por parte de la UIF de las medidas correctivas[48], entendidas éstas como "*pautas, medidas y/o directivas de cumplimiento idóneas y proporcionales impuestas por la UIF a los sujetos obligados para prevenir situaciones excepcionales de riesgo y urgencia en el sistema de PLA/FT, o bien, para subsanar aquellos casos de inobservancia parcial o cumplimiento defectuoso de alguna de las obligaciones o deberes impuestos por la normativa UIF, que desde un enfoque basado en riesgo no impliquen una lesión o puesta en riesgo del sistema de PLA/FT de los sujetos obligados*"[49]y que en muchos casos suponen un canal genuino para ajustar la colaboración

---

[45] Fallos 325:1787, entre muchos otros.

[46] I dem.

[47] https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_para_la_implementacion_resolucion_uif_n30_4oct2017.pdf.

[48] Las mismas encuentran su base legal en el art. 14, inc. 10, de la Ley 25.246, y han sido receptadas por la UIF en el artículo 31 de la Resolución UIF Nº 111/2012, y recientemente con mayor claridad en el artículo 43 de la Resolución UIF Nº 30-E/2017 —y sus análogos de las Resoluciones UIF Nº 21/2018 y 28/2017— y en los arts. 12, 13 y cctes del Anexo I de la la Resolución UIF Nº 97/2018.

[49] Definición de "Acciones Correctivas" prevista en el art 3, inc. a, de la "*REGLAMENTACIÓN DEL DEBER DE COLABORACIÓN DEL BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA CON LA UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA PARA LOS PROCEDIMIENTOS DE SUPERVISIÓN DE ENTIDADES FINANCIERAS Y CAMBIARIAS*", aprobado por la Resolución UIF Nº 97/2018, publicada en el Boletín Oficial del 30.09.2018.

del SO mediante una advertencia basada en la buena fe, y que se convierte en una alternativa superadora al inicio de un procedimiento sancionatorio y la eventual imposición de una multa, situación que queda reservada para supuestos donde realmente sea acreditada la afectación del bien jurídico tutelado por el organismo.

Las medidas correctivas buscan que las situaciones de incumplimiento en la que puede haber incurrido un SO, cuando se trate de conductas aisladas y que no hayan puesto en riesgo su sistema preventivo, puedan ser revertidas de forma urgente con la mirada puesta en la solución y el blindaje de la vulnerabilidad[50] más que en la imposición de una multa. Si bien estas medidas imponen una carga al SO, poseen una naturaleza distinta a las sanciones en tanto buscan la reposición de una situación alterada sin tener que acudir a la función retributiva del reproche sancionatorio.

En definitiva, para obtener el respeto de lo ordenado o prohibido en la norma, y lograr una prevención efectiva, no siempre es preciso que la administración eche mano de su potestad sancionadora. Si bien tal potestad debe ejercerse en muchos casos, en ocasiones el organismo puede optar por poner en marcha sus prerrogativas de restauración de la legalidad (cfr. art. 14, inc. 10, de la Ley 25.246), mediante la adopción de medidas correctivas, cuya naturaleza se ajusta a la relación de colaboración y buena fe que debe imperar con el SO en su rolde aliado en el sistema de PLA/FT.

D. *Deber de secreto*

El deber de secreto que rige para los SO y para la UIF también caracteriza la relación y le aporta otro elemento distintivo.

La Ley N° 25.246 contiene distintas referencias al secreto. En el art. 21, inc. c, se prevé que los SO deben *"abstenerse de revelar al cliente o a terceros las actuaciones que se estén realizando en cumplimiento de la presente ley."* A su vez, en el art. 22 se establece la obligación, para los empleados y funcionarios de la UIF y los propios SO, de "*guardar secreto de las informaciones recibidas en razón de su cargo, al igual que de las tareas de inteligencia desarrolladas en consecuencia*".

[50] Cfr. CUADRA MORENO, Mauricio y ESPINOZA SALVATIERRA, Jerry, "Las medidas correctivas de restauración y compensación ambiental [Análisis a propósito de la publicación de los Lineamientos aprobados por el OEFA para su aplicación]", en *El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental,* OEFA, Primera edición, Perú, 2013, p. 227 y sstes.

A dichos preceptos se asocian consecuencias jurídicas explicitadas en el segundo párrafo del mencionado artículo: "*el funcionario o empleado de la Unidad de Información Financiera, así como también las personas que por sí o por otro revelen las informaciones secretas fuera del ámbito de la Unidad de Información Financiera, serán reprimidos con prisión de seis meses a tres años*".

Finalmente, el artículo 87 de la ley 27.260[51] dispuso que la obligación de guardar secreto establecida en el artículo 22 de la ley 25.246 incluye la reserva de la identidad de los sujetos reportantes y reportados durante todo el proceso de análisis a cargo de la UIF, como así también, la prohibición de revelar la fuente de su información en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 13, inciso 3, y 19 de la ley 25.246.

Lo anterior implica que los funcionarios de la UIF no están habilitados a compartir con terceros (personas o entes públicos o privados) la información que almacenan y que reciben principalmente de los SO. Se pretende de ese modo generar confianza entre los sectores público y privado; y en ese entendimiento sólo se habilita a la UIF a divulgar la información que se conserve en sus bases de datos en favor del Ministerio Público Fiscal o de los tribunales penales y en forma de denuncia penal o de requerimiento judicial puntual, ante "serias sospechas" de LA y/o FT[52].

Esta importante regla de conducta tiene su correlato en los estándares internacionales que incluyen la llamada "obligación de secreto" según la cual las diferentes UIF del mundo deben contar con normas que aseguren la seguridad y confidencialidad de la información, incluidos los procedimientos de almacenamiento, difusión y protección de datos, así como el acceso limitado a esa información[53].

Como puntualiza Durrieu Figueroa, esta obligación impuesta a la UIF permite la generación de un ambiente seguro, predecible y de confianza, esencial para el éxito y la eficacia del sistema preventivo antilavado. Los SO y la UIF deben verse a sí mismos como

---

[51] Publicada en el Boletín Oficial del 22.07.2016.

[52] Esta premisa se exhibe, por ejemplo, en el texto del actual artículo 17 de la ley 25.246: "*El secreto sobre su identidad [de los sujetos obligados a informar] cesara cuando se formule denuncia ante el Ministerio Publico Fiscal".*

[53] Cfr. Nota Interpretativa a la Recomendación 29, punto D "Seguridad de la Información y Confidencialidad" (GAFI, 2012).

socios naturales y una disposición legal especial que asegure el secreto y confidencialidad en el intercambio de información entre ambos resulta, por tanto, fundamental[54].

Hay que tener presente que la UIF produce inteligencia financiera a través del proceso de análisis de la información que le es remitida por sus fuentes locales e internacionales; la importancia del cuidado de esas fuentes es análoga a la que un buen periodista debe brindar a quienes le proveen el flujo de información que necesita para desarrollar su profesión. La capacidad de la UIF de seguir recibiendo información de calidad depende, en gran parte, de la confianza de sus fuentes de información en la capacidad del organismo de protegerlas conforme al estándar y los principios internacionales que rigen en la materia.

En línea con lo anterior, el 15 de marzo de 2017 la UIF celebró un convenio de colaboración con la Corte Suprema de Justicia de la Nación[55] que, entre otras cuestiones, hace especial hincapié en el cuidado de la confidencialidad y seguridad de la información que la UIF comparte tanto con la justicia como con el Ministerio Público Fiscal y establece reglas concretas tendientes a dar cumplimiento con el estándar[56].

V. EL SISTEMA PREVENTIVO DE LA UIF DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

[54] Cfr. DURRIEU FIGUEROA, Roberto, "Tensión de orden constitucional en la ley de blanqueo", en La Ley 07/07/2016 , 1 - La Ley 2016-D, 910.

[55] Se denomina: "*Convenio de colaboración entre la Unidad de Información Financiera y la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el combate del lavado de activos, del financiamiento del terrorismo y otros delitos contra el orden económico financiero*" (publicado en: file:///C:/Users/pds/Downloads/adj_pdfs_ADJ-0.781590001489612711.pdf).

[56] En la cláusula 5 del convenio se establece que los tribunales competentes se abstendrán de requerir a la UIF la remisión de los reportes de operaciones sospechosas de lavado de activos o financiación del terrorismo. Asimismo, que la UIF no podrá remitir reportes de operaciones sospechosas a los tribunales competentes, sino que comunicará los resultados de su análisis mediante el envío de informes de inteligencia financiera en los que no revelará la fuente de información pero, de resultar posible, indicará dónde y cómo se podría obtener la prueba necesaria para demostrar la existencia de la operación o conducta analizada. Finalmente, en la cláusula 13 se prevé que La UIF transmitirá los informes de inteligencia financiera a los tribunales competentes de manera segura, a través de canales que permitan su adecuada protección y confidencialidad. Y asimismo que los tribunales competentes que reciban la información se comprometerán a observar las medidas de resguardo y protección de la información que sean requeridas por la UIF, y se abstendrán de comunicarla a cualquier persona que no se encuentre expresamente autorizada a esos efectos, evitando situaciones inconvenientes del pasado donde la información del reportante de un ROS podía ser ventilada inadecuadamente.

Como adelantamos en la introducción, las políticas de prevención en LA/FT pueden presentar elementos de tensión[57] derivados de la colaboración requerida a sujetos privados que deben asignar recursos humanos y económicos para su debido cumplimiento.

Es así que desde la sanción de la ley 25.246 —en particular desde el año 2011que la UIF comenzó a poner definitivamente en funcionamiento su potestad reglamentaria— han existido cuestionamientos sobre la constitucionalidad de algunas de las obligaciones previstas en el sistema de PLA/FT, que derivaron en una serie de pronunciamientos judiciales que ordenaron suspender la aplicación de la normativa UIF para determinado sector de SO[58].

Particularmente, se cuestionaba: (i) la imposición a los SO del deber de efectuar ROS sobre la base de criterios que se consideraban subjetivos, indeterminados y/o vagos; (ii) los alcances de la reglamentación impuesta a los SO que habría exigido la puesta en funcionamiento de un sistema sofisticado y costoso cuya materia resultaba ajena al

[57] Robert S. Pasley en un interesante trabajo sobre la materia pone de resalto la tensión entre derechos individuales y la puesta en funcionamiento de un Sistema de PLA/FT robusto, y destaca la necesidad de configurar marcos jurídicos consistentes: "*There has long been a tensión between preserving privacy rigths and concerns and enforcing a strong and effective anti-money laundering effort. The legislation in these areas has been plentiful. However, it has also often been complicated and controversial. The court cases interpreting the nature and extent of people's Fourth Amendment privacy rights, as well as the scope and constitutionality of anti-money laundering laws and regulations, have not always been consistent or well reasoned…*" (PASLEY Robert. S, *Privacy Rights v. Anti-Money Laundering Enforcement*, 6 North Carolina Banking Institiute. 147 (2002), p. 147, con cita de KLEIMAN, Matthew N., The Right to Financial Privacy versus Computarized Law Enforcement: A New Fight in an old Battle, 86 Nw. U.L. Rev. 1169, 1169 (1992).

[58] Entre ellos, "Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Entre Ríos c/P.E.N. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación – Unidad de Información Financiera) – Acción de Inconstitucionalidad" (Expte. N° 81/2011 "B"), sentencia del 23 de febrero de 2011; "Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia del Neuquén c/Estado Nacional (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación) s/Ordinario", sentencia del 11 de abril de 2011; "Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Río Negro c/Poder Ejecutivo Nacional s/Acción Declarativa" (Expte. N° 154, Folio 299, Año 2.011), sentencia del 14 de abril de 2011; "Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Tierra del Fuego c/P.E.N. – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Unidad de Información Financiera" (Expte. N° 6923/11), sentencia del 6 de mayo de 2011; "Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires c/PEN (Unidad de Información Financiera) s/Acción Declarativa – Medida Cautelar" (Expte. N° 26.197), sentencia del 16 de mayo de 2013; "Colegio de Escribanos de Entre Ríos c/P.E.N. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación – Unidad de Información Financiera) s/Acción de Inconstitucionalidad" (Expte. N° FPA 22000026/2005), sentencia de agosto de 2013; "Colegio Notarial de la Provincia de Río Negro c/Estado Nacional y otro s/Ordinario" (Expte. N° FGR 71000200/2012), sentencia del 18 de febrero de 2016; "Colegio de Escribanos del Neuquén c/Estado Nacional (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos de la Nación) s/Acción Meramente Declarativa" (Expte. N° FGR 21000056/2005), sentencia del 22 de junio de 2016.

expertise profesional de los actores alcanzados, y/o (iii) la supuesta existencia de desproporción entre los medios y el fin perseguido[59].

Si bien el inicio de acciones de este tipo y las medidas judiciales dictadas con el tiempo fueron cayendo, y el sistema de PLA/FT fue incrementando su legitimidad a medida que la sociedad comenzó a percibir con mayor claridad los peligros que conlleva la proliferación de la criminalidad organizada, lo cierto es que el dilema constitucional se mantiene, al menos desde un punto de vista teórico.

En todo caso, resulta relevante poner foco en el sustento constitucional del funcionamiento de un organismo como la UIF que reúne bajo su órbita de actuación amplias competencias de policía.

Con ese norte, y dejando para otro trabajo el análisis en profundidad de las potestades de supervisión y sancionatoria, indagaremos aquí en las facultades reglamentarias de la UIF desde dos perspectivas: (i) un primer nivel de análisis más genérico vinculado a la validez de la potestad del Estado de reglamentar la actividad profesional y económica de los individuos e imponerles determinados deberes en procura del interés general, y (ii) un segundo nivel de análisis que reconoce que la referida potestad del Estado es legítima (mucho más cuando, como sucede con el sistema de PLA/FT, existe una seria amenaza a la seguridad del estado), pero tiene presente que ello sólo será constitucionalmente válida si se la ejerce respetando determinados principios que tienen base en nuestra norma fundamental.

V.1. Primer nivel de análisis (acerca de la validez constitucional del Poder de Policía en PLA/FT)

La doctrina constitucional define a la libertad económica como aquella que abarca toda actividad humana destinada a generar riqueza mediante el desarrollo de los factores productivos (v.gr. libertad de contratar, de comercio e industria, de ejercer profesiones liberales, etc.)[60].

[59] Como luego veremos, un criterio en línea con estos cuestionamientos lo sostuvo recientemente el ministro Lorenzetti, en su voto en disidencia en el fallo de la CSJN: "Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As. c/ PEN s/ sumarísimo", sentencia del 4 de septiembre de 2018.

[60] Cfr. BADENI, op. cit., Tomo II, p. 413.

Se trata de una de las libertades estratégicas de nuestro ordenamiento constitucional que responde al ideario progresista de los constituyentes fundacionales que vieron en el desarrollo económico y el progreso de las actividades productivas del hombre el camino hacia la prosperidad de la sociedad.

Ahora bien, está fuera de discusión que tales libertades no tienen carácter absoluto y deben ser reglamentadas para armonizar sus exigencias con las demás libertades y con el bien común. En particular, la CSJN ha sostenido reiteradamente que la admisión de un derecho ilimitado importaría una concepción antisocial, y es así que están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponden a la comunidad y los intereses superiores de esta última[61].

En cuanto al órgano estatal investido de la potestad para reglamentar los derechos, hay consenso de que es una competencia prioritaria del Poder Legislativo a quien se le atribuye el "poder de policía" (cfr. arts. 14, 19 y 28 CN) para dictar leyes que impongan limitaciones a los individuos por razones de interés público, y con el objetivo de permitir la efectividad simultánea de los derechos de todos, compatibilizándolos en la medida en que ello sea posible.

En el caso del sistema de PLA/FT, es evidente que se trata de una materia sujeta a dicho poder ya sea que se adopte una concepción amplia o restringida del instituto. Ello es así, en tanto las restricciones de derechos en esta materia buscan atender a un fenómeno que impacta en la seguridad del Estado (acorde con un enfoque "*narrow*") y asimismo interesa a la prosperidad general (acorde con un enfoque "*broad and plenary*").

No caben, por lo tanto, cuestionamientos acerca de la potestad constitucional del Estado de establecer una serie de limitaciones a determinados derechos individuales (a los SO) para atender a la prevención de delitos que revisten un trascendente interés general (LA y FT).

V.2. <u>Segundo nivel de análisis (acerca de la validez constitucional del esquema reglamentario de PLA/FT)</u>

[61] Fallos 136: 161; 253:133; 254:56; 289: 67, entre muchos otros.

En el apartado anterior vimos que la posibilidad de restringir derechos a los SO atendiendo a una finalidad de interés general —como sucede con el sistema de PLA/FT— presenta bases constitucionales sólidas.

Partiendo desde allí, en los apartados que siguen veremos que la modalidad de reglamentación a cargo de la UIF, si bien en algunos casos puede llegar a tensionar sensiblemente el equilibrio en términos generales, respeta las reglas constitucionales aplicables a toda actividad del Estado que impone limitaciones (en sentido lato) a los derechos individuales. Veamos.

A. *El principio de legalidad*

En la Ley N° 25.246 se han otorgado amplias facultades reglamentarias a la UIF, como surge de los preceptos de la norma que se transcriben a continuación:

- *La Unidad de Información Financiera estará facultada para…emitir directivas e instrucciones que deberán cumplir e implementar los sujetos obligados por esta ley, previa consulta con los organismos específicos de control...* (art. 14, inc.10);

- *La Unidad de Información Financiera determinará el procedimiento y la oportunidad a partir de la cual los obligados cumplirán ante ella el deber de informar que establece el artículo 20* (art. 20 bis);

- *La Unidad de Información Financiera establecerá, a través de pautas objetivas, las modalidades, oportunidades y límites del cumplimiento de esta obligación* [emitir un ROS] *para cada categoría de obligado y tipo de actividad* (art. 21, inc. b *in fine*)

- "….*Las obligaciones establecidas en el presente artículo* [medidas de debida diligencia del cliente] *serán objeto de reglamentación* [por la UIF]..." (art. 21 bis).

En ejercicio de dichas competencias, la UIF ha venido dictando resoluciones específicas para cada tipo de SO en las que se desarrollan las obligaciones que éstos deben observar para cumplir las exigencias en PLA/FT.

Siendo ello así, corresponde preguntarse si es constitucionalmente válida tal delegación y si es legítimo el modo en que la UIF ha venido ejerciendo su potestad reglamentaria.

La regla general es que la potestad para regular las actividades económicas debe encontrarse alineada con el principio de reserva de ley que exige que ciertas cuestiones, en particular las que conciernen al ámbito de la libertad de los ciudadanos, sólo puedan ser reguladas por el órgano legislativo.

Sin embargo, el principio de reserva de ley se ha ido flexibilizando a nivel global en los últimos tiempos, en especial en el ámbito de la intervención económica. Así se ha dicho que si bien se mantiene de manera formal la existencia de una norma de rango legal para la ordenación de los principales sectores económicos, resulta frecuente que dicha norma se limite a un papel meramente formal, de cobertura para la intervención reglamentaria del gobierno, llegando al exceso, en determinados supuestos, de convertirse en una mera remisión en blanco al reglamento[62].

Desde esa perspectiva, el bloque de legalidad puede limitarse, en ciertos casos, a habilitar a la administración para la imposición de las obligaciones, pero dejando un excepcional margen de discrecionalidad para su definición. Se deja así a la administración reguladora la decisión sobre la correcta proporcionalidad entre la obligación y el objetivo de interés general que se pretende proteger[63].

Como hemos señalado, en nuestro ordenamiento constitucional el Congreso es el encargado de ejercer el poder de policía. A su vez, la Constitución prevé dos supuestos excepcionales para la asunción por parte del órgano ejecutivo de la función materialmente legislativa, esto es: la delegación legislativa del Congreso en el PEN (art. 76 CN) y la facultad otorgada directamente al titular del PEN de dictar Decretos de Necesidad y Urgencia (art. 99, inc. 3, CN). A lo anterior hay que sumar la potestad del PEN de dictar reglamentos de ejecución de las leyes para completar sus pormenores y detalles (art. 99 inc. 2 de la CN).

Ahora bien, junto con dichos supuestos existen casos donde se efectúan delegaciones amplias y de carácter permanente en organismos de la administración descentralizada, sin que puedan ser encuadradas en alguna de las alternativas mencionadas.

Dentro de este último grupo entendemos que se encuadra la situación de la UIF, un ente descentralizado con autonomía otorgada por ley, que ejerce su potestad reglamentaria

---

[62] MONTERO PASCUAL, Juan José, "La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico", en Revista Digital de Derecho Administrativo, nº 12, segundo semestre/2014, pp. 23-44 .

[63] Ibidem, p. 36.

sin estar ajustada a los condicionamientos de la delegación legislativa previstos en el art. 76 CN.

Si bien en un primer momento la actividad reglamentaria de la UIF pudo razonablemente encuadrarse en el ejercicio del art. 99, inc. 2, CN[64], lo cierto es que tal actividad ha sido lo suficientemente intensa y expansiva desde el año 2011, para desbordar el cauce del referido precepto constitucional.

En efecto, la situación se adapta a una realidad medianamente ordinaria en los regímenes legislativos contemporáneos en los cuales es común la creación de entes descentralizados a los que se les encomienda con carácter permanente la regulación y control de un determinado ámbito de la actividad social (v.gr. Banco Central, AFIP, ANSES, ANMAT, SSN, Superintendencia de ART, Universidades Nacionales, Entes Reguladores de Servicios Públicos, etc.)[65].

A todos ellos se les han reconocido facultades legislativas delegadas para el cumplimiento de sus cometidos propios, teniendo en cuenta la complejidad técnica y variedad de circunstancias en las que deben desarrollar su actividad.

Así, se ha aceptado la posibilidad de encuadrar tales casos en un régimen de delegación legislativa distinto al general (art. 76 CN) teniendo en cuenta que se trata de entes sujetos a la potestad legislativa del Congreso, que dispone su creación, le otorga sus atribuciones y competencia, le fija los parámetros y fines de su actividad y puede modificar permanentemente estas reglas de creación y funcionamiento.

Se configura, pues, un régimen de descentralización normativa distinto y complementario al de la delegación legislativa ordinaria que se basa en dos disposiciones constitucionales como punto de referencia: los incs. 20 y 32 del art. 75 de la CN (al que se suma al art. 42 CN para el caso específico de los entes reguladores de servicios públicos).

---

64 CANDA, op. cit., pp. 264/265.

65 SANTIAGO, Alfonso (h) y THURY CORNEJO, Valentín, *Tratado sobre la delegación legislativa. Régimen constitucional antes, durante y después de la reforma constitucional*, Edit. Aábaco, Buenos Aires, 2003, p. 474.

En un juego de tales artículos, Santiago y Thury Cornejo entienden que el inc. 32[66]permitiría extender razonablemente la facultad reconocida en el inc. 20[67]hasta admitir la posibilidad de la descentralización normativa de carácter permanente[68].

Coincidimos con esa perspectiva, teniendo presente que el Congreso sólo puede acudir a esta solución cuando un motivo razonable de funcionalidad aconseje tal mecanismo de creación normativa, debido a la cantidad y especialización técnica que demande la regulación de determinado ámbito de la actividad social, y dejando a salvo que el órgano legislativo continúa siendo el titular de las facultades que otorga al ente y conserva siempre la capacidad legislativa plena para modificar su organización y atribuciones, ordenar las políticas que debe seguir e instrumentar todos los mecanismos de control que considere pertinentes[69].

En un abordaje coincidente, Castro Videla y Maqueda Fourcade concluyen que al Congreso, en el marco de las competencias atribuidas por el art. 75 inc. 32 de la CN, se le ha reconocido explícitamente "*la potestad de valerse con racionalidad de todos los medios necesarios y adecuados*" para cumplir las funciones o competencias que le son expresamente atribuidas, y entre tales medidas consideran razonablemente comprendida la referida delegación de facultades legislativas[70].

Habría así dos grandes planos de la delegación legislativa: uno genérico, razonablemente implícito en lo expreso, bajo el artículo 75, inc. 32 de la CN, y otro específico, previsto en el artículo 76[71].

Sobre la misma materia, Balbín también acepta que los entes autónomos creados por el legislador pueden ejercer poderes reglamentarios propios y prescindentes del Ejecutivo, siempre que el Congreso habilite ese traspaso —como sucede en el caso con las delegaciones contenidas en los arts. 14, inc. 10, 21 inc. b) in fine, 21 bis y cctes de la Ley

---

66 "*Artículo 75.- Corresponde al Congreso: ...32. Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina…".*

67 *"Artículo 75.- Corresponde al Congreso: ... 20.Establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia; crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones, dar pensiones, decretar honores y conceder amnistías generales…".*

68 SANTIAGO, Alfonso (h) y THURY CORNEJO, Valentín, op. cit. p. 477.

69 Cfr. SANTIAGO, Alfonso (h) y THURY CORNEJO, Valentín, op. cit., p. 482.

70 CASTRO VIDELA, Santiago M. y MAQUEDA FOURCADE, Santiago, op. cit., pp. 176/177.

71 CASTRO VIDELA, Santiago M. y MAQUEDA FOURCADE, Santiago, op. cit., pp. 176/177 con cita de SPOTA, Alberto, "Límites y alcances del ejercicio de los poderes implícitos del Congreso de la Nación en relación a la forma republicana de gobierno", en Lecciones y Ensayos, N° 76, enero-diciembre, Buenos Aires, 2001, p. 136.

25.246— y que el Presidente preste su consentimiento tácito[72] —como también ocurre en el caso—.

Debe procurarse, de cualquier modo, que el legislador fije claramente la política legislativa o estándar inteligible y se respeten los límites constitucionales aplicables a los poderes implícitos para que pueda reputarse válida constitucionalmente la delegación[73].

En esta línea, en la jurisprudencia de la Corte Suprema existen antecedentes que convalidan delegaciones legislativas amplias y de carácter permanente, que son connaturales a los fines y funciones que tienen asignados legalmente determinados entes administrativos[74].

Entendemos que en el caso de la UIF, en tanto ente descentralizado creado por ley con independencia técnica y funcional respecto del PEN, y con ausencia de control amplio (oportunidad mérito y conveniencia) por el Presidente y sus órganos subordinados (el recurso de alzada sólo es procedente por razones de legalidad), juega un rol importante, para convalidar la mentada delegación, la alta especialidad técnica de la materia que maneja y la autonomía otorgada por ley que responde principalmente a los estándares internacionales que gravitan sobre su funcionamiento[75].

Sin embargo, entendemos que para que dicha autonomía se viera realmente reforzada y blindada de las presiones que puedan provenir del oficialismo de turno, debería reformarse el mecanismo de nombramiento y remoción de las autoridades del organismo[76] y contarse con una mayor autonomía presupuestaria.

---

[72] Cfr. BALBIN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2° Ed. actualizada y ampliada, La Ley, Tomo II, p. 168 y ss.

[73] CASTRO VIDELA, Santiago M. y MAQUEDA FOURCADE, Santiago, op. cit., p. 194.

[74] Fallos 166:264; 303:1776; 310:418; 313:1513.

[75] Recomendación N° 29 del GAFI.

[76] Respecto del nombramiento se podría prever que la designación del Presidente de la Unidad sea por el PEN con acuerdo del Senado por dos tercios (2/3) de sus miembros presentes. A su vez, podría establecerse un plazo de duración del cargo de presidente de la UIF de cinco (5) años, para que no coincida con el del titular del PEN en caso de que aquel sea designado cuando éste asuma o renueva mandato. En cuanto a la remoción, se debería modificar la Ley N° 25.246 y establecer con mayor detalle las causales que podrían implicar un "*mal desempeño de sus funciones"*, *"incurrir en grave negligencia"*, o *"por inhabilidad física"*, para disminuir el obrar discrecional del PEN. A su vez, se debería derogar la causal de "*inhabilidad moral*", ya que no se puede determinar de manera acabada en qué presupuestos procede. El proyecto de ley podría incluir que el PEN deba comunicar previamente los fundamentos que justifican la remoción a una comisión del Congreso de la Nación integrada por los presidentes y vicepresidentes de las comisiones que cada una de las Cámaras determinen en función de su incumbencia, garantizando una representación igualitaria de senadores y diputados (procedimiento similar al previsto para los directores del BCRA).

B. El principio de razonabilidad

Así como dijimos que no cualquier ejercicio del Poder de Policía es constitucionalmente válido, del mismo modo hay que decir que el reconocimiento de amplias facultades reglamentarias en cabeza de la UIF no le otorga al organismo una carta en blanco para reglamentar a su antojo.

En el ejercicio de su potestad reglamentaria la UIF debe cumplir con el estándar de la razonabilidad (art. 28 CN), principio rector del Derecho enraizado con el concepto de dignidad humana[77]; en particular con la regla de la proporcionalidad que exige una adecuación cuantitativa entre la finalidad perseguida con la reglamentación y las facultades que a tal efecto se confieren al organismo, de modo que no corresponde otorgar poderes materialmente innecesarios para lograr los fines que se propone alcanzar[78].

Sobre este principio, y en concreta alusión a la UIF y su punto de contacto con el secreto bancario, De la Riva ha señalado que: "[c]omo *siempre en el derecho, los conflictos deben resolverse prestando atención a las debidas proporciones, a fin de que el sacrificio de ciertos derechos sólo se exija en una medida adecuada y razonable, ponderada en función de los fines al servicio de los cuales tal sacrificio se requiere. Los dos términos en potencial conflicto en nuestro caso, esto es, la necesidad de dotar a los poderes públicos de instrumentos idóneos para investigar el lavado de dinero, por un lado, y la exigencia impuesta a los mismos poderes de proteger el secreto bancario, por otra, deben, entonces, pasar por el tamiz de ese mismo juicio de proporcionalidad*"[79].

Del principio de razonabilidad se desprende también el principio *pro libertate* según el cual las limitaciones a las libertades individuales deben exigir el mínimo sacrificio con el máximo de los resultados. Cuando la norma que fija la potestad de intervención puede razonablemente optar entre varias medidas posibles para garantizar adecuadamente la tutela del bien jurídico protegido debe hacerlo por la menos gravosa para los intereses de los particulares.

---

[77] CASSAGNE, Ezequiel, "El principio de razonabilidad en el procedimiento administrativo", en POZO GOWLAND Héctor; HALPERÍN, David; AGUILAR VALDEZ, Oscar;LIMA, Fernando Juan y CANOSA, ARMANDO –Directores-*Procedimiento Administrativo*, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo 1, p. 689.

[78] SANTAMARINA PASTOR, Juan A., *Principios de derecho administrativo*, 2° ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, Vol. II, p. 262.

[79] ORSELLI, Claudia y DE LA RIVA, Ignacio M, **"**El lavado de dinero: límite de las atribuciones de la Unidad de Información Financiera", en RDA 2003-46-954; AP/DOC/3211/2012.

Se trata, pues, de un dilema difícil de abordar en términos generales para determinar de modo concluyente si la UIF cumple o no con esta premisa en cada una de las reglamentaciones. Desde el momento que el organismo ha dictado resoluciones específicas para cada una de las veintitrés clases de SO, habría que analizarlas individualmente de cara a cada tipo de obligación requerida en relación al bien jurídico tutelado, estudio que excede los alcances del presente trabajo.

Como sea, entendemos que el cambio regulatorio hacia el EBR trabaja en la dirección correcta y es una variante institucional que parece estar alineada con el requisito de la razonabilidad reglamentaria.

Desde esa o cualquier otra perspectiva, debe tenerse presente la advertencia de D'Albora en cuanto a que "*…la naturaleza exclusivamente estatal de las funciones genéricas de contralor admite la convocatoria a los particulares para su complementación, en tanto y en cuanto ello resulte una alternativa válida para su correcta y eficaz implementación. Pero bajo ningún punto de vista pueden imponerse obligaciones tales que, en calidad y cantidad, comprometan o dificulten el desempeño de la propia actividad, en todos los casos lícita, con manifiesta intención de lucro legítimo, reguladas por el Estado e importante fuente de recaudación tributaria*"[80].

Aceptar la injerencia estatal en la actividad de los particulares como una de las pocas alternativas razonables conocidas para combatirlo eficazmente el LA/FT, resulta absolutamente distinto que admitir la utilización creciente de semejantes herramientas de manera que puedan terminar entorpeciendo el desempeño de los SO, y mucho menos que terminen siendo regulaciones al servicio de algún control paternalista de actividades lícitas de las personas.

C. *El principio de igualdad*

La normativa de la UIF también debe cumplir con el estándar de la igualdad.

En tesis general, y según lo ha definido la CSJN en reiterados precedentes, el principio de igualdad que garantiza la CN exige "*que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en igualdad de*

[80] D'ALBORA, Francisco J., "La prevención…", op. cit. p. 181.

circunstancias”[81]. Para el alto tribunal, la igualdad ante la ley reclama “*iguales derechos frente a hechos semejantes*”[82] o igual trato siempre que las personas “*se encuentren en idénticas circunstancias o condiciones*”[83].

Entendemos que este principio se encuentra cubierto en el caso de la UIF cuando vemos que es el Congreso quien ha establecido cuales son los sectores objeto de regulación y control por el organismo y dentro de cada una de las reglamentaciones específicas se da un trato igualitario a los SO, con distinciones que están basadas en determinadas actividades específicas que se encuadran dentro de las llamadas distinciones valederas[84], que responden a un “*discreto criterio valorativo*”[85] aunque su fundamento pueda ser opinable[86].

D. El principio de eficiencia

Como un desprendimiento del requisito de la razonabilidad y proporcionalidad, otra exigencia constitucional que debe cumplirse a la hora de reglamentar derechos(particularmente cuando estamos frente a derechos individuales fundamentales),es que el Estado debe escoger, entre los distintos medios posibles, aquellos que resulten más eficientes.

Los americanos se preguntan si es posible acceder a una política de compliance en AML eficiente y para ello analizan las nuevas herramientas tecnológicas disponibles; en particular las promesas de la *Artificial Intelligence Solutions* para transformar el monitoreo de operaciones[87].

En España, por su parte, analizan la eficiencia del sistema de PLA/FT a partir del examen de las cargas impuestas a las entidades privadas y los gastos que estas soportan, y si ello tiene relación con el número de condenas por blanqueo de capitales. Se llega en este sentido a tres conclusiones:

---

81 Fallos: 312:826; 312:851.
82 Fallos: 295:937.
83 Fallos: 312:615.
84 Fallos 312:1148.
85 Fallos 300:984.
86 Fallos 308:857.
87 CARUSO, David, “Is AML Efficiency Really Possible”, en https://transparint.com/blog/2017/06/20/is-aml-efficiency-really-possible/ (fecha de consulta: 20.06.2018).

(i) En primer lugar, que el endurecimiento de la legislación y reglamentación contra el LA/FT incrementa de manera sustancial los costes del cumplimiento normativo para los SO;

(ii) A su vez, que existen determinados efectos intangibles del sistema de PLA/FT, de disuasión de potenciales delincuentes, cuya medición es prácticamente imposible[88];

(iii) Finalmente, que al día de hoy no existe un método preciso para determinar si el sistema de lucha contra el blanqueo de capitales es eficaz para lograr sus objetivos[89].

En Argentina, al igual que en países como España, no existen estudios estadísticos que permitan medir la eficiencia y/o eficacia del sistema preventivo en relación con los costos que demanda. Las normas sobre PLA/FT persiguen incrementar los riesgos de resultar descubierto, intimidando y disuadiendo a los delincuentes de cometer delitos, lo cual conlleva un resultado difícil de cuantificar.

A su vez, es arduo fijar los indicadores a utilizar para una posible medición, que pueden ir desde el número de condenas por el delito de blanqueo, hasta la cuantía de bienes decomisados o incluso las sanciones administrativas impuestas o el número de reportes de operaciones sospechosas recibidos por la UIF.

Para comenzar a trabajar en este sentido, podría la UIF destinar mayores recursos a un área de análisis estratégico que le permita planificar un trabajo de mediano plazo, con el objetivo de reunir mediciones y estadísticas sobre las variables determinantes para analizar la conducta de los SO en relación con las políticas de PLA/FT y los efectos que en ella provocan las distintas acciones y medidas que va adoptando el organismo en su desempeño.

VI. EL CAMBIO DE PARADIGMA EN EL SISTEMA DE PLA/FT: DESDE UN ENFOQUE DE CUMPLIMIENTO TÉCNICO A UN ENFOQUE BASADO EN RIESGOS

El aspecto más trascendente del modelo de PLA/FT en la actualidad en nuestro país está dado por el cambio regulatorio que se viene dando desde un enfoque de cumplimiento

[88] BLANCO CORDERO, Isidoro, "Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica", en EGUZKILORE, San Sebastián, Diciembre de 2009, Número 23, p. 118.

[89] Esta conclusión fue compartida por funcionarios de instituciones internacionales líderes en la lucha contra el blanqueo, como son el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial Carrington/Shams, 2006 (Cfr. BLANCO CORDERO, op. cit., p.126).

técnico hacia uno basado en riesgos, por medio del cual se pretende eficientizar el sistema de cara a las obligaciones a cargo de los SO.

Como veremos, se trata de un verdadero cambio de paradigma que alinea el marco reglamentario de la UIF con los estándares internacionales. A su vez, el cambio de enfoque tiene impacto en las bases constitucionales del sistema, pues, se busca una mayor proporcionalidad entre medios y fines, con una meta clara de efectividad y eficiencia.

VI.1. Breve referencia sobre el origen y alcances del enfoque basado en riesgos según GAFI

La adopción de un EBR como directriz principal en materia de PLA/FT fue el corolario de una serie de revisiones a los estándares internacionales dictados por el GAFI que a partir del año 2007, con la publicación de la *Guía del Enfoque Basado en Riesgos para combatir el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo del GAFI,* considera como principio para abordar la lucha contra el LA/FT la implementación de un enfoque que permita a los países, entes competentes en supervisión y sujetos obligados, asignar recursos de manera más eficiente según su exposición a los riesgos de LA/FT.

En esa línea, en el año 2012 el GAFI emitió las nuevas 40 Recomendaciones que implicaron un radical cambio de paradigma en materia de PLA/FT que puso mayor énfasis en la prevención de los verdaderos riesgos por sobre un enfoque de cumplimiento más formalista.

En resumida síntesis, el EBR importa el deber por parte de los países, autoridades competentes y SO de identificar, evaluar y entender los riesgos de LA/FT a los que se encuentran expuestos y adoptar las medidas adecuadas para mitigarlos de manera efectiva, poniendo énfasis en aquellos casos donde se haya observado un mayor riesgo y aplicando medidas simplificadas en aquellos otros que representen un riesgo menor[90].

La razón de ser de las nuevas pautas rectoras parte del entendimiento de que no hay sujeto que se encuentre en mejor condiciones de conocer los riesgos de ser utilizados con fines de LA/FT que el propio sujeto obligado. Ello, toda vez que es la propia entidad quien tiene un conocimiento acabado de su negocio, los productos que ofrece, los clientes con los

[90] Guía del Enfoque Basado en Riesgo para el Sector Bancario, GAFI.

que opera, las áreas geográficas en las que desarrolla su actividad y los canales de distribución que utiliza, y en ese sentido, permitir que los recursos que deben volcarse en el sistema de PLA/FT estén orientados a las actividades y transacciones realmente riesgosas, limitando gastos ineficientes.

VI.2. El cambio regulatorio en el sistema de PLA/FT argentino

Conscientes del retraso existente en la materia y de la necesidad de adaptar el sistema argentino de PLA/FT al nuevo estándar, en el informe de gestión del año 2016 presentado por la UIF ante el Congreso Nacional[91], las nuevas autoridades del organismo destacaron :"…*la nueva gestión de la UIF dejó de lado el enfoque represivo y formalista sustituyéndolo por un enfoque preventivo y de colaboración, requiriendo del sistema un comportamiento ajustado a un Enfoque Basado en Riesgos (EBR), tal como lo requieren los estándares internacionales*"[92].

En tal sentido, resaltaron que para sortear con éxito los desafíos de la próxima evaluación mutua sobre el país, que tendrá lugar en 2022, deben encararse reformas legislativas y reglamentarias que permitan adaptar la normativa y ordenar el esfuerzo estatal hacia la implementación del sistema conforme a un EBR. En esa líneas, destacaron que es fundamental que se lleve a cabo la postergada Evaluación Nacional de Riesgos de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (la Argentina es el único país de la región que no ha realizado aún su evaluación nacional de riesgos)[93].

Cumpliendo con dicha premisa, el organismo inició la adecuación del marco regulatorio a los estándares y mejores prácticas internacionales, con el objetivo de migrar hacia un marco regulatorio que le permite al SO y a la propia UIF hacer un uso más eficiente de los recursos de cara a la prevención de LA/FT. En ese marco se han dictado las Resoluciones UIF Nº 30-E/17, 21/2018 y 28/2017, que regulan los sectores de entidades financieras, mercado de valores y seguros, y según ha informado el propio organismo se

[91] De acuerdo con lo establecido en el art. 15, inc. 1, de la Ley 25.246, la UIF tiene la obligación de rendir cuentas anualmente al Honorable Congreso de la Nación acerca de la actividad del organismo desarrollada durante cada año calendario. Los informes de gestión de los distintos años pueden ser consultados en el siguiente link: https://www.argentina.gob.ar/uif/informes-de-gestion.

[92] Informe de Gestión UIF del año 2016, pág. 26.

[93] Informe de Gestión UIF del año 2016, pág. 21.

prevé que sigan dictándose nuevas resoluciones a fin de ir incorporando progresivamente el EBR a toda la normativa aplicable a los SO[94].

La obligación de orientar las tareas en línea con el EBR también impacta en la dinámica interna de la UIF; por ejemplo, durante el 2017 se elaboró la primera matriz de riesgo sectorial de APNFD para la ejecución de supervisiones con un EBR, que se utiliza para determinar las supervisiones a ejecutar a partir de la identificación de los sectores y SO vulnerables y direccionar los recursos hacia la mitigación de los mayores riesgos.

VI.3. La efectividad y la eficiencia como metas del sistema de PLA/FT

Como hemos visto, la búsqueda de eficiencia de la normativa UIF es también un requisito constitucional que se desprende del principio de razonabilidad y tiene un interés especial en un ámbito donde la carga reglamentaria es intensa y en algunos casos supone la asunción por parte de los SO de costos económicos muy altos.

Por nuestra parte, consideramos que el EBR es un enfoque que permite alinear las exigencias regulatorias con criterios de eficacia en un escenario donde ello resulta imprescindible para racionalizar los costos que demanda la implementación del esquema de PLA/FT.

Stephen Holmes y Cass Sunstein en su obra "*El costo de los derechos (Por qué la libertad depende de los impuestos)*"[95] analizaron la relación que existe entre el reconocimiento de derechos individuales y los fondos presupuestarios que se necesitan para garantizarlos. Una de las conclusiones que derivan de su estudio (tal vez la más obvia) es

---

[94] Informe de Gestión UIF del año 2017, pág. 24. En el informe se destaca que a los fines de cumplir con la ambiciosa tarea de modificar todo el marco reglamentario aplicable a los SO "*se creó un Comité de Normas, integrado por directores y agentes de la UIF expertos en la materia, y se contó con la asistencia técnica del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). En ese contexto, se llevó a cabo un proceso novedoso de emisión de normas, en el marco del cual todos los sectores alcanzados por las normas que serían reformadas tuvieron acceso a versiones preliminares de dichas normas a fin de poder realizar aportes y discutirlos posteriormente en mesas de trabajo conjuntas con la UIF y los reguladores naturales. Dicho proceso permitió emitir normas más eficientes y democráticas, partiendo de un mejor conocimiento del mercado regulado y abriendo el diálogo con los regulados para que las obligaciones normativas sean comprendidas e implementadas de manera más efectiva" (*Cfr. Informe de Gestión de la UIF del año 2017, pág. 28).

[95] HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Edit. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011.

que los derechos cuestan dinero y que por lo tanto las libertades privadas tienen costos públicos[96].

En función de ello, poniendo en valor la idea de "costo de oportunidad", destacaron que la definición de los derechos como inversiones públicas debería estimular a los teóricos del Derecho a considerar si su exigibilidad no sólo ha sido válida y prudente, sino también correctamente asignada respecto de otras opciones para destinar los recursos públicos.

Utilizando la misma lógica de pensamiento podría señalarse que, así como es cierto que muchas de las libertades privadas tienen costos públicos, también lo es que muchas de las reglamentaciones públicas tienen costos privados y es necesario tener en consideración los costos de oportunidad del cúmulo de obligaciones impuestas a los SO para cumplir con el sistema de prevención bajo premisas de eficiencia y efectividad.

Como sostiene la escuela del nuevo derecho económico, no es posible entender las instituciones jurídicas a la luz de criterios puramente jurídicos sino que es necesario contar con el contenido económico; entre otros conceptos se alude al criterio de eficiencia, como uno de los tópicos esenciales del mentado análisis económico[97].

De acuerdo con todo lo anterior, entendemos que el EBR otorga herramientas al organismo regulador para alcanzar un sistema de PLA/FT que, en búsqueda de la eficiencia, tome en cuenta los costos de implementación de las medidas de cumplimiento para que éstas se encuentren en equilibrio con los beneficios buscados y que puedan realmente ser alcanzados.

VI.4. ***Aspectos jurídicos a tener en cuenta ante la entrada en vigencia de las nuevas normas UIF con EBR***

El escenario planteado por las nuevas normas que rigen el sistema de PLA/FT para entidades financieras, mercado de valores y sector de seguros[98], así como otros sectores de

---

96 HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R, op. cit., pp. 241 y 244.

97 Dicho fenómeno fue advertido en el país por la CSJN que reconociendo la existencia de conceptos de índole económico en la Constitución Nacional que requerían una ponderación que exceda lo estrictamente jurídico a fines de dar soluciones razonables, creó una oficina específica para el análisis económico de las sentencias del alto tribunal (Acordada CSJN Nº 36 del 9 de septiembre de 2009).

98 Las tres normas mencionadas establecieron un "Plan de Implementación" mediante el cual se previó la entrada en vigencia de las nuevas obligaciones de gestión de riesgos de forma progresiva, permitiendo a los SO la adaptación de sus sistemas en un plazo razonable.

SO que puedan acoplarse en el futuro, presenta una serie de aspectos jurídicos relevantes que deben ser analizados. Veamos:

A. *Convivencia armónica entre exigencias de cumplimiento formal y de gestión de riesgos*

En primer lugar, corresponde tener presente que las nuevas normas UIF con EBR no prescinden, al regular el sistema de PLA/FT, del componente de cumplimiento formal. De hecho, la nueva reglamentación se estructura sobre ambos pilares: el componente de gestión de riesgos[99] y el componente de cumplimiento formal o técnico[100].

Al definir el "Sistema de Prevención de LA/FT", las nuevas normas expresamente establecen que los SO deben implementar un Sistema de PLA/FT que contenga todas las políticas, procedimientos y controles establecidos para la Gestión de Riesgos de LA/FT a los que se encuentran expuestos y los elementos de cumplimiento exigidos por la normativa vigente[101].

Es importante comprender, por tanto, que el EBR no ha venido a suprimir el enfoque de cumplimiento formal o técnico sino que su finalidad es otorgarle mayor eficiencia al sistema procurando que determinadas exigencias se requieran únicamente en los casos de mayores riesgos, evitando un despliegue desproporcionado ante situaciones que no lo ameriten.

---

[99] El componente de gestión de riesgo es una adición novedosa para la reglamentación UIF. Entre las principales medidas que lo integran se pueden nombrar: contar con una metodología para la realización de una autoevaluación de riesgos, realizar dicha autoevaluación de riesgos, contar con una declaración por parte del directorio en relación con el nivel de riesgo que la entidad en cuestión está dispuesta a tolerar, adoptar las medidas mitigantes necesarias para los riesgos identificados y segmentar a los clientes de acuerdo con el riesgo (bajo, medio o alto), etc...

[100] Las principales obligaciones formales que ya disponían las Resoluciones UIF precedentes, junto con otras que se han agregado, son, principalmente: contar con un manual de procedimientos para la PLA/FT, designar un oficial de cumplimiento, realizar capacitaciones a empleados y funcionarios, realizar auditorías internas, monitorear las operaciones, reportar operaciones sospechosas de lavado de activos. Adicionalmente, los nuevos elementos de cumplimiento incorporados por las Resoluciones en cuestión son la obligación de constituir un comité de PLA/FT, la regulación de nuevos reportes sistemáticos, contar con un código de conducta, Una revisión, realizada por un profesional independiente, del Sistema de Prevención de LA/FT, etc.

[101] Artículo 3° de las Resoluciones UIF N° 30/2017, 21/2018 y 28/2018.

B. *Los conceptos jurídicos indeterminados que integran la nueva normativa UIF con EBR*

Otro de los aspectos jurídicos trascendentes del nuevo marco reglamentario de la UIF tiene que ver con la incorporación de una serie de conceptos jurídicos indeterminados que son inmanentes a la nueva perspectiva que proporciona el EBR.

Así vemos que en las nuevas normas se hace referencia, entre muchas otras, a fórmulas como las siguientes: "*…procedimientos de conocimiento de Clientes, apropiados para los niveles de Riesgo Alto…*"[102];"*…deberán desarrollar una metodología de identificación y evaluación de riesgos acorde con la naturaleza y dimensión de su actividad comercial…*"[103]; "*...deberán establecer mecanismos adecuados y eficaces para la mitigación de los mismos...*"[104]; "*...desplegar políticas y procedimientos de Debida Diligencia razonables con un Enfoque Basado en Riesgos*"[105]; "*…establecerán reglas de control de operaciones y alertas automatizadas, que le permitan monitorear apropiadamente y en forma oportuna la ejecución de operaciones y su adecuación al perfil transaccional de sus Clientes y su nivel de riesgo asociado*"[106].

La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados ha sido entendida como una limitación a la doctrina de la discrecionalidad, como ámbito exento del control judicial, al permitir el juzgamiento amplio de decisiones administrativas que consisten en aplicar conceptos definidos genéricamente por el ordenamiento positivo. A diferencia de la discrecionalidad, esta técnica no implica una libre elección entre dos o varias posibilidades, sino un problema de aplicación del derecho que consiste, esencialmente, en reducir el marco de decisión a una única solución justa[107].

La CSJN ha tenido oportunidad de referirse al tema en el fallo "Spinosa Melo"[108], donde se discutía el alcance del escrutinio interpretativo sobre una infracción al estándar de la "honorabilidad" de un integrante del servicio de relaciones exteriores. Allí la Corte

---

[102] Art. 2, inc g, de la Resolución UIF N° 28/2018.
[103] Art. 4 de la Resolución UIF N° 28/2018.
[104] Art. 6 de la Resolución UIF N° 28/2018.
[105] Art. 34 de la Resolución UIF N° 28/2018.
[106] Art. 37 de la Resolución UIF N° 28/2018.
[107] GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, 9na. ed., Civitas, Madrid, 1999, Tomo 1, p. 451 y ss.; SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1976, p. 234 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La lucha contra las inmunidades del poder en Derecho Administrativo", en RAP, nro. 38, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962; ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, 9ª ed., t. I-1, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 176/177.
[108] Fallos 329:3617.

destacó que el razonable margen de discrecionalidad reconocido a la autoridad jerárquica en materia disciplinaria no significa que ella estuviera exenta de brindar las razones concretas en virtud de las cuales consideró que la concurrencia del actor a espectáculos de variedades configuraba, per se, una afrenta al honor incompatible con la conducta de un diplomático y al adecuado funcionamiento del servicio exterior. En tal sentido, sostuvo el alto tribunal que: "*...la indeterminación del concepto de honorabilidad previsto en el art. 11 de la ley 20.957 de servicio exterior de la Nación, no habilita implícitamente al órgano sancionador a llenarlo con el contenido que le dicte su libre y cambiante arbitrio*"[109].

A su vez, la CSJN ha fallado recientemente en un caso relativo a la UIF[110], donde se cuestionaban determinados preceptos de la normativa en PLA/FT aplicable a los escribanos públicos por supuesta violación al principio de legalidad. Los accionantes denunciaron que no se habrían brindado pautas objetivas para determinar en qué casos una operación puede ser considerada sospechosa de encubrir LA/FT; en particular, cuando se puntualiza como tales a aquellas "*…transacciones que de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad que se trate, como así también de la experiencia e idoneidad de las personas obligadas a informar, resulten inusuales, sin justificación económica o jurídica o de complejidad inusitada o injustificada, sean realizadas en forma aislada o reiterada*".

Al fallar en el caso, el voto de mayoría de la CSJN ha entendido que el art. 19 de la CN exige que las normas incluidas dentro de la juridicidad tengan el mayor grado de precisión y previsibilidad posible, pero que ello no puede ser analizado en abstracto y de

[109] Del voto de los doctores Petracchi y Zaffaron.

[110] Fallo de la CSJN "Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As. c/ PEN s/ sumarísimo", sentencia del 4 de septiembre de 2018, con el voto de los jueces Highton de Nolasco, Rosatti y Maqueda y las disidencias de los jueces Lorenzetti y Rosenkrantz. En su dicidencia, Lorenzetti sentó principios muy fuertes en contra de la normativa UIF analizada en el caso. Entre otras afirmaciones, señaló: "*...resulta importante resaltar que la normativa precedentemente citada exige que se informe una operación sospechosa, conforme con los usos y costumbres, lo cual obliga a los escribanos a realizar un juicio que excede su función y ubica, además, a los terceros en una posición dependiente de su discrecionalidad. Para arrojar precisión se dice que es sospechoso lo que presenta una falta de justificación económica o una complejidad jurídica inusitada, definiciones que no presentan una adecuada precisión para el sujeto obligado ... Que del examen de las normas cuestionadas efectuado precedentemente se desprende que la obligación de reportar operaciones inusuales o sospechosas no se basa en pautas plena- mente objetivas, sino que depende de la subjetividad de quien está obligado a informar, generando entonces el riesgo de que existan criterios dispares para considerar que una operación deba ser reportada. En esos términos, no puede hablarse de una reglamentación razonable".* A su vez, refiriéndose al alcance de los "conceptos jurídicos indeterminados" en este contexto, sostuvo: "*Que, a mayor abundamiento, debe señalarse que la técnica utilizada en la redacción de las normas impugnadas acude a una importante. cantidad de conceptos jurídicos indeterminados -tales como "usos y costumbres", "experiencia e idoneidad", "buena fe"- los que, en principio, atentan contra la especificidad y objetividad necesaria en este tipo de disposiciones jurídicas*".

forma teórica, sino atendiendo razonablemente al ámbito de aplicación concreto de la norma en cuestión y a la capacidad de conocimiento de los sujetos a los cuales se dirige[111].

En tal sentido, afirmó que resulta de vital importancia ponderar en cada caso las circunstancias relevantes singulares que conciernen a las reglamentaciones a fin de evaluar su conocimiento efectivo por parte de los administrados que deben adecuar su conducta a ellas y atender a las características concretas de sus destinatarios (en este caso, los escribanos).

Así, sienta como doctrina que, tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le es posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo[112].

Concluye el alto tribunal que: "… *la mera indeterminación en el tipo sancionatorio administrativo no implica violación del principio de legalidad penal ya que no comporta, en sí misma, la habilitación implícita al órgano sancionador para llenarlo con el contenido que le dicte su libre y cambiante arbitrio (Fallos: 329: 3617) el cual se encuentra constreñido por el principio de razonabilidad*"[113].

En la construcción de su decisión, el voto de mayoría se detuvo en la particularidad de la normativa proveniente de la UIF, teniendo en cuenta:

(i) El contexto del sistema de prevención de lavado de activos, donde resulta, por definición, imposible a la autoridad prever con anticipación todos los supuestos de sospecha vinculados a operatorias naturalmente esquivas a la fiscalización estatal[114];

(ii) Que la normativa responde al fenómeno de la criminalidad trasnacional, abordada por diversos instrumentos internacionales suscriptos por nuestro país[115];

(iii) Los conocimientos técnicos y experiencia profesional de los destinatarios de la norma que los ubica en una posición de privilegio frente al resto de la comunidad a la hora

---

[111] Cita la Corte el precedente "Apaza, León Pedro Roberto c/ EN - DNM disp. 2560/11 (exp. 39.845/09)s/ recurso directo", sentencia del 8 de mayo de 2018 voto del Juez Rosatti.
[112] Cita Fallos: 246:345; 3i1:2453; 328:940.
[113] Considerando 11° del voto de la mayoría.
[114] Considerando 13° del voto de la mayoría.
[115] Considerando 13° del voto de la mayoría.

de indagar cuando una transacción tiene indicios de vinculación con el lavado de activos y la financiación del terrorismo[116]; y

(iv) Que a todo evento, el artículo 19 de la normativa impugnada enuncia una lista de dieciséis hipótesis que sirven para delimitar el concepto de inusualidad y sospecha con la claridad necesaria para que los escribanos públicos actúen en consecuencia[117].

VII. CONCLUSIÓN

En el presente trabajo hemos intentado describir de forma general el funcionamiento del sistema preventivo a cargo de la UIF, profundizando en el análisis de sus bases constitucionales atento las amplias competencias de policía asignadas al organismo y la estrecha vinculación que tiene con el ejercicio de determinadas libertades individuales.

En esa tarea, hemos propuesto una tipificación de las particularidades que caracterizan la relación entre la UIF y los Sujetos Obligados, siempre bajo la convicción de que es necesario encontrar un balance que permita armonizar las reglas y valores jurídicos en juego[118], en tanto sin la efectiva colaboración de los sujetos privados —poseedores de información privilegiada—no resultaría factible luchar de manera efectiva contra el LA/FT, o peor aún, implicaría una tácita aceptación a que el dinero ilícito que circula por el mundo encuentre en la Argentina una plaza apetecible para ser introducido en la economía formal.

Se trata de un terreno de juego sensible, donde la prudencia de los funcionarios y actores de turno es un recurso vital pero insuficiente. La actual gestión de la UIF lleva trazado un arduo y meritorio camino en la búsqueda de encausar el funcionamiento del organismo bajo las premisas del *rule of law*. Sin embargo, la prudencia del funcionario de

---

[116] Considerando 14° del voto de la mayoría.

[117] Considerando 13° del voto de la mayoría.

[118] Presley se ocupó de evidenciar la necesidad de trabajar con la mirada puesta en lograr el correcto balance entre ambas realidades susceptibles de protección jurídica ("*However, people´s privacy rights must be balanced against the need for physical security and effective law enforcement, in general, and anti-money laundering enforcement specifically. Anyone who has flown or has even entered a government building since September 11, 2001 knows how thorough the search for weapons can be and understands the reasons for it(…) The Court has even ruled that random highway stops, without any warrant, suspicion or provocation, in order to check sobriety or inmigration status, are not unconstitutional invasions of privacy. Given these competing interests between privacy and law enforcement (and, in particular, anti money laundering enforcement), the overriding issue is where the balance should.*PASLEY Robert. S, *Privacy Rights v. Anti-Money Laundering Enforcement*, 6 North Carolina Banking Institiute. 147, 2002, p. 154

turno, como virtud esencialmente humana[119], debe encontrarse siempre subordinada a un sistema de reglas legales que se rijan entre sí conforme a preceptos jurídicos compatibles con el mandato constitucional y que no dejen lugar al arbitrio o el capricho con que un actor pudiera justificadamente cancelar o suspender las reglas que gobiernan su desempeño[120].

Hemos visto, pues, que la UIF —al igual que otros organismos descentralizados de similar naturaleza— ejerce una potestad reglamentaria intensa que en determinadas materias, teniendo en cuenta la complejidad de los esquemas de cumplimiento en PLA/FT, puede avanzar sensiblemente sobre derechos constitucionales de los SO y que, además, se complementa con amplias competencias en materia de supervisión y sancionatoria.

Frente a esa realidad, si bien destacamos que el sistema preventivo de la UIF cumple con las premisas constitucionales que rigen el funcionamiento de un organismo de sus especiales características, a fin de evitar posibles cuestionamientos acerca de los bajos niveles de representatividad democrática y control de la opinión pública que presenta la facultad reglamentaria en cabeza de un ente descentralizado del Poder Ejecutivo, y de esta forma fortalecer la institucionalidad y previsibilidad del funcionamiento de la Unidad, consideramos que el Congreso Nacional, en una eventual reforma de la Ley N° 25.246, debería avanzar en una delimitación más detallada y exhaustiva de los aspectos medulares que configuran cada una de las áreas de actuación de la UIF; en particular del sistema preventivo y de las materias de mayor interacción con los actores privados.

Finalmente, como señalamos en el último capítulo del trabajo, nos parece loable el viraje regulatorio que está siendo encarado por las actuales autoridades del organismo, en línea con los estándares internacionales que rigen en la materia, cuya meta final es reconfigurar la carga regulatoria en materia de PLA/FT con una mayor atención a los principios de eficiencia y efectividad.

---

[119] Analizando las características que debe reunir el constituyente (que vale también para el emisor de cualquier tipo de normas), Linares Quintana enseñaba que la prudencia es la virtud esencial que resume todas las condiciones que ha de reunir el encargado de la elevada y difícil función de elaborar normas. Gramaticalmente —señalaba— "*significa discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello, y que es sinónimo de templanza, moderación, discernimiento y buen juicio, y que, por supuesto, exige sentido común"*, agregando que un aspecto fundamental que debía caracterizar a la prudencia del constituyente es la de saber ubicarse, imaginativamente, cuando dicta las normas en la hipotética situación de destinatario de tales reglas. Resaltaba, con cita de Sebastián Soler, que "*el que no sabe que la norma jurídica es reversible —todo lo que vale para una parte puede valer para la otra— todavía no conoce el verdadero poder del derecho al cual mañana el mismo sucumbirá*". (LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Edit. Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, Tomo 3, pp. 603/604 y sus citas).

[120] Cfr. DALLA VÍA, Alberto R., *Manual de Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, Bs.As., 2001, p. 329.

Como todo cambio de paradigma en materia jurídica[121], habrá que ser cuidadosos en el proceso de implementación y puesta en funcionamiento de la nueva normativa, otorgando a los SO un marco razonable de acción que les permita alcanzar el cumplimiento exigido a la mayor brevedad posible, de forma coordinada y con el apoyo de la propia UIF.

[121] Como enseña Cassagne, el concepto de paradigma, usualmente empleado para captar las revoluciones científicas que operan en el campo de las ciencias físicas y naturales, puede ser utilizado con provecho en el ámbito de las ciencias sociales para explicar los fenómenos propios de la transformación de las instituciones (CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios…*, op. cit, pág. 41/42 con cita de Kuhn, Tomás, La estructura de las revoluciones científicas, trad. del inglés, Fondo de Cultura Económica, Argentina, 2002, pp. 268 y ss.).

* Agradezco especialmente los intercambios de ideas y opiniones con los integrantes de la Dirección del Régimen Administrativo Sancionador de la UIF; y en particular, la valiosa colaboración en los primeros proyectos de algunos capítulos de este trabajo de Ignacio Bagnardi, Juan Pablo Berberian, Matías Mendy y María Elisa Millán.