

# Ab

## Revista de Abogacía

Revista Ab N° 7: tenemos algo para decir

Jueces y democracia: el control de constitucionalidad en su dimensión confrontativa

Contratos administrativos en el marco de la emergencia. Nueva normalidad

Implicarse en la violencia de género

La evolución de las tarifas de servicios públicos en Argentina a través del tiempo y la necesidad de modificar sus condiciones de acceso tras la pandemia de COVID-19

La inclusión financiera durante la pandemia: marco institucional, aciertos y cuentas pendientes

¿Puede la publicidad ser causal de un daño silencioso e indirecto en el sujeto del consumidor? La estrategia de la práctica mediática

La utilización de las plataformas informáticas y sus beneficios en la emergencia sanitaria

Historia del servicio público en la Argentina. ¿Qué marco es el mejor para la actualidad?

Notas sobre el acceso a la tutela judicial efectiva en un marco de emergencia

“No hay que tenerle prejuicios al teletrabajo”. Conversaciones con Vanesa Siley

El teletrabajo desde el enfoque crítico tutelar de las relaciones laborales. Conversaciones con Mario Gambacorta

## **Ab-Revista de Abogacía**

**Año IV** | N° 7 | noviembre de 2020

© 2020, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires, Argentina

© 2020, EDUNPAZ, Editorial Universitaria

**ISSN:** 2545-8485



Rector: **Darío Exequiel Kusinsky**

Vicerrectora: **Silvia Storino**

Secretaria General: **María Soledad Cadierno**

Directora General de Gestión de la Información y

Sistema de Bibliotecas: **Bárbara Poey Sowerby**

Jefa de Departamento Editorial: **Blanca Soledad Fernández**

Diseño, arte y maquetación integral: **Jorge Otermin**

Corrección de estilo: **María Laura Romero** y **Nora Ricaud**

## **staff**

Director y editor responsable: **Martín Cormick**

Coordinador editorial: **Gonzalo Gastón Semeria**

Publicación electrónica - distribución gratuita

Portal EDUNPAZ <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/>



Licencia Creative Commons - Atribución - No Comercial (by-nc) Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales. Esta licencia no es una licencia libre. Algunos derechos reservados: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

Las opiniones expresadas en los artículos firmados son de los autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista de esta publicación ni de la Universidad Nacional de José C. Paz.

# Ab

## Índice

### PRESENTACIÓN

**Revista Ab N° 7: tenemos algo para decir** 5  
Martin Cormick

### ARTICULOS

**Jueces y democracia: el control de constitucionalidad  
en su dimensión confrontativa** 7  
Gonzalo S. Kodelia

**Contratos administrativos en el marco de la emergencia.  
Nueva normalidad** 23  
Gonzalo Abalos

**Implicarse en la violencia de género** 33  
María Cecilia Console

**La evolución de las tarifas de servicios públicos  
en Argentina a través del tiempo y la necesidad  
de modificar sus condiciones de acceso  
tras la pandemia de COVID-19** 39  
Gianluca Garbarino Petrone

**La inclusión financiera durante la pandemia:  
marco institucional, aciertos y cuentas pendientes** 47  
Alejandro Formento

**¿Puede la publicidad ser causal de un daño  
silencioso e indirecto en el sujeto del consumidor?  
La estrategia de la práctica mediática** 53  
Nanci Schlotthauer

**La utilización de las plataformas informáticas  
y sus beneficios en la emergencia sanitaria** 65  
Diego Sirito



# Ab

**Historia del servicio público en la Argentina.  
¿Qué marco es el mejor para la actualidad?**  
Santiago Paredes Adra

**69**

**Notas sobre el acceso a la tutela judicial efectiva  
en un marco de emergencia**  
Gala F. Ramos

**83**

ENTREVISTAS

**“No hay que tenerle prejuicios al teletrabajo”.**  
**Conversaciones con Vanesa Siley**  
Martin Cormick

**97**

**El teletrabajo desde el enfoque crítico tutelar  
de las relaciones laborales.**  
**Conversaciones con Mario Gambacorta**  
Gonzalo Gastón Semeria

**99**

# Revista Ab N° 7: tenemos algo para decir



*Martín Cormick*

En este extraño momento del mundo, del país, de la Universidad, en AB queremos hacernos cargo: la pandemia afecta, invade, y se entremezcla / entrecruza con el derecho. Negarlo es absurdo, un desatino; minimizarlo puede que también lo sea. Pensar que un hecho de esta magnitud no modificaría las reglas de juego, las normas jurídicas y las conductas sociales es no aceptar el desafío de intentar, sinceramente, entender de qué hablamos cuando hablamos de normas jurídicas, o de derecho.

Así, buscamos analizar los contextos donde más se puso en juego el sistema normativo vigente. Encontramos que impactó en casi todos los campos del derecho.

En el sistema de compras, en la violencia contra la mujer / de género, en la publicidad, en el acceso a los servicios públicos, en el poder judicial –mal llamado “justicia”–. Y, finalmente, en los derechos laborales. Para este último punto, convocamos a Vanesa Siley y a Mario Gambacorta.

Nos aproximamos al abordaje de estos cambios como lo solemos hacer desde la Revista, intentando analizar las normas, pero sin dejar de tomar posición. La Universidad es uno de los grandes lugares para debatir estos temas. Procuramos romper el hielo.

Pasen y lean



# Jueces y democracia: el control de constitucionalidad en su dimensión confrontativa



*Gonzalo S. Kodelia*

## 1. Caracterización de los poderes judiciales

Un cuerpo de agentes asignados al ejercicio de las funciones estatales jurisdiccionales, reclutados de las capas altas de las sociedades, con la misión de defender el *statu quo* vigente, perpetuos en el cargo e irresponsables frente al escrutinio público, no son signos patológicos sino efectos buscados en los poderes judiciales.

Esos departamentos estatales se mantienen gracias a la idea instalada de resultar necesario a toda sociedad, contar con un contrapoder que “modere” los ímpetus populares. Esa función de “guardián” puede relacionarse a los principios morales para evitar su disolución, a las tradiciones para no perder la identidad o, modernamente, a la Constitución para salvaguardar los derechos.

A ese poder conservador es al que atacó la Revolución francesa puesto que, más que a conservar, venía a transformar. De ahí que los parlamentos judiciales franceses operaron como refugio de la aristocracia vencida, mientras que el Estado revolucionario se apartaba de sus garras, creando el sistema de doble jurisdicción que, aún hoy, pervive en ese país (García de Enterría y Fernández, 2006: 570).

También lo intentaron los norteamericanos, pero allí la reacción liberal logró instalar la exitosa fórmula del “equilibrio de poderes”, exportándola al mundo para combatir a la democracia que, en esas tierras, quedaba representada por las revueltas de los granjeros deudores, como la encabezada por el héroe de la independencia Daniel Shays, o por las movilizaciones populares dirigidas por el líder del grupo

de los deudores en Rhode Island, Jonathan Hazard (Gargarella, 2008: 69-70). Con el control de las asambleas locales, estas “facciones”, tan combatidas por el pensamiento liberal, exigían la condonación o reprogramación de los vencimientos mediante la emisión de títulos garantizados por el Estado que aliviase la persecución de los acreedores. Y, precisamente, para contar con un espacio institucional de representación y defensa de este último grupo, los publicistas liberales norteamericanos militaron por la creación de un Poder Judicial federal que “equilibre” las demandas de las asambleas locales.

El Poder Judicial argentino no escapa –como jamás hubiese podido– a esta génesis antidemocrática. Pero en nuestro caso, como suele suceder en las segundas veces, la historia se repite como farsa.

Nuestro Poder Judicial se constituye como un farsante, en su marca de origen militan la mentira y la muerte. En la figura y la acción de Salvador María del Carril, aquel ministro rivadaviano, puede resumirse una génesis institucional que hizo de nuestra Corte Suprema el espacio más antipopular de la ingeniería jurídica y política nacional.

Quien fuera miembro inaugural y segundo presidente del tribunal, fue el mismo que instigó el fusilamiento del líder popular Dorrego en manos del general Juan Galo de Lavalle, sin juicio previo ni apariencia de tal, puesto que reconocía la imposibilidad de probar crímenes que merecieran tal calidad de pena (Pigna, 2005: 180; Ramos, 1999: 80-81). De este modo, quien negara justicia, corta las cintas del palacio supremo. Nada bueno podría venir de tan dramático germen.

1.1. Una renombrada investigación sociológica, que ya cuenta algunos años, confirmó la integración de los poderes judiciales por los estratos más tradicionales de la comunidad (Kunz, 1988: 8-12). Esta identificación de clase no solo resta representación a los niveles menos favorecidos de la sociedad, sino que hace a la “imagen social previsible propia de los jueces en general”, quienes solo alcanzan a concebir los modos sociales que se extienden “a partir de los puestos superiores hasta la clase media inferior. Pero por debajo de este ambiente está casi el 60% de la población que se puede llegar a percibir como un mundo extraño” (Kunz, 1988: 13).

Pero, además, hay dos notas que hacen inexpugnables las murallas judiciales: la trama interna de relaciones y la poca visibilidad de sus protagonistas. Todo el poder judicial está atravesado por intrigas de palacio. Su estética y su etnografía hacen de esos pasillos los lugares más permeables al tráfico de influencias. Las atmósferas densas, el aire irrespirable, los papeles y las polillas, los altillos y archivos, y los colores grises en las tonalidades más desconocidas que magistralmente describiera Kafka, no son solamente el resultado de su genio literario, sino la opresiva densidad instalada en la cual sus operadores circulan con destreza y comodidad.

Cualquier intento de oxigenación –que no debiera ser menos que la ráfaga que barrió para siempre los “cien años de soledad” de la estirpe de los Buendía– choca con los músculos bien tensados de un Poder Judicial entrenado diestramente en sus defensas corporativas.



Pero todavía hay un elemento más peligroso. El Poder Judicial dejó de ser tal para convertirse en “la Justicia”. Ha capturado el significante y toda su carga emotiva para intentar una operación de lavado de sus togas, hundidas en barro. Por burda, la maniobra no careció de éxito. Circula desparramada una configuración de sentido que coloca a los jueces en una posición apolítica y al derecho como un organismo neutral.

Cuando esa corporación de funcionarios públicos se adueñó del discurso constitucional, la cosa no podía sino empeorar. El punto de confluencia entre política y Constitución, generó en el funcionariado judicial un cuerpo de burócratas altamente cotizados y relativamente independientes de sus eventuales clientes.

Las coaliciones político-sociales con vocación de poder y dominio del Estado deberán acudir necesariamente a los servicios judiciales y negociar con sus representantes el costo de esas transacciones. El producto ofrecido resulta apetecible: apuntalar un proyecto político de clase bajo el ropaje constitucional.

1.2. Corresponde al Estado nacional tener sus propios jueces, distribuidos en una Corte Suprema y demás tribunales inferiores que el Congreso establezca (art. 108, CN). Además, nuestro federalismo centralista configuró tantos poderes judiciales como provincias federadas, pero todos subordinados al Poder Judicial de la Nación, mediante diseños de control que culminan en la Corte Suprema.

Desde las primeras leyes de organización de la justicia nacional (27 [1862] y 48 [1863]), conviven instrumentos visibles y teñidos de apariencia jurídica –como el recurso extraordinario federal– con mecanismos más ocultos y sin recatos académicos: las potestades sancionatorias, la facultad reglamentaria, el diseño y ejecución del presupuesto, la autarquía judicial, el manejo de los ascensos, la selección y distribución de las causas, y un cúmulo de actividades y prácticas que hacen de los jueces federales auténticos “señores” de sus juzgados, con dominio absoluto sobre bienes y personas que circulan en su ámbito de influencia.

La retórica que coloca a los jueces como terceros independientes (del Estado) e imparciales (de los litigantes), e identifica a la función judicial con la decisión de “causas” (controversias entre partes), es la ideología que las escuelas de derecho enseñan y que, como tal, vela los auténticos móviles que dan sentido a la existencia de poderes judiciales en Estados democráticos.

## **2. Administración del Poder Judicial de la Nación**

Felipe de Borbón, duque de Anjou, inicia la dinastía de los Borbones en España como Felipe V (1700). El monarca paradigmático de esta casa real, Carlos III, crea el Virreinato del Río de la Plata (1776) y realiza unas reformas económicas y administrativas para sus dominios ultramarinos que proyectarán sus consecuencias al período revolucionario.

Dentro de las primeras, la abolición del monopolio comercial configurado por la ruta Sevilla/Cádiz-Lima (1778). En cuanto a las segundas, la sustitución de los corregimientos (y, con ella, el fin del repartimiento indígena) por el régimen de intendencias (1782). Dentro de las ocho creadas para el territorio del Virreinato, había una que era *super*: la de Buenos Aires. Así, el superintendente de Buenos Aires concentraba cuatro funciones del Virreinato: justicia, guerra, policía y, sobre todo, hacienda.

Esta verba preindependentista del derecho colonial, es la que todavía define la disputa entre la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura: el dominio de la Superintendencia, es decir, del manejo de la hacienda.

En efecto, desde la puesta en marcha del Consejo (Ley N° 24937 [1998]), lo que era propio de la Corte encontró un contendiente. Parado en el artículo 114 de la CN, el Consejo reclamó –y la Corte siempre negó– la elaboración y ejecución del presupuesto del Poder Judicial. No está de más recordar la trama de intereses que rodean estas cuestiones, y las eventuales alianzas que pueden generar las competencias para definir escalas salariales, disponer ascensos, crear juzgados, distribuir partidas y nombrar funcionarios.

La concepción del poder que permea a toda la Constitución Nacional, apoyada en la teoría conservadora de la división de poderes, fundó el triunfo de la Corte como titular del Poder Judicial y la definición del Consejo como órgano subordinado. Otra manifestación del poder de la última palabra: a cada resolución del Consejo, una pareja de la Corte invalidándola.

Pero, ¿hubiesen estado mejor las cosas si el ganador hubiese sido el Consejo? No hay motivos para intuir tal cosa. Solamente reparar en que el Consejo (por su representación política) es un órgano con algo más de movilidad y permiso de entrada al pueblo. Un órgano por el que se puede intentar un boquete en las infranqueables paredes judiciales.

Prueba de ello fue la fallida ley de elección directa de sus miembros (26855 [2013]) y, más aún, la reacción judicial por su invalidez.<sup>1</sup>

2.1. La Ley de Autarquía del Poder Judicial (23853 [1990]) establece ventajas que son envidia y deseo pecaminoso de toda repartición pública:

- a) elaboración directa del presupuesto, sin recortes de la Administración Central;
- b) alícuota fija de los recursos generales (3,5%): el 2,93% para el Consejo y el 0,57% para la Corte;
- c) facultades tributarias propias: tasas y aranceles;
- d) libertad para realizar inversiones financieras; y
- e) remisión automática de fondos por el Banco de la Nación Argentina, sin cobro de comisión.

---

<sup>1</sup> CSJN, Rizzo, Jorge Gabriel, 18/6/2013, Fallos 336:760.

A la Corte se le reservan prerrogativas de administración y disposición que terminan de sellar, con rango legal, su victoria frente al Consejo:

- a) elevación del presupuesto general del Poder Judicial;
- b) apropiación de los recursos específicos;
- c) facultad de reestructuración del presupuesto total asignado al Poder Judicial;
- d) facultad para requerir anticipos de fondos;
- e) establecimiento de las remuneraciones de jueces y empleados judiciales; y
- f) fijación de los montos y actualizaciones de tasas y aranceles.

Sin embargo, el razonamiento vuelve a ser circular, puesto que no es lo que digan las leyes lo que subyace al auténtico poder de la Corte, sino su liberación de todo control:

- a) del pueblo, por su régimen de nombramiento y perpetuidad en el cargo;
- b) de los poderes Legislativo y Ejecutivo, por el control de constitucionalidad;
- c) de las instancias supranacionales, por su apropiación del discurso convencional; y
- d) de los organismos de control, ya que la Auditoría General de la Nación no la controla y, respecto al Poder Judicial, solo lo hace bajo la “modalidad y alcances” que disponga la Corte (párrs. 2 y 5, art. 117, Ley N° 24156).

### 3. Control de constitucionalidad

En lo atinente a la relación entre la Constitución y las leyes existe un extenso recorrido. Pero vale la pena detenerse a pensar qué es lo que defendemos cuando promovemos respetar la Constitución.

La primera respuesta: los derechos. Y volvemos al punto inicial: qué es defender los derechos, por cuanto muy lejos estamos de un entendimiento unívoco de ellos. Y así, reiniciamos el proceso como en cinta de Moebius.

La circularidad se da, puesto que no hay Constitución ni derechos, sino nuestras ideas como sujetos de una y otros. De lo que se trata es de política, como disputa, y de derecho, como desacuerdo. Y si de algo sirve el discurso constitucional es para tenerlo como aliado en esa disputa y desacuerdo.

Identificados cada uno de nosotros –vaya uno a saber por qué– con unas u otras ideas, proyectos y demandas políticas, el discurso constitucional bien manejado despliega una amplia gama de sentidos que, abrigados en lo racional, apuntan al campo emotivo. Quién puede negar que significantes tales como libertad, igualdad, justicia, república, derechos, democracia, transparencia, bienestar,

nación, no sean altamente codiciados por los distintos intereses sociales que conviven en desacuerdo perpetuo en toda comunidad.

Adjudicarse la Constitución es un diferencial que coloca al campo político que lo domine con hándicap respecto a sus competidores. Tener la posesión de ese discurso permite apelar al útil sofisma de “hacer decir” a la Constitución, lo que –como única verdad– el sujeto que la domina dice de ella.

3.1. Hoy hay dos corporaciones que monopolizan el discurso constitucional: el funcionariado judicial y los operadores mediáticos. En efecto, las empresas de tráfico informativo integran los despachos judiciales y planifican, en conjunto, las estrategias a desplegar: los expedientes ya no se cosen en los juzgados, sino que se cocinan en los sets de televisión. Esta bruta apropiación de la Constitución, no solo corresponde al “cuarto poder”.

Sin previsión constitucional alguna, pero invocando esa misma Constitución, la Corte se adjudicó el rol de controlar las leyes y los actos de la Administración, es decir, la posibilidad de desafiar a los otros poderes del Estado mediante la facultad para anular sus decisiones: a esto llamamos “control de constitucionalidad”. Y no solo eso, sino que encontró en la “esencia del orden constitucional” que no solo ella –la Corte– sino todos los jueces

tengan, no solo la facultad, sino la obligación, de anteponer en sus resoluciones, los preceptos de la Constitución Nacional, en todo caso, y los de las respectivas Constituciones de Provincia en los que corresponda, a los preceptos de las leyes ordinarias.<sup>2</sup>

Más aún, el deber del Poder Judicial de aplicar las leyes y reglamentos estaba subordinado a un escrutinio previo, ya que solo aparecía cuando “emanen de autoridad competente y no sean repugnantes a la Constitución”.<sup>3</sup> De este modo se completaba el proceso adjudicando, al control de constitucionalidad, su calidad de “difuso”, es decir, dispuesto para todo aquel a quien le calce el rótulo de “juez”.

Pero si en el principio esta competencia quedaba sujeta a ciertos requisitos legales o, a modo de autorrestricción, jurisprudenciales, hoy resulta liberada de todo corsé. Repasemos:

- a) no hay necesidad de causa, ya que las inconstitucionalidades se declaran en acordadas y resoluciones (Bianchi, 2002: 290-296);<sup>4</sup>
- b) no se necesitan sujetos legitimados, basta el interés simple del ciudadano;<sup>5</sup>

2 CSJN, *José Caffarena*, 21/9/1871, *Fallos* 10:427.

3 CSJN, *Carlos Casado*, 5/2/1881, *Fallos* 23:37.

4 Fue precisamente por la Acordada N° 20/96 (*Fallos* 319:24), que la Corte declaró inconstitucional el art. 1° de la Ley N° 24631, por el cual se impuso a los sueldos y jubilaciones de los jueces y demás funcionarios del Poder Judicial la obligación de tributar ganancias.

5 CSJN, *Colegio de Abogados de Tucumán*, 14/4/2015, *Fallos* 338:249.

- c) los efectos rompieron el expediente de partes y se proyectan como leyes gracias a la legitimación colectiva;<sup>6</sup>
- d) la declaración no necesita de petición, ya que el juez la dicta por su oficio;<sup>7</sup>
- e) que la cuestión revista actualidad ya no es indispensable, pudiendo recaer pronunciamientos en asuntos prematuros o abstractos;
- f) arbitrariedad absoluta en la concesión de recursos –mediante la manipulación de los requisitos del recurso extraordinario federal– y en su rechazo –a través de la plancha del 280–;<sup>8</sup>
- g) liberación de toda autoridad externa, rechazando sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, de ese modo, apropiándose no ya del discurso constitucional sino, además, del convencional;<sup>9</sup>
- h) la inconstitucionalidad no espera a la sentencia, sino que llega antes en los autos cautelares;
- i) no hay límite en su objeto, puesto que leyes enteras pueden caer bajo su casación.

3.2. Así vemos que las leyes son aquello que sanciona el Congreso, promulga el presidente y no declara inconstitucional un juez. El proceso no culmina con la publicación de la norma en el Boletín Oficial, sino en los despachos judiciales que se reservan el auténtico poder de veto.

Pero lo que lleva al paroxismo a este poder, es su calidad de difuso. Todo juez, de cualquier jurisdicción, fuero y jerarquía, monopoliza el discurso constitucional, se reserva la última palabra en esa materia y desafía al resto de los poderes.

Si la academia jurídica ha presentado a este ensamble como “sistema” solo es posible ante la mirada impávida de un auditorio adormecido por siglos de sedación doctrinaria. Todo lo contrario. No existe posibilidad alguna de que esta terapéutica pueda presentarse como un armado coherente, ordenado y sistémico, aunque así se lo haya pretendido. Desmontar esta falacia, denunciar su carácter ideológico, es una tarea urgente de una militancia jurídica desmarcada de tradiciones.

<sup>6</sup> CSJN, *Halabi*, 24/2/2009, Fallos 332:111; *Padec*, 21/8/2013, Fallos 336:1236.

<sup>7</sup> CSJN, *Mill de Pereyra*, 27/9/2001, Fallos 324:3219; *Rodríguez Pereyra*, 27/11/2012, Fallos 335:2333.

<sup>8</sup> El *certiorari* negativo que dicho artículo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación consagra, permite a la Corte rechazar su jurisdicción extraordinaria, aun reunidos los requisitos que la habilitan, “según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma”.

<sup>9</sup> CSJN, *Fontevicchia*, 14/2/2017, Fallos 340:47.

## 4. Desvaríos del control difuso y sin causa

Resulta provechoso el análisis de una línea jurisprudencial recorrida por tres precedentes de la Corte que simbolizan el solapamiento, la reconfiguración y, finalmente, la liquidación del concepto de *causa*.

La causa merece ser mantenida porque garantiza dos principios: uno político que ayuda a mantener en sus ámbitos propios al poder judicial sin contribuir a su sobredimensionamiento, abonando de esta forma al principio de división de poderes; y otro jurídico de corte más bien procesal, relacionado al principio de congruencia que ordena que la decisión judicial solo tenga por objeto lo pretendido por las partes, sin fallar ni en más ni en menos.

En relación con esto último, la causa no presenta un contenido estático, sino que puede ir mutando a medida que avanza el proceso y se van sucediendo las intervenciones de las distintas instancias. En efecto, una causa puede iniciarse con determinado pleito y ese pleito mutar por los aportes dinámicos de las partes y las sentencias de los tribunales que previenen a la Corte.

El viaje por la línea jurisprudencial propuesta nos presentará paisajes de reformas constitucionales (nacionales y provinciales) y leyes de mayorías calificadas que llegan al escrutinio judicial, mediante legitimaciones activas ampliadas y causas judiciales rediseñadas, es decir, mediante mecanismos disipadores de los “frenos” y, al recaer en el “guardián último” y custodio final de la interpretación constitucional, sin “contrapesos”.

Lo llamativo es que esta difuminación de la línea de frontera judicial no haya despertado las voces históricas que llenan de ruido la discusión pública cuando denuncian avances legislativos. Esta miopía en la lectura del sistema de frenos y contrapesos o de equilibrio de poderes pone en duda el auténtico compromiso con la defensa de esos principios, ya que un sostenedor honesto de esos esquemas debiera proceder con la misma intensidad y vehemencia en la denuncia de las intromisiones, independientemente del poder del cual provengan.

4.1. En *Fayt*,<sup>10</sup> la causa se inició como una disputa por la validez de la reforma constitucional de 1994, en lo que toca a su artículo 99, inciso 4, párrafo tercero, por el cual se establece la caducidad de los nombramientos judiciales al cumplir el magistrado la edad de 75 años, cuando el régimen anterior por el cual se había designado al juez accionante, no contemplaba un límite temporal para su mandato.

La Cámara rechazó la pretensión de invalidez constitucional, pero admitió la acción declarativa de certeza en cuanto a la situación individual de Fayt, asumiendo que el nuevo régimen constitucional no alcanzaba al magistrado, quien había sido nombrado en los marcos constitucionales anteriores a la reforma.

Al recurrir solamente el Estado nacional, Fayt consintió la cuestión constitucional, la que, de esta manera, quedó firme. Es decir, la causa ya no se integraba con la discusión acerca de la validez del

---

<sup>10</sup> CSJN, *Fayt*, Carlos Santiago, 19/8/1999, Fallos, 322:1616.

artículo 99, inciso 4, párrafo tercero, sino con la aplicabilidad o no de la reforma declarada válida a la situación individual del juez Fayt.

La dinámica del proceso hizo que la causa actual al momento de intervenir la Corte sea distinta a la planteada inicialmente. Sin embargo, la Corte rehabilitó una cuestión fenecida, sin parte que la alegara, y resucitó una causa ya resuelta.

La controversia sobre la que debía decidir quedó huérfana y, por el contrario, decidió un asunto que ya no era controvertido: la validez de la reforma constitucional. De este modo, paradójicamente, la situación del Estado nacional hubiese sido más beneficiosa si desistía del recurso extraordinario.

La actividad de los constituyentes votados por el pueblo fue declarada nula, mediante el solapamiento del conflicto que revestía actualidad, regenerando una cuestión ya resuelta y consentida por las partes, y paralelamente, barriendo con las garantías de la cosa juzgada y del principio de congruencia.

4.2. En *Rizzo*, citado anteriormente, el actor se presentó en su condición de apoderado de una agrupación de abogados y en defensa de intereses individuales homogéneos de abogados, jueces y académicos, que consideró afectados.

La pretensión esgrimida se dirigía a impugnar por inconstitucional la Ley N° 26855, mediante la cual se modificó la composición del Consejo de la Magistratura y el procedimiento de elección de sus miembros.

No hubo de parte de la Corte un desarrollo argumentativo que definiera los términos de la legitimación asignada al demandante ni el alcance de los efectos de la decisión que de ella se derivarían; limitándose a señalar que el régimen impugnado proscribía a la agrupación que el actor representaba.

La absoluta despreocupación de la Corte por definir la delimitación concreta de la clase supuestamente representada, y los mecanismos para adherir o no a la misma, no puede sino atentar contra el derecho de defensa del resto de los ciudadanos a quienes se ignoró como sujetos de la ley invalidada. Como lo manifestó la Procuración General en su dictamen,

la invocación de intereses sectoriales [...] no es suficiente para cuestionar una norma de carácter general, dictada en beneficio de los intereses de toda la sociedad. A su vez, los intereses individuales cuya protección se arroga el demandante carecen de la homogeneidad que exige la doctrina de *Fallos* 332:111 [Hablabi], pues no es posible conjeturar que todos los abogados de la matrícula federal compartan su postura que –por lo demás– contradice el interés del electorado –que comprende también a los abogados– en elegir, por la vía del sufragio universal, a sus representantes en un órgano de gobierno de gran envergadura institucional, que ejerce la delicada función de control sobre el Poder Judicial de la Nación.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> PGN, *Rizzo*, Jorge Gabriel, 17/6/2013.

Además, si se consideraba que la ley proscribía a la agrupación de abogados, al establecer que los candidatos sean propuestos únicamente por partidos políticos, bastaba que se declare inválido ese artículo legal para levantar la prohibición y permitir la participación, contribuyendo a dotar de congruencia y de transparencia a la opaca fundamentación de legitimación de la actora.

Con todo, falta aún que la Corte nos explique si el resto del derecho electoral también será considerado proscriptivo, ya que con base en los artículos 37 y 38 de la CN, la representación política queda monopolizada por los partidos políticos, con el mismo criterio de la ley cuestionada en *Rizzo*; razón por la cual, el argumento invalidante podría trasladarse al resto de las elecciones que se convoquen de ahora en más.

Pero más allá de la opacidad en la legitimación, del *ultra petita* en la decisión y del desmarque de los artículos 37 y 38 de la Constitución, la historia del control difuso se repite, también en *Rizzo*, como farsa. Ello así, por cuanto el fallo, además, carecía de actualidad. Como lo apunta Zaffaroni en su disidencia, sin rehuir a destilar una sutil ironía,

el proceso electoral en cuanto a la categoría de candidatos a miembros del Consejo de la Magistratura, se encuentra suspendido por efecto de otras decisiones judiciales federales de distinta competencia, que han sido puestas en conocimiento de las autoridades. Por consiguiente, el tribunal decide en esta causa por imperio de ley, pero cabe advertir que en virtud de disposiciones procesales y de la elección de las vías de impugnación y que a la fecha no han llegado a conocimiento de esta Corte, se produce una extraña circunstancia que lleva a resolver una cuestión que bien podría considerarse como materialmente abstracta.

Curiosa defensa del Estado de derecho aquella que anula leyes que consagran no menos sino más derechos políticos para el pueblo y que, desde el fallo, caen en descuento del conjunto y en recuento de algunos grupos: de abogados, de jueces y de académicos. Sendas aún no finalizadas de la restricción política o, lo que es igual, de la democracia incompleta.

Es así que, invirtiendo dramáticamente los términos de la célebre proclama universitaria del '18, después de *Rizzo* “contamos para el país una libertad menos y una vergüenza más”.

4.3. En el ya citado Colegio de Abogados de Tucumán, la entidad demandante cuestionó la actividad de la Convención reformadora de la Constitución local, en cuanto a la incorporación del Consejo Asesor de la Magistratura en el Poder Ejecutivo de la provincia.

Sin embargo, la Corte no limitó su análisis a la legitimación de la actora, sino que la extendió a “la simple condición de ciudadano”, la que “resultaría suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés especial o directo”. La Corte no puede escapar a una contradicción manifiesta, porque al mismo tiempo que acepta que esta configuración no corriente de la legitimación se presenta en “situaciones excepcionalísimas”, las asimila a todas aquellas que lesionen “expresas disposiciones constitucionales que



hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, poniendo en jaque los pilares de la arquitectura de la organización del poder diagramada en la Ley Fundamental”. ¿Qué “situación excepcionalísima” puede abordarse desde parámetros de una labilidad tal como la “esencia de la forma republicana de gobierno”? ¿Cómo hacer para cercar con esos indicadores maleables situaciones que debieran contar con los más rígidos y tasados criterios de control? No puede quedar al margen que lo que se está anulando es la actividad de una Convención Constituyente local y que los recaudos para habilitar su escrutinio por instancias federales debieran elaborarse con la mayor prudencia en virtud de su trascendencia institucional.

Pero además, la Corte termina por responder que no queda habilitada la instancia del recurso extraordinario federal al no configurarse el requisito de relación directa e inmediata de la cuestión federal invocada con los puntos decididos en la sentencia apelada (art. 15 de la Ley N° 48) y reconoce la falta de actualidad del agravio invocado, atento a que la provincia dispuso mediante su derecho público local, la organización del Consejo Asesor de la Magistratura en el ámbito del Poder Judicial, tornando a la causa en abstracta.

Podrá decirse que las afirmaciones acerca de la legitimación del simple ciudadano para impugnar normas que afecten la esencia de la forma republicana de gobierno constituyen narraciones en *obiter dictum*, sin fuerza de precedente. Sin embargo, al no regir en nuestro ordenamiento la regla del *stare decisis*, su valor como fuente interpretativa para futuros pronunciamientos no queda descartada; más aún si vemos la práctica corriente de la Corte, de los tribunales y del resto de los operadores jurídicos, cuando sin escapar a cierta holgazanería, no discriminan los argumentos en *holding*, trayendo sin precisiones algún recorte de decisiones anteriores para fundar sus escritos.

Sin que se configure ninguno de los requisitos de la causa, la Corte dedicó largos párrafos para desembarazarse de un elemento molesto, rediseñando hasta el paroxismo el concepto, hasta llegar a posiciones abolicionistas y liquidacionistas, que lo expulsan como elemento de restricción.

La Corte se libera así del incómodo condicionante para entrar de lleno a las cuestiones sobre las que le interesa intervenir, sin más limitaciones que su propio deseo.

Los tres fallos se unen en la condición de atender cuestiones relacionadas con ámbitos dominados por el Poder Judicial, por tratarse de reformas constitucionales o leyes calificadas y por, sobre todo, existir alternativas de menor trascendencia institucional, lo que desafía abiertamente el postulado de la declaración de inconstitucionalidad como última ratio del ordenamiento jurídico.

## **5. La Corte en tiempos de pandemia (o el riesgo de convertirse en un poder inútil)**

La convulsión planetaria desencadenada por la pandemia de coronavirus no ha sido inmune al arco ideológico, el que, paradójicamente, acortó distancias. A izquierda y derecha encontramos desbocados. Unos, paranoicamente conspirativos, aluden a invenciones de los gobiernos para continuar el estímulo del pánico colectivo, habiéndose “agotado el terrorismo como causa de las medidas excepcionales”

(Agamben, 2020a: 19). Otros, montados en el negacionismo, sintetizan el drama en una “histeria” o “fantasía”, lo reducen a un “resfriado” o “gripe” más, lo tratan con medicamentos “milagrosos” como la hidroxiclороquina o declaran contundentemente al culpable: el virus es “chino”.<sup>12</sup> Ambos, convergen en “no parar”: los primeros porque las medidas preventivas nos condenan “a vivir en un estado permanente de miedo y de inseguridad” y porque esos experimentos buscan “que paremos de una vez por todas de hablar y de reunirnos por razones políticas o culturales” (Agamben, 2020b: 255-256); los segundos, porque si el mercado (la ganancia) no continúa, serán más los (inverificables) muertos futuros que los (verificados) muertos presentes. Ninguno asume lo que en definitiva es: una situación desconocida. Sí, una herida narcisista a la humanidad soberbia del “progreso” y de la “ciencia”. Un cachetazo que nos revela nuestra auténtica ignorancia, un testimonio existencial de nuestra vulnerabilidad y una necesidad actual de rebobinar siglos de historia para encontrar algo, en alguna medida, eficaz: la cuarentena. En definitiva, una trágica demostración de que tanto no hemos “progresado”.

Este presente arrollador desnuda, aún más, ciertas miserias del derecho. Y es esta encrucijada histórica, la que no puede dejar de impactar en los operadores jurídicos, si quieren estar a la altura de las circunstancias y representar un papel útil en la vida comunitaria. “Mejor pues que renuncie quien no pueda unir a su horizonte la subjetividad de su época”, sentenciaba lapidariamente Lacan a sus colegas. Y seguía: “Que conozca bien la espira a la que su época lo arrastra en la obra continuada de Babel, y que sepa su función de intérprete en la discordia de los lenguajes” (Lacan, 2009: 308). Ciertamente, no pecaríamos por exceso si trasladáramos el ejemplo a nuestros juristas y, con más precisión, sobre aquellos que ejercen la función pública jurisdiccional.

Y en este contexto de radical incertidumbre, de ignorancia existencial, de corrimiento de todo velo simbólico, de precipitación hacia lo “real” o, lo que es igual, hacia aquello frente a lo cual nos quedamos sin lenguaje (sin palabras); con los cuerpos ahí, calientes, enfermos, en piras infernales, con las mentes atormentadas, con los lazos interrumpidos y con los abrazos suspendidos; es precisamente cuando más necesitamos que nos digan algo, es el ruego de los devas hinduistas a su dios: “Háblanos” (Lacan, 2009: 309). Es necesitar, de los poderes públicos, alguna certeza.

La Corte fue convocada a tal tarea, sin embargo, la rehuyó. Pudo habernos hablado claramente y no lo hizo; pudo habernos dado, en un contexto de absoluta carencia, algo de certeza. Pero eligió no hacerlo.

Ese fue el objeto, precisamente, de la acción declarativa interpuesta por el Senado de la Nación, representado por su presidenta, Fernández de Kirchner.<sup>13</sup> Y fue así y no al revés. Quiero decir, como bien lo aclara Rosatti en su concurrencia, el que acudió a la Corte fue uno de los poderes supremos del Estado. Así lo dice el artículo 36 del Reglamento del cuerpo cuando afirma que “Solo el presidente habla en nombre del Senado”. Sin embargo, para la Procuración General (Casal), la mayoría (Highton, Lorenzetti y Maqueda) y para el disidente parcial Rosenkrantz, se trató de una presentación de Cristina Fernández de Kirchner. La diferencia lejos está de ser solo nominal. Es política y referencial

<sup>12</sup> Son las posiciones de líderes de escala planetaria como Trump y Bolsonaro.

<sup>13</sup> CSJN, *Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza*, 24/4/2020, Fallos 343:195.

pero, sobre todo, comunicacional: en el primer caso, uno de los poderes del Estado solicitando dialogar con otro en un contexto inédito de crisis planetaria; en el segundo, la reducción a un arrebato personal carente de reflejo institucional. En el primer caso, la necesidad evidente de una puesta en común de las máximas autoridades del Estado frente a un mundo puesto al revés; en el segundo, el apasionamiento individual y la elección de un discurso comunicativo de fácil traducción editorial, que ya ha sido recorrido y ha probado su formidable éxito.

La cuestión, entonces, era saber si el Senado podía acudir al artículo 30 de su Reglamento para sesionar en forma virtual, ya que esa disposición ordena la constitución del cuerpo en la sala de sus sesiones, “salvo en casos de gravedad institucional”. Ante la demanda social de que las instituciones funcionen (de que “digan”, de que “hagan”), una de ellas –el Senado– solicitaba a otra –la Corte– que, en su rol de último intérprete constitucional según nuestro sistema, otorgue certeza acerca de si esa modalidad de sesión impuesta por el contexto, podía considerarse (o no) constitucionalmente válida. Se trataba de ponerse de acuerdo acerca de cómo funcionar en un momento (primeras semanas del aislamiento obligatorio) en donde absolutamente todo era ignorancia e incertidumbre. Era fundar rápidamente nuevos acuerdos que organicen nuevas bases de actuación y, en ese orden, pareciera que el camino elegido de diálogo entre las máximas autoridades del Estado, era el más apropiado. Y económicamente el más rentable, puesto que acordar inicialmente es menos costoso que disentir en el futuro, por lo mismo que prevenir tiene menos consecuencias dañosas que corregir. Una certeza constitucional acerca de si la modalidad virtual era válida o no, hubiese evitado lo que aún hoy no sabemos: si la actuación del Congreso será declarada inválida por la modalidad de sesión instrumentada.

Bastaba con decir “sí” o “no” y refundar acuerdos de actuación básicos. Sin embargo, el camino elegido fue rechazar la acción, es decir, ni “sí” ni “no”, “veremos”. Como si de jugar a las escondidas se tratara: me buscás pero no me encontrás. Sin embargo, sería injusto decir, sin más, que la Corte no habló.

Salvo Rosenkrantz, quien sí decidió no hablar y de ahí su disidencia parcial por rechazar *in limine* la acción, el resto de la Corte hizo contribuciones importantes. A la par de la decisión desestimatoria, ya que “no constituye cuestión justiciable lo atinente al procedimiento adoptado por el Poder Legislativo para la formación y sanción de las leyes”, reconoció que “el Senado de la Nación tiene todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Y que la modalidad virtual de sesión, en caso de concretarse, no encuadra en ninguna de las dos excepciones de intervención de la Corte en facultades privativas de otro poder, es decir, la modalidad virtual “no configura *per se* riesgo alguno de interferencia en las atribuciones de los demás poderes del Estado” y “no interfiere con el modo en que la Constitución le impone a esa Cámara ejercer sus atribuciones”.<sup>14</sup>

Pero todo podría haberse resuelto de modo más armónico, propendiendo a otro entendimiento del control de constitucionalidad que sea más colaborativo y no tan confrontativo. La Corte podría haber impulsado lo que hizo en su propio seno y en el resto del Poder Judicial, mediante las acordadas que

14 Ver resolutorio y considerando 16.

autorizaron los acuerdos virtuales de la propia Corte y de los demás tribunales colegiados, la digitalización de los procesos judiciales, el uso de la firma digital y electrónica, la tramitación de oficios por la plataforma virtual, el inicio digital de todos los procesos judiciales ante todas las instancias jurisdiccionales, incluidas las presentaciones directas ante la propia Corte: demandas originarias, recursos de queja y recursos extraordinarios *per saltum*.<sup>15</sup> Ello hubiera hecho converger a todos los poderes públicos en un entendimiento básico y sólido a la vez, que acomode su actuación de manera acorde al criterio sanitario que, nos guste o no, sigue siendo el más efectivo: el aislamiento y la limitación de circulación.

Pero pareciera que es muy difícil renunciar al poder de la decisión final. Ante una alternativa de ejercicio del control de constitucionalidad que ponga a la Corte como un jugador más (y no el último), el tribunal siempre pide ver las cartas de los demás, sin compartir las suyas, reservándose la última jugada. En un país que cuenta con un millón de casos positivos detectados (y otros tantos a los que no llegan las estadísticas) y con un aglomerado urbano (AMBA) de los más infectados del mundo, la diferencia no es sutil: se tratará de la utilidad o inutilidad de uno de los poderes públicos para con la comunidad a la que está obligado a servir.

## 6. La construcción judicial de un poder ausente

No puede invocarse a la Constitución de 1853 como fuente primaria del control de constitucionalidad judicial: en ninguna de sus normas encontramos atributos que hagan de los jueces competidores por el poder del Estado. Esto no quita que Alberdi se haya interrogado acerca de “¿cuál es el tribunal llamado a procesar y juzgar las malas leyes?” y que su respuesta haya sido “la Corte Suprema, delegataria de la soberanía del pueblo argentino” (Alberdi, 1886: 249). Sus apreciaciones tenían como fuente el artículo 97 de la Constitución de 1853 cuando asignaba “a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Confederación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución”. Si bien reconocía que “no hay punto que en cierto modo no esté regido por la Constitución”, afirmaba que

los puntos de que hablan estas palabras, son los regidos inmediatamente por la Constitución, sin intermedio de otra ley orgánica; esos puntos son los relativos a las leyes mismas, es decir, a la constitucionalidad de las leyes; a saber y decidir si una ley en cuestión es o no conforme a la Constitución (Alberdi, 1886: 249).

Sin embargo, Alberdi tomó el punto en relación con el derecho de peticionar a las autoridades del artículo 14, “ejercido colectivamente con los fines de obtener la abrogación de instituciones malas y la sanción de otras buenas” (Alberdi, 1886: 249), es decir, como cauce para regenerar el derecho público heredado de la colonia y trocarlo por otro oxigenado en las nuevas instituciones: “todo el mundo

---

<sup>15</sup> Me refiero, principalmente, a las Acordadas de la Corte 4, 11, 12 y 15.

puede acusar ante la Corte Suprema la inconstitucionalidad de las leyes civiles y administrativas realistas, que alteran los principios y poderes establecidos por la Constitución, y pedir que se declaren contrarias a ella” (Alberdi, 1886: 250). Era la ruptura con el derecho colonial y su sustitución por el derecho patrio lo que abrazaba Alberdi al momento de ver en la Corte una aliada para dicha purga.

Tampoco se desprende de las primeras leyes de organización y competencia de los tribunales federales la consagración de un poder de la magnitud confrontativa como el adquirido hoy por el control de constitucionalidad. Las leyes 27 (art. 3) y 48 (art. 21) encomendaron a los tribunales de la nación mantener el orden de prelación normativa que proponía en la cúspide a la Constitución, siempre en el marco de una causa entre partes legitimadas, y habilitaron a prescindir de las disposiciones contrarias a ella si esto fuera petitionado e inevitable para resolver la cuestión.

Los tribunales ensancharon esta avenida, y la Corte se autoproclamó intérprete final de la Constitución, asumiendo la última palabra institucional. Hoy, a más de 130 años de su nacimiento, el control de constitucionalidad adquirió en Argentina dimensiones patológicas que le permiten al Poder Judicial suspender la vigencia de leyes en su totalidad, en el marco de procesos cautelares, sin legitimación en el actor (al no presentar un interés especial) y, consecuentemente, sin alcanzarse la constitución de un caso contencioso.

Ha sido la propia Corte la que calificó como “contralegislativas” estas prácticas judiciales distorsivas de una institucionalidad democrática. Así, en *Thomas*,<sup>16</sup> decisión que revocó la suspensión cautelar de la Ley N° 26522 de regulación de los servicios de comunicación audiovisual, y recordó que un legislador no tiene legitimación activa “cuando lo que trae a consideración de un tribunal de justicia es la reedición de un debate que ha perdido en el seno del Poder Legislativo por el juego de las mayorías y minorías respectivas”. En busca de la dignidad perdida, honraría a la persona y función de los legisladores, representantes del pueblo, no intentar torcer en los pasillos judiciales y en los paneles mediáticos, lo que perdieron en el recinto.

No hay proporcionalidad alguna entre los costos de transacción que hacen de una ley un acto normativo válido –luego de atravesar todo el procedimiento constitucional de formación y sanción de las leyes, más otros previos que pueden incluir mecanismos de elaboración participada de normas– y los que insume enfrentar esa decisión mediante la búsqueda de algún juez dispuesto a ello, que en su primer auto tenga la posibilidad de barrer con todo el procedimiento anterior.

La dimensión confrontativa de un poder de veto judicial salido de quicio, por la prontitud y la dispersión de los actores que pueden ejecutarlo, debiera al menos hacernos pensar, si este es el camino que queremos darle al entramado institucional y a los canales de circulación de nuestra vida pública.

---

16 CSJN, *Thomas, Enrique*, 15/6/2010, Fallos 333:1023.

## 7. Bibliografía

- Agamben, G. (2020a). La invención de una epidemia. En P. Amadeo [ed.], *Sopa de Wuhan* (pp. 17-19). La Plata: ASPO. Recuperado de <https://www.elextremosur.com/files/content/23/23684/sopa-de-wuhan.pdf>
- (2020b). Aclaraciones. En P. Amadeo [ed.], *La Fiebre* (pp. 253-256). La Plata: ASPO. Recuperado de <https://www.elextremosur.com/files/content/23/23821/la-fiebre-aspo.pdf>
- Alberdi, J. B. (1886). Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853. En J. B. Alberdi, *Obras completas: tomo IV* (pp. 143-512). Buenos Aires: La Tribuna Nacional.
- Bianchi, A. (2002). *Control de constitucionalidad: tomo I*. Buenos Aires: Ábaco.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2006). *Curso de derecho administrativo: tomo II*. Buenos Aires: La Ley.
- Gargarella, R. (2008). *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Kunz, A. (1988). *Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1930-1983)*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho, UBA.
- Lacan, J. (2009). *Escritos I*. México: Siglo XXI.
- Pigna, F. (2005). *Los mitos de la historia argentina: tomo II*. Buenos Aires: Planeta.
- Ramos, J. A. (1999). *Revolución y contrarrevolución en la Argentina: tomo I*. Buenos Aires: Distal.

# Contratos administrativos en el marco de la emergencia

## Nueva normalidad



*Gonzalo Abalos*

### 1. Nueva normalidad

Preliminarmente, es necesario aclarar las circunstancias en las que se genera el presente estudio, el que detalla un aspecto concreto y particular de una materia acotada, que en este documento se enmarcará en las contrataciones administrativas.

En mi carácter de servidor público me ha tocado enfrentar en los últimos meses diversas situaciones donde he advertido que la normativa vigente en materia de contrataciones públicas es limitada e insuficiente para satisfacer necesidades donde se pone en juego el interés público, representado, en este caso, por la protección a derechos fundamentales como lo son la salud y la vida de los ciudadanos.

En virtud de ello, se origina una reflexión donde se evidencia una dicotomía en la que subsisten dos presupuestos. Por un lado, el cumplimiento de las formalidades de los actos administrativos (en sentido amplio) y de los contratos administrativos (en sentido estricto), y, por otro lado, la satisfacción de un interés público de alta estima como lo es la protección de la salud y la vida de los ciudadanos (y en forma inmediata).

En base a la colisión entre dichos presupuestos, desarrollaré argumentos propios formulando razonamientos lógico-jurídicos, comparaciones y análisis que expliquen concretamente la problemática objeto del presente.

## 2. Contratos administrativos. Marco actual

El artículo 3° del Decreto Nacional N° 1023/2001 establece como principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas, los siguientes:

- a) Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado;
- b) Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes;
- c) Transparencia en los procedimientos;
- d) Publicidad y difusión de las actuaciones;
- e) Responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones; y
- f) Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes.

Nótese que no hace mención al principio de legalidad, rector para el derecho y para toda la actuación administrativa. No obstante, resulta una obviedad que debe respetarse en todos los casos en materia de contrataciones públicas. Se puede conceptualizar dicho principio afirmando que los actos de la administración deben estar justificados en un marco normativo general, entendido como tal al llamado bloque de constitucionalidad o legalidad. Ello implica un acatamiento total a las normas vigentes desde la Constitución Nacional hasta las normas reglamentarias de alcance general y particular.

Tampoco se hace alusión directa al elemento formal con lo que, se podría inferir, que no constituye un requisito esencial para la existencia del contrato administrativo. Sin embargo, no está en duda la importancia de los formalismos y procedimientos, ya que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha construido bases sólidas, para establecer que, sin el cumplimiento de las formalidades necesarias en los procedimientos de selección, no hay contrato administrativo. Ergo, resulta un elemento esencial del contrato administrativo.

En ese sentido, como se abordará más adelante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que

la administración centralizada y descentralizada se halla sujeta al principio de legalidad, cuya virtualidad es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> CSJN, autos "Espacio S.A. c/ Ferrocarriles Argentinos s/cobro de pesos", sentencia del 22-12-1993, T. 316, p. 3157.



Asimismo, sostuvo

que, en primer lugar, es menester recordar que este Tribunal ha sostenido reiteradamente que la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación (Fallos: 308:618; 316:382).<sup>2</sup>

Interpretando en conjunto la normativa, doctrina y jurisprudencia, se puede concluir que para la existencia de un contrato administrativo se debe dar cumplimiento con todas las formalidades requeridas y procedimientos de selección reglados, ya sea licitación pública, concursos privados, subasta, contratación directa u otros.

El procedimiento de selección de contratista para satisfacer una necesidad, como regla, es la licitación pública, el cual tiende a generar un cumplimiento amplio y acabado de todos los principios enunciados previamente. Cuando probadas razones de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno, dicha regla cede, y se utiliza excepcionalmente el procedimiento de selección de contratación directa, el cual tiende a reducir formalismos en las compras públicas con el objeto de generar mayor celeridad y eficacia en la satisfacción de la necesidad pública.

Ello no es óbice para exceptuar del cumplimiento de los principios del derecho administrativo, ni tampoco habilita a desconocer las formas, con lo cual las diferencias entre la regla y la excepción suelen ser insuficientes.

### **3. Decisión Administrativa 409/2020 – Procedimiento de selección de contratista en materia de la emergencia generada por el COVID-19**

#### **3.1. Realidad fáctica**

En este marco surge una nueva realidad fáctica a raíz de la dinámica de una inédita pandemia y su impacto sobre la vida social de la población, lo cual debe ser acompañado por el Estado para satisfacer las necesidades que se presenten, en este caso el interés público representado por la protección de la salud y la vida de los ciudadanos. Para ello, se requiere necesariamente de procedimientos de adquisición de bienes y servicios que otorguen celeridad y eficacia en virtud de que dicho interés público, para ser satisfecho, debe ser atendido de forma inmediata.

<sup>2</sup> CSJN, autos “Más Consultores Empresas Sociedad Anónima c/Santiago del Estero, Provincia de (Ministerio de Economía) s/ cobro de pesos” (M. 265. XXXIII), sentencia del 1 de junio de 2000.

### 3.2. Decisión Administrativa 409/2020

Desde el plano normativo, se ha visto cómo de diversos modos (decretos, resoluciones y disposiciones de carácter administrativo) se han intentado flexibilizar los procedimientos de selección de contratista destinados a la adquisición de bienes y servicios en el marco de la pandemia, a mi entender con poco éxito.

Resulta interesante analizar la Decisión Administrativa N° 409/2020 de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la República Argentina, que establece un procedimiento de selección de contratista a los fines de la adquisición de bienes y servicios para satisfacer las necesidades surgidas por la emergencia declarada en virtud de la pandemia.

Del articulado dispositivo, surge en primera instancia una remisión a los principios consagrados por el Decreto N° 1023/01, haciéndose especial hincapié en que deberán ser cumplidos “sobre la base de una rigurosa observancia”. Luego, se establece el procedimiento de selección indicando que deberá, a groso modo: consultar nómina de proveedores, invitar a tres proveedores, previa constatación en la nómina, de acuerdo al monto solicitar intervención a SIGEN, establecer acto de apertura con intervención de la Unidad de Auditoría Interna, realizar la evaluación de ofertas, emitir acto de adjudicación, emisión de órdenes de compra, entre otros.

Dichas etapas, en el plano fáctico, no pueden entenderse como únicas a los fines de llevar a cabo una compra pública, ya que subyacen y conviven simultáneamente los demás principios rectores del derecho administrativo en sentido amplio que deben acreditarse.

De ellos, se derivan diversas actuaciones administrativas complementarias tendientes a generar un paraguas legal que otorgue validez a los actos, como, por ejemplo: generación de expediente (papel o electrónico), informe y justificación de la necesidad que motive su inclusión en la norma de excepción, afectación presupuestaria preventiva y definitiva, intervención de áreas técnicas, dictamen jurídico previo, publicidad de los actos, entre otros, sin los cuales no se podría llevar a cabo una compra pública jurídicamente válida.

Ahora bien, a través de esta creación que intenta flexibilizar las normas de compras públicas, a mi entender sin éxito, queda demostrada la aceptación expresa por parte del Poder Ejecutivo de la carencia de un procedimiento de compra eficaz para satisfacer necesidades de interés público esenciales y urgentes. Ello, ya que, con este intento de reglamentación de un procedimiento eficiente, no puede (o no se atreve) a salir del esquema de compras públicas imperante en la actualidad, en virtud de que es manifiesto que el procedimiento creado no ofrece herramientas novedosas, no elimina etapas del procedimiento reglado de fondo, no establece un marco de excepción que genere una diferencia sustancial en cuanto a los procedimientos establecidos por el Decreto N° 1023/01, ni posibilita suprimir etapas de control previos trasladándolas a un control *ex post*. De forma (in)consciente el Poder Ejecutivo Nacional admite la falencia mediante un acto positivo.

### 3.3. Emergencia y necesaria razonabilidad

Es por ello que debe cobrar especial relevancia el principio de razonabilidad enunciado en el Decreto N° 1023/01, el cual otorga las respuestas necesarias para llevar a cabo la satisfacción del interés público. El concepto incluye:

- Razonabilidad del proyecto,
- Eficiencia de la contratación,
- Cumplimientos del interés público comprometido,
- Cumplimiento del resultado esperado.

Dicho principio debe ser interpretado de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso y con la tendencia a armonizar los demás principios que, en su conjunto y con su debido cumplimiento, garantizan la juridicidad de una contratación pública.

En un contexto de emergencia, surgen ciertos conflictos que ponen en riesgo la satisfacción del interés público tutelado. Entran en pugna, ante esta situación excepcional, el deber de cumplimiento con los procedimientos reglados y el deber de proteger la salud y la vida de los ciudadanos. Debe prevalecer el principio de razonabilidad, sin violentar la legalidad de los actos, a los fines de satisfacer en tiempo y forma el interés público comprometido.

## 4. La Corte Suprema de Justicia de la Nación y las formas en los contratos administrativos

La situación fáctica demuestra que en materia de contrataciones del Estado la violación de los procedimientos de selección del contratista es de carácter crónico. Isaac Augusto Damnsky (h), con acierto, señala que

la realidad económica nos indica que un porcentaje muy significativo de obras públicas, servicios y aprovisionamientos estatales no discurren por los cauces formales. No son contratados con apego a los procedimientos administrativos propios de selección del co-contratante estatal ni ejecutados con apego a la teoría del contrato administrativo, pero sin embargo nadie duda de su existencia.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Transparencia Internacional, Informe sobre corrupción, año 2009, especialmente el relevamiento de la situación argentina en p. 185 y el barómetro global de la corrupción de 2009, en [www.transparency.org](http://www.transparency.org); Oficina Anticorrupción, “El Estado de las Contrataciones 1 y 2” de 2008 y 2009 en: [www.anticorruccion.com.ar](http://www.anticorruccion.com.ar); Oficina Nacional de Contrataciones, Estadísticas de las compras del Estado: [www.argentinacompra.gov.ar/prod/onc/sitio/Paginas/Contenido/FrontEnd/estadisticas\\_new.html](http://www.argentinacompra.gov.ar/prod/onc/sitio/Paginas/Contenido/FrontEnd/estadisticas_new.html) “Guía de Recursos para Negocios Transparentes”, Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, en: [www.acij.org.ar](http://www.acij.org.ar).

Junto a este autor, muchos otros sostienen que, aun con la falta de cumplimiento de las formalidades, el contrato administrativo existe, de lo cual se deriva que las formas, para esta doctrina, no son requisito esencial de su existencia. En mi opinión, se trata de construcciones pragmáticas que ante situaciones de incumplimiento normativo y antijurídicas hacen prevalecer la continuidad del contrato administrativo.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Mas Consultores Empresas S.A.” ha dejado establecido que

La validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación. En la contratación invocada, no se observaron los procedimientos sustanciales pertinentes ni se contó con la habilitación presupuestaria necesaria para atender el gasto respectivo. La prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado.<sup>4</sup>

Por otra parte, en el fallo “Omega”, en consonancia con el previamente citado se ha sostenido que

las quejas referentes a la omisión de las formas esenciales para la celebración del contrato conducen a dilucidar la existencia de este [y] la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia.<sup>5</sup>

Al menos en materia de contratos administrativo, ha sido zanjada dicha discusión por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de los casos “Más Consultores Empresas S.A.” y “Omega”. A través de dichos fallos se puede interpretar la intención de la CSJN de dejar en claro que las normas deben ser cumplidas para que generen los efectos deseados por el legislador, lo cual choca con la palpable realidad, desnudando la necesidad de modificar legislativamente las normas para las compras y contrataciones públicas.

Ha quedado demostrado a través de la evolución jurisprudencial que las formas en los contratos administrativos adquieren el carácter de elemento esencial para la existencia de un contrato administrativo. Si bien resulta interesante abordar dicho estudio en cuanto a la evolución jurisprudencial y los efectos

4 CSJN, autos “Más Consultores Empresas Sociedad Anónima c/Santiago del Estero, Provincia de (Ministerio de Economía) s/ cobro de pesos” (M. 265. XXXIII), sentencia del 1 de junio de 2000.

5 “Ingeniería Omega Sociedad Anónima c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” 5 de diciembre de 2000 - Fallo 324:3924.

que implican la aceptación de la doctrina de la Inexistencia del Contrato Administrativo, ello no resulta el objeto del presente trabajo.

En estas líneas, se pretende dejar en evidencia que, ante la necesidad de dar exhaustivo cumplimiento a las formas y procedimientos, se dificulta la satisfacción de del interés público generando la ineficacia del sistema de compras y contrataciones públicas. En este contexto actual, donde el interés público se ve reflejado en la protección a la salud y la vida de sus ciudadanos, los cuales no admiten dilación alguna en su satisfacción, ha quedado demostrada la incapacidad del Estado para dar una respuesta rápida, eficaz y garantizada.

*Si los procedimientos de selección del contratista instaurados legalmente atentan contra la eficiencia de la gestión pública e impiden satisfacer las necesidades públicas en tiempo oportuno, lo correcto es cambiar las normas para adecuarlas a la realidad imperante para no violentar de manera flagrante el sistema instituido por ellas. Entiendo que esta es una de las finalidades de la CSJN al fallar como lo viene haciendo.*

## 5. Excesiva rigurosidad formal

La realidad muestra que en pos de enderezar malas conductas de funcionarios públicos violadores sistemáticos de las normas jurídicas, se han instaurado procedimientos de selección de contratistas que incluyen rigurosos formalismos tendientes a desalentar o minimizar conductas de mala fe.

Así, se ha complejizando el sistema de compras públicas, las que, para garantizar su validez y existencia, requieren de numerosos actos de la administración pública, aun en procedimientos de emergencia.

Se puede decir que, de acuerdo a la jurisprudencia analizada del Supremo Tribunal, para que un Contrato Administrativo exista en términos jurídicos, debe mínimamente acreditar el cumplimiento de: requerimiento y justificación fundada del área competente, formulación de especificaciones técnicas, formulación y construcción de un costo estimado, afectación presupuestaria preventiva, elevación al área con competencia en adquisiciones, formulación de pliegos particulares, conformidad de las áreas, aprobación de pliegos y llamado a presentar ofertas, comunicación, difusión y publicación respetando plazos previos de publicación y anticipación del llamado a la apertura de las ofertas, consultas y circulares, apertura de ofertas, observaciones de ofertas, solicitud de documentación complementaria, muestras, evaluación técnica, administrativa, jurídica y económica de ofertas (intervención de distintas áreas), solicitud de mejoras de ofertas, dictamen jurídico previo, acto administrativo de conclusión del procedimiento, notificación, emisión de orden de compra, publicación, entre otros.

Los procedimientos de selección de contratista instaurados legalmente atentan contra la eficiencia de la gestión pública e impiden satisfacer las necesidades públicas en tiempo oportuno; ergo, lo correcto es cambiar las normas para adecuarlas a la realidad imperante y no violentar de manera flagrante el sistema instituido por ellas. Es necesario actualizar las leyes y reglamentos que regulan los distintos procedimientos de selección de contratistas del Estado adecuándolos a la realidad imperante.

## 6. Dificultades para satisfacer el interés público

A lo largo de esta presentación y a través de mi experiencia profesional y los conocimientos adquiridos en materia de compras públicas, he tratado de exponer las dificultades que existen en el órgano ejecutivo para satisfacer el interés público destacándose, entre otras:

- Excesivo rigorismo formal administrativo.
- Exageradas intervenciones de áreas.
- Amplio desconocimiento de los funcionarios en materia de compras públicas y falta de capacitación.
- Excesivos requisitos mínimos de participación para proveedores.
- Proveedores sin capacitación y poco informados.
- Complicaciones de carácter comercial y competitivas en el mercado (exigencia de garantías de mantenimiento oferta y cumplimiento de contrato, imposibilidad de ofrecer pagos anticipados, demoras administrativas que impactan sobre la cotización de las ofertas, dificultades en el procesamiento de las convalidaciones y facturación, largas demoras en el pago de las facturas, quiebre de la ecuación económica financiera).
- Limitaciones normativas y riesgo de incurrir en incumplimientos formales que generen la inexistencia del contrato administrativo.
- Imposibilidad de modificar reglamentaciones bajo riesgo de violar la inderogabilidad singular de los reglamentos, en la que “no se puede en verdad decir que la administración pueda dictar reglamentos y acto seguido incumplirlos; hasta ahora se sigue entonces aceptando la aplicación al reglamento del principio de la presunción de legitimidad de los actos administrativos: Éste los haría, si no válidos por específica subsunción legal, al menos válidos por habilitación temporaria. No cumplir el propio reglamento parece una auto contradicción tan manifiesta que nadie verdaderamente la ha sostenido nunca: Es, más bien al contrario, invocando el principio de legalidad de la administración, que se postula que ella nunca puede violar sus reglamentos”.<sup>6</sup>

## 7. Reflexiones finales

En materia de contrataciones y con miras a satisfacer en lo inmediato el interés público manifestado por la necesidad urgente de proteger la salud y vida de los ciudadanos, resulta necesario como respuesta adyacente a la realidad actual, poner en lo más alto el principio de razonabilidad, íntegramente interpretado como la eficiencia de la contratación, el cumplimiento del interés público comprometido y el cumplimiento del resultado esperado.

Se debe garantizar que dicho principio prevalezca sobre las formalidades y rigorismos excesivos, el que, ejercido en conjunto con los demás (legalidad, transparencia, publicidad, concurrencia) y en pos de

<sup>6</sup> Gordillo, A. (2017). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo I, Parte General, (Capítulo VII-21). Buenos Aires: FDA.

lograr la satisfacción inmediata de la protección de la salud y la vida de los ciudadanos, sea reconocido como rector en materia de emergencia.

Ante situaciones excepcionales corresponden soluciones excepcionales, y más aún cuando están en juego y colisionan derechos y/o deberes de similar jerarquía, debiendo prevalecer aquellos que protegen la salud y la vida de las personas, por ante las formas, siempre sin vulnerar los principios generales del derecho, sin afectar garantías constitucionales, ni los elementos sustanciales de los contratos y los derechos subjetivos de terceros.

A futuro, los organismos rectores en la materia, inexorablemente deben analizar el sistema actual de compras públicas, detectar sus problemas y proponer soluciones convenientes. Para casos de emergencia, es necesario comprender que, para garantizar la eficiencia de la contratación, el cumplimiento del interés público comprometido y cumplimiento del resultado esperado, se deben generar herramientas expeditivas, dejando de lado los controles y formas en una primera instancia para ser abordados *ex post* sobre las actuaciones consumadas y con severas sanciones sobre los funcionarios ante posibles desvíos.





# Implicarse en la violencia de género



*María Cecilia Console\**

## Fecha(s) clave

El 25 de noviembre nos remite a tragedia. Ese día ha sido fijado como el día internacional de la eliminación de la violencia contra la mujer, en conmemoración a la fecha en que las hermanas dominicanas Mirabal fueron asesinadas. Definido por las Naciones Unidas en el año 1999, el fin fue sensibilizar al mundo sobre el flagelo de la violencia hacia la mujer. Desde ese período, si bien se han llevado a cabo firmas de convenios, tratados y decisiones políticas a nivel mundial para accionar sobre la problemática de la violencia de género, esta aún persiste, y cada vez con mayor intensidad. Pero no solo ese día nos remite a violencia de género, a violencia hacia la mujer. Cada día en que una mujer es asesinada también nos debería alertar sobre esta problemática que aún no cesa y que la pandemia ha intensificado.

## Mujeres

En lo que va de estos últimos años, de forma casi diaria, tomamos conocimiento de diversos episodios de violencia de género. Hoy en día una mujer es asesinada en promedio cada 26 horas en nuestro país. En el año 2019 ocurrieron 327 femicidios, casi uno por día. Durante los últimos tiempos numerosos femicidios se dieron en adolescentes y mujeres jóvenes. Muchas de ellas no superaban el cuarto de siglo vivido.

\* Contacto: ceciconsole@hotmail.com

En dichos femicidios, las jóvenes aún transitaban su etapa de adolescencia y adolescencia tardía, periodo donde las personas se encuentran en proceso de elecciones, conformando su estructura de personalidad. Etapa donde los ideales, los sueños y el futuro, comienzan a cobrar fuerza y a concretarse, paso por paso.

Y no solo son violentadas por el hombre en sí, sino que el patriarcado instituido en la sociedad las lleva a un nivel de maltrato físico y mental para cuadrar en los estereotipos de género visibilizados, pero aún dominantes:

En la adolescencia tardía, las niñas suelen correr un mayor riesgo que los varones de sufrir consecuencias negativas para la salud, incluida la depresión; y a menudo la discriminación y el abuso basados en el género magnifican estos riesgos. Las muchachas tienen una particular propensión a padecer trastornos alimentarios, tales como la anorexia y la bulimia; esta vulnerabilidad se deriva en parte de profundas ansiedades sobre la imagen corporal alentadas por los estereotipos culturales y mediáticos de la belleza femenina (UNICEF, 2017).

Esta etapa de la adolescencia o adolescencia tardía, donde el desarrollo hormonal y de la personalidad se encuentra en pleno auge, parecería ser el ¿nuevo? foco de atención de los violentos. Femicidios, abusos sexuales, violencia de todo tipo es la que viven numerosas jóvenes adolescentes que transitan el camino de la vida: crecer y devenir mujeres adultas.

Es verdad que no solo tiene que haber una persona para que ocurra una violación, un acto violento, un asesinato. Tiene que existir esa otra que va a ser vulnerada, menospreciada, golpeada, violada y hasta asesinada. Y en este punto es necesario hablar de sumisión, de estado de indefensión, de miedo paralizante, de sometimiento, de abatimiento, de ganas de salirse de la escena y saber que no va a resultar posible porque la dependencia y el acorralamiento ya se han instalado. Actualmente se habla de características de las víctimas de violencia de género. Características vinculadas íntimamente con la asignación de estereotipos que perpetúan y legitiman la subordinación de las mujeres en la sociedad.

Todo estereotipo produce una degradación y devalúa las características de una persona.

Los prejuicios sobre la inferioridad de las mujeres y sus roles estereotipados generan irrespeto por ellas además de su devaluación en todos los sectores de la sociedad. Las mujeres pueden ser condicionadas socialmente para internalizar los estereotipos negativos sobre sí mismas y para cumplir con el papel subordinado y pasivo que consideran apropiado para su estatus. Cuando las sociedades no reconocen ni eliminan tales prejuicios ni los estereotipos asociados a éstos, se exagera un clima de impunidad con respecto a las violaciones de los derechos de las mujeres, el cual permite que los prejuicios y estereotipos injustos sobre las mujeres se engranen en la sociedad, lo que a su vez causa una mayor devaluación de las mujeres (Cook & Cusack, 2009).

## Pandemia y violencia

El Ministerio de las Mujeres, Género y Diversidad de la República Argentina publicó estadísticas realizadas este 2020. Al mes de julio, la línea 144 de atención, contención y asesoramiento en situaciones de violencia por razones de género realizó 17.568 intervenciones. Casi la totalidad de las mujeres que solicitaron ayuda padecieron violencia de tipo psicológica, de las cuales el 89% ocurrió en el ámbito doméstico.

La pandemia que nos encontramos atravesando ha profundizado todo tipo de conflicto. En particular, en el ámbito familiar, la violencia se acrecentó debido a que el aislamiento llevó a una convivencia de 24 horas con el agresor, lo que facilita el desencadenamiento de episodios violentos. Por otro lado, a la mujer se le suman las preocupaciones económicas, sanitarias, las dificultades en el movimiento y las limitaciones en las condiciones de vida.

Las presiones sociales y económicas, combinadas con las restricciones de movimiento y los hogares precarios, están provocando un aumento de la violencia de género. Antes de la pandemia, se calculaba que una de cada tres mujeres sufriría violencia a lo largo de su vida; una violación de los derechos humanos que también conlleva un costo económico de 1,5 billones de dólares. Muchas de estas mujeres están ahora atrapadas en casa con sus maltratadores y corren un mayor riesgo de sufrir otras formas de violencia, debido a que los sistemas de asistencia sanitaria están sobrecargados y los servicios de justicia interrumpidos tienen problemas para responder. Con la aplicación de restricciones al movimiento y un uso acentuado del internet, la violencia contra las mujeres y niñas en línea puede aumentar en las salas de chat y plataformas de juego, entre otras (ONU, 2020).

Con relación a las jóvenes, el aumento en el uso de las redes sociales las expone a vivir violencia digital. Circulación de fotos, contactos desconocidos, propuestas sexuales aumentan la exposición a la violencia en las redes y obstaculizan el uso adecuado del medio más importante de socialización hoy en día. La comunicación con la familia, con el grupo de pares, el expresar cualquier tipo de violencia vivida son acciones que se deben fomentar y comunicar en las mujeres para su protección. Algunos tipos de violencia que han cobrado magnitud en la pandemia como el sexting sin consentimiento, ciberacoso, grooming, aún no cuentan con la misma visibilización que otros tipos de manifestaciones de violencia hacia la mujer.

Las expresiones de violencia van a encontrarse en todos los ámbitos y lugares donde las mujeres se manifiesten, vivan, se desarrollen, siempre que aún persista la desigualdad de género. Los movimientos que bregan por la igualdad de género en pandemia se siguen expresando. También desde los diferentes poderes se están llevando a cabo acciones para paliar este flagelo. La mirada de género ante el COVID-19 se torna necesaria para comprender la subordinación de la mujer en todos los ámbitos de la vida y su aumento durante el 2020, como así también la necesidad de contar con protección por parte del Estado.

## Intervención psi

Desde la psicología se puede realizar un análisis profundo para lograr adecuadas estrategias de intervención psicológica:

Existen tres puntos prioritarios para tener en cuenta en relación con estas estrategias: -La articulación entre la noción de género y la de poder, para explicar y comprender el fenómeno. -El análisis de la familia como estructurante de las relaciones basadas en estos determinantes de género. -La comprensión y validación de las experiencias de las mujeres, las niñas y los niños que son violentados (Velázquez, 2012).

Una vez realizado este análisis se requiere el planteamiento de propuestas. Intervenciones que impliquen variedad de actores sociales que son parte de la conformación y confirmación de las estructuras familiares. Y aquí el rol psicológico debe ser prioritario.

La intervención en crisis se basa en tres principios fundamentales. El primero es el de *oportunidad*. Este se refiere a la inmediatez de la atención sobre la persona en crisis, debido al riesgo en el que se encuentra la mujer violentada. Cuando se habla de inmediatez se requiere que la ayuda esté disponible en cualquier momento y que el lugar donde se ofrece sea accesible y seguro. Accesibilidad, prontitud y seguridad son elementos centrales para que la mujer víctima de violencia se atreva a buscar un planteo de enfrentamiento a las circunstancias de la vida. El segundo principio se basa en *metas*. La intervención en crisis debe centrarse en la ayuda a la persona para superar el momento crítico y que pueda empezar a encontrar caminos de solución. El tercer principio es la *valoración*. Se requiere una evaluación de los recursos disponibles para que la persona pueda hacer frente a la crisis. Esto implica el conocimiento de fortalezas y debilidades de cada uno de los componentes implicados en la crisis (IMO, 2019).

La categoría de género resulta necesaria para comprender las estrategias que se ponen en juego en la violencia hacia las mujeres. La perspectiva de género implica una toma de posición para resignificar prácticas, teorías, representaciones y autorrepresentaciones. Por lo tanto, al género no solo se lo entiende como una herramienta teórica para dar cuenta de la realidad, sino también como un proceso de representación y autorrepresentación. A través de la visión de género se puede pensar, reflexionar, criticar y alterar los discursos institucionalizados, hegemónicos y las prácticas cotidianas. Las nuevas construcciones y el aporte a esas nuevas construcciones desde la psicología permitirán transformaciones en la práctica y vida cotidiana de las mujeres.

La atención, asistencia, ayuda, debe ser inmediata y sostenida en el tiempo para poder lograr a futuro un cambio de posicionamiento, un análisis de las situaciones previas de violencia y un modelo de protección y autocuidado. Este tipo de intervención puede ser frustrante tanto para quien lo ejecuta como para quien lo recibe ya que, en ocasiones, numerosas se podría decir, los cambios no solo deben ser internos y de percepciones o construcciones propias sino sociales, culturales y darse en todos los ámbitos de la vida de las personas. ¿Una utopía?

## Reflexiones

¿En qué medida somos conscientes de esta problemática? ¿Alguna vez la reproducimos o la padecemos? ¿Cómo implicarnos y actuar desde cualquier arista de nuestra vida? ¿Qué podemos hacer contra la violencia en esta pandemia? Para concluir con este artículo, es mejor no hablar con certezas sino con preguntas. Preguntas que quizás nos permitan encontrar respuesta a la grave situación de la violencia de género que atraviesa a las jóvenes adolescentes. Preguntas que nos lleven a involucrarnos aún más como actores sociales, profesionales en la salud mental, implicarnos en esta sociedad, en este mundo actual donde la violencia si no es extrema, parecería ser que ni se la observa, y hasta en algunos casos, siendo extrema, como “no nos tocó” sigue invisibilizada, a pesar de las extensas y persistentes luchas diarias reivindicativas de los derechos hacia la mujer.

## Bibliografía

- Cook, R. J. & Cusack, S. (2009). *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*. Filadelfia: University of Pennsylvania Press.
- Facio, A. y Fries, L. (1999). Feminismo, género y patriarcado. En Facio y Fries (eds.), *Género y Derecho*. Santiago de Chile: Lom.
- Feminacida, periodismo que resurge (2020). Datos estadísticos publicados. Recuperado de <https://feminacida.com.ar/la-data/>
- Hirigoyen, M. F. (2008). *Mujeres Maltratadas*. Buenos Aires: Paidós.
- Instituto de la Mujer Oaxaqueña (2009). Modelo de atención psicológica a mujeres que viven violencia y Atención pasada la crisis. En IMO (ed.), *Protocolo para la Atención Psicológica de los Casos de Violencia de Género contra las Mujeres*. Oaxaca: Lluvia Oblicua.
- Ministerio de la Mujeres, Género y Diversidad de la República Argentina (2020). Información estadística. Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/generos/linea-144/informacion-estadistica>
- ONU Mujeres (2020). Los efectos del COVID-19 sobre las mujeres y las niñas. Recuperado de <https://interactive.unwomen.org/multimedia/explainer/covid19/es/index.html#:~:text=>
- UNICEF (2017). La Adolescencia Temprana y Tardía. Recuperado de <https://www.unicef.org/spanish/sowc2011/pdfs/La-adolescencia-temprana-y-tardia.pdf>
- Velázquez, S. (2012). *Violencias y familias*. Buenos Aires: Paidós.



# La evolución de las tarifas de servicios públicos en Argentina a través del tiempo y la necesidad de modificar sus condiciones de acceso tras la pandemia de COVID-19



*Gianluca Garbarino Petrone, estudiante de Abogacía,  
Universidad Nacional de Avellaneda.*

## 1. Introducción

En el presente trabajo desarrollaremos el concepto de tarifa de los servicios públicos y cómo esta fue mutando de acuerdo a los diversos modelos de desarrollo que fueron sucediendo en las distintas etapas de la historia argentina.

Como lo trabajaré más adelante, la tarifa cumple un rol de equilibrio entre la ganancia de los prestadores de este tipo de servicio y la posibilidad de acceso que, en principio, debería ser universal para garantizar los derechos de los/as ciudadanos/as.

Los servicios públicos tienen que tener la capacidad de sustentarse económicamente. Más allá de que se trate de un monopolio natural, distintas etapas de la historia demostraron que este débil equilibrio, que planteaba en el párrafo anterior, no siempre fue acordado de la misma manera y dieron los mismos resultados.

Con respecto a esto, Cormick nos plantea una existencia de tres etapas: 1) relacionada con el control por parte del Estado sobre los servicios públicos; 2) en la que el Estado estatizó los servicios públicos; 3) en el que los Servicios Públicos se privatizan y el Estado se queda con el control de los mismos a través de Entes Reguladores.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Diego Martín Cormick "Servicios Públicos en la Actualidad". Recuperado de [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf130035-cormick-servicios\\_publicos\\_en\\_actualidad.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf130035-cormick-servicios_publicos_en_actualidad.htm)

Estas etapas trabajadas por el autor son esenciales para contextualizar cómo la tarifa fue una herramienta que estuvo atada a cada una de las perspectivas que tomaron los Gobiernos, especialmente la primer y tercer etapa en donde el debate se centró sobre esta cuestión.

A partir del año 2016, con la llegada al gobierno de Mauricio Macri, se produjo una actualización tarifaria que dejó a muchos de los/as ciudadanos/as en la imposibilidad de acceder a los servicios. Respecto a esto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) realizó un análisis exhaustivo de cómo deben producirse los aumentos y cómo deben ser las tarifas.

Todo esto que he enunciado es necesario tenerlo en cuenta para poder entender lo que pretendo analizar en este trabajo, y cómo la tarifa fue, aún más en la actualidad, la herramienta central que motorizó estos cambios de los servicios públicos.

Definiremos a la tarifa como la exacta medida de la única contraprestación que el Estado reconoce a la empresa, a cambio de su compromiso de prestar el servicio a los usuarios. En la relación entre estos y la prestadora, como fuera dicho, la tarifa determina el valor de la obligación que el usuario debe pagar periódicamente en función de su consumo.<sup>2</sup>

## **2. La importancia de la regulación tarifaria en los servicios públicos. Inicios en la Argentina**

Hacia fines del siglo XIX, en Argentina comenzaban a instalarse varias empresas extranjeras, en su mayoría inglesas, que empezaron a desarrollar distintos servicios, como, por ejemplo, el correo, el telégrafo o la red de ferrocarriles. Según González Moras,<sup>3</sup> desde la Constitución de 1853, el servicio público buscó generar un sistema jurídico que regule los “servicios públicos económicos”, ya que la mayoría de estas actividades se encontraban gestionadas por sujetos particulares, como, por ejemplo, los servicios de correo, mensajerías, ferrocarriles, telégrafo, entre otros.

Frente a este contexto, a finales del siglo XX podemos observar la primera vez en la historia argentina que los legisladores consideraron que era necesario regular, además del servicio, la tarifa que el usuario debería pagar para poder acceder, ya que en muchos casos se trataba de la única vía de transporte o comunicación.

En Ley N° 2873<sup>4</sup> (1891), sobre la regulación de los ferrocarriles, específicamente en su artículo 44, la norma establece que “las tarifas relativas al transporte de pasajeros y mercaderías serán razonables y justas”. Esto indica que más allá de que la tarifa sea una relación entre la prestadora y el usuario, el Estado debe intervenir en esa relación por la combinación de dos situaciones: una es que la prestadora

2 Perrino, P. E. y Durand, J. C. (21 de agosto de 2009). Las tarifas de los servicios públicos. *La Ley*.

3 González Moras, J. M. (2013). El régimen del servicio público en los ordenamientos públicos globales. *Estudios de Derecho Público*. Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

4 Ley Nacional N° 2873 (18/11/1891). Recuperado de <http://mepriv.mecon.gov.ar/Normas/2873.htm>



brinda un servicio que es un monopolio natural,<sup>5</sup> y la otra situación es que el servicio es de vital necesidad para el desarrollo de las personas para poder acceder a sus derechos, como en este caso, el transporte. Porque no solo los ferrocarriles en ese momento eran el medio más eficiente para transportarse de forma rápida y segura por el territorio de la nación, sino que también eran de vital importancia para el desarrollo económico por el traslado de las materias primas desde los campos al puerto.

### 3. La regulación tarifaria con las privatizaciones de los servicios públicos

Para entender este proceso debe tomarse como nacimiento la Ley de Reforma del Estado de 1989,<sup>6</sup> en la que los servicios públicos van a involucrar a tres sujetos: el Estado (como concedente o licenciante, y como ente regulador); el concesionario o licenciatario (encargado de la prestación del servicio); y el usuario (destinatario final de la prestación, cuya satisfacción es la razón de ser de todo el sistema).<sup>7</sup>

Los concesionarios van a buscar una ganancia por la prestación del servicio, además del mantenimiento del mismo. A esto debemos sumarle que el plan económico de la convertibilidad<sup>8</sup> incentivó en mayor medida a empresas extranjeras a que se hagan cargo de estos servicios, con lo que las tarifas se encontraron dolarizadas.

Para los servicios de agua y gas, la construcción de la tarifa constaba de tres elementos: primero, el costo de la producción; en segundo lugar, el transporte; y, en tercer lugar, el costo de distribución. Donde se dejaba que el primer nivel de la composición de la tarifa quede a disposición de las reglas del libre mercado, pero el transporte y la distribución iban a ser regulados por el Estado.

Este sistema fue rentable para las empresas extranjeras y para los usuarios hasta el fin de la “ficción” de la convertibilidad, que terminó con la crisis social y política del 2001 y que se formalizó a través de la Ley N° 25561. A partir de este momento, comenzó una grave crisis que giró en torno a cómo sostener la rentabilidad en dólares de las concesionarias extranjeras y la forma en la que los/as usuarios/as, en su mayoría empobrecidos/as, podían seguir accediendo a estos recursos básicos.

Frente a esta problemática, el Congreso decidió a través de la Ley N° 25561<sup>9</sup> “pesificar” las tarifas al valor de diciembre del 2001, disponiendo en su artículo 8 que los valores “quedan establecidos en pesos a la relación de cambio UN PESO (\$ 1) = UN DOLAR ESTADOUNIDENSE (U\$S 1)”, y autorizando al Poder Ejecutivo a que renegocie los contratos y se puedan sostener las prestaciones

5 Monopolio natural: es un mercado en el que la producción de una industria solo puede producir eficientemente con una única empresa.

6 Ley Nacional N° 26696 (17/08/1989). Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/0-4999/98/texact.htm>

7 Perrino, P. E. y Durand, J. C. (21 de agosto de 2009). Las tarifas de los servicios públicos. La Ley.

8 Ley Nacional N° 23928 (27/03/1991). Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/0-4999/328/norma.htm>

9 Ley Nacional N° 25561 (06/01/2001). Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/70000-74999/71477/norma.htm>

de servicios en un contexto de grave riesgo institucional y con una sociedad que no lograba satisfacer de forma mayoritaria sus derechos básicos.

#### **4. El control tarifario a través de los subsidios**

Superada la crisis económica y con el transcurrir de los años, particularmente luego de la expansión económica que se produce a partir del 2003, era necesario rediscutir los valores tarifarios en función de corregir la distorsión en el valor de las tarifas producto de su “pesificación”.

Más allá de esta distorsión inicial, el Estado continuó con la medida económica de mantener los valores de las tarifas de los servicios públicos casi sin variaciones. Este “congelamiento tarifario” fue sostenido en principio con una fuerte financiación de la Administración a través de los subsidios. Según Perrino, los subsidios se aplicaron de un “modo disperso y poco claro”, debido a que algunos fueron aplicados de manera directa sobre el valor de la tarifa o de forma indirecta, como por ejemplo subsidiando el combustible que se utiliza para la generación de energía eléctrica o limitando las exportaciones de ciertos bienes como el gas, que fue importado desde Bolivia subsidiando su valor.<sup>10</sup>

Esta política pudo sostenerse de cierta manera eficiente hasta el 2008, cuando tuvo lugar una nueva crisis económica, pero esta vez mundial. Esta crisis impactó en nuestro país generando una nueva devaluación de la moneda, y es a partir de ese momento que se producen las distorsiones tarifarias que van a permitir que la calidad de la prestación de los servicios empiece a bajar.

A fines del 2011, el Gobierno habilitó a los/as ciudadanos/as que lo desearan la posibilidad o la opción de renunciar a los subsidios directos que el Estado brindaba sobre sus tarifas de luz, gas y agua.<sup>11</sup> Esto demuestra que en ese momento la Administración ya no podía sostener el gasto y que esta política empezaba a dar señales de que no podía mantenerse en el tiempo.

Incluso hacia la campaña presidencial del año 2015, los dos candidatos a la presidencia que recibieron la mayor cantidad de los votos (Mauricio Macri y Daniel Scioli), sostenían públicamente que había que volver a un régimen tarifario en el que el Estado no realizara subsidios a gran escala para los servicios públicos, sino que estos se produjeran de forma segmentada.

#### **5. La actualización de tarifas y la importancia del Fallo CEPIS**

Durante el año 2016 el Estado nacional había establecido un aumento tarifario en el servicio de gas, a través de las Resoluciones Ministeriales (RM) N° 28 y N° 31/2016 del Ministerio de Energía y Mi-

---

<sup>10</sup> Perrino, P. E. y Durand, J. C. (21 de agosto de 2009). Las tarifas de los servicios públicos. *La Ley*.

<sup>11</sup> Disposición Conjunta 216/2011 y 733/2011. Recuperado de

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infoleginternet/anexos/1900000-194999/191286/norma.htm>

nería. Dichos aumentos fueron autorizados sin la realización de las audiencias públicas previstas en la Ley N° 24076<sup>12</sup> de la privatización de Gas del Estado.

Esta situación llevó al Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad a presentar un amparo colectivo solicitando la nulidad de las RM que establecían el aumento tarifario. Dicho litigio llegó a ser tratado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, generando una fuente jurisprudencial que nos permitirá pensar la evolución del sistema tarifario.

La sentencia de la CSJN en “Centros de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”<sup>13</sup> declaró la nulidad de las RM discutidas solo para los usuarios residenciales del gas, y solicitó al Poder Ejecutivo realizar las audiencias públicas.

Lo relevante del tema es que la Corte estableció los principios generales que deben ser evaluados a la hora de pensar una actualización tarifaria y cómo tiene que pensarse hoy la intervención del Estado en todas las etapas que componen la tarifa (producción, transporte y distribución).

El Ministerio de Energía y Minería sostenía que este aumento tarifario no debía producirse con el procedimiento de las audiencias públicas, ya que este producía la actualización del precio del gas en boca de pozo (PIST). Este es el único componente que el Estado no puede regular, ya que se encuentra en manos de las leyes de la oferta y la demanda. Más allá que el Tribunal es consciente de esta situación, estableció a este valor como componente de la tarifa y, como tal, debe celebrarse una audiencia pública. Esto tiene su fundamento en que el Estado hoy interviene en el valor del PIST ya que la propuesta tarifaria consistía en un modelo de transición para que en algún momento este componente vuelva a regularse por las leyes del mercado,<sup>14</sup> por lo tanto, si hay intervención estatal es preciso discutir si debe tener el mismo procedimiento que los demás componentes de las tarifas.

La CSJN, que toma una perspectiva incorporada por la reforma constitucional de 1994 a través de la incorporación de ciertos instrumentos internacionales de DD.HH. con jerarquía constitucional, entiende que los servicios públicos son una herramienta esencial para el ejercicio y concreción de los DD.HH. Por eso es necesario, a la hora de evaluar un aumento tarifario, pensar en una serie de principios. En primer lugar, el Estado debe garantizar la continuidad, universalidad y accesibilidad de los servicios públicos y que estos propendan a una mejor operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado, siendo las tarifas “justas y razonables”.<sup>15</sup> Paralelamente, todas estas cuestiones solo pueden ser resueltas a través de espacios de participación ciudadana que brinden la información suficiente a los usuarios.

12 Ley Nacional N° 24076 (20/05/1992). Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/0-4999/475/norma.htm>

13 Cita fallo de la CSJN 339:1077.

14 Considerando 33, fallo CSJN 339:1077.

15 Considerando 33, fallo CSJN 339:1077.

## 6. Tarifa Social

La Tarifa Social de los Servicios Públicos se ha implementado a partir del 2016, cuando se asignó el subsidio a la tarifa de forma directa a cada beneficiario de acuerdo a los ingresos de cada grupo familiar.

La tarifa social es una medida que toma los principios de la CSJN en el fallo CEPIS, que estableció que los aumentos no deben producir una tarifa que sea “confiscatoria” a los sectores más vulnerables, ya que un aumento desproporcionado excluye a los/as usuarios/as de estos servicios esenciales.

Actualmente, la tarifa social se aplica en subsidio al transporte que se acredita en el Sistema Único de Boleto Electrónico (SUBE) a todos/as aquellos/as que sean beneficiarios de algún programa de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), al igual que para el gas. En cambio, la tarifa social de los servicios de agua y luz son tramitados por sus propios entes reguladores y además de los/as usuarios/as residenciales, pueden acceder asociaciones civiles, Iglesias, entre otras organizaciones con fines públicos.<sup>16</sup>

El monto de esta tarifa es fijo y es generado por la Secretaría de Energía. En principio, parece una buena iniciativa para sostener a los/as ciudadanos/as que ya poseen las prestaciones de los servicios públicos y que las instituciones pudieran seguir sosteniéndose, pero no una medida que pueda ampliar las redes para que estos lleguen a toda la ciudadanía.

## 7. El monto de la tarifa en la potestad del PE.

### Decreto N° 499/18 (Veto a la de Ley N° 27443/18)

En junio del 2018, el Congreso de la Nación Argentina sancionó la Ley N° 27443, la cual preveía que las tarifas de luz, agua y gas se retrotraigan a los valores que poseían en noviembre de 2017; además, que su actualización se rija por el índice de precios mayoristas del INDEC y la evolución de los salarios.

Dicha ley fue vetada por el Poder Ejecutivo a través del Decreto N° 499/18,<sup>17</sup> la norma como principal fundamento sostuvo que el Congreso se estaba excediendo en sus facultades, ya que lo que concierne a la organización de los servicios públicos, entre lo cual se encuentra la capacidad de decidir sobre el componente de la tarifa, corresponden al poder administrador, además que en el juego de balanzas y contrapesos propio del sistema republicano, es al Poder Legislativo a quien le corresponde declarar qué actividad debe ser considerada como servicio público. Tal como lo había establecido la CSJN en el fallo “VENTAFFRIDA, Víctor c/Cía. Unión Telefónica”.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Puede verse más información en <https://www.anses.gov.ar/tarifa-social>

<sup>17</sup> Decreto N° 499/2018 (31/05/2018). Recuperado de [http://www.saij.gov.ar/499-nacional-veto-total-proyecto-ley-27443-sobre-emergencia-tarifaria-dn20180000499-2018-06-01/123456789-0abc-994-0000-8102soterced?utm\\_source=newsletter-semanal&utm\\_medium=email&utm\\_term=semanal&utm\\_campaign=decreto-nacional](http://www.saij.gov.ar/499-nacional-veto-total-proyecto-ley-27443-sobre-emergencia-tarifaria-dn20180000499-2018-06-01/123456789-0abc-994-0000-8102soterced?utm_source=newsletter-semanal&utm_medium=email&utm_term=semanal&utm_campaign=decreto-nacional)

<sup>18</sup> Cita Fallos CSJN (184:306).

## 8. La tarifa de los servicios públicos en contexto de pandemia. Decreto 311/20

A partir de la emergencia pública establecida por la Ley N° 27541, que fue extendida por el Decreto N° 260/20<sup>19</sup> hasta marzo de 2021 por la pandemia mundial producida por el virus SARS-CoV-2 que provoca la enfermedad COVID-19,<sup>20</sup> que obligó a que las personas resguarden su salud a través del Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio,<sup>21</sup> solo fue permitido realizar su trabajo a aquellos/as que presten funciones esenciales para el sostenimiento del Estado frente a esta crisis.

Este freno de la economía provocó que amplios sectores de la población vieran paralizada su forma de ingreso, especialmente aquellos trabajadores de la economía informal, comerciantes e industriales que fueron, con el paso del tiempo, pudiendo recuperar ciertos aspectos de su producción. Según el informe del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), en el primer trimestre del 2020 el Producto Bruto Interno cayó un 5,4% con respecto al año anterior.<sup>22</sup>

Producto de este escenario, el Poder Ejecutivo decidió a través del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 311/20<sup>23</sup> la intervención en la tarifa de los servicios públicos, a través de dos formas: en primer lugar, suspendiendo los cortes de la prestación de los servicios a aquellos/as usuarios/as que por falta de pago o mora de hasta tres facturas consecutivas o alternas, con vencimiento posterior al 1° de marzo por un plazo de 180 días desde el 24/03; como segunda medida, definió mantener los precios máximos de referencia del gas licuado para el consumo del mercado interno al valor del día de la emisión de la presente normativa y con el mismo periodo que el punto anterior. Esta medida fue prorrogada por el Decreto N° 543/20,<sup>24</sup> y se amplía a seis facturas consecutivas o alternas.

Claramente esta medida tiene como objetivo seguir los lineamientos establecidos por la CSJN en el fallo CEPIS, en cuanto a que la Administración debe tomar medidas para evitar que los sectores más vulnerables no puedan acceder a los servicios esenciales y, en este caso, aquellos que ya accedieron no pierdan la prestación.

19 Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020 (12/03/2020). Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/335423/norma.htm>

20 Ley Nacional N° 27541. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/330000-334999/333564/norma.htm>

21 Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020 (20/03/2020). Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/335741/norma.htm>

22 INDEC (2020) *Informes Técnicos 4*(110). Recuperado de [https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/mercado\\_trabajo\\_eph\\_1trim20AF03C1677F.pdf](https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/mercado_trabajo_eph_1trim20AF03C1677F.pdf)

23 Decreto de Necesidad y Urgencia 311/2020 (24/03/2020). Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/335827/norma.htm>

24 Decreto N° 543/2020 (18/06/2020). Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/338951/norma.htm>

## 9. Conclusión

Como conclusión del presente trabajo, creo que es necesario repensar nuevos mecanismos tarifarios para el acceso a los servicios públicos. Si tomamos a los servicios públicos como aquellos esenciales para poder garantizar los DD.HH., mayormente previstos en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con jerarquía constitucional, no corresponde concebir a la tarifa a través de las reglas del mercado, sino hacer prevalecer la idea de construir una tarifa acorde a las condiciones materiales de los/as usuarios/as, y no basada en la prestación, que siempre debe ser de la mejor calidad posible.

Como en el capítulo anterior mencionaba que, producto del Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio, existió una caída importante del PBI, las empresas distribuidoras de los servicios públicos (agua, luz y electricidad), a diferencia del resto de la economía, sostuvieron un crecimiento económico de 3.8% interanual.<sup>25</sup> Esto nos da un claro mensaje de que los/as usuarios/as sostienen la prestación de los servicios, a pesar de la suspensión de los cortes de los servicios decretado por el Poder Ejecutivo Nacional.

Entonces, si las empresas a diferencia del resto de la economía poseen mayores ganancias que el año anterior, aun cuando los/as usuarios/as que deben realizar el pago lo hacen mientras puedan, nos obliga a generar una tarifa solidaria que haga eje en las condiciones de los/as usuarios/as. Un ejemplo de esto fue propuesto por el Centro de Economía Política Argentina, que plantea la necesidad de generar una tarifa que se calcule no sobre la prestación del servicio, sino de acuerdo a las condiciones materiales de los hogares.<sup>26</sup>

Por todo lo expuesto, considero que el Estado tiene la obligación constitucional de intervenir para garantizar el pleno goce de estos derechos, lo que implica tomar un control mayor sobre las empresas prestadoras de los servicios en cuanto a su promedio de ganancia en moneda extranjera, la falta de inversión o de mejoras de la calidad de los servicios, sumado a los apoyos económicos de los subsidios de forma tanto directa como indirecta. Y que es necesario generar una tarifa justa y razonable que implique que el total acumulado por la tarifa sostenga el servicio y genere una ganancia marginal, que también posibilite el acceso a este servicio a los/as miles de argentinos/as que aún no gozan de este derecho. Después de esta pandemia y como ciudadanos del siglo XXI, debemos asumir el compromiso como sociedad de que, sin importar el lugar de residencia, los/as ciudadanos/as tendrán acceso a estos servicios públicos. Eso también es cumplir con nuestra manda constitucional de ser un Estado federal y de iguales.

25 INDEC (2020) *Informes Técnicos 4(110)*. Recuperado de [https://www.indec.gob.ar/uploads/informesde-prensa/mercado\\_trabajo\\_eph\\_1trim20AF03C1677F.pdf](https://www.indec.gob.ar/uploads/informesde-prensa/mercado_trabajo_eph_1trim20AF03C1677F.pdf)

26 CEPA (07/06/2017). *Efecto de los incrementos tarifarios en los hogares de la Región Metropolitana: una mirada desde la pobreza energética*. Recuperado de <https://centrocepa.com.ar/informes/173-efecto-de-los-incrementos-tarifarios-en-los-hogares-de-la-region-metropolitana-una-mirada-desde-la-pobreza-energetica.html>

# La inclusión financiera durante la pandemia: marco institucional, aciertos y cuentas pendientes



*Alejandro Formento*

En términos generales, el concepto de inclusión financiera<sup>1</sup> refiere a la existencia de adecuados canales de acceso y disponibilidad de servicios financieros, ofrecidos de manera sostenible y responsable por entidades bancarias y crediticias no financieras<sup>2</sup> a las personas humanas y jurídicas.

En este sentido, la profundización de la inclusión financiera se ha planteado como un objetivo deseable para las políticas públicas, toda vez que permite canalizar el ahorro de la sociedad hacia el crédito como motor del desarrollo a través de la intermediación financiera, propende a la bancarización de las personas mediante la disposición de mayor cantidad de puntos de acceso para retiro de efectivo, pagos y cobros, generaliza los medios de pago electrónico y, especialmente en los últimos años, propone el

1 Si bien no encontramos una única definición de este concepto, en ámbitos académicos y/o técnicos especializados, existe cierto consenso respecto de que la inclusión financiera consiste en la ampliación del acceso al crédito, a instrumentos de ahorro adecuados y medios de pago físicos y digitales para personas humanas y jurídicas como mecanismos de desarrollo equitativo. Así, por ejemplo, el Banco Mundial ha señalado que “La inclusión financiera significa, para personas físicas y empresas, tener acceso a productos financieros útiles y asequibles que satisfagan sus necesidades –transacciones, pagos, ahorros, crédito y seguro– prestados de manera responsable y sostenible” (<https://www.bancomundial.org/es/topic/financialinclusion/overview>).

2 De acuerdo con la normativa vigente del BCRA, “Son considerados proveedores no financieros de crédito aquellas personas jurídicas que, sin ser entidades financieras de conformidad con la Ley de Entidades Financieras, realicen –como actividad principal o accesoria– oferta de crédito al público en general, otorgando de manera habitual financiamientos alcanzados. También quedan incluidas en este concepto las asociaciones mutuales, las cooperativas y las empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito y/o compra” (Texto ordenado “Asistencia crediticia a proveedores no financieros de crédito”, última comunicación incorporada “A” 6639).

desafío de instalar los medios digitales como herramientas más económicas, seguras y simplificadas para transaccionar (home banking, servicios de banca móvil y billeteras virtuales).

A esta altura, puede plantearse razonablemente la pregunta sobre por qué esto es un valor para la sociedad. No obstante, la respuesta al interrogante luce clara: las empresas necesitan crédito para crecer y demandar empleo, las personas humanas requieren crédito para comprar una vivienda, adquirir electrodomésticos o contar con herramientas en el caso de microemprendedores o cuentapropistas, los comercios demandan medios de pago más económicos y eficientes para incrementar sus ventas y optimizar sus resultados, los medios digitales disminuyen los costos transaccionales y facilitan la vida de las personas. Es decir, se trata de una agenda asociada a la ampliación y profundización de la prestación de servicios financieros que implica democratizar estos bienes desde una perspectiva equitativa que asegure la protección de los derechos de los usuarios, permitiendo a las empresas y las familias contar con más y mejores recursos para desarrollarse.<sup>3</sup>

La comparación internacional, ubica a la Argentina en bajos niveles de inclusión financiera, profundidad y extensión del sistema bancario y crediticio en relación con otros países comparables de la región, básicamente México, Brasil, Colombia y Chile. La relación entre los créditos y los depósitos con el producto de nuestro país resulta de las más bajas, los puntos de acceso y los medios de pago electrónicos no se encuentran desarrollados y presentan serias desigualdades regionales, entre los aspectos más destacados.<sup>4</sup>

Si bien la explicación a estos fenómenos es compleja y multidimensional, resulta relevante analizar la cuestión desde el punto del marco institucional vigente, es decir, en el punto de intersección en el que se encuentran el derecho y el desarrollo.

En este contexto, la pandemia del COVID-19, el aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) dispuesto en consecuencia por el Gobierno nacional, junto con las consecuencias económicas y sociales que este fenómeno acarreo pusieron de manifiesto nuevamente las falencias y debilidades de nuestro país en la materia de un modo aún más evidente.

Ello, dio lugar a la adopción de una serie de medidas y decisiones por parte de las autoridades nacionales y provinciales que constituyen un avance en materia de inclusión financiera ante la crisis que merece ser resaltado. Analizaremos, a continuación, dos casos que resultan emblemáticos de esta cuestión.

En primer término, a través del Decreto N° 326/2020 de fecha 31/03/2020, el Poder Ejecutivo Nacional estableció un sistema de garantías crediticias a concederse a favor de las entidades financieras

3 La relación entre la profundización de los servicios financieros y la protección de los derechos de sus usuarios viene dada precisamente, por la incorporación de las voces “sostenible” y “responsable” en la definición de inclusión financiera adoptada. Estas, hacen referencia a la necesidad de disponer de mecanismos que impidan el sobreendeudamiento u otras formas de abuso de posición por parte de las entidades financieras respecto de los usuarios, en el marco del sistema de protección consagrado en el art. 42 de la Constitución Nacional y las normas que lo reglamentan.

4 Para acceder a información estadística –consultada para la presente nota–, se sugiere el análisis de los siguientes documentos BCRA: <http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/iif0219.pdf> y <http://www.bcra.gov.ar/Noticias/Inf-inclusion-financiera-201902.asp>.



autorizadas por el Banco Central de la República Argentina (en adelante, BCRA) y otros sujetos no financieros de crédito, con el objeto de garantizar el repago de préstamos para capital de trabajo, incluyendo pagos de salarios, aportes y contribuciones patronales y cobertura de cheques de pago diferido para micro, pequeñas y medianas empresas (MiPyMES).<sup>5</sup>

Estas garantías, concedidas a través del Fondo de Garantías Argentino (FOGAR), tienen por objeto cubrir hasta el 100% de los préstamos tomados por las personas jurídicas mencionadas, a través de líneas de crédito con una tasa nominal anual del 24%, un plazo de 1 año y 3 meses más de gracia y un monto máximo de \$250.000 para microempresas y de \$500.000 para pequeñas empresas, no debiendo poseer ningún financiamiento bancario vigente.

La concesión de la mencionada garantía tiene por finalidad morigerar las exigencias del análisis crediticio y de riesgo que le cabe a este tipo de personas jurídicas, teniendo en cuenta que dichos instrumentos son autoliquidables de manera automática en caso de incumplimiento de las condiciones contractuales pactadas. Asimismo, el carácter “blando” de las financiaciones, dado por las condiciones favorables de tasa y plazo con periodo de gracia para capital e intereses, propende a establecer condiciones de crédito favorables para este segmento de empresas en un contexto adverso.

Esta norma fue reglamentada en los aspectos técnicos pertinentes por la Comunicación “A” 7006 del BCRA que, en lo sustancial, estableció un mecanismo de incentivos para que las entidades financieras liberaran encajes bancarios y pudieran incrementar su posición en letras de liquidez de la autoridad monetaria (LELIQS) y de este modo propender al otorgamiento de estos créditos.

Luego de una primera etapa de vigencia de este régimen, el BCRA informó que, a través del mecanismo descrito, se habían otorgado 217.811,2 financiaciones por un monto acordado de \$111.621 millones a empresas calificadas MiPyMES que no contaban con calificación crediticia previa.<sup>6</sup>

De este modo, en el contexto de la pandemia del COVID-19, el sistema normativo e institucional analizado permitió ampliar el acceso al crédito de las MiPyMES para afrontar sus consecuencias económicas y sociales e incorporó al sistema financiero a un número significativo de empresas que se encontraban excluidas en la etapa previa.

La segunda decisión, adoptada a través de una serie de medidas consecutivas de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), consistió en abonar el Ingreso Familiar de Emergencia (IFE), consagrado a través del Decreto N° 310/2020 del 24/03/2020, mediante mecanismos de pago no presenciales: en particular, se destaca el empleo de la billetera virtual “Cuenta DNI” del Banco de la Provincia de Buenos Aires que, en este contexto y por voluntad de las autoridades provinciales y de

5 Recuérdese que la Ley N° 24467, sus modificatorias y reglamentarias, establecen el régimen vigente para las micro, pequeñas y medianas empresas, estableciendo en ese marco la necesidad de contar con la inscripción en el registro correspondiente, de acuerdo con lo previsto en el art. 27 de la norma. El otorgamiento del certificado que acredita la calidad de MiPyME de una empresa es lo que permite su acceso a los beneficios y medidas de promoción consagradas para este segmento.

6 Fuente BCRA recuperado de <http://www.bcra.gov.ar/noticias/Coronavirus-BCRA-linea-especial-mipyme.asp>.

la entidad financiera, concretó el pago de dicho beneficio de la seguridad social para un total aproximado de 1.211.000 habitantes bonaerenses.

Las características y limitaciones a la circulación que impuso el ASPO, junto con la circunstancia de tratarse en gran medida de personas no bancarizadas y sin antecedentes de actividad formal en el sistema financiero, dinamizaron el proceso de inclusión financiera que, en consecuencia, permitió que de ese universo de beneficiarios, alrededor de 355.000 contaran por primera vez con una cuenta bancaria, una tarjeta de débito y una billetera virtual para efectuar transacciones de diverso tipo (transferencias, recargas de celular y/o tarjetas de transporte SUBE, compras en comercios con código QR, entre otras). Todo ello de manera gratuita.

Este proceso de inclusión financiera de las personas beneficiarias del IFE permitió que estos nuevos usuarios de servicios financieros pudieran disminuir su dependencia del uso de efectivo, contaran con un medio de atesoramiento más seguro y accedieran a un conjunto de transacciones de manera más sencilla y económica, como un primer paso en el proceso de integración.

El análisis de esta breve reseña de dos de las experiencias puntuales de progreso en la inclusión financiera verificadas durante la pandemia del COVID-19, mediante algunas innovaciones en el marco normativo e institucional vigente, no deben hacernos perder de vista el escenario general y estructural descrito al comienzo del trabajo.

En particular, retomando exclusivamente el hilo de las medidas en cuestión, cabe señalar que nuestro país debe revisar diversos aspectos en esta materia si pretende avanzar en un proceso virtuoso de inclusión financiera y desarrollo.

Respecto del acceso de las MiPyMES al crédito, se plantean diversas cuestiones que deben ser revisadas. A título meramente enunciativo, podemos señalar algunas de las más destacadas:

- La necesidad de readecuar el marco normativo de la Ley de Entidades Financieras N° 21526 y las normas reglamentarias del BCRA, que omiten establecer un tratamiento diferenciado de las exigencias y condiciones regulatorias entre los bancos comerciales de capitales privados nacionales y/o extranjeros y las entidades financieras de carácter público, que poseen en sus mandatos legales la obligación de promover el crédito para el desarrollo.
- La necesidad de construir mecanismos crediticios y de análisis de riesgo adecuados a la realidad de las MiPyMES para que estas puedan superar exitosamente el arduo camino de la formalización de su actividad, el acceso a los servicios financieros y el crecimiento.

En relación con las personas humanas, su bancarización y la profundización de los medios de pago digitales, se encuentra pendiente que el BCRA, en su carácter de regulador del sistema nacional de pagos, profundice las cuestiones normativas dispuestas en las Comunicaciones “A” 6425 y “A” 6668 y establez-

ca el carácter interoperable de todos los medios de pagos, sean bancarios o Fintech (billeteras virtuales, pagos QR, etc.), con el objeto de asegurar la aceptabilidad de los mismos en todos los comercios.<sup>7</sup>

La pandemia y el aislamiento muestran con crudeza las limitaciones que presenta el sistema financiero local en términos de profundidad e inclusión, pero también ha dado algunas muestras de adaptación muy significativas. Ese camino debemos transitar.

---

7 A este respecto, cabe destacar que el 30/10/2020 a través de la Comunicación "A" 7153 el BCRA dio a conocer un nuevo régimen para los Proveedores de Servicios de Pago y del Sistema Nacional de Pagos para la regulación de Transferencias y Plataforma de Pagos Móviles. Estas disposiciones, denominadas coloquialmente "Transferencias 3.0", prevén el carácter gratuito de las transacciones y pagos de menor importe cursadas tanto a través de entidades financieras como de los proveedores de servicios de pagos (PSP's) y la interoperabilidad de los diversos medios de pago digitales y virtuales. Este nuevo esquema regulatorio entrará en vigor a partir del 7 de diciembre del corriente año en una primera etapa, completándose su implementación el 29 de noviembre de 2021 como fecha límite de un conjunto de fases cronológicas progresivas. La instrumentación de estas normas potencialmente significará un fuerte avance en la universalización de los medios de pago digitales y la inclusión financiera.



# ¿Puede la publicidad ser causal de un daño silencioso e indirecto en el sujeto del consumidor?

La estrategia de la práctica mediática



Nanci Schlotthauer\*

*El suplicio de Tántalo atormenta a los pobres. Condenados a la sed y al hambre, están también condenados a contemplar los manjares que la publicidad ofrece. Cuando acercan la boca o estiran la mano, esas maravillas se alejan. Y si alguna atrapa, lanzándose al asalto, van a parar a la cárcel o al cementerio. Manjares de plástico, sueños de plástico. Es de plástico el paraíso que la televisión promete a todos y a pocos otorga. A su servicio estamos. En esta civilización, donde las cosas importan cada vez más y las personas cada vez menos, los fines han sido secuestrados por los medios: las cosas te compran, el automóvil te maneja, la computadora te programa, la TV te ve.*

Eduardo Galeano, *Patatas arriba. La escuela del mundo al revés*

\* Abogada. Doctoranda en Ciencias Jurídicas. Diplomada UNPAZ en Educación Superior. Profesora responsable de la Unidad Curricular Derecho del Consumidor y del Usuario, profesora adjunta de Derecho Comercial I (UNPAZ).

## 1. La práctica en el mercado

Los principios desarrollados en el artículo 42 de nuestra Carta Magna tras la reforma del año 1994 se fundaron en la solidaridad, en la participación y en el reconocimiento del derecho del consumidor como de raigambre constitucional.

La persona ya no existe sola en su individualidad, ni como mera productora de bienes, sino que asimismo aparece como un consumidor de lo producido. El sujeto no solo tiene derecho a ocupar un lugar, sino también a que ese espacio se encuentre dentro de un entorno, de un ambiente sano y justo, donde el Estado deba tomar un rol activo para la efectiva vigencia de los derechos consagrados.

El sujeto protegido en la relación de consumo se ve permanentemente alcanzado por la publicidad, por ello requiere de principios especiales que aborden su protección cierta, efectiva y potencial. En palabras de Sebastián Barocelli (2016), si en los contratos clásicos el eje fundamental estaba en la regulación del consentimiento, en los contratos de la posmodernidad, el eje estará en la regulación de las prácticas de mercado, entre ellas, la publicidad.

El consumidor accede al mercado de la mano de intensas campañas publicitarias, como medios gráficos, televisivos, radiales, digitales; diseñados con el único propósito de generar en él un estado de “supuesta necesidad” para que adopte la conducta ideada por el creador de la publicidad. A tal efecto, afirma el autor Zygmunt Bauman (2007) que el “síndrome consumista” es velocidad, exceso y desperdicio. El disfrute no radica en el uso y goce del producto que se adquiere, sino en la adquisición misma; por lo cual, una vez adquirido, se pierde el interés y se persigue inmediatamente la próxima adquisición.

Los elementos existentes en la sociedad de consumo generan en el consumidor un circuito del cual este no puede sustraerse, conformado por “consumo, publicidad y crédito”, transformándose en una “tela de araña” donde le es difícil emerger (Arias Cáu y Barocelli, 2007).

Es en este escenario donde se pueden distinguir dos aristas, por un lado, aquellos que detentan el poder de los medios de producción, quienes fijan las reglas y estereotipan al mercado; y por el otro, se encuentran los receptores de esas pautas de mercado, quienes buscan como última aspiración lograr alcanzar la imposición a los efectos de “pertenecer” (Rodríguez, 2012).

La publicidad busca inducir una conducta, genera en el consumidor indirectamente la ilusión de consecuencias inciertas, según decida consumir o no aquello que propone el aviso, siendo un factor determinante en la personalidad del mismo. El consumidor se encuentra entre el temor y el deseo, y con la consecuente creencia de que si decide acceder al producto o contratar el servicio se verá plenamente realizado.

La práctica del mercado le demuestra al sujeto vulnerable una siniestra realidad en donde se ve estafado en su voluntad y fluyen los sentimientos de frustración por no poder ver logradas las expectativas enunciadas en la publicidad.

¿Puede la publicidad ser causal de un daño silencioso e indirecto en el sujeto del consumidor?

## 2. Acerca del término *publicidad*

La industria de las relaciones públicas, la industria de la publicidad, es la que se dedica a la creación de consumidores (Chomsky, 2017).

La publicidad forma parte de nuestro universo sociocultural. Los avisos publicitarios están por donde nos movilizemos; por todos y cada uno de los medios, es decir, los anuncios forman parte de nuestro ambiente cotidiano.

Cabe destacar que la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) no conceptualiza a la publicidad de manera general, sino que el concepto de publicidad lo encontramos definido en la Ley N° 26522 referida al campo de los servicios de comunicación audiovisuales.

Así, su artículo 4 enuncia:

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

El artículo 8 de la LDC regula los *efectos de la publicidad*:

Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente. En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) incorpora un singular tratamiento de supuestos de publicidad ilícita, determinando su prohibición para posibilitar que el consumidor reciba la información de manera clara y condenando las situaciones que puedan llevar a tomar decisiones de consumo basadas en presupuestos falsos o inexactos. Es así como el CCCN desarrolla en sus artículos 1101, 1102 y 1103 los principios acerca de las prohibiciones, acciones y efectos de la publicidad dirigida al público consumidor.

Así, el artículo 1101 sostiene:

Está prohibida toda publicidad que: a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

A continuación, el artículo 1102 indica las acciones de que se vale el consumidor ante efectos nocivos originados en la publicidad: “Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria”.

Por último, y en consonancia con la LDC, el artículo 1103 fija las pautas respecto de los efectos de la publicidad: “Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente”.

Por su parte, las Directrices Para la Protección del Consumidor, surgidas en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo de 2016, propiciaron que los Estados deben proveer que las prácticas de promoción empleadas en la comercialización y la venta deben basarse en el principio del trato justo de los consumidores y deben satisfacer los requisitos jurídicos vigentes. Ello requiere que se suministre la información necesaria para que los consumidores puedan tomar decisiones bien fundadas e independientes, y que se adopten medidas para garantizar la exactitud de la información suministrada (ONU, 2016).

Al respecto, la doctrina destinó su labor en precisar algunas definiciones sobre el concepto. Es así como se estableció que la publicidad era “una forma de comunicación producida por una persona física o jurídica, pública o privada, con el fin de promover la contratación o el suministro de productos o servicios” (Lorenzetti, 2009). Asimismo, se la conceptualizó como “la comunicación en el ejercicio de una actividad, generalmente comercial, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación” (Pérez Bustamante, 2005).

Luego de la sanción de la Ley N° 26522 de Servicios de Comunicación Audiovisual (LSCA), esta situación cambia, debido a que en su artículo 4 la ley define el término publicidad considerándola como

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



¿Puede la publicidad ser causal de un daño silencioso e indirecto en el sujeto del consumidor?

Es dable destacar que no debemos confundir los términos publicidad y propaganda. La publicidad, en principio, persigue un objetivo netamente comercial, mientras que la propaganda puede estar inspirada en fines ideológicos, políticos, filosóficos, religiosos, entre otros (Rusconi, 2009).

Los cientos de abusos que se repiten con habitualidad como consecuencia de la publicidad, estimulando acerca de utópicas necesidades, cubiertas de desilusiones y sumisión, es lo que determina las conductas de las personas teñidas de ciertos valores que en cada una tendrán diferentes parámetros. La publicidad no es para nada inocente en todo el proceso de consumo, sino que es su más hábil vocera (Hellin, 2008). En este sentido, el factor confiabilidad implica que el consumidor deposita en la empresa la certeza de que el proceder de esta como oferente será conforme a las publicidades previas, atento su prestigio, su marca; de manera que el no cumplimiento y violación de la buena fe, por cualquier evento dañosos o ante la presencia de cláusulas abusivas, determine un daño que corresponda a la reparación integral del sujeto consumidor.

Si bien, de la lectura del artículo 8 de la LDC, antes citado, surge claramente que la publicidad, entendida como mensajes de difusión de un bien o servicio por medios gráficos, audiovisuales, anuncios en la vía pública, volantes, prospectos, catálogos, altavoces, letreros, carteles, o nuevas formas de difusión, como el telemarketing, promociones, muestras gratis, concursos, anuncios por internet, telefonía y nuevas tecnologías, publicidades indirectas o encubiertas, entre otras (Barocelli, 2007), constituye una oferta contractual ante la cual no debemos olvidar que el consumidor, como sujeto vulnerable en la relación de consumo, se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico, no solo en esa etapa, sino además, antes y después de celebrar el contrato.

La publicidad puede exagerar u ocultar información, con la finalidad de captar adquirentes o competir de manera desleal en el mercado. Siendo una vía de información, lo que omita, distorsione o altere por ese medio las características del producto o del servicio ofrecido, deberá ser sancionado concretamente.

Sin pecar de exageración, el tema se muestra en la realidad muy complejo. En un mundo globalizado donde se descubren, crean, inventan objetos novedosos todo el tiempo, y para distintas aplicaciones, aquellos daños surgidos a partir de la publicidad serán evidentes hasta que se logre un mínimo conocimiento en el colectivo.

En muy significativa la publicidad en el consumo, debido a que repercute en la sociedad como publicidad inductiva. Y esta es definida como aquella que conforma una sociedad consumista, instaurando la marginación, la desigualdad, la apetencia desmedida y el trastocamiento de valores ante sofisticados sistemas financieros que abren líneas de crédito al consumo para satisfacer el anhelo consumista; pero, al mismo tiempo, se invade la capacidad de pago del consumidor. Es así que el consumidor termina siendo gobernado, más por aquella ansiedad que por decisiones presupuestarias en términos de utilidad y conveniencia (Gherzi, 2005).

## 2. 1. La publicidad y la información

La publicidad es una forma de comunicación que junto a la información despliegan un nexo inseparable como muestra de la presunción de buena fe en la relación de consumo.

La información es una obligación que se les impone a los proveedores, y para alcanzar los requisitos exigidos por la ley debe ser cierta, clara y detallada. Esto significa que se deben destacar las características más importantes del producto y no solamente sus aspectos convenientes.

No debe confundirse la información que obliga a los proveedores con la publicidad, que es un derecho que ellos tienen a presentar los productos que venden, destacando sus cualidades (Shina, 2016).

La información es la obligación de los proveedores de indicarnos para qué sirve el producto, cómo debe usarse y cuánto tiempo puede durar en buen estado. El acceso a esta no es solo un derecho del consumidor, es, ante todo, una obligación del proveedor. Ello le impone una postura proactiva, de acción, pues debe informar aun cuando el consumidor no lo pida. Y debe informar al consumidor en un lenguaje (en el más amplio sentido de la palabra) que este, considerado individualmente, pueda comprender.

Es por lo expuesto que es importante resaltar que la información no coincide necesariamente con la publicidad, ya que tienen objetivos distintos, mientras que la primera apunta a dar detalles sobre el bien o el servicio que se ofrece, la segunda muestra los aspectos positivos, dirigiéndose a captar adquirentes y consumidores (Kemelmajer, 1994).

El doctor Lorenzetti explica que integran el deber de información: los hechos susceptibles de influir sobre la decisión del consumidor y que hacen a su consentimiento, los datos relativos a la invalidez del contrato, los referentes a los vicios de la cosa y los relativos a la funcionalidad de la cosa o el servicio (Lorenzetti, 1995).

## 3. Escasa tutela de los derechos de los consumidores frente a la publicidad en el sistema normativo argentino. Sujetos vulnerables

La evolución del derecho del consumidor se ha dado de manera constante. Pero es en la actualidad donde observamos que este derecho, a diferencia de otras épocas, ha encontrado mayor desarrollo y relevancia, debido a que el consumidor, como parte débil en los distintos tipos de relaciones de consumo, requiere cada vez más protección en una sociedad consumista.

Los efectos de la publicidad atentan cotidianamente contra la tutela de los derechos del consumidor como sujeto vulnerable y débil de la relación de consumo. En este sentido, se deben precisar puntualmente las consecuencias jurídicas originadas desde la publicidad entre el consumidor como receptor y el proveedor como oferente.

Del diálogo de fuentes se puede aseverar que aquella información descripta y prometida en la publicidad resulta obligatoria y de cumplimiento efectivo por el proveedor, respecto de consumidores

¿Puede la publicidad ser causal de un daño silencioso e indirecto en el sujeto del consumidor?

indeterminados, integrándose en el contrato y, por lo tanto, obligando a las partes intervinientes; y, en el caso de divergencias entre lo estipulado en la publicidad y lo escrito en el contrato, los preceptos vertidos en la primera deben prevalecer sobre el segundo.

Los fundamentos, al expresar estas conclusiones, devienen especialmente del principio de buena fe, cuya transparencia y confianza son consideradas de especial envergadura en el derecho del consumidor (Barocelli, 2015); en pos de la salvaguarda de las legítimas expectativas de aquellos que vislumbran en la publicidad el principal motor en la contratación en relaciones de mercado, configuradas como contratos de adhesión donde su poder negocial es casi escaso cuando no nulo y limitado a aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones formuladas por el proveedor.

La doctrina sostiene la necesidad de adecuar el mensaje publicitario a la capacidad intelectual de los consumidores a los que la publicidad está naturalmente destinada.

En principio, debe pensarse que la publicidad se destina a un consumidor con bajo nivel de conocimiento técnico, vulnerable y perteneciente a la fase inferior de la escala social, que fácilmente resulta víctima del engaño.

En palabras de Zavala Rodríguez: el engaño es fácil tratándose de mercaderías que consumen personas humildes y en cambio se dificulta más cuando se trata de productos de lujo o que se adquieren luego de un minucioso examen previo. Es de suma importancia, asimismo, el tratamiento y regulación de la publicidad dirigida a niños, la que debe ser juzgada a la luz del contenido engañoso para ellos (Kermelmajer, 1994).

El proveedor no solo debe informar sino que, además, no puede desentenderse de que el consumidor efectivamente comprenda el mensaje.

El problema que se destaca impone determinar si es suficiente que la información pueda ser entendida por un consumidor medio o si es necesario que también lo sea para el hipervulnerable. Esta adecuación puede manifestarse de muchos modos, siendo en algún caso más sencillo delimitarla de acuerdo con el público al que se dirige: por ejemplo, publicidades para niños o enfermos. Es necesario priorizar al destinatario para determinar si realmente se cumple con la información adecuada y comprensible (Chamatropulos, 2019).

Ricardo Lorenzetti destaca que es necesaria la adopción de medidas de ayuda para los subconsumidores, para poder ubicarlos en pie de igualdad, lo que justifica la existencia de una discriminación legal positiva.

Entre otros aspectos, debe verificarse que la publicidad se apegue a los siguientes principios:

- 1) tome en consideración la inexperiencia, credulidad o confianza de sus destinatarios;
- 2) no se aproveche de las características propias de su condición, entre otras, las psicológicas o emocionales;
- 3) evite mensajes que alienten el uso peligroso o inadecuado del bien, producto o servicio anunciado, especialmente en aquellos casos en que tales mensajes puedan ser fácilmente reproducidos, y

4) utilice un lenguaje sencillo, claro y, en su caso, legible; así como elementos visuales y símbolos que sean comprensibles. Probablemente no tengan la capacidad para comprender cabalmente la información que se les presenta (Lorenzetti y Schötz, 2003).

Tanto la Constitución Nacional como las convenciones internacionales de derechos humanos imponen promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos, incluso destacando en particular a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

La sustancia protectora de la vulnerabilidad de los consumidores y usuarios advierte la presencia de tres grandes grupos de derechos: los *primarios*, relativos a las funciones y a los deberes del Estado, que podrían resumirse en el acceso al consumo, el derecho a la libertad de elección, el derecho a la educación para el consumo y el derecho al consumo sustentable; los *sustanciales*, entendidos como las soluciones de fondo previstas por el ordenamiento, entre ellos, derecho a la salud y seguridad, derecho a la protección de los intereses económicos, derecho a la información, derecho a la calidad de los servicios públicos, derecho al trato digno y equitativo; y por último, los *estructurales*, siendo estos los que instrumentan los mecanismos de implementación de los anteriores; aquí podemos mencionar el derecho a la organización y participación y el derecho de acceso a la justicia (Stiglitz y Stiglitz, 1993).

La identificación de la persona como parte de un colectivo vulnerable, significa trazar patrones más altos de protección frente al ejercicio de los derechos que la propia vulnerabilidad puede afectar.

### 3.1. La publicidad y el género

En materia de publicidad, es una costumbre reiterada el atribuir género a los productos que se promocionan, destacando que no se trata de una categorización de tipo incauta o casual, sino que deja ver una pauta discriminatoria atento los roles que en ella se asignan como preceptos a seguir por la comunidad.

Por un lado, a la mujer se le asigna el rol de cuidadora, higiénica, pura y débil y, por el otro, al hombre se le asignan características contrarias, de descuido en su higiene, proveedor, competidor y fuerte. La imagen de la mujer es presentada de forma incompleta o sesgada, o estereotipada y discriminatoria. Los hombres continúan detentando el poder político, económico y simbólico. Todo ello a la vez que los varones también son estereotipados como dominantes, seguros, competitivos y, ante la evidencia de la emocionalidad o cualquier atisbo de vulnerabilidad, son desechados mientras que a las personas con identidades de género diversas, los medios suelen relegarlas al lugar de lo raro, marginal y, cuando se puede, las hacen rozar la delincuencia: casi nunca evidenciando la trama social y cultural de discriminación y rechazos hacia estos colectivos. Se las invisibiliza, relegándolas de la sociedad, como si fueran un error de la misma.

Nos encontramos ante una situación donde aquellos sujetos caracterizados por la hipervulnerabilidad —niños, ancianos, mujeres, enfermos—, no se encuentran por el momento entre las prioridades de las políticas públicas. Estos consumidores se hayan enormemente postergados, y se puede apreciar que

el avance legislativo se trata de una mera expresión de deseos, más que de un compromiso hacia el mejoramiento en la calidad de vida.

### 3.2. La publicidad en el contexto del COVID-19

La pandemia y las medidas de aislamiento del mundo exterior invitan a consumidores y a usuarios a contratar tanto productos como servicios a través de la web. Como asimismo, valerse de consejos que los diferentes medios les proporcionan, con el riesgo constante de caer en redes de información subliminal u oculta causándole daño a su seguridad económica como también atentando contra la protección de su salud.

En referencia a lo económico, los consumidores y usuarios pueden verse vulnerados al recibir posibles enlaces de textos aleatorios que provienen de rastreadores de contactos y al hacerlo estarían comprometiendo su información personal, lo que conlleva a posibles estafas financieras, robos de identidad, como cualquier otro dato personal de importancia.

Por otro lado, la pandemia ha generado un torrente de productos que logran potenciar el sistema inmunitario a través de la ingestión de diversos complementos. Estos proveedores inescrupulosos utilizan el miedo de las personas, quienes en una situación como la actual, son pasibles de que su juicio se vea alterado. Lo repudiable de la conducta radica en la ausencia de información clara y precisa de que no hay, hasta el momento, ningún producto que pueda prevenir o curar el COVID-19.

Si existe un consumo esencial, y que debe recibir la máxima protección del Estado, es el consumo de los remedios que utilizamos cuando la enfermedad aparece (Shina, 2016).

Es por ello que, apelando a la ética y la buena fe debida en las relaciones de consumo durante el ofrecimiento de productos o servicios, no se puede engañar a los consumidores acerca de los beneficios o resultados esperados de un producto y asegurar que puede curar una enfermedad, o que está disponible solo por un tiempo limitado, con el falso propósito de proteger tanto su seguridad económica como su salud.

Este incumplimiento se vincula por un lado con la agresión o violación al supremo derecho personalísimo a la información de “situaciones riesgosas” (en el derecho angloamericano se lo denomina *battery*), y por el otro con el derecho personalísimo de la “integridad psicofísica del ser humano” (Lesage, Jarjoura, Lessard y Nootens, 1985).

La situación descrita afecta, sobre todo, a las personas mayores de edad, siendo la intervención del Estado fundamental en la elaboración de leyes apropiadas para asegurar la calidad y uso adecuado de productos farmacéuticos con miras al resguardo del público hipervulnerable descrito.

## 4. Palabras finales

La actividad propia en la sociedad de consumo debe adecuarse a determinadas reglas y valores siendo necesaria la presencia de conductas que no infrinjan la buena fe de los miembros que la componen. La vulneración de estos principios y, principalmente, la generación de publicidad dañosa producen indirectamente una afectación que, en silencio, perturba el interés económico general.

De ello resulta que no solo los intereses de los consumidores son perjudicados, al aprovecharse de su debilidad vulnerando sus derechos de acceso a la satisfacción de necesidades y preservación de su calidad de vida, también los intereses de los proveedores al damnificar, con su actuación inescrupulosa, al mercado y a todo el sistema económico en sí mismo.

Se afecta así el sistema de competencia al crearse una situación de mercado imperfecta y desigual entre los propios proveedores que no pueden competir de manera igualitaria, provocando un colapso entre el empresariado marcado por el abuso.

No debemos desconocer la libertad de elección de que dispone el consumidor como, en este mismo sentido, el derecho de libertad de expresión que ostenta el proveedor de acuerdo con el precepto constitucional plasmado en el artículo 14 de nuestra Carta Magna, de contar con la publicidad para promocionar sus productos y/o servicios, sin desconocer al respecto que “nadie puede, bajo el argumento de la libertad de expresión, irrogarse el derecho de engañar al público” (Delgado Zegarra, 1994).

Sin embargo, la imprecisión legislativa que existe sobre el tema, sumada a las relaciones de consumo cada vez más complejas, sin dejar de advertir el contexto actual que atravesamos frente a la pandemia por COVID-19, nos permite discurrir sobre la importancia de impartir políticas públicas para atacar el daño indirecto o silencioso que provoca la publicidad al sujeto consumidor cuando ella no es debidamente limitada.

## Bibliografía

- Arias Cau, E. J. y Barocelli, S. (2013). El sobreendeudamiento del consumidor y la adicción al consumo, *Revista Microjuris*, MJ-DOC-6461-AR | MJD6461.
- Barocelli, S. (2011). Publicidad de bienes y servicios de salud. Aspectos éticos y jurídicos, en C. Regazzoni et al, *Salud y conciencia pública. Seminario Problemática de los Daños en la Sociedad Actual*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja (pp. 201-223), Buenos Aires: Fundación Sanatorio Güemes.
- (2015). Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial. *Revista del Derecho Comercial, del Consumidor y la Empresa*. Buenos Aires: La Ley.
- (2016). La regulación de la publicidad en el Código Civil y Comercial. *Revista de Derecho del Consumidor*, (1) noviembre CCXI-180.
- Bauman, Z. (2007). *Vida de consumo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

¿Puede la publicidad ser causal de un daño silencioso e indirecto en el sujeto del consumidor?

- Celiberti, L. et al (2014). *Políticas públicas de comunicación y género en América Latina. Un camino por recorrer*. Buenos Aires: Defensoría del Público.
- Chamatropulos, D. (2019). Información al consumidor y protección de su salud. *Estatuto del consumidor comentado. Tomo I*. Buenos Aires: La Ley.
- (2019). La Publicidad. *Estatuto del Consumidor Comentado. Tomo I*. Buenos Aires: La Ley.
- Chomsky, N. (2017). *Ellos entendieron que era más sencillo crear consumidores que someter a esclavos*. Recuperado de <https://muhimu.es/economia/entendieron-mas-sencillo-crear-consumidores-someter-esclavos-chomsky/>
- Delgado Zegarra, J. (1994). Técnicas de comercialización y publicidad. En G. A. Stiglitz (dir.), *Defensa de los consumidores de productos y servicios*. Buenos Aires: La Roca.
- Galeano, E. (2001). Lecciones de la sociedad de consumo. En *Patas arriba. La escuela del mundo al revés*. Buenos Aires: Catálogos.
- Gherzi, C. (2005). *Contratos de consumo*. Buenos Aires: Astrea.
- Hellin, P. A. (2008). *Publicidad y valores posmodernos*. Madrid: Visión.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (1994). Consumidores. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*.
- Lesage, P.; Jarjoura, J.; Lessard, S. y Nootens, P. (1985). *Elements de responsabilite civile medicale*. Quebec: Les editions Yvon Blais Inc.
- Linden, A. M. (1993). *Canadian Tort Law*. Toronto y Vancouver: Butterworths.
- Lorenzetti, R. (1995). *Igualdad, antijuricidad, diferencia, derecho a ser diferente, a no ser discriminado, interpretación y protección* (JA - IV, 834).
- Lorenzetti, R. y Schötz, G. (coords.). (2003). *Defensa del consumidor*. Buenos Aires: Ábaco.
- Organización de las Naciones Unidas (2016). *Directrices para la protección del Consumidor*, Nueva York y Ginebra: ONU. Recuperado de UNCTAD/DITC/CPLP/MISC/2016/1
- Pérez Bustamante, L. (2005). *Derechos del consumidor*. Buenos Aires: Astrea.
- Rodríguez, G. (18 de julio de 2012). El daño punitivo ante una incontrastable realidad. *Revista Jurídica de Daños*, IJ Editores.
- Rusconi, D. (2009). *Manual de Derecho del Consumidor*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Shina, F. (2016). *Sistema legal para la defensa del consumidor*. Buenos Aires: Astrea.
- Stiglitz, R. y Stiglitz, G. (1993). *Comentarios a la Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Editorial Juris-Rosario.





# La utilización de las plataformas informáticas y sus beneficios en la emergencia sanitaria



*Diego Siritto*

## I. Introducción

Las compras públicas, como bien se sabe, juegan un rol importantísimo en el marco de la emergencia sanitaria, y en particular, las plataformas informáticas utilizadas para lograr adquirir los bienes y servicios con la mayor eficiencia posible, sin perder de vista los principios que rigen toda contratación del Estado.<sup>1</sup>

## II. Marco de referencia

Dentro del ámbito de la Administración Pública Nacional, mediante el Decreto N° 287/20, se estableció efectuar contrataciones directas de bienes y servicios que sean necesarios para atender la emergencia, pero sin sujeción al régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional (Decreto N° 1030/16), o sin sujeción a los regímenes de contrataciones específicos en las entidades del Estado que contemplan su propia normativa, debiéndose establecer, en consecuencia, diversos procedimientos para poder cubrir dichas necesidades.<sup>2</sup>

Adentrándonos un poco más en detalle, podemos advertir que dentro del ámbito de las entidades a las que les son de aplicación el régimen de la Administración Pública Nacional (Decreto N° 1030/16),

<sup>1</sup> Conf. art. 3 del Decreto N° 1023/2001 (Principios Generales).

<sup>2</sup> Conf. art. 3 del Decreto N° 287/2020 (Incorporación artículo 15 ter al Decreto N° 260/20).

se elaboró un procedimiento específico para las contrataciones de bienes y servicios en el marco de dicha emergencia a través de la Decisión Administrativa N° 409/2020 y Disposición N° 48/2020, procedimiento que, desde que se formalizó, ha sufrido diversas modificaciones tendientes a mejorar la eficiencia en dichas adquisiciones, desatándose particularmente entre esas modificaciones la incorporación de la plataforma informática COMPR.AR para las compras en el marco de la emergencia.<sup>3</sup>

Asimismo, habiendo advertido el impacto de la pandemia sobre la población y la necesidad de establecer otros mecanismos de adquisición de bienes y servicios que permitan dar respuestas rápidas, hemos visto que se ha elaborado otro mecanismo de adquisición innovador para el Estado, a través de la Decisión Administrativa N° 812/2020 y Disposición N° 83/2020, en el que se destaca particularmente la utilización de una plataforma llamada ACORD.AR.<sup>4</sup>

### **III. Plataformas informáticas (COMPR.AR/ACORD.AR) en la emergencia**

Aquí no nos centraremos en el detalle específico de cada una de estas plataformas, su funcionamiento, alcance concreto, etc., sino que lo que buscamos abordar es qué beneficios se advierten sobre su utilización en el marco de la emergencia sanitaria.

#### **a. COMPR.AR**

La plataforma COMPR.AR fue incorporada oportunamente en las contrataciones de la Administración Pública Nacional como mecanismo de interacción con los oferentes, abarcando el envío de invitaciones, la recepción de ofertas y la elaboración del cuadro comparativo de las mismas, entre algunos de los puntos más significativos, pero sobre todo logró una mayor concurrencia de oferentes con interés de ofrecerles sus bienes y servicios al Estado.<sup>5</sup>

En épocas de pandemia, todo esto resulta fundamental para dar a conocer a los interesados qué necesidades requiere la Administración Pública, y en consecuencia saber qué pueden ofrecer los proveedores. No hay que olvidarse aquí como estos últimos fueron reacomodando sus operaciones para poder dar atención a las necesidades de bienes y servicios requeridos en la emergencia sanitaria.

En este contexto, la utilización de esta plataforma informática ha demostrado sin ninguna duda una mayor participación de oferentes, permitiéndonos contar con mayores alternativas de bienes y servicios y, en consecuencia, poder seleccionar ofertas más convenientes, algo que no hubiese sido posible si se hubiese mantenido la política de invitación por correo electrónico a determinado

3 Conf. Disposición N° 55/2020 (Modificación de la Disposición N° 48/2020 incorporando la plataforma COMPR.AR).

4 Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/innovacion-publica/oficina-nacional-de-contrataciones-onc/acordar>

5 Conf. Disposición N° 65/2016 (Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional).

número de proveedores, como inicialmente fue planteado en el procedimiento elaborado para las compras en el marco de la emergencia sanitaria.<sup>6</sup>

## b. ACORD.AR

La plataforma ACORD.AR fue incorporada recientemente en las contrataciones de la Administración Pública Nacional como herramienta para poder administrar y gestionar diversos acuerdos realizados entre el Estado y proveedores ubicados en todo el territorio nacional. Los potenciales proveedores ponen a disposición sus bienes indicando precios, cantidades y el lugar donde pueden retirarlos los organismos nacionales, provinciales y de la CABA que se hayan adherido a esta plataforma. Por lo tanto, la administración cuenta con una herramienta en donde todos disponen de las mismas ofertas para evaluar, elegir, reservar cupos de compra y adjudicar rápidamente según las normativas de cada una de las jurisdicciones.

Esto ha posibilitado contar con una nueva plataforma que permite a todos los organismos adheridos evaluar diferentes alternativas a nivel nacional de bienes disponibles para hacer frente a la pandemia, reservar las cantidades que deseen adquirir a través de esta plataforma y formalizar la contratación con el o los proveedores seleccionados de una manera eficiente y organizada. Y no solo eso, en integración con el COMPR.AR –para lo referido a la convocatoria–, se tiene además una cobertura de alcance nacional logrando llegar a los diferentes proveedores de todo el país con interés de ofrecer los bienes que se necesitan ante la emergencia sanitaria.

Ahora bien, algo sumamente importante y que no debemos dejar de perder de vista es que al permitir la adhesión de cualquier organismo nacional, provincial o de CABA, permite eliminar la necesidad de que estos deban gestionar individualmente procedimientos de contratación para la adquisición de bienes en el marco de la emergencia sanitaria, en los cuales el Estado ya ha hecho ese trabajo, evaluando requisitos de proveedores, identificando cuáles de ellos han presentado valores razonables y dejando en la plataforma ACORD.AR todos los acuerdos logrados para una rápida selección de bienes según las necesidades de cada uno de ellos.

## IV. Conclusiones

¿Cómo se ha visto que en épocas donde las herramientas informáticas son moneda corriente se pretenda seguir invitando a oferentes mediante el envío de correos electrónicos a un número reducido de interesados? ¿Dejamos a discreción de cada funcionario responsable de compras a qué proveedores invitar bajo ese esquema cuando existen plataformas que permiten llegar a muchísimos más? Si esto

<sup>6</sup> El procedimiento establecido en el Anexo de la Disposición N° 48/2020 indicaba en el artículo 3 apartado b que “se deberá invitar como mínimo a TRES (3) proveedores, entre aquellos que se encuentren en estado ‘inscripto’ en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) asociado al Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional (COMPR.AR). Las invitaciones deberán enviarse al domicilio electrónico especial declarado en el SIPRO asociado al COMPRAR”.

sucede, es que no hemos comprendido los principios de eficiencia en la gestión de compras públicas, utilizando herramientas que nos ayuden a esos logros.

Y no solo eso, hemos visto duplicar procedimientos de compras siendo solicitados en forma individual por distintos organismos –y con los diversos requisitos que cada uno de ellos traslada hacia los proveedores–, para terminar en definitiva adquiriendo los mismos bienes, en lugar de ser astutos y utilizar plataformas que permitan llegar a esos mismos proveedores, pero estandarizando la forma en que ellos presentan sus ofertas, y permitiendo también un rápido acceso a la identificación de esos bienes por todos los organismos del Estado.

Gracias a estas plataformas, se ha logrado llegar a muchísimos proveedores con intenciones de poder acompañar al Estado nacional en el logro de sus políticas de adquisiciones, facilitar a los distintos organismos la búsqueda, gestión y adquisición de bienes, y algo no menor, a los ciudadanos el dar a conocer en todo momento qué compra el Estado, cuánto paga y quién le vende.

¿Qué desafíos futuros nos esperan? Por un lado, redoblar los esfuerzos para que herramientas como estas puedan ser utilizadas por todos los organismos de la Administración Pública Nacional, sin distinción alguna. Por otro lado, continuar creando herramientas para agilizar, simplificar y estandarizar los procesos de compras públicas que permitan la reducción de la burocracia y el mejor uso de los recursos del Estado.

# Historia del servicio público en la Argentina

¿Qué marco es el mejor para la actualidad?



*Santiago Paredes Adra*

## Introducción

En el presente trabajo me propongo abordar la historia de los servicios públicos en la Argentina, partiendo principalmente de la modalidad de prestación y el rol del Estado como garante de la misma a lo largo de la historia de nuestro país. Para ello en primera instancia me parece necesario adentrarnos, brevemente, en su concepto. ¿De qué hablamos cuando hablamos de servicio público? ¿Que alcance tiene? ¿Quién tiene potestad sobre la prestación de los mismos?

Para realizar una aproximación al concepto, utilizaré la definición realizada por Rafael Bielsa a comienzos del siglo XX, quien considerará los servicios públicos como “toda acción o prestación realizada por la Administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía” (Bielsa, 1964: 463).

Ahora bien, para complejizar un poco más esta definición, Comadira sostendrá que

el Servicio público es un título jurídico en sí mismo exorbitante, invocable por el Estado para asumir la titularidad de competencias prestacionales con el fin de ejercerlas en forma directa (por administración) o indirecta a través de órganos personificados pública (v.gr: entes autárquicos), o privadamente a través de terceros (v.gr: personas jurídicas privadas); para desarrollarlos subsidiariamente en ausencia de prestadores privados, sin titularizarlas del sentido propio, o bien para ejercer su poder de policía sobre activida-

des privadas, prestacionales, con el objeto de dar satisfacción o, en su caso, de asegurar las satisfacciones de necesidades consideradas esenciales para el logro del bien común (Comadira, 2003: 22).

De esta forma se puede observar la participación central que tiene el Estado a partir de su poder de policía, para velar por el cumplimiento de la prestación de los servicios públicos (ya sea como prestador o tutelando la prestación ejercida por terceros), a los fines de satisfacer necesidades esenciales de la ciudadanía.

Realizada esta primera aproximación al concepto, que va a ser el eje rector de nuestro análisis, a continuación, me detendré en las distintas etapas del desarrollo que fue teniendo la idea de los servicios públicos en nuestro país, ya sea desde su forma de prestación, como de su concepción jurídica. Para ello realizaré una división temporal basada en seis etapas que engloban las distintas formas en que se brindaron los servicios públicos en el país y el rol que tuvo el Estado en ello.

Una primera etapa que tiene lugar en el inicio de la formación de nuestro Estado, a partir de la sanción de la Constitución Nacional en el año 1853, hasta los años cuarenta del siglo siguiente, cuya característica principal será la prestación de los servicios públicos a través de concesiones privadas. Una segunda etapa, que comenzará con la llegada de Perón al poder y tendrá su principal corolario en la sanción de la Constitución del 49;<sup>1</sup> esta época estará marcada por la prestación de los servicios públicos en manos del Estado. Posteriormente, una tercera etapa, caracterizada por las privatizaciones de las empresas que brindaban los servicios públicos y el Estado tomando un rol de control a través de entes reguladores, la cual tendrá su principal apogeo en la década de 1990.

A partir de los primeros años del siglo XXI, tendrá lugar una cuarta etapa, en que fue necesario el rol del Estado activo en materia de entrega de subsidios a las empresas, como consecuencia de la salida de la convertibilidad, para el sostenimiento de las tarifas y que no se dispararan los valores de las mismas. Luego mencionaré una quinta etapa, que tuvo lugar a partir de la llegada de Mauricio Macri al poder a fines del año 2015, cuya gestión estuvo signada por la reducción de subsidios, la cual tuvo como consecuencia un aumento tarifario exorbitante para los usuarios. Y finalmente, realizaré un análisis de las primeras medidas del incipiente gobierno de Alberto Fernández, enmarcado en un contexto de pandemia por el COVID-19.

Después de este recorrido, abordaré unas conclusiones sobre los desafíos que tiene la prestación de los servicios públicos, concebidos desde una perspectiva de derecho social,<sup>2</sup> y las posibles alternativas

1 Constitución de 1949, artículo 40: "Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine. El precio por la expropiación de empresas concesionarias de servicios públicos será el del costo de origen de los bienes afectados a la explotación, menos las sumas que se hubieren amortizado durante el lapso cumplido desde el otorgamiento de la concesión, y los excedentes sobre una ganancia razonable, que serán considerados también como reintegración del capital invertido".

2 Perspectiva que se encuentra consagrada en la Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, principalmente con la incorporación del artículo 42, y la jerarquía constitucional de Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

existentes para el desarrollo de dichas prestaciones en nuestro país, a la luz del rol que el Estado fue tomando en los distintos momentos históricos.

## Primera etapa: llegaron los servicios públicos

Como uno de los mayores hitos de la formación y organización de nuestro Estado nacional, tendré que ubicar la sanción de la Constitución en el año 1853. En la misma si bien no hay una mención específica a los servicios públicos –tal como después quedarán consagrados con la reforma de 1994–, dicho concepto podría desprenderse del artículo 67, inciso 16,<sup>3</sup> donde se establece la “cláusula de prosperidad” para el desarrollo del país, la cual implicaba la posibilidad de poder generar leyes protectoras y concesiones temporales.

Partiendo de ello, se puede afirmar algunas cuestiones centrales de lo que hoy conocemos como prestación de servicios públicos; en primera instancia ya se puede observar que la voluntad de los constituyentes fue otorgarle al Estado la potestad sobre el control del desarrollo de estas actividades de interés público. En segundo lugar, se ve reflejado que la concesión fue la forma adoptada para la realización de estas prestaciones –aunque también se otorgaron varias licencias–. De esta manera, se buscaba que la inversión en infraestructura del sector privado fuese la encargada de generar la posibilidad de desarrollo económico sustentable en el país; inversiones que el Estado no estaba en condiciones de desarrollar por sí mismo.

Así fue, por ejemplo, que con inversión inglesa se empezó a desarrollar la red ferroviaria a mediados del siglo XIX, y hacia fines de ese siglo las inversiones de capital alemán fueron las que dieron lugar a la incipiente instalación eléctrica en el país.

En lo que respecta a las características negativas de esta etapa, se encuentra la falta de consideración de los usuarios, no se pensaba en esa categoría como titulares de derechos –para ello habría que esperar hasta la reforma constitucional a fines del siglo XX–. La relación planteada para la prestación de servicios implicaba una relación dual entre el Estado y los privados concesionarios; el ciudadano, como usuario, no tenía lugar. Por otro lado, también se puede marcar la falta de una buena regulación jurídico-normativa, situación que generó varios inconvenientes tanto en el sostenimiento de la inversión, como en el esquema tarifario. En este sentido, González Moras sostendrá que

3 Art. 67, inc. 16: “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la explotación de los ríos interiores por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”. A partir de la reforma de 1994, la “cláusula de prosperidad” se ubicará en el artículo 75, inc. 18.

el gran cuestionamiento que la doctrina (y la jurisprudencia de manera creciente) comienzan a resaltar una y otra vez, es la falta de un adecuado y completo régimen legal para los servicios públicos nacionales, especialmente en lo tocante con dos cuestiones: a) tarifas; y b) régimen de bienes afectados al servicio (González Moras, 2017: 147).

Estas falencias marcadas anteriormente se suman a una nueva concepción ideológica invocada por el gobierno a partir de mediados de los años cuarenta, lo que dará mayor injerencia del Estado en todas las actividades, y la modalidad de las prestaciones de servicios públicos no será la excepción.

## **Segunda etapa: los servicios públicos son del Estado**

La llegada de Juan Domingo Perón al poder generaría un cambio de paradigma en lo que respecta al rol del Estado frente a la sociedad: un Estado mucho más presente con políticas públicas tendientes a generar mayor y mejor acceso a las prestaciones de los distintos servicios esenciales.

Para lograr materializar en el sistema normativo los distintos avances, principalmente en materia social y de derechos laborales, el gobierno peronista propició una reforma constitucional en el año 1949, en la cual se cristalizó el cambio de paradigma con respecto al rol del Estado en la prestación de servicios públicos,<sup>4</sup> en palabras de González Moras,

El servicio público, a la par de las fuentes de energía, es declarado de propiedad inalienable del Estado nacional, vinculando de manera directa las nociones de dominio y servicio público. Y, sobre la base de aquella declaración, se erige, por primera vez, en una garantía (un medio) para la satisfacción de otros derechos (sociales). En segundo lugar, y vinculado directamente con lo anterior, se modifica el esquema prestacional, al eliminarse la posibilidad de “conceder” la prestación de los servicios a particulares (González Moras, 2017: 39).

Posterior a la sanción de la Constitución del 49, tendría lugar la Ley N° 13653, a partir de la cual se crearían las empresas del Estado con fines comerciales, industriales y de prestación de servicios públicos. En su artículo tercero explicitaría: “las empresas del Estado funcionarán bajo el control directo del Poder Ejecutivo a los efectos de la orientación de sus actividades”, demostrando claramente el rol central del Estado en la conducción de las actividades para lograr el desarrollo del país.

<sup>4</sup> Esto queda expresado de manera muy clara en el artículo 40: “Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante la compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine”.



De esta forma se concretó un andamiaje normativo de nacionalizaciones de empresas, que ya venían teniendo lugar en el país: Gas del Estado (1945), Ferrocarriles Argentinos (1948), la creación de Teléfonos del Estado (1948), y la fusión que dio origen a Aerolíneas Argentinas (1949), entre otras.

Ahora bien, que el Estado sea el responsable de la prestación, distribución e inversión de los servicios públicos, también generaría la imposibilidad de poder afrontar todo lo que ello implicaría, cuando las arcas de la Administración pública no cuenten con los recursos necesarios. Como sostiene Gordillo: “Todo ello llevó a una desinversión progresiva y generalizada en los servicios públicos, con imposibilidad de revertir la tendencia cuando el endeudamiento del Estado adquirió niveles crónicos” (Gordillo, 2014: 242).

El apogeo del estado de bienestar comenzaría a perder lugar a nivel mundial, y con ello se comenzarían a desarrollar ideas liberales en relación al mercado, que implicarían un rol del Estado menos presente en la actividad económica. De esta situación no estaría exento nuestro país, y en los años setenta se podría empezar a ver como las empresas estatales de prestaciones de servicios (así como también las industriales y comerciales), comenzarían un proceso de vaciamiento y pérdida de capital, que culminaría con un gran plan de privatizaciones.

### **Tercera etapa: privatización y convertibilidad**

Como se sostuvo en el capítulo anterior, luego del gran auge del Estado de bienestar a nivel mundial, se comenzarían a desarrollar ideas neoliberales en términos económicos, que tendrían gran impacto en nuestro país.

Ya hacia mediados de los años setenta, con la irrupción del golpe de Estado<sup>5</sup> se comenzaría a desencadenar una serie de medidas tendientes a generar el vaciamiento de las empresas del Estado. A esto se suma un sobreendeudamiento en general de todos los sectores del país, el desmembramiento de la industria y la rotura del tejido social; lo que fue generando un profundo escenario de crisis socioeconómica. Este contexto no sería superado con la vuelta de la democracia y la asunción de Raúl Alfonsín, sino, por lo contrario, a partir de la hiperinflación y la falta de respuestas económicas, se agudizó la crisis, que generaría un anticipo del traspaso presidencial a Carlos Saúl Menem el 8 de julio de 1989.

Primeramente, resulta interesante señalar que el modelo neoliberal asumido por la gestión de Menem, se proponía como un objetivo de vital importancia generar mecanismos normativos y jurídicos que permitieran desarrollar de manera rápida y efectiva las herramientas para que el Estado transfiriese al sector privado servicios, propiedades y funciones que hasta ese momento le eran propias.

5 En un análisis de la historia de la deuda externa en Argentina, Noemí Brenta sostiene que en la época de la dictadura “Al estallar la crisis de la deuda externa, 15 empresas estatales y con participación estatal acumulaban los mayores montos de la deuda del sector público extranjero, 41,8% del total en deuda comercial y financiera” (Brenta, 2019: 59), esto fue posible porque “el gobierno obligo a todas las empresas públicas a financiarse exclusivamente en el exterior, por montos que nada tenían que ver con sus necesidades reales de financiamiento” (Brenta, 2019: 59).

La idea rectora a favor de las mismas era que las empresas públicas necesitaban una inyección de capital, cuya magnitud en la llamada “quiebra del Estado” de los años ochenta, sólo podía proveer el sector privado, a fin de aumentar la productividad y la eficiencia de estas compañías, en beneficio del conjunto de la población (Azpiazu y Basualdo, 2004: 11).

La cuestión de la eficiencia, la falta de inversión, el deterioro de la infraestructura, el tratamiento de la evolución de los precios y las tarifas de los servicios públicos durante los últimos años de la década de 1980 y primeros de la década de 1990, eran los principales tópicos esgrimidos por las usinas que promovían la necesidad impostergable de las privatizaciones. A la gran problemática local, se sumaba el estancamiento y la escasez de financiamiento internacional, motivo por el cual el esquema de inversiones a través de las privatizaciones resultaría atractivo para atraer capitales externos.

Las primeras medidas que apuntaban a la estabilización económica y una política de cambio estructural comenzarían a perfilarse con la aprobación en el Congreso de dos leyes centrales: la Ley de Reforma del Estado (Ley N° 23696)<sup>6</sup> y la Ley de Emergencia Económica (Ley N° 23697).<sup>7</sup> Estas dos leyes fueron las herramientas jurídico-políticas más importantes y con mayor impacto en el proceso de privatización encarado por el Gobierno nacional. Posteriormente, estas leyes se vieron complementadas por la Ley de Convertibilidad (Ley N° 23928),<sup>8</sup> la cual establecía la creación de una nueva moneda y propiciaba una relación del tipo de cambio directamente vinculada al dólar estadounidense (“un peso, un dólar”). Estas herramientas jurídicas serían el motor de las privatizaciones de los años noventa.

Ahora bien, es necesario marcar que bajo el gobierno menemista tendría lugar la reforma constitucional del año 1994, y esto implicaría consecuencias en términos normativos muy importantes en lo que respecta a los servicios públicos.

En primera instancia, se puede mencionar que la incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos daría rango constitucional al acceso de distintos servicios públicos esenciales, enmarcando como de derecho social el acceso a los mismos y, a su vez, garantías para su efectivo cumplimiento.

6 La Ley N° 23696 fue sancionada el 17 agosto 1989. La ley de Reforma del Estado significó el quiebre de uno de los ejes del patrón de desarrollo preexistente al constituir una pieza clave del marco normativo para la privatización de la gran mayoría de las empresas públicas. En el artículo 1° sostenía: “Declárase en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económica financiera de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada”.

En los anexos de esta ley, se encontraban las propuestas de privatización o concesión según la empresa pública. La norma también disponía para cada caso de privatización y/o concesión de obras y servicios públicos que el Estado nacional asumiera el pasivo total o parcial de la empresa a privatizar, a efectos de facilitar o mejorar las condiciones de la contratación.

7 La Ley N° 23697 fue sancionada el 1° de septiembre de 1989. La ley de Reforma Económica se proponía mitigar –y, dentro de lo posible, revertir– lo que el gobierno menemista diagnosticaba como una acuciante crisis de financiamiento del Estado. Para ello apuntaba a que se dispusieran medidas inmediatas de reducción del gasto público. Esta ley introducía, a su vez, uno de los mecanismos dilectos del neoliberalismo: autonomía del Banco Central (Capítulo III). Y la igualdad de tratamiento para el capital nacional y el extranjero (Capítulo IV).

8 La Ley N° 23928 fue sancionada a fines de marzo de 1991. Con ella se estableció la posibilidad del cambio de denominación de la moneda, que dejó de llamarse “Austral”, para luego llamarse “Peso Argentino”. Y a su vez estableció la relación directa del tipo de cambio igualando la moneda nacional con el dólar estadounidense.

Esto se vería cristalizado de manera más efectiva en la propia Constitución Nacional con la incorporación del artículo 42: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno”.<sup>9</sup> De esta forma se incorporaría el concepto de “usuario” como factor central en la prestación de servicios: “El centro neurálgico del servicio público no será, pues, ni la potestad estatal ni el derecho de propiedad de los prestadores privados, sino el derecho de los usuarios, entendido como un derecho social” (González Moras, 2017: 43).

También es necesario marcar que el artículo 42 sostiene la necesidad de arbitrar las medidas necesarias para la protección de los usuarios:

Al margen de la liberalización de los mercados de servicios e, incluso, de la privatización de la gestión de los servicios públicos en particular, aquello que permaneció intacto fue la necesidad de imponer “obligaciones de servicio público” a los sujetos prestadores de los mismos (González Moras, 2017: 279).

Paralelamente dispone la participación de los usuarios en la regulación de los servicios públicos; en este marco surgen las figuras de los entes reguladores de los servicios públicos<sup>10</sup> como órganos que tutelan los intereses de los usuarios frente a las empresas prestadoras de servicios públicos.

De esta forma, se puede sostener que esta etapa estuvo caracterizada por la consagración del acceso a los servicios públicos como derecho social, y los “usuarios” como partícipes necesarios en la regulación de la prestación. Como así también, por la vuelta a las concesiones temporales,<sup>11</sup> que generaban en este contexto un esquema de negocios rentable para las empresas privadas, basado en ganancias dolarizadas.

## Cuarta etapa: subsidios como respuesta al desfasaje

La crisis económica existente a fines del segundo mandato de Menem generaría un cambio de signo político en las elecciones de 1999, y asumiría como presidente Fernando De La Rúa. Su gestión no revertiría la tendencia generada, sino, por lo contrario, profundizaría mucho más la crisis económica

9 Si bien la incorporación de este artículo es muy importante para el reconocimiento de los consumidores y usuarios, también es necesario destacar como una crítica al mismo que no incorpora de manera taxativa la responsabilidad del Estado en garantizar el acceso universal a los servicios públicos.

10 “Falta aún dictar el resto de los marcos reguladores legales exigidos por el art. 42 (por ahora existen el del gas y la electricidad, leyes 24.076 y 24.065 y, recientemente, el del agua, aprobado por las leyes 26.100 y 26.221), readecuar los preexistentes y tal vez, como igualmente se propone, dictar una ley marco que establezca los trazos generales de su funcionamiento, sin dependencia del Poder Ejecutivo ni facultades reglamentarias de éste sobre tales entes o sus relaciones con los concesionarios y licenciatarios sujetos al control” (Gordillo, 2014: VX-2).

11 Consagradas en el artículo 75, inciso 18 a partir de la reforma constitucional de 1994. “La técnica concesional se afirma en su regulación administrativa, como un acto de imperio que autoriza la delegación (por parte del Estado titular y concedente) en un particular (concesionario) de la prestación de una actividad que se ha puesto a cargo del Estado (al ser caracterizada como servicio público) y que asume la forma de un contrato administrativo” (González Moras, 2017: 276).

y social, que derivaría –luego de varios presidentes interinos en un breve lapso– en la asunción en la presidencia de la nación de Eduardo Duhalde a inicios del año 2002.

La medida más importante tomada por el gobierno de Duhalde fue la sanción de la Ley N° 25561 de Emergencia Pública y Salida del Régimen Cambiario. En la misma se establece la salida de la convertibilidad: la idea de “un peso, un dólar” queda en el pasado.

En lo que respecta a los servicios públicos, se deja sin efecto las cláusulas que indexaban los contratos a la moneda extranjera, y se establecen los precios y tarifas entendiendo la relación de cambio “un peso = un dólar estadounidense”.<sup>12</sup>

Esta situación, sin duda, perjudica a las empresas prestadoras y a la construcción de costos y margen de ganancia de las mismas, acostumbradas a la rentabilidad en dólares. A su vez, el contexto ameritaría una intervención de otro tipo por parte del Estado:<sup>13</sup>

En una crisis socioeconómica sin precedentes, permitir que las tarifas acompañen el aumento del dólar, como así hubiera sido de respetarse lo pactado en los pliegos licitatorios de los servicios públicos, hubiera generado como efecto que un número importante de habitantes no puedan pagar las tarifas, quedándose los usuarios privadas de ellas (Cormick, 2012: 238).

Esta etapa estaría marcada por un Estado con mayor intervención con respecto a los servicios públicos, ya sea en el control tarifario a través de subsidios para evitar que los precios a pagar por los usuarios sean elevados, hasta la toma de control de ciertas prestaciones: “el Estado nacional (y las provincias) terminará reestatizando la prestación de muchos de los servicios públicos privatizados, y esto traerá aparejado la consolidación de un modelo prestacional mixto: público y privado” (González Moras, 2017: 48). De esta manera, a partir de las gestiones presidenciales de Néstor Kirchner y Cristina Fernández, estos gobiernos comenzarían a tener control directo de ciertas prestaciones, como la de agua potable y saneamiento (AYSA), transporte ferroviario (Ferrocarriles Argentinos) o el correo (Correo Argentino).

Por lo cual, se puede decir, que en esta etapa se rompió la burbuja monetaria generada por la convertibilidad, y esto generó un cambio en el rol del Estado con respecto a su forma de intervenir en la prestación. Por un lado, subsidiando las tarifas para que el costo los servicios no sea tan elevado en el bolsillo de los usuarios; y también generando mayor control en las empresas para lograr mejores prestaciones.

12 Ley N° 25561, artículo 8: “Dispónese que, a partir de la sanción de la presente ley, en los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedan sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio. Los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedan establecidos en pesos a la relación de cambio UN PESO (\$ 1) = UN DOLAR ESTADOUNIDENSE (US\$ 1)”.

13 “En los primeros años del nuevo milenio el Estado adopta una tónica que luce muy intervencionista en materia de precios, inversiones, tarifas, etc., desdibujando, al menos en apariencia, el escenario anterior” (Gordillo, 2014: 254).

Ahora bien, el mayor saldo negativo de esta etapa fue la falta de un criterio eficiente de distribución de subsidios en las tarifas, generado un valor de los servicios públicos ficticio, lo que sin dudas terminó yendo en contra del desarrollo de los mismos:

Si las tarifas no acompañan los costos del mercado, devienen arbitrarias y si se otorgan subsidios generalizados y no solo las clases menos favorecidas de la sociedad, entonces el régimen pierde transparencia, volviéndose más proclive a las corruptelas. Además, se deteriora el servicio, se frenan las inversiones para la atención de la demanda futura, etc. (Gordillo, 2014: 276).

## Quinta etapa: las empresas son las grandes beneficiadas

En diciembre de 2015, asumiría la presidencia Mauricio Macri, dejando atrás un ciclo de 3 mandatos de gobiernos kirchneristas. Desde una perspectiva neoliberal en términos económicos, propició una intervención del Estado cada vez más reducida en los distintos aspectos del entramado socioeconómico.

La mirada sobre los servicios públicos no sería la excepción de esta perspectiva, y ya con la designación de funcionarios quedaría muy clara la falta de distinción entre los intereses de las empresas y del gobierno

Así nos encontramos al propio ministro de Energía, Juan José Aranguren, como expresidente de Shell; a David Tezanos, interventor de Enargas, como ex directivo de Metrogas; a José Luis Sureda, secretario de política hidrocarburífera, como ex vicepresidente de Pan American Energy, y a Andrés Chambouleyron, subsecretario de Coordinación de Política Tarifaria, como perito de CIADI en contra de la República Argentina (Burgos, 2016: 21).

Así fue cómo desde el inicio de la gestión macrista se comienza a desarrollar una política de quita de subsidios a las tarifas de los servicios públicos, ya que consideraban que las mismas se encontraban por fuera de los valores de mercado,<sup>14</sup> y esto perjudicaba a la inversión y el desarrollo. Esta quita de subsidios impactaría directamente en el valor de las tarifas.

De esta manera, ya en los primeros días del mes de enero de 2016, se firmaría la Resolución N° 6<sup>15</sup> del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, que daría luz verde a la quita de subsidios del servicio de electricidad, y un nuevo cuadro tarifario de la prestación. Hacia fines del mes de marzo de ese mismo año, también se oficializaría a través de las resoluciones N° 28 y 31 del Ministerio de Energía y Minería el aumento de tarifas de gas.<sup>16</sup> A su vez, para citar otro ejemplo, a fines de abril de 2016,

14 En palabras del ministro del Interior, Rogelio Frigerio: “fueron muchos años de fiesta, y alguien tenía que pagar la fiesta de no reconocer la realidad”. Recuperado de [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160405\\_economia\\_argentina\\_mauricio\\_macri\\_aumentos\\_precios\\_ms](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160405_economia_argentina_mauricio_macri_aumentos_precios_ms)

15 Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/258201/norma.htm>

16 Resoluciones 28 ([https://www.minem.gob.ar/servicios/archivos/7008/AS\\_14878730841.pdf](https://www.minem.gob.ar/servicios/archivos/7008/AS_14878730841.pdf)) y 31 (<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/259949/norma.htm>) del Ministerio de Energía y Minería.

también desde la provincia de Buenos Aires se autorizaría, por decreto,<sup>17</sup> el incremento del servicio de agua potable y desagües cloacales.

En el periodo que va de 2016 a 2018, los aumentos a partir de los “tarifazos” acumularon alrededor de 2.200%, en el caso del gas, y superaron el 3.000% en la luz.<sup>18</sup> Esto sin duda repercutiría de gran manera en el poder adquisitivo de las familias, ya que el pago de los servicios pasaría a tener una gran incidencia en los gastos del grupo familiar.<sup>19</sup> Por otro lado, las empresas energéticas registraron un aumento de sus ventas en un promedio de 995%, llegando en algunos casos a más de 1.400%.<sup>20</sup>

También hay que tener en cuenta que este aumento en las tarifas no implicaría un aumento proporcional en la inversión en infraestructura para mejorar los servicios, sino que hasta en términos comparativos en algunos años la inversión fue menor que en periodos anteriores.<sup>21</sup>

Por lo cual, podemos sostener que la política en materia de servicios en este periodo consistió en generar mayores beneficios a las empresas concesionarias ya existentes, a partir de un aumento tarifario producido principalmente por la quita de subsidios y por atar algunos valores de la prestación al mercado internacional. Esto conllevó a una pérdida de poder adquisitivo en la población y, a su vez, este aumento en el costo del servicio no se vio reflejado en una mejora en la prestación de los mismos.

## Sexta etapa: el Estado dice presente en época de pandemia

Luego de un intento fallido de búsqueda de la reelección por parte de Mauricio Macri, la fórmula Fernández-Fernández, encabeza por Alberto y secundada por Cristina, lograría la victoria electoral en octubre de 2019.

Los últimos meses del gobierno macrista terminaron de consolidar un escenario de debacle económica, basado en una deuda externa con niveles insostenibles y un mercado interno muy deteriorado.<sup>22</sup>

17 Recuperado de <https://normas.gba.gob.ar/ar-b/decreto/2016/409/23481#>

18 Datos que surgen a partir de la nota de Juan Strasnoy Peyre. Recuperado de <https://www.baenegocios.com/economia-finanzas/Ganadoras-las-empresas-energeticas-aumentaron-sus-ingresos-995-en-tres-años-20191121-0089.html>

19 El Observatorio de Políticas Públicas de la UNDAV, en abril del 2018, publicó un informe sobre el impacto tarifario en el que sostiene que: “Estudiando la evolución del peso de los principales servicios públicos (energía eléctrica, gas de red, agua potable y transporte) sobre el salario mínimo, se encuentra un incremento acumulado de 15 puntos porcentuales en los últimos tres años. Desde el 2015 se pasó de una incidencia muy baja del costo tarifario, cercana al 6%, a una sustantivamente mayor, del 21%”.

20 Datos que surgen a partir de la nota de Juan Strasnoy Peyre.

21 Información que surge a partir del informe de Manuel Tarricone y Matías Di Santi. Recuperado de <https://chequeado.com/el-explicador/cortes-de-luz-como-evolucionaron-en-las-presidencias-de-cfk-y-macri/>

22 “El aumento neto de la deuda pública en moneda extranjera fue de US\$103.808 millones y la fuga de capitales alcanzó a US\$93.667 millones entre diciembre de 2015 y septiembre de 2019”; “El producto del sector fabril cayó 7,3% entre 2015 y 2018”. Datos que se desprenden del artículo periodístico Fin de ciclo: la economía que deja Macri, de Juan Strasnoy Peyre y Mariano Cuparo Ortiz, publicado en BAE Negocios. Recuperado de <https://www.baenegocios.com/informesbae/Fin-de-ciclo-La-economia-que-deja-Macri--20191208-0015.html>

Es bajo este contexto que el gobierno actual busca como una de sus primeras medidas la sanción de la Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la emergencia pública,<sup>23</sup> la cual, entre una batería de medidas, en su artículo 5<sup>24</sup> señalaba el congelamiento de las tarifas de gas y luz por 180 días para realizar una revisión de los cuadros tarifarios de estos servicios. Sin dudas, este accionar era una señal de que las tarifas no iban a seguir liberadas a los precios del mercado internacional, sino que el Estado iba a tomar una actitud mucho más activa en su construcción.

Ahora bien, el avance del COVID-19 y la declaración por parte de la OMS como pandemia al coronavirus llevarían al gobierno a declarar, en marzo del 2020, la ampliación de la emergencia sanitaria<sup>25</sup> y posteriormente el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO).<sup>26</sup>

Las medidas adoptadas con el fin de evitar la circulación de las personas (y como consecuencia del virus) generaron un mayor freno en una economía que venía bastante estancada, lo cual impactaba directamente en el bolsillo de las familias. Motivo por el cual, el Estado tomó una serie de decisiones en pos de poder garantizar el sostenimiento de la economía y el acceso a servicios. En el mismo mes de marzo, el Decreto N° 311/20<sup>27</sup> estableció la imposibilidad de corte de servicios de luz, gas, agua corriente, telefonía fija y móvil, internet y Tv por clave o satelital (con un margen de hasta 3 facturas impagas), y en los casos de energía eléctrica prepaga la obligatoriedad de continuar prestando el servicio.

En este mismo sentido, con la ampliación en el tiempo del ASPO, en junio tuvo lugar la sanción del Decreto N° 543/20, por el cual se extienden por otros 180 días el congelamiento de tarifas de los servicios de luz y gas<sup>28</sup> y se ampliaron los plazos de corte mencionados en el Decreto N° 311/20 a 6 facturas impagas.<sup>29</sup>

Pero sin dudas, en materia de servicios públicos, la medida más relevante (hasta ahora) llegó a partir de la firma del DNU 690/2020, el cual modifica la Ley de Tecnologías de la Información y Comuni-

23 Ley N° 27541, sancionada el 21 de diciembre de 2019.

24 "ARTÍCULO 5°.- Facúltase al Poder Ejecutivo nacional a mantener las tarifas de electricidad y gas natural que estén bajo jurisdicción federal y a iniciar un proceso de renegociación de la revisión tarifaria integral vigente o iniciar una revisión de carácter extraordinario, en los términos de las leyes 24.065, 24.076 y demás normas concordantes, a partir de la vigencia de la presente ley y por un plazo máximo de hasta ciento ochenta (180) días, propendiendo a una reducción de la carga tarifaria real sobre los hogares, comercios e industrias para el año 2020. Invítase a las provincias a adherir a estas políticas de mantenimiento de los cuadros tarifarios y renegociación o revisión de carácter extraordinario de las tarifas de las jurisdicciones provinciales".

25 Decreto N° 260/20.

26 Decreto N° 297/20.

27 "ARTÍCULO 1º.- Las empresas prestadoras de los servicios de energía eléctrica, gas por redes y agua corriente, telefonía fija o móvil e Internet y TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital, no podrán disponer la suspensión o el corte de los respectivos servicios a los usuarios y las usuarias indicados en el artículo 3º, en caso de mora o falta de pago de hasta TRES (3) facturas consecutivas o alternas, con vencimientos desde el 1º de marzo de 2020. Quedan comprendidos los usuarios con aviso de corte en curso".

28 ARTÍCULO 1º.- Prorrógase el plazo establecido en el artículo 5º de la Ley N° 27.541 desde su vencimiento, y por un plazo adicional de CIENTO OCHENTA (180) días corridos.

29 ARTÍCULO 2º.- Sustitúyese el primer párrafo del artículo 1º del Decreto N° 311 del 24 de marzo de 2020, por el siguiente: "Las empresas prestadoras de los servicios de energía eléctrica, gas por redes y agua corriente, telefonía fija o móvil e Internet y TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital, no podrán disponer la suspensión o el corte de los respectivos servicios a los usuarios y las usuarias indicados en el artículo 3º, en caso de mora o falta de pago de hasta SEIS (6) facturas consecutivas o alternas, con vencimientos desde el 1º de marzo de 2020. Quedan comprendidos los usuarios con aviso de corte en curso".

caciones (TIC)<sup>30</sup> estableciendo al acceso a internet, la tv por cable y satélite, y la telefonía móvil como “servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia”.<sup>31</sup>

En el decreto también se establece la obligatoriedad a los prestadores de estos servicios de otorgar una prestación básica universal;<sup>32</sup> a su vez, instituye al ENACOM como autoridad de aplicación y congela los precios de los servicios hasta el 31 de diciembre del 2020.

Podríamos decir que el Decreto N° 690/20 es una medida en construcción, ya que todavía no se puede establecer su impacto, pero sí podemos afirmar que es una decisión que busca un rol estatal más presente en la universalización de acceso a servicios que hoy en día son esenciales para un mejor bienestar de las personas.

## Conclusiones

Luego de hacer un repaso por las diferentes etapas históricas del país analizando las distintas formas en que se fue desarrollando la prestación del servicio público, se puede arribar a las siguientes afirmaciones:

Primero, es necesario advertir la evolución que tuvo a lo largo de los años, la concepción del acceso a la prestación de los servicios públicos, hasta lograr su consagración constitucional en el año 1994, clarificando que el acceso a los servicios públicos es un derecho social, y es necesario establecer garantías para su cumplimiento, para que todos los ciudadanos tengan acceso a estas prestaciones esenciales.

En segundo lugar, hay que mencionar que si bien el rol del prestador sufrió modificaciones a lo largo de la historia –concesiones privadas, el Estado mismo como prestador, o concesiones con entes reguladores de por medio–, ninguna de las modalidades logró garantizar una prestación eficiente a largo plazo (mayor y mejor acceso de los usuarios a los servicios, a partir de más inversiones en desarrollo de infraestructura para estas prestaciones).

Queda claro que el rol del Estado es fundamental para que, a partir de su intervención y tutela, el derecho que tienen todos los ciudadanos a acceder a los servicios públicos, se pueda concretar de la manera más eficiente posible. Como sostiene, el economista, Martín Burgos, “Que un servicio sea accesible o restringido es una definición política: los usuarios buscaran que el servicio sea lo más barato posible, mientras que las empresas buscaran generar mayor renta posible por prestar ese servicio” (Burgos, 2016: 27). Sin dudas que un mejor acceso a los servicios públicos depende, en primera instancia, de voluntad política.

30 Ley N° 27078.

31 ARTÍCULO 1º- Incorpórase, como artículo 15 de la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones N° 27078, el siguiente texto: “Artículo 15- Carácter de servicio público en competencia. Se establece que los Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciatarios y licenciatarias de servicios TIC son servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia. La autoridad de aplicación garantizará su efectiva disponibilidad”.

32 Artículo 2: “La autoridad de aplicación establecerá en la reglamentación la prestación básica universal obligatoria que deberá ser brindada en condiciones de igualdad”.



En la actualidad, el gobierno encabezado por Alberto Fernández, en el contexto de una situación de emergencia marcada por la pandemia, ha demostrado con sus primeras medidas (congelamiento de cuadros tarifarios, obligación de seguir prestando los servicios pese a falta de pago, control en la formación de precios) la intención de que el Estado tenga un rol mucho más activo en el vínculo entre las prestadoras y los usuarios con el fin de garantizar el acceso a los servicios. Ahora bien, ¿qué desafíos tiene esta gestión para seguir profundizando en acciones tendientes a generar una prestación más eficiente en materia acceso a los servicios públicos?

En primera instancia podemos decir que es necesario mayor intervención en las empresas prestadoras, no necesariamente la estatización, pero quizás sí la participación accionaria, para poder obtener una mejor información sobre la situación en que se encuentran las empresas y, por otro lado, poder intervenir en las mismas desde una postura en favor de los intereses de la sociedad y no del lucro; ya que las empresas que brindan estos servicios esenciales tienen que tener como objetivo principal el poder lograr el acceso a los servicios de la mayoría de la población y no la rentabilidad de las ganancias. Pero también es necesario el capital privado para poder lograr que sea una empresa sustentable y con capacidad de inversión por fuera de los vaivenes de las arcas de la Administración pública. Por lo cual las empresas mixtas podrían ser una respuesta, a partir de una composición accionaria equilibrada entre los intereses de los usuarios defendidos por el Estado y el capital privado.<sup>33</sup>

Por otro lado, garantizar un mayor acceso dependerá de tarifas que no generen una pérdida de poder adquisitivo de las familias; la dicotomía no puede ser el elegir entre pagar los servicios o comprar comida, y lamentablemente en el país esta situación es una realidad muy presente. Para esto, sin dudas es necesaria la aplicación de subsidios bien dirigidos según las necesidades de la población. En un mundo donde el acceso a la información es cada vez más ágil, es necesario desarrollar herramientas para poder direccionar los subsidios a los ciudadanos con menores recursos para afrontar los pagos de las tarifas.

Como conclusión, entiendo que una mayor intervención en las empresas prestadoras, que permitan mejor información, y subsidios distribuidos de manera más eficiente en la población, serían las premisas para una mejor prestación y mayor acceso a los servicios públicos. Ojalá esta nueva etapa que estamos atravesando siga en línea con estas primeras medidas tomadas, para así poder garantizar de mejor manera el cumplimiento del derecho al acceso de los servicios públicos.

---

33 En la actualidad, por ejemplo, la Unión Europea planteó recientemente la posibilidad de que los Estados puedan incorporar capital accionario en empresas estratégicas y esenciales con el fin de poder garantizar la continuidad de las mismas. Demostrando la importancia de la participación estatal, la cual se vio reflejada principalmente en el sostenimiento de las aerolíneas de bandera, como Lufthansa (Alemania), TAP (Portugal), o KLM (Países Bajos).

## Bibliografía

- Azpiazu, D. y Basualdo, E. (2004). *Las privatizaciones en la Argentina. Génesis, desarrollo y principales impactos estructurales*. Buenos Aires: FLACSO.
- Bielsa, R. (1964). *Derecho Administrativo*, Tomo I. Buenos Aires: La Ley.
- Brenta, N. (2019). *Historia de la deuda externa Argentina. De Martínez de Hoz a Macri*. Buenos Aires: Capital Intelectual.
- Burgos, M. (2016). Tarifazo: de la medida económica a la respuesta política. En A. Lijalad (comp.), *Plan Macri. Argentina gobernada por las corporaciones*. Buenos Aires: Peña Lillo - Continente.
- Comadira, J. R. (2003). *El derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público*. Jornadas sobre servicio público, policía y fomento, en Universidad Austral - Facultad de Derecho. Buenos Aires: Ediciones RAP.
- Cormick, M. (2012). Servicios públicos en la actualidad. Hacia políticas de utilización eficiente de los subsidios. *Revista Derecho Público I(3)*, 231.
- Fraschina, S. (2018). *Costo tarifario*. Avellaneda: Universidad Nacional de Avellaneda.
- Gonzales Moras, J. M. (2017). *El servicio público como derecho social*. La Plata: EDULP.
- Gordillo, A. (2014). Servicios públicos. Entes reguladores. En *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Buenos Aires: FDA.

# Notas sobre el acceso a la tutela judicial efectiva en un marco de emergencia



*Gala F. Ramos*

## I. Introducción

El acceso a la justicia como derecho esencial forma parte de los derechos fundamentales que han evolucionado con el paso del tiempo. Su exigibilidad no se encuentra en discusión; jurisprudencia internacional y local propiciaron su cumplimiento y acompañaron su evolución. Desde esta perspectiva, jueces/as locales –en una gran mayoría– propician la aplicación de esta salvaguarda constitucional y sobre ese discernimiento habilitan la instancia jurisdiccional.

En este sentido, uno de los inconvenientes que se presenta sobre esta temática no tiene que ver con la existencia de la garantía en sí, sino que la discusión se ve atravesada en la efectividad de su ejercicio. En esta oportunidad, vamos a traer al análisis diversos casos para reflexionar acerca del efectivo acceso a la tutela judicial dictados en el marco de la pandemia declarada con motivo del COVID-19.

La irrupción de esta emergencia sanitaria expuso situaciones de desigualdad estructural que atraviesan determinados actores de nuestra sociedad y que con motivo de encontrarse en una situación de vulnerabilidad social debieron iniciar diversos procesos a los fines de procurar la exigibilidad de sus derechos.

El acceso a la justicia en un marco de una emergencia sanitaria requiere una respuesta por parte del Poder Judicial inmediata, inclusiva y eficaz. La inmediatez, debido a que frente a la emergencia, si la solución acaece mucho tiempo después, atenta contra la efectividad de la misma protección; la inclusión, porque los grupos vulnerables necesitan de un Poder Judicial que los proteja de las consecuencias

de las desigualdades estructurales que atraviesan; y finalmente, la eficacia, pues la condenas que no se vislumbren como plausibles y se reduzcan a una mera enunciación de deseos, solo conducen a un futuro incumplimiento de la ejecución. De manera que la resolución en este tipo de conflictos tiene que ser plausible, real, cercana a los actores y exigible en derecho.

Desde esta perspectiva, entonces, esta breve reflexión va a estar dividida en los siguientes apartados; en primer término, vamos a definir el acceso a la justicia como derecho fundamental, su evolución y entendimiento, para luego avanzar con la aplicación de esta garantía respecto de los grupos vulnerables. En ese contexto, analizaremos decisiones judiciales para la protección de grupos vulnerables que se dictaron en el marco del aislamiento generado como consecuencia del COVID-19, para finalizar con algunas reflexiones acerca de la tutela judicial efectiva en el marco del COVID-19.

## II. El acceso a la justicia como derecho esencial

La justicia como aquella aspiración de que bajo su protección puede florecer la ciencia, y con ella, la verdad y la sinceridad. Una justicia de libertad, de la paz, de la democracia y de la tolerancia<sup>1</sup> contrasta con una realidad que muchas veces dista de su concreción.

Así, de forma preliminar, debe recordarse que el acceso a una tutela judicial efectiva, reconocida en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, involucra no solo la necesidad de crear las condiciones para que las personas puedan iniciar el proceso judicial en el ámbito interno, sino también la necesidad de crear mecanismos efectivos de protección y tutela de todos los derechos reconocidos en la legislación interna, y en el plano internacional. De allí que el estándar internacional se preocupa en que los Estados contemplen vías o carriles judiciales de tutela frente a amenazas o lesiones a los derechos.<sup>2</sup>

En estos términos, la Corte IDH sostuvo que un recurso judicial efectivo implica que el análisis que la autoridad competente de un recurso judicial no puede reducirse a una mera formalidad.<sup>3</sup> Es que poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho.<sup>4</sup>

Asimismo, el derecho a una tutela efectiva de todos los derechos como principio consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos no se refiere solamente a los derechos protegidos

1 Kelsen, H. (1962) *¿Qué es la justicia?* Córdoba: Editorial Universidad Nacional de Córdoba, pp. 84-85.

2 Toledo, P. (2017). *El proceso judicial según los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Estándares de los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en el Sistema Interamericano. Rasgos de su modelo de proceso judicial. Impacto en los fallos de la CSJN. Aportes para una reforma procesal* (p. 72). Buenos Aires: Ad-Hoc.

3 Corte IDH, caso "Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú", sentencia del 23/11/3017.

4 *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*. "Exposición de motivos", p. 4. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf> (última revisión: 16/10/20).

en el ámbito internacional, sino que involucra a todos los derechos que se encuentren reconocidos por el derecho interno.<sup>5</sup>

Similar criterio adoptó la CSJN, ya desde los emblemáticos “Fernández Arias”<sup>6</sup> y “Ángel Estrada”,<sup>7</sup> hasta en un precedente un poco más reciente, el caso “Giaboo SRL”;<sup>8</sup> en dicho antecedente, en oportunidad de recordar el acceso a la tutela judicial efectiva, expresó que la limitación que veda el control judicial –en ese caso por el monto de una multa– afectaba el derecho de defensa en juicio, como así también el derecho de acceso a una tutela judicial efectiva (conf. art. 18, CN, y art. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH]).

Es que el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 25 de la CADH no se agota con el libre acceso y desarrollo del recurso judicial.

El acceso a la tutela judicial comprende la obligación del juzgador a otorgar una solución plausible, una respuesta a un conflicto que pueda ser efectiva y que no se limite a una mera declaración que deje al accionante en una mejor situación, aunque teórica. Es que el Poder Judicial debe avanzar siempre en reconocimiento de los derechos sociales; el Estado democrático exige respeto por los derechos fundamentales y el juez es quizás el principal garante de este compromiso.<sup>9</sup>

Ejemplifica este concepto el precedente “ACIJ”,<sup>10</sup> una causa en trámite ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA en la cual un grupo de vecinos junto con organizaciones no gubernamentales iniciaron un acción de amparo a los fines de solicitarle al Estado que elaborara un plan para reducir el riesgo eléctrico en el barrio 21-24, en virtud de que las irregularidades de la prestación del servicio ocasionaban constantes daños irreparables en el barrio.

Sin perjuicio de que más adelante vamos a volver con el análisis de este precedente, lo relevante de este antecedente –en este apartado de nuestra reflexión– es que allí se recordó que cuando una decisión judicial aborda y/o tiene impactos en cuestiones sociales –que se tienen por estructurales– torna al conflicto como un caso de litigio estructural.

Es decir, que cuando la temática abordada y el conflicto que se evidencia importan al análisis de derechos sociales, el proceso se transforma en estructural. Y como tal, en un expediente judicial en donde las soluciones que allí se adopten van a tener un impacto social relevante. Es que en estos casos, el espacio del Poder Judicial se convierte en un campo propicio para el avance significativo de las luchas populares, de reformulación de las concepciones y procedimientos individualistas del proceso civil, de petición para el reconocimiento de los intereses que son tenidos como “difusos”.<sup>11</sup>

5 Toledo, P. (2017), *op. cit.*, p. 60.

6 Fallos 247:646.

7 Fallos 328:651.

8 CSJN, “Giaboo SRL s/recurso de queja”, sentencia del 10/11/2015, por adhesión al dictamen fiscal.

9 Balbín, C. F. (2010). *Tratado de derecho administrativo* (p. 92), tomo I. Buenos Aires: La Ley.

10 CACAYT, Sala I *in re*, “Asociación Civil por la Igualdad y Justicia (ACIJ) y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [CCABA])”, N° 39716/0, sentencia del 6/3/2020.

11 Faria, J. E. (2009). El poder judicial frente a los conflictos colectivos. En C. Courtis (comp.), *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho* (p. 406). Buenos Aires: Eudeba.

### III. El acceso a la justicia y sectores en estado de vulnerabilidad social

Clarificado lo anterior, avancemos un poco más en nuestro análisis y reflexionemos acerca del efectivo acceso a la justicia de determinados actores. Veamos de qué manera grupos sociales que atraviesan situaciones de vulnerabilidad reciben esta asistencia por parte del Poder Judicial. Y aquí me quiero detener en aquellos actores que por atravesar situaciones de desigualdad y de desventajas económicas y sociales requieren una presencia mayor del Estado para poder lograr su sostenimiento, su subsistencia. Una presencia más activa.

Al referirnos a estos grupos, estamos mencionando a aquellos conjuntos de personas o sectores de la población que, por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas.<sup>12</sup>

Así, la “vulnerabilidad social” puede ser definida como la condición de riesgo o dificultad que inhabilita, afecta o invalida la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos. Por la otra, aclaró que las “personas en situación de vulnerabilidad social” son aquellas que por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, encuentran dificultades para ejercer sus derechos.<sup>13</sup>

Es entonces que cuando la demanda de protección se sostiene sobre hechos de desigualdad y exclusión se debe reforzar la tutela judicial. Es que el Poder Judicial y sus magistrados/as son los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia.<sup>14</sup>

Asimismo, el análisis que hay que efectuar se debe realizar desde la igualdad, que tiene ahora que ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. El análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen.<sup>15</sup>

12 Presidencia de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Secretaría de Derechos Humanos (octubre de 2011). *Grupos en situación de vulnerabilidad y derechos humanos. Políticas públicas y compromisos internacionales*, p. 11.

13 CACAYT, Sala I, voto del Dr. Balbín *in re* “Aquila Marinila Soledad c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia del 15/9/2017.

14 CACAYT, Sala I *in re*, “Díaz Antonia c/GCBA y otros s/amparo”, sentencia del 4/9/2019.

15 *Fallos* 340:1795.

## IV. Pandemia y protección

En este contexto entonces, en donde ya identificamos lo que implica el acceso a la tutela judicial, como así también su impacto en la comunidad, cuando la cuestión se transforma en un litigio estructural y debe resolverse buscando una solución efectiva que coadyuve a superar la situación de vulnerabilidad y/o exclusión que ese grupo actor este solicitando, podemos avanzar con el análisis de algunos casos jurisprudenciales que se suscitaron en el marco de esta pandemia ocasionada por el COVID-19.

A tales fines, vamos a efectuar una recopilación de algunos precedentes<sup>16</sup> y analizaremos las decisiones allí vertidas desde la perspectiva inicial de esta reflexión: el acceso a la tutela judicial efectiva en casos de litigios estructurales en el marco de COVID-19.

¿Y por qué nos detenemos en esta especial situación de emergencia para la búsqueda de estos casos? Pues bien, desde la declaración de la pandemia con motivo del COVID-19, en nuestra organización federal se dispuso a través del Decreto N° 297/20<sup>17</sup> el aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO), que luego fuera prorrogado por diversos decretos. Este aislamiento se estableció con el objetivo de evitar la propagación del COVID-19, y con fines sanitarios se determinó la prohibición de circulación.<sup>18</sup> Este marco de aislamiento implicó –entre innumerables consecuencias– que muchas personas se vieran impedidas de ejercer su fuente de trabajo, como así también evidenció situaciones de desigualdad que, aunque estructurales, requerían un refuerzo de presencia por parte del Estado para poder sobrellevar la situación de emergencia. En otros términos, con la declaración de la pandemia y de las medidas para evitar su propagación y lograr su contención, grupos de personas que –por diversos motivos– atraviesan situaciones de vulnerabilidad se vieron urgidas de solicitarle al Estado una presencia mayor para poder afrontar las vicisitudes que esta pandemia instauró.

Resulta útil recordar que nuestro sistema internacional de derechos humanos, en este contexto de emergencia, insistió que la prohibición de discriminación contenida en el artículo 1.1 de la CADH implica, según el criterio de la Corte, la dimensión positiva de “crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados”. Es decir, es condición transversal del derecho a la salud que el Estado garantice un trato igualitario a todas las personas, y que adopte medidas positivas respecto de quienes se encuentren en una situación de vulnerabilidad o riesgo, caso en el que se acentúa la obligación de adoptar medidas positivas.<sup>19</sup>

Así, y en lo que concierne al derecho a la salud, cabe agregar que el Estado nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud, y dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participen de un

16 La selección de casos fue realizada luego de hacer un análisis de diversos amparos efectuados en el marco del ASPO. Los casos que se reseñan son causas que evidencian con claridad la demanda de tutela judicial sobre cuestiones específicas que requerían protección.

17 Decreto N° 297/20, BO 20/3/2020.

18 Aislamiento que, con el paso del tiempo, y a través de diversas medidas, se fue morigerando, desde su disposición inicial en el mes de marzo hasta la fecha de elaboración del presente artículo.

19 Corte IDH. *Covid 19 y el Derecho a la Salud*, p. 2. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-covid.pdf>

mismo sistema sanitario. En tal sentido, la Ley N° 23661 creó un sistema nacional de salud con los alcances de un seguro social, “a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud *para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica*” (el destacado me pertenece). Con tal propósito, ese seguro ha sido organizado en el marco de una concepción “integradora” del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema.<sup>20</sup>

Clarificado esto, avancemos con los casos.

### A) “Álvarez”<sup>21</sup>

Este caso fue iniciado por representantes de las comunas 4 y 8 de CABA a los fines de solicitarle al Estado que informe los protocolos de actuación y prevención para afrontar la pandemia en villas y asentamientos vulnerables de CABA, y en especial en las comunas 4 y 8. De forma subsidiaria y para el caso que dichos instrumentos no existieran, peticionaron la elaboración de protocolos pertinentes. En los mismos términos pidieron se garantice su derecho al acceso a la información.

Esencialmente, y tal como surge de la reseña, los actores solicitaron al Poder Judicial que intervenga; pues para evitar la propagación de la enfermedad requerían una protección que se adecúe a sus circunstancias particulares.

En ese marco, el juez de primera instancia, en lo que aquí importa, como primera medida, ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) que elabore un Protocolo Específico de Análisis Acción y Prevención en materia de COVID-19 para aplicar, difundir y publicitar en villas, asentamientos y barrios vulnerables localizados en las comunas 4 y 8 de CABA.<sup>22</sup> Para resolver de esa forma, y luego de que la demandada evacuara el traslado pertinente, entendió que si bien se habían presentado documentos acerca del COVID-19, lo cierto era que “no surgía la existencia de un protocolo específico de acción y prevención en materia de COVID-19 para las villas, asentamientos y barrios vulnerables”.<sup>23</sup>

Asimismo, y a los fines de determinar la aplicación y ejecución de tales protocolos en el marco de dicho litigio estructural, el magistrado dispuso la creación de una mesa de trabajo conformada por los actores de la causa y otros organismos del Estado a los fines de conciliar soluciones plausibles para el caso en análisis.

Luego, y a pedido de partes que adhirieron a la demanda colectiva, el magistrado resolvió ampliar dicha decisión cautelar y dispuso que el protocolo ordenado en la primera medida cautelar debía aplicarse también para otros barrios y asentamientos vulnerables de la CABA que no se encontraran en

---

<sup>20</sup> Fallos 328:1708.

<sup>21</sup> Juzg. CAyT N° 24, CABA, “Álvarez Ignacio y otros c/GCBA s/amparo-otros”, Expte. N° 3429/20.

<sup>22</sup> Juzg. CAyT N° 24, “Álvarez, Ignacio y otros c/GCBA s/amparo-otros”, Expte. N° 3429/20, sentencia del 21/5/20.

<sup>23</sup> Juzg. CAyT N° 24, ídem.



las comunas 4 y 8.<sup>24</sup> Posteriormente, y a raíz de una presentación efectuada por uno de los integrantes del proceso, el magistrado expresamente entendió

como barrio vulnerable [...] aquellos integrados por personas que, como mínimo –en los términos identificados en el Decreto 358/2017–, conformen grupos de 8 familias agrupadas o contiguas; que no puedan satisfacer sus necesidades esenciales y, en este contexto de emergencia, requieran especial asistencia por parte del Estado.<sup>25</sup>

Aunque si bien la Sala II del fuero revocó parte de estas estas decisiones,<sup>26</sup> lo atinente a la elaboración del Protocolo de acción y prevención para los barrios y asentamientos vulnerables de la comuna 4 y 8 fue confirmado por dicho tribunal, como así también lo referente a la conformación de las mesas de trabajo.

## B) “Donda”<sup>27</sup>

Este proceso se inició en el 2019, a los fines de hacer cesar la omisión del Estado de asistir a las personas en situación de calle y en riesgo de estarlo de acuerdo a lo previsto en las leyes N° 3706 y N° 4036. La primera protege los derechos de las personas en situación de calle o en riesgo de estarlo; y la segunda resguarda los derechos sociales de las personas que atraviesan estados de vulnerabilidad social. Esencialmente, solicitaron la readecuación de la asistencia económica por parte del Estado y la elaboración de un plan integral de protección de las personas en situación de calle o en riesgo de estarlo, que provea efectivamente el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley N° 3706.

Sin embargo, en el marco de la pandemia, uno de los coactores solicitó como medida cautelar: (i) que se incluyera en hoteles o en viviendas sociales a todas las personas en situación de calle; (ii) que no se alojara a personas en situación de calle en los dispositivos de emergencia; (iii) disponer de hoteles de la misma calidad y atención que los utilizados para los repatriados habitantes de la CABA –que tuvieran que hacer cuarenta–; (iv) adoptar medidas adecuadas para atender los problemas de salud de las personas en situación de calle; (v) la creación de un comité de monitoreo y control integrado por diversos actores sociales a los fines de evaluar y supervisar que se respeten todas las medidas de seguridad y se garanticen los derechos de las personas en situación de calle; y (vi) establecer medidas especiales para garantizar la vacunación contra la gripe, de las personas en situación de calle.

24 Juzg. CAyT N° 24, “Álvarez”, decisorio del 29/5/20.

25 Juzg. CAyT n° 24, “Álvarez”, decisorio del 6/7/20.

26 En sus decisiones, en lo que aquí importa, la Sala II revocó parte de la medida cautelar por encontrarla parcialmente abstracta; y revocó la decisión de primera instancia en cuanto otorgó legitimación a los actores en su carácter de presidente de las comunas 4 y 8. Como así también la resolución del 6/7 que definió lo que a criterio del juez era barrio vulnerable.

27 Juzg. CAyT N° 13, “Donda Pérez Victoria Analía y otros c/GCBA s/amparo-salud-otros”, Expte. N° 5484/2019.

En ese marco, y luego de analizar las constancias que le fueron arrojadas al expediente, el titular a cargo del juzgado entendió que las medidas adoptadas para tutelar el derecho a la salud del colectivo en la red de paradores y alojamientos podrían haber resultado insuficientes y generado contagios masivos; y, en consecuencia, intimó al GCBA a que en un breve lapso de tiempo individualice las medidas adoptadas para cada una de las situaciones que se plantearon en el expediente. Y en caso de que no existieran las medidas pertinentes, ordenó que se elaboraran.

Dicha decisión fue confirmada por la mayoría de la Sala I del fuero.<sup>28</sup> Quienes, expresamente sostuvieron que no podía soslayarse que la cuestión se enmarcaba en la situación de emergencia sanitaria suscitada como consecuencia de la pandemia causada por el COVID-19 e involucraba a personas en situación de vulnerabilidad social o de emergencia por encontrarse en situación de calle o en riesgo de estarlo.

### C) “Sánchez”<sup>29</sup>

Esta causa fue iniciada en el 2012 por integrantes del colectivo de artesanos que despliegan su actividad en la calle Perú de la CABA a los fines de resguardar sus derechos al trabajo, a la vida, a la vivienda, a la salud, a la autonomía personal, a un nivel de vida adecuado y a la dignidad. Indicaron que si bien la legislatura local había dictado la Ley N° 4121,<sup>30</sup> y se había creado un espacio para encontrar una solución sobre la ocupación del espacio público en la calle Perú, lo cierto era que no se había acordado –a la fecha de promoción del amparo– una solución a dicho conflicto. Motivo por el cual los actores se vieron obligados a iniciar acción de amparo, a los fines de que se arbitren las medidas necesarias para resguardar sus derechos.

En el marco de esta causa, los representantes de los actores se presentaron en el mes de abril y denunciaron la situación de emergencia que estaban atravesando los artesanos como consecuencia del cese total de actividades desde el mes de marzo. Destacaron en su planteo que los actores no podían acceder a la asistencia brindada por el Estado nacional por no abarcar a los artesanos y manualistas. Y, en ese contexto, solicitaron un ingreso de emergencia para hacer frente a la situación de precariedad y vulnerabilidad que se encontraban atravesando.

Frente a este planteo, el magistrado a cargo del proceso dictó una medida cautelar en la cual ordenó a la demandada que les abonara a los actores una suma mensual de pesos diez mil (\$10.000) desde el mes de junio y hasta tanto continúen las medidas del ASPO y la consecuente imposibilidad de ejercer la tarea de elaboración y ventas de artesanías en la feria artesanal ubicada en la calle Perú.<sup>31</sup>

28 Juzg. CAyT N° 13, Sala I *in re*, “Donda Pérez Victoria Analía y otros c/GCBA s/incidente de medida cautelar-amparo-salud-otros”, sentencia del 12/8/20 (Mayoría conformada por los Dres. Balbín y Schafrik. Disidencia: Dra. Díaz).

29 Juzg. CAyT N° 2 *in re*, “Sánchez María Isabel y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)”, Expte. N° 43301. 30 Ley N° 4121 (BOCABA, 10/2/2012).

31 Juzg. CAyT N° 2 *in re*, “Sánchez María Isabel y otros c/GCBA s/ otros procesos incidentales –amparo– (art. 14, CCABA)”, Expte. N° 43301/2012-5, sentencia del 29/5/2020.

Para resolver en tal sentido destacó que el Estado no podía dejar abandonada a su suerte a las personas que, como consecuencia de las medidas adoptadas para evitar la propagación de la enfermedad, se ven privadas de realizar la actividad productiva mediante la cual obtiene los medios para atender sus necesidades básicas. Así, y frente a la situación de emergencia que estaban atravesando los actores al no poder desarrollar sus actividades, ordenó la asistencia pecuniaria por parte del Estado a los actores.

Decisión que fue confirmada por la mayoría de la Sala I del fuero.<sup>32</sup> En dicho decisorio, al momento de desestimar la queja impetrada por la demandada vinculada al principio de congruencia, expresamente se sostuvo que si bien era cierto que el objeto del amparo no consistía en una asistencia económica para los actores, también lo era, que la pretensión de fondo se vinculaba con el derecho a trabajar y de esa manera procurarse un ingreso de subsistencia. Desde esa perspectiva se sostuvo que

las especiales circunstancias imperantes en la actualidad justifican la adopción de una medida cautelar que [...] tiende a morigerar los efectos que las decisiones públicas adoptadas en razón de la pandemia proyectan sobre la actividad cuya continuidad y regularización se persigue en este proceso.<sup>33</sup>

Por otro lado, se indicó que contrariamente a lo sostenido por el Estado, la medida cautelar otorgada no constituía un privilegio para los actores. Ello por cuanto el grupo actor no se encontraba habilitado para ejercer su trabajo a diferencia de otras actividades, como así tampoco su sacrificio había sido morigerado a través de la percepción de algún subsidio o asistencia. Y de igual manera indicó que la suma que se condenó a la demandada a abonar tampoco resultó antojadiza, pues coincidía con el monto del ingreso familiar de emergencia (IFE) previsto por el Decreto N° 310/2020.<sup>34</sup>

Desde allí, se resaltó que el Poder Judicial no puede arrogarse facultades que se encuentran reservadas a otros poderes del Estado, pero lo que sí puede y debe hacer es ejercer la función judicial, dentro de la que se encuentra comprendida la potestad de juzgar, entre otras cuestiones, la constitucionalidad de las decisiones estatales (por acción u omisión).

32 CAyT, Sala I *in re*, "Sánchez María Isabel y otros c/GCBA s/incidente de apelación -amparo- (art. 14, CCA-BA)", Expte. N° 43301/2012-7, sentencia del 19/8/2020 (Mayoría integrada por los Dres. Balbín y Schafrik. Disidencia: Dra. Díaz).

33 CAyT, Sala I *in re*, "Sánchez", voto del Dr. Balbín.

34 Decreto que se emitió a los fines de otorgar una prestación monetaria no contributiva de carácter excepcional destinada a compensar la pérdida o grave disminución de ingresos de personas afectadas por la situación de emergencia sanitaria declarada por el Decreto N° 260/20 y demás normas complementarias.

## D) “ACIJ”<sup>35</sup>

Esta causa, tal como fuera expuesto, es un proceso en el cual vecinos y organizaciones sociales solicitaron al GCBA que elabore un plan integral para solucionar las falencias de la prestación del servicio de electricidad del barrio 21-24 de CABA, que desde hacía muchos años ocasionaba grave perjuicios a sus habitantes. Dicho proceso fue iniciado en el 2010 y durante su trámite se fueron sucediendo diversas incidencias que motivaron distintas intervenciones de la Sala I del fuero Contencioso, Administrativo y Tributario.

En este contexto, me parece útil traer al análisis la incidencia que se generó respecto de una de las coactoras, Benítez Demetria. Sucintamente, la vecina había resultado afectada por un incendio que se ocasionó por una explosión de una cámara transformadora por el riesgo eléctrico que padece el barrio y, en consecuencia, debió abandonar su hogar y sus pertenencias. En ese contexto, y como medida cautelar, la Sala I le ordenó al GCBA que en forma inmediata disponga las medidas tendientes a asegurar que las familias afectadas por los incendios no queden en situación de calle.

Así planteada la cuestión, encontrándose la Sra. Demetria incluida en el Programa Atención para Familias en Situación de Calle, y en consecuencia alquilando una habitación en un hotel, en el mes de agosto en el marco del aislamiento solicitó al GCBA que le readecuara el monto para el alquiler, debido a que el mismo había aumentado su canon locativo.

El juez de primera instancia hizo lugar al pedido y manifestó que las previsiones establecidas en el Decreto N° 320/2020<sup>36</sup> –que estableció entre otras cuestiones la suspensión del aumento de alquileres– no constituían un obstáculo para acceder a la petición de la actora, pues se encontraba acreditado el aumento del alquiler y su parte estaba obligada a asistir a la actora en la situación que atravesaba. Y en ese entendimiento ordenó que se incrementara el subsidio habitacional que percibía en el marco del Programa Atención para Familias en Situación de Calle.

Clarificado entonces estos precedentes, avancemos con algunas reflexiones.

## V. Decisiones virtuales y el derecho en hechos

De acuerdo a la reseña efectuada en el apartado anterior podemos advertir, por un lado, en el caso “Álvarez”, referente a los protocolos para los barrios y asentamientos vulnerables de la CABA, que la pretensión se estipuló sobre dos ejes esenciales, el derecho de acceso a la información y el derecho a la salud.

La decisión judicial adoptada en la primera medida cautelar, en la que se ordena la elaboración del protocolo y la conformación de la mesa de trabajo, evidencia –cuanto menos– las siguientes observaciones. Por un lado, el magistrado advirtió la ausencia del Estado en este sector de la población, frente

35 Juzg. CAyT N° 4 *in re*, “Asociación Civil por la Igualdad y Justicia (ACIJ) y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)”. Expte. N° 39716/0.

36 Decreto N° 320/2020 (BO 29/3/2020).

a la falta de un compendio de medidas específicas para el grupo que estaba solicitando protección en este marco de emergencia sanitaria; y en contexto, arbitró las medidas necesarias para que se brindara la asistencia inmediata a los habitantes de los barrios involucrados.

Por el otro, considerando que el caso era un litigio estructural, a los fines de la implementación del protocolo entendió pertinente la conformación de mesas de trabajo para que participen las partes involucradas y se dialogue su elaboración e implementación.

Ambas decisiones importan una respuesta a un reclamo judicial en el marco de la pandemia. Y quiero detener la reflexión especialmente sobre la segunda observación: la creación de la mesa de trabajo.

La herramienta del diálogo y la participación de los distintos actores bajo la dirección del juez a cargo del proceso evidencia la inclusión de una alternativa de resolución de conflictos que en los últimos tiempos el Poder Judicial incorporó en los procesos, teniendo en miras la resolución eficaz de un conflicto, que dista de ser circunstancial. Resulta útil recordar en este sentido que la inclusión de este tipo de métodos permite encontrar soluciones que se adecuan más fácilmente a los términos del conflicto. Posibilitan tener especialmente en cuenta las “prioridades” de las partes. Conforman una tendencia que auspicia un “derecho administrativo dúctil” que supera la contraposición tradicional entre administración pública/ciudadano y se inspira en el diálogo.<sup>37</sup>

En el caso “Donda”, la orden preliminar del magistrado de solicitar que la contraria acompañe la información requerida y la elaboración de las medidas de protección para la contención de la propagación del virus para las familias en situación de vulnerabilidad social en situación de calle; también importó una respuesta a un grupo desprotegido y en extrema exposición de contagio de la enfermedad. Recordemos que estamos hablando de grupos en situación de calle o inminente situación de calle.

Por otro lado, en el proceso de “Sánchez” la respuesta del tribunal (primera y segunda instancia) importó una tutela a un grupo de trabajadores afectados por las consecuencias de la pandemia, que por sus particularidades se encontraban excluidos de la asistencia que el Estado había brindado para varios sectores de la población. Asimismo, este caso evidencia la atenuación de los formalismos, cuya aplicación sin flexibilidad muchas veces ocasiona la vulneración de la garantía de acceso a la justicia.

Y aquí no debe perderse de vista, cuanto menos, dos cuestiones. La primera, que estamos frente a procesos colectivos y su trámite específico aún no se encuentra regulado, de manera que su despacho y ejecución es una mixtura entre los códigos procesales y los criterios de los jueces y juezas a cargo de su ejecución. Y la segunda observación, vinculada a esta primera reflexión, tiene que ver con la forma de aplicar las normas procesales a un conflicto colectivo donde se discuten derechos sociales y ejecución de las decisiones judiciales –más aún en este contexto de extremada urgencia y necesidad– que deben poder efectivamente tutelar las garantías protegidas en dichos procesos.

<sup>37</sup> Masucci, A. (enero-abril de 2009). El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el derecho administrativo. Esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa. *Revista de Administración Pública* (178), Madrid, 14-15.

La flexibilización de la preclusión y de la congruencia, entre otros, son condiciones necesarias para el dictado de una sentencia justa sustentada en la realidad litigiosa, en el marco de una justicia de resultados. Las reglas procesales estampadas en el Código no pueden ser leídas en clave de su sola y dogmática textualidad, sino, antes bien, en función de tales valores y principios, que se resumen y compendian en los contenidos, antes referidos, de la tutela judicial efectiva.<sup>38</sup>

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha desestimado decisiones basadas en un apego excesivo a las formalidades de los procedimientos incompatibles con el derecho de defensa.<sup>39</sup>

Y, por último, el caso “ACIJ”. Esta es una causa donde los derechos a la vida, a la dignidad y a la vivienda digna se encuentran en discusión hace muchos años. Si bien en el caso se dictó la sentencia de fondo y se encuentra en vías de ejecución, la decisión reseñada quiso traer al análisis el estudio de un argumento que planteó el Estado frente a una demanda de asistencia en el marco de esta pandemia y de evidenciar, desde la perspectiva de la reflexión que hoy nos convoca, de qué manera dicha defensa fue desvirtuada, sin que pueda argumentarse sobre una norma de asistencia estatal en oposición a los derechos de los particulares.

## VI. Palabras finales

En la trágica actualidad en la que nos enfrentamos a una situación de emergencia sanitaria, social, económica, el acceso a una tutela judicial efectiva no puede verse limitado ni cercenado, pues su denegatoria en este contexto puede ocasionar perjuicios irreparables. Ello no significa que se deposite en el Poder Judicial una función que no le es propia, una tarea que no le corresponde. Es inveterada la jurisprudencia y doctrina internacional y local, que reconoce que el Poder Judicial –sin invadir las esferas propias de otros poderes– debe procurar el fiel cumplimiento de las garantías previstas en la Carta Magna y en ese entendimiento, sus decisiones no deben reposar en expresiones dogmáticas huérfanas de sustento y deben orientarse hacia la resolución efectiva del conflicto. Más aún frente a casos como los aquí analizados, donde las decisiones afectan a grupos de personas que por encontrarse atravesando situaciones de vulnerabilidad social requieren de mayor asistencia del Estado.

El operador jurídico representante de este poder, en el que el particular traslada sus demandas, no puede desentenderse de las circunstancias que rodean los procesos. El derecho sin apelación a la emoción es prácticamente impensable.<sup>40</sup>

Y debe buscar dentro del marco normativo aplicable a cada uno de los casos la solución que mayor protección otorgue. Es que con mayor fuerza, dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo

38 Berizonce, citado por Peyrano, J. W. (11/10/2019). Tratamiento general de la flexibilidad procesal. *La Ley*, 1 - LA LEY2019-E, 1177, p. 1.

39 *Fallos* 306:1715.

40 Nussbaum, M. C. (2017). *El ocultamiento de lo Humano. Repugnancia, vergüenza y ley*. Buenos Aires: Katz, p. 18.

la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad.<sup>41</sup>

Desde esta perspectiva, decisiones como las reseñadas evidencian un poder judicial que, en este contexto de urgencia social, dan respuesta a una demanda de protección jurídica de los derechos consagrados en la Constitución. Y aquí vale advertir que, aunque ello no siempre sea así, debe procurarse un derecho administrativo que coadyuve a recrear condiciones más igualitarias y con mayor razón en sociedades con sectores estructuralmente excluidos.<sup>42</sup>

---

41 Corte IDH. *Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20 (9/4/20). Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales*. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion\\_1\\_20\\_ESP.pdf](https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf)

42 Balbín, C. F. (28/5/2014). Un Derecho Administrativo para la inclusión social. *La Ley*, 2014-C, 864, 14.





# “No hay que tenerle prejuicios al teletrabajo”

## Conversaciones con Vanesa Siley



*Martin Cormick*

Vanesa Siley es, además de secretaria general de la Federación de Sindicato de Trabajadores Judiciales (FE SITRAJU), y secretaria general adjunta de la seccional CABA de dicho sindicato, diputada nacional. En ese rol, no solo representa al cuerpo en el Consejo de la Magistratura, sino que preside la Comisión de Legislación Laboral de la Cámara, siendo la primera mujer en hacerlo, comisión en donde se gestó la ley que regula el teletrabajo (Ley N° 27555).

Mujer y dirigente sindical son conceptos que en Argentina se dan poco y nada. Más nada que poco. Si en Argentina hay bajo porcentaje de mujeres dirigentes, esta tendencia se profundiza en el mundo sindical. “Como en todos lados, tenés que trabajar el doble si sos mujer, todo el tiempo rendís examen, tenés que siempre demostrar que sos capaz para estar ahí”.

Respecto de la Ley de Teletrabajo, rememora que “vienen discutiéndose proyectos desde 2002, o el que presentó Tomada en 2007, pero no se avanzó hasta este año, en donde, producto de la pandemia, el tema se volvió prioritario, existió una demanda social en concreto que atender, en donde debíamos regular esta modalidad de trabajo. Se tomaron cosas de los 21 proyectos existentes y se votó el dictamen casi en unanimidad”. “Al haberse establecido como modalidad de trabajo –agrega– posee todos los institutos y las garantías de cualquier otra modalidad”. Por supuesto que, como bien sostiene Vanesa, “es una ley marco, o sea que constituye el *piso*, que puede claramente ser mejorado por los Convenios Colectivos”. Además, está escrito con el lenguaje inclusivo, todo un avance en el derecho laboral. Por su parte, “la desconexión laboral es la herramienta que permite garantizar el derecho a la

jornada laboral. Fuera de esa jornada no sólo la persona empleada tiene derecho a no leer, sino que la empleadora no puede enviar, cosa que torna más operativo el ejercicio de dicho derecho”. Otro de los derechos es el derecho a la reversibilidad. Es la posibilidad de quien opta por, habiendo elegido pasar a la modalidad de teletrabajo, revertir y retornar a la modalidad presencial. Como bien sostiene Siley, “no procede ante imposibilidad material. Esto es, si el empleador vende la sede de la oficina, se admite como excepción”. Ello, dado que cuando uno acepta pasar a modalidad de teletrabajo, no siempre advierte si el hogar está en condiciones de ser su nueva sede laboral. “Esto, sin embargo, está bastante silenciado en los comentarios de empresarios”. Finalmente, las tareas de cuidado: la ley permite, cuenta Vanesa, que “quienes cuidan a alguien se les permite cortar, dividir la jornada”. “Y –agrega Vanesa– si bien no lo dice, este artículo protege mucho más a mujeres, que son las que en definitiva se dedican a estas tareas”.

Un tema no menor –en su rol de dirigente gremial– es cómo se imagina en este nuevo mundo –con teletrabajo con modalidad instalada más allá de la pandemia– la relación de los sindicatos con sus afiliados/as. Entiende Vanesa que “claramente, hay que mejorar la comunicación, va a ser muy importante”. “Sin embargo, por ejemplo, antes un delegado o delegada iba un rato a hablar con algún afiliado o afiliada y ese era el único contacto presencial contra la permanente presencialidad del jefe. Ahora –concluye– el jefe queda a la misma distancia, en ese sentido se igualó”. No obstante, remarca que el rol de los sindicatos sigue vivo, más vivo que nunca, porque se afilió mucha gente de forma virtual por los nuevos inconvenientes laborales que genera la propia pandemia. Entre ellos, una demanda a toda hora que demuestra la necesidad del derecho a la desconexión digital. “La nueva forma de protestar será –entonces– una desconexión masiva desde sus casas”.

Respecto de la ley, aunque de aplicación únicamente para el mercado laboral del sector privado, “termina siendo una base, una referencia, un faro, que se utiliza en el sector público nacional y provincial para adaptar convenios colectivos de distintas áreas”.

En definitiva, “no hay que tenerle prejuicios al teletrabajo”, nos resume, aunque “tampoco hay que enamorarse. Habrá que defender los derechos que defendemos hoy con otras herramientas. Hay temores, lógico, como todo cambio, pero debemos adaptarnos”.

# El teletrabajo desde el enfoque crítico tutelar de las relaciones laborales

## Conversaciones con Mario Gambacorta



*Gonzalo Gastón Semeria*

Mario Gambacorta es doctor en Ciencias Jurídicas y profesor titular del Área de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la UNPAZ. También es docente de grado y posgrado en UBA, FLACSO, UMET, UMSA y UNLZ. Investigador y autor de libros, artículos y publicaciones.

Desde un enfoque crítico tutelar de las relaciones laborales, el cual está vinculado con la teoría crítica del derecho, Mario nos invita a pensar las relaciones del trabajo y, en particular, el teletrabajo resaltando la compleja trama política y social en torno a la legislación laboral.

A continuación, les compartimos parte de la conversación que mantuvimos con Mario Gambacorta el 2 de noviembre.

**Revista AB:** Podríamos afirmar que “teletrabajo” es una de las “nuevas” palabras incorporadas en el imaginario colectivo de la pandemia. Ahora bien, ¿el teletrabajo es un fenómeno novedoso o una práctica ya conocida en el mundo del trabajo?

**Mario:** No es algo novedoso. De hecho, previo a la pandemia, ya se daba en algunos ámbitos determinados. Sin embargo, considero que no podemos afirmar que era una práctica habitual o naturalizada en el mundo del trabajo en Argentina.

En alguna medida el teletrabajo contemplaba situaciones especiales de sectores productivos particulares. Esto, más allá del interés de algunos grupos empresariales de avanzar cada vez más en esta modalidad, en

vista de flexibilizar aspectos de la relación laboral en línea con la reducción de costos, presentando para ello supuestas bondades como la “libre” organización del trabajo desde el hogar, la reducción de traslados al lugar de prestación de servicios y hasta la no contaminación que ello podría conllevar.

En este sentido, la falta de una regulación específica siempre dio lugar a incertidumbres y debates en torno a esta modalidad. Y ratificando estos términos, debemos remarcar que es una modalidad especial y no la regla para trabajar. De hecho, en algunos ámbitos puntuales donde se asimiló, se mantenía la presencialidad periódica. Esto último, por ejemplo, en dependencias estatales nacionales.

**Revista AB:** La Ley N° 27555, que crea el contrato de teletrabajo, difiere su entrada en vigencia pasados los noventa días de finalizado el ASPO. De modo que las distintas formas de trabajo remoto que hoy son la cotidianeidad de muchos/as trabajadores/as no se encuentran alcanzadas por la misma. Es, entonces, una ley pensada para el futuro del trabajo en la pospandemia. ¿Resulta positivo, entonces, que esta forma de relación laboral sea regulada?

**Mario:** Me parece positivo que se establezcan regulaciones en cuanto reflejen un enfoque crítico tutelar de las relaciones laborales, categoría que entronco con una intervención protectoria por parte del Estado (cualquiera sea el poder que intervenga) y en cuanto no se torne una injerencia indebida. Y en el marco del enfoque crítico tutelar, prefiero hablar del trabajo del futuro antes que del futuro del trabajo.

Sin embargo, la Ley N° 27555 me deja varias dudas en términos de prospectiva; por ejemplo, por qué su entrada en vigor fue prevista luego de noventa días contados a partir de la finalización del período de vigencia del ASPO. Entiendo que la mayor necesidad en cuanto a la implementación de esta modalidad se está dando durante la pandemia, donde algunas de las temáticas que contiene la ley hubiera sido interesante que se instrumentalizaran ampliando y superando el espectro de la normativa de emergencia que, si bien fue útil en el inicio, con el tiempo es dable apreciar que se han profundizado problemáticas y desigualdades para quienes tienen que trabajar dentro de esta modalidad.

En cuanto a la modalidad de teletrabajo, considero que el marco normativo de base debería siempre facilitar y no ser nunca un obstáculo para la configuración de mejores derechos a través de la negociación colectiva en cuanto al desarrollo de esta modalidad; y sobre todo que no se la quiera imponer por esa vía.

Observo, en tal sentido, que lo establecido en el artículo 3ro., in fine, de la Ley N° 27555, en cuanto a que los convenios “deben, acorde a la realidad de cada actividad, prever una combinación entre prestaciones presenciales y por teletrabajo”, no puede ser entendido como una imposición –inaceptable en términos de libertad de negociar y autonomía colectiva de los actores sociales–, ya que las partes hasta podrían ser obligadas a negociar pero no a acordar.

Entre los aspectos positivos de la Ley N° 27555, destaca, en mi opinión, el reconocimiento del derecho a la desconexión, el cual me parece sumamente relevante en términos de lo que suelo caracterizar como una intervención tutelar estatal. Pero en otros artículos de la norma se colige, en la práctica, que persistiría la posibilidad de incumplimientos o fraudes a la normativa laboral. Por lo cual se requerirán acciones

complementarias por parte de la autoridad estatal y las organizaciones sindicales; todo ello sin dejar de apostar a las posibilidades de autorregulación por las partes en el marco de la negociación colectiva.

Sin perjuicio de lo anterior, creo que la forma en que se viene implementando la modalidad de teletrabajo requiere cuanto antes un mayor estudio y análisis de otros efectos sobre la mayor o menor vida de relación en el ámbito laboral, y sus efectos, los cuales no son habitualmente contemplados y que estamos comenzando a percibir en términos no solo físicos sino psicológicos.

Es manifiesto el agotamiento que se expresa por muchas/os trabajadores ante esta modalidad. Concretamente, me refiero a los efectos del aislamiento, los cuales, aunque potencialmente atenuados, subsistirían en esta modalidad más allá de la pandemia. Y lo anterior lo señalo sin restar relevancia a otras dificultades, como las que eventualmente podrán producirse en cuanto a la fiscalización (entre otras cosas por potenciales problemas de competencias, amén de la determinación de la autoridad de aplicación), así como respecto de la efectiva vigencia de los derechos sindicales (los cuales requieren una interacción entre representantes y representados que no se garantizan solo con la normativización, sino que también requieren posibilidades efectivas de evitar la atomización del colectivo laboral).

**Revista AB:** La corriente crítica se preocupa por atender cómo los discursos políticos se entrecruzan con el derecho originando así un producto específico: la norma. Así, las leyes, los decretos, las sentencias, en alguna medida, serían el resultado de la articulación de múltiples discursos que circulan en una sociedad. En este sentido, ¿pensás que existe una vinculación entre el teletrabajo y el neoliberalismo?

**Mario:** Siempre sostuve que el teletrabajo no es bueno o malo en sí mismo. Esto se puede extender a otras aplicaciones tecnológicas en el marco de las relaciones laborales. Depende de cómo lo utilizemos y regulemos.

En tal sentido, creo que las palabras del Papa Francisco, en el marco de la encíclica *Laudato si*, son esclarecedoras en cuanto nos indica que “No debe buscarse que el progreso tecnológico reemplace cada vez más el trabajo humano, con lo cual la humanidad se dañaría a sí misma”.

Considero que el neoliberalismo se encuentra en una instancia en que la búsqueda de maximización de la ganancia descarta todo lo que no le es funcional; y el teletrabajo le puede servir para maximizar ganancias y, simultáneamente, fragmentar colectivos laborales debilitándolos en la defensa de sus derechos e intereses.

No podemos circunscribir el análisis del teletrabajo a una cuestión meramente tecnológica.

El trabajo y la dignidad que conlleva se encuentran en el centro de la organización de la vida humana si aspiramos a una sociedad con mayor justicia, y en cuanto a lo laboral, con mayor justicia social.

Cuando algunos señalan que la tecnología llegó para quedarse, me gusta advertir, entre otras reflexiones posibles, que también deberíamos preguntarnos: cómo, para qué; y si mejora nuestra calidad de vida o la afecta perjudicialmente. Está en nosotros domesticarla o padecerla.