



## BOLETÍN JURÍDICO N°17

**Dirección académica:** Patricio SAMMARTINO - Gabriela A. STORTONI

**Consejo de redacción:** Jimena Zicavo-Carlos Nielsen-Leandro Salgán-Martín Sánchez

### SUMARIO

#### 01 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. DEBIDO PROCESO LEGAL. Huelga. Declaración de ilegalidad. Despido. Sanción a trabajadoras y trabajadores sin ningún procedimiento previo. Art. 8 CADH. Garantías mínimas en función del debido proceso legal. Art. 25. Derecho a un recurso efectivo, útil para restituir al interesado en el goce de su derecho.**

- Aunque el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” para que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectar sus derechos.
- Cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal
- De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención, en la determinación de los derechos y obligaciones de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las personas tienen derecho a ser oídas, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.
- El incumplimiento de alguna de esas garantías implica la violación de dicha disposición convencional.
- En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos.
- El pleno respeto de las garantías del debido proceso legal es exigible a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas.
- El artículo 8 de la CADH consagra los lineamientos del debido proceso legal, que se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.

- El artículo 8.2 de la Convención establece las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados en función del debido proceso legal.
- El art. 8 CADH no se limita a procesos penales, sino que lo ha extendido, en lo pertinente, a procesos administrativos seguidos ante autoridades estatales y a procesos judiciales de carácter no penal en el ámbito constitucional, administrativo y laboral.
- Las garantías del artículo 8.2 de la Convención no son exclusivas de los procesos penales, sino que pueden ser aplicadas a procesos de carácter sancionatorio.
- Corresponde en cada caso es determinar las garantías mínimas que conciernen a un determinado proceso sancionatorio no penal, según su naturaleza y alcance.
- La decisión de la autoridad pública violó las garantías establecidas en el artículo 8.1 y 8.2 literales b y c, esto es, el derecho a ser oído, el derecho a conocer previa y detalladamente la acusación formulada y del derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para la defensa.
- El derecho a ser oído (art. 8.1 CADH) comprende el derecho de toda persona a tener acceso al órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones.
- Las garantías establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana suponen que las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos, de manera que puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones.
- El interesado tiene derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan.
- El Estado debe informar al interesado no solamente la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos.
- Los artículos 8, 25 y 1 de la Convención se encuentran interrelacionados en la medida que “[l]os [...] recursos judiciales efectivos [...] deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, [...] dentro de la obligación general a cargo de los [...] Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1.1)”<sup>87</sup>.
- El artículo 25 de la Convención permite identificar dos obligaciones específicas que recaen en los Estados. Así, la primera obligación consiste en consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven la determinación de los derechos y obligaciones de estas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o
- En cuanto a la efectividad del recurso, la Corte ha establecido que el sentido de la protección que garantiza el artículo 25 es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que una autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante, determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo.
  - **CorteIDH**, “Caso Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala, sentencia de 17 de noviembre de 2021.

## 02 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

**2.1. ACTO ADMINISTRATIVO. Suspensión en sede administrativa de un contribuyente en el Registro de Operadores en la Compraventa de Granos y Legumbres Secas. Verificación de incorrectas conductas fiscales. Dictamen jurídico previo. Suspensión administrativa con finalidad cautelar. Medida temporaria tendente a determinar si corresponde la exclusión del interesado del régimen especial al que adhirió.**

- La suspensión administrativa preventiva y provisional no debe confundirse con la imposición de una sanción administrativa -disciplinaria o represiva- llamada a restaurar el orden jurídico infringido.
- Corresponde revocar la sentencia de la Cámara que hizo lugar a la pretensión de amparo y declaró la nulidad del acto administrativo que suspendió al actor en el registro sin que se hubiese permitido ejercer, de modo previo a la sanción, la defensa de sus derechos subjetivos e intereses legítimos, por cuanto la suspensión temporaria y provisional del interesado no se adoptó con la finalidad sancionatoria de herir de manera definitiva al presunto infractor en su patrimonio sino para proteger el erario público hasta que concluyeran las tareas de fiscalización que el ente recaudador se encontraba obligado a realizar.

• **CSJN**, “*Vespasiani, Mario Oscar c/ AFIP s/ amparo ley 16.986*” de 15 de diciembre de 2022 ((con remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, Dra. Laura Monti).

**2.2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Requisitos de procedencia. Teoría del órgano. Falta de servicio. Inaplicación de la teoría del riesgo. La falta de servicio desplaza del derecho público otros factores de atribución de naturaleza civilista, como los previstos en el art. 1113 del CC relativo al riesgo de la cosa. Relación de causalidad. Deber de los jueces indagar con la mayor exhaustividad posible un ciclo más largo de hechos que permita asignar la responsabilidad del evento a quien realmente hizo posible el daño.**

En la especie, la CSJN revoca la sentencia de la cámara federal de Corrientes que endilgó responsabilidad al Estado Nacional con base en un factor de atribución ajeno a la falta de servicio. La decisión del a quo había considerado que la banquina de una ruta nacional era al momento de los hechos una cosa riesgosa cuya custodia se encontraba a cargo del estado nacional como “dueño o guardián”, en los términos del art. 1113, segundo párrafo, del código civil.

De esta manera, sostuvo el Tribunal, la sentencia de la cámara prescindió de los principios que regulan la responsabilidad estatal y, específicamente, del factor de atribución falta de servicio (previsto en el art. 1112 del CC) que exige indagar en las normas que regulan y estructuran los servicios brindados por las autoridades para demostrar concretamente su prestación irregular o defectuosa.

- Para tener por configurada la obligación estatal de resarcir debe acreditarse: a) la presencia de un daño cierto; b) que el Estado haya incurrido en una falta de servicio, tal como se concebía en el art. 1112 del Código Civil aquí aplicable en virtud de la fecha de los hechos; y c) la existencia de una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (Fallos: 328:2546 y 341:1555, entre muchos otros).
- La idea objetiva de falta de servicio supone que quien titulariza la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es

responsable de los daños causados por incumplimiento o su ejecución irregular (Fallos: 331:1690; 334:1036, entre muchos otros).

- La falta de servicio exige indagar en las normas que regulan y estructuran los servicios brindados por las autoridades para demostrar concretamente su prestación irregular o defectuosa.
  - Cuando la falta de servicio proviene de una omisión, según conocida jurisprudencia de esta Corte, exige una apreciación en concreto que tome en cuenta la naturaleza de la actividad estatal, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos: 343:184 y sus citas).
  - El Estado, al igual que todas las personas jurídicas, necesita de la actuación u omisión de personas físicas que tienen la función de hacer querer y actuar al ente ideal. De ahí que el primer problema a resolver es el modo en que dicha actuación se imputa al Estado, frente a lo cual el Derecho ha dado diferentes respuestas, algunas basadas en principios propios del Derecho Civil, como la teoría del mandato y de la representación legal, y otras basadas en la teoría del órgano (arg. doct. de Fallos: 327:5295).
  - La teoría del órgano que rige esta materia supone la imputación de la actuación (u omisión) de las personas físicas a la persona ideal, y ello exige verificar y diferenciar cuidadosamente los entes y órganos involucrados y las atribuciones e incumbencias que cada uno de ellos despliegan.
  - La falta de servicio supuso erigir una vía de atribución de responsabilidad que desplaza del terreno del derecho público otros factores de atribución de naturaleza civilista, como los previstos en el art. 1113 del CC, con relación al riesgo de la cosa
  - La falta de servicio no es suficiente por sí misma para dar nacimiento a la obligación estatal de resarcir, pues debe atenderse a la relación de causalidad entre ella y el daño ocasionado.
  - Los tribunales han de examinar meticulosamente si suprimida la conducta que se reputa ilegítima, el daño igualmente se hubiese consumado y todos los factores que a él contribuyen (doct. de Fallos: 317:1233; 329:2088; 330:2748).
  - En esa labor, tampoco pueden dejar de considerarse aquellos extremos que, parcial o totalmente, resultan aptos para interrumpir el nexo causal. En efecto, en no pocas ocasiones, las hipótesis que colocan al Estado en situación de responsabilidad suelen estar vinculadas a una previa situación fáctica generada por un particular que hizo posible la ocurrencia del acontecimiento. Para evitarlo, es deber de los jueces indagar con la mayor exhaustividad posible un ciclo más largo de hechos que permita asignar la responsabilidad del evento a quien realmente hizo posible el daño.
  - El Estado solo responde si incumplió con un deber legal que le impone obstar el evento lesivo, puesto que una conclusión contraria llevaría al irrazonable extremo de convertirlo en un ente asegurador de todo hecho dañoso que se cometiera (conf. doctrina de Fallos: 329:2088 y 332:2328).
  - Tal como lo ha expuesto esta Corte en diversas ocasiones en las que se ha pretendido responsabilizar al Estado por accidentes ocurridos en rutas, el ejercicio del poder de policía de seguridad no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (Fallos: 312:2138 y 325:1265, entre otros).
- **CSJN**, “Ceballos, Estefanía Itatí y otro c/ Dirección Nacional de Vialidad y otros s/ daños y perjuicios”, de 20 de septiembre de 2022.

### 2.3. MEDIDA CAUTELAR. Acción declarativa de inconstitucionalidad. Suspensión de los efectos de disposiciones legales emanadas del poder legislativo provincial.

- En principio, no proceden medidas cautelares respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan.
- Quien que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida precautoria debe acreditar prima facie la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora.
- Resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifican resoluciones de esa naturaleza (cautelares).
- Los recaudos de viabilidad la medida, como la solicitada, que pretende modificar el statu quo y altera el estado de hecho o de derecho existente deben ser ponderados con especial prudencia, toda vez que configura un adelanto de jurisdicción favorable.
- El peligro irreparable en la demora exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia definitiva.
- Debe desestimarse el pedido de medida cautelar por cuanto, hasta el momento, la provincia demandada no ha dispuesto ningún acto de gravamen sobre el predio objeto de la litis.

• **CSJN**, “Aeropuertos Argentina 2000 S.A. c/ Misiones, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad -incidente de medida cautelar”, de 6 de diciembre de 2022.

### 2.4. SANCIÓN DISCIPLINARIA. CESANTÍA. CONTROL JUDICIAL.

- Proceder del agente susceptible de justificar la desconfianza de sus superiores sobre la corrección con la que presta el servicio. Exceso de punición. Revisión. Peligrosa manipulación de la base de datos informáticos de la Inspección General de Justicia. Valoración del antecedente de hecho (causa). Alcance del control judicial de legitimidad. Exceso de jurisdicción.
- En la especie, la CSJN revocó la sentencia de la Cámara que declaró la nulidad de la cesantía impuesta al actor por Secretaría de Asuntos Registrales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

• **CSJN**, “Ramos Villaverde, Javier Marcelo c/ EN - M Justicia y DDHH s/ Marco de Regulación del Empleo Público Nacional - ley 25.164 - art. 40”, de 6 de diciembre de 2022 (con remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, Dra. Laura Monti).

### 2.5. AMPARO. VÍA JUDICIAL MÁS IDÓNEA. NATURALEZA DEL DERECHO.

- Si bien las sentencias que rechazan la pretensión de amparo carecen de la calidad de sentencia definitiva a los efectos del artículo 14 de la ley 48, por cuanto dejan subsistente la instancia ordinaria, la Corte Suprema ha sostenido que ello no obsta la procedencia del recurso extraordinario federal cuando lo resuelto causa un agravio de difícil o imposible reparación ulterior. En la

especie, as circunstancias del caso y la naturaleza de los derechos debatidos (cobertura de derecho a la salud) hacen que la reapertura del debate a través de los carriles ordinarios no satisfaga la exigencia de tutela judicial efectiva (art. 18, Constitución Nacional y arto 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

- Corresponde habilitar el recurso extraordinario cuando la decisión de los órganos de justicia locales no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa, o se realiza un examen de los requisitos que debe reunir la apelación con inusitado rigor formal que lesiona garantías constitucionales.
- La acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias, su exclusión no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias.
- El tribunal provincial resolvió con excesivo rigor formal. Apartándose de las circunstancias de la causa resolvió que la acción de amparo no es la vía procesal a fin de que la actora -que se desempeñó como docente en diversas instituciones educativas de gestión privada reclame su derecho a obtener la cobertura de salud del Instituto de Obra Social de Entre Ríos.
- El tribunal a quo interpretó con infundado ritualismo los recaudos para la admisibilidad del amparo al exigir que la actora acredite la ausencia de otra cobertura de salud, sin ponderar la naturaleza de los derechos implicados en la acción.
- La acción tiene por objeto asegurar el goce de los derechos a la vida y al disfrute del más alto nivel posible de la salud, que se encuentran ampliamente reconocidos en la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional; art. 4, 3 Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- La vía del amparo es particularmente pertinente cuando se trata de la preservación de la salud y la integridad psicofísica. La peticionaria pertenece al colectivo de personas mayores, cuyos derechos a la vida y a vivir con dignidad en la vejez, a la salud, y a la protección judicial efectiva, se encuentran especialmente protegidos por la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada por ley 27.360.
- El tribunal apelado interpretó y aplicó los requisitos del amparo regulado por la ley local, soslayando el derecho a una tutela judicial efectiva y a interponer un recurso rápido y sencillo ante tribunales competentes frente a la vulneración de derechos fundamentales (art. 43, Constitución Nacional y arts. 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos), más aun considerando que la determinación de la existencia o inexistencia del derecho de la actora no exige una mayor amplitud de debate o de prueba.

- **CSJN**, “G. P., E. N. c/ IOSPER s/ acción de amparo”, de 25 de octubre de 2022 ((con remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, Dra. Laura Monti).

## 2.6. LEGITIMACIÓN PROCESAL.

- La legitimación constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por el Tribunal.

- La existencia de un caso judicial es una precondition para la intervenci3n de los tribunales nacionales y constituye un requisito sine qua non de su accionar (articulo 116, Constituci3n Nacional; articulo 2º, ley 27). Su existencia es comprobable de oficio y en cualquier estado del proceso y su desaparici3n importa tambi3n la desaparici3n del poder de juzgar.
- La existencia de "caso" presupone la de "parte", esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resoluci3n adoptada al cabo del proceso.
- Para que exista un caso es imprescindible que quien reclama tenga un inter3s suficientemente directo, concreto y personal, -diferenciado del que tienen el resto de los ciudadanos- en el resultado del pleito que propone, de manera que los agravios que se invocan lo afecten de forma "suficientemente directa" o "substancial".
- No se admite una acci3n que persiga el control de la mera legalidad de una disposici3n.
- Si esta Corte —o cualquier otro tribunal nacional— interviniese en asuntos donde el peticionario carece de legitimaci3n transgrediría el severo límite al Poder Judicial que surge del articulo 116 de la Constituci3n y que es propio del esquema de divisi3n de poderes que ella organiza.
- Admitir una medida cautelar como la peticionada por quien carece ostensiblemente de legitimaci3n "deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la legislatura y lo expondría a la imputaci3n de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares" (Fallos: 336:2356, considerando 4º y sus citas).
- En materia de legitimaci3n procesal existen tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homog3neos.
- Cuando se trata de derechos de incidencia colectiva sobre intereses individuales homog3neos, el ordenamiento jurídico reconoce legitimados an3malos o extraordinarios pues permite que, en ciertas circunstancias, personas diferentes al afectado puedan accionar en defensa de esos derechos de incidencia colectiva, tal como sucede con las asociaciones que propendan a la defensa de esos derechos. Pero para ello es menester cumplir con determinados recaudos: la verificaci3n de una causa fáctica com3n, una pretensi3n procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y, como regla, la constataci3n de que el ejercicio individual de la acci3n no aparece plenamente justificado.
- En la especie, la actora interpuso una acci3n en representaci3n de los derechos puramente individuales de diversas entidades. Es decir, la asociaci3n actora no pretende representar intereses individuales homog3neos en los t3rminos del articulo 43, CN.
- Las personas jurídicas son sujetos de derecho diferentes de las personas que las integran y se constituyen para satisfacer determinados intereses comunes de los socios o asociados plasmados en su estatuto. La consecuci3n de tales intereses -y no otros- conforma el objeto social de la persona jurídica definido en su estatuto social, el cual debe ser "preciso y determinado".
- El estatuto social no es un acto de apoderamiento por parte de sus asociados, en virtud del cual la asociaci3n pueda ejercer la defensa en juicio de sus intereses individuales.
- Cuando una persona jurídica actúa siguiendo las pautas fijadas en el estatuto en beneficio del inter3s social, está ejerciendo un derecho propio. En cambio, los intereses puramente individuales de los socios son diferentes al inter3s social definido estatutariamente. Su titularidad corresponde a cada uno de

ellos y no a la asociación que integran. De allí, pues, que el interés de la asociación no equivale a la sumatoria de los intereses individuales de cada uno de sus integrantes.

- En autos, la acción ha sido interpuesta en defensa de los derechos puramente individuales de sus asociados, que fueron alcanzados por las normas tributarias cuya declaración de inconstitucionalidad se pretende. Tales derechos son diferentes a los que ostenta la asociación puesto que los tributos en cuestión afectan en forma individual el patrimonio de las empresas del sector.
- En pleitos de esa naturaleza corresponde a cada uno de los contribuyentes accionar en forma individual y probar la lesión al derecho subjetivo que entendieran afectado, teniendo en consideración -en particular- la necesidad de acreditar de manera concluyente la confiscatoriedad alegada.
- No existe una previsión normativa que habilite a la asociación actora a defender derechos puramente individuales de algunos de sus integrantes.
- Existen disposiciones que legitiman a ciertos sujetos a accionar en defensa de derechos cuya titularidad recae en otras personas: a) artículo 43 de la Constitución Nacional, que autoriza a ciertas asociaciones y al Defensor del Pueblo a defender los derechos de incidencia colectiva (sobre bienes colectivos o sobre intereses - 12 - individuales homogéneos); b) artículo 31 de la ley 23.551, que habilita a las asociaciones sindicales a defender derechos de los trabajadores; y c) artículo 52 de la ley 24.240, que regula específicamente las acciones colectivas en materia de defensa del consumidor. Ninguna de esas disposiciones es aplicable al caso.
- La asociación actora no tiene legitimación procesal para promover la presente demanda toda vez que no actúa para proteger intereses comunes de sus asociados y tampoco ha demostrado el perjuicio personal que le acarrearían las normas impugnadas. Antes bien, procura, la defensa de los intereses individuales de algunos de sus asociados.

• **CSJN**, “*Cámara Unión Argentina de Empresarios del Entretenimiento c/ EN - AFIP s/ inc. apelación*”, de 21 de diciembre de 2022.

## **2.7. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. FALTA DE SERVICIO. OMISIÓN.**

- La falta de servicio exige una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad estatal, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (ver Fallos: 343:184 y sus citas).
- Resulta arbitraria la sentencia del tribunal a quo por cuanto, a los fines de discernir la responsabilidad por omisión, no valoró adecuadamente si la omisión atribuida a la provincia de Tucumán de implementar un sistema de alarma de crecientes a efectos de prevenir a la población sobre sus eventuales consecuencias, podía constituir un incumplimiento de los deberes impuestos a la provincia por la ley de la Provincia de Tucumán N° 3921 que establece las obligaciones que atañen a la defensa civil consiste en adoptar medidas y actividades tendentes a evitar, anular o disminuir los efectos de la acción de la naturaleza o de cualquier desastre de otro origen sobre la población.
- El examen relativo al alcance de la ley 3921 resultaba conducente a efectos de verificar tanto la omisión en el cumplimiento del deber de seguridad atribuida a la demandada, como si aquella tenía la obligación de informar a los habitantes acerca de los riesgos existentes en el lugar, sobre todo si la zona era de fácil acceso (confr. Fallos: 333:1623).



- La responsabilidad de los estados provinciales y los municipios es una materia ajena a los principios del derecho privado, cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y es de resorte exclusivo de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 de la Constitución Nacional (“Barreto”, Fallos: 329:759).
- El deber de responder por los daños y perjuicios que el Estado ocasiona con su accionar encuentra su primer fundamento en los principios de legalidad, inviolabilidad de la propiedad e igualdad previstos en los arts. 19, 17 y 16 de la Constitución Nacional, respectivamente.
- El principio general que establece el art. 19 de la Constitución Nacional, según el cual se prohíbe a los ‘hombres’ perjudicar los derechos de un tercero, se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación, y la extensión que se confiera al principio alterum non laedere (no dañar a otros) merece toda la amplitud que amerita, evitando interpretaciones o limitaciones que impliquen “alterar” los derechos reconocidos por la Constitución Nacional.
- La idea objetiva de falta de servicio supone que quien titulariza la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para cumplir el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los daños causados por su incumplimiento o ejecución irregular (Fallos: 331:1690; 334:1036, entre muchos otros).

• **CSJN**, “González, Domingo Avelino c/ Provincia de Tucumán s/ daños y perjuicios”, de 6 de septiembre de 2022.

## 03 **CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL**

### **3.1. ADMISIBILIDAD DE LA PRETENSIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA. AGOTAMIENTO PREVIO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA.**

- Habilitación de la instancia. Art. 1º LNPA. Fuerzas armadas y de seguridad. Supuesto en el cual no es exigible el requisito de reclamar en sede administrativa con carácter previo al inicio del litigio judicial.
- Carácter conciliatorio del procedimiento administrativo. El procedimiento administrativo no es una instancia adversarial, sino una etapa conciliatoria, donde ambas partes colaboran a los fines de llegar a la verdad objetiva del caso en cuestión.
- Ritualismo inútil. En tanto en cuanto el ministerio del ramo contestó la demanda oponiéndose a la pretensión de la actora se consideró que el reclamo en sede administrativa habría corrido la misma suerte. En tales circunstancias, la Cámara considera que se vuelve una carga inútil o meramente ritual exigirle al interesado -antes de demandar en los tribunales- que solicite algo que se le va a denegar.

• **CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE TUCUMAN** “Vittar, Sara Lorena c/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación s/Impugnación de Acto Administrativo”, sentencia de 22 de abril de 2022.

### **3.2. MEDIDA CAUTELAR. DERECHO AMBIENTAL. LEVANTAMIENTO DE MEDIDA PRECAUTORIA. CONDICIONES. ARMONIZACIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO NACIONAL COMPROMETIDO CON EL AUTOABASTECIMIENTO DE HIDROCARBUROS CON LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE.**

- Levantamiento de medida cautelar. Continuidad de actividades prospección habilitadas por la autoridad nacional competente.
- Condiciones esenciales para ejecutar el proyecto. Cuidado del Monumento Natural Ballena Franca. Tutela del Agujero Azul. Inclusión de observadores permanentes del equipo Pampa Azul.
- Las actividades de prospección sísmica no deberán llevarse a cabo a una distancia menor a cincuenta (50) km. del sector que comprende la zona denominada "Agujero Azul".
- Las actividades propias del Proyecto deberán suspenderse inmediatamente, ante la verificación de cualquier acontecimiento que dañe sensiblemente al ambiente, tanto por parte de las autoridades administrativas o judiciales como por parte de los responsables de su ejecución.
- CÁMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA, "Godoy, Rubén Oscar c/ Estado Nacional - Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible s/ Amparo ambiental", de 5 de diciembre de 2022.

### **3.3. MEDIDA CAUTELAR. PRÓRROGA. RECAUDOS DE PROCEDENCIA. ART. 5 LEY 26854.**

- El magistrado de primera instancia debió haber conferido un traslado de la solicitud de la prórroga de la medida cautelar formulada por la parte actora.
- El juez de grado omitió examinar el recaudo establecido en el art. 5, cuarto párrafo, de la ley 26.854, en cuanto dispone que será de especial consideración para el otorgamiento de la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida.
- En la especie la actividad que ha desplegado la parte actora no puede ser calificada, en los términos prescriptos por el citado artículo 5 de la Ley 26.854, como dilatoria. Máxime si se observa que en el proceso principal tras haber obtenido el dictado de la medida cautelar no sólo ya ha sido diligenciado el oficio a la Procuración del Tesoro de la Nación de conformidad con lo dispuesto por el art. 8° de la ley 25.344 sino que el tribunal dispuso el traslado de la demanda y la actora notificó al Fisco Nacional (AFIP-DGA) y al Estado nacional.

• **CAMARA NACIONAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA III, "DANA GROUP SA c/ EN-M DESARROLLO PRODUCTIVO"** de 27 de diciembre de 2022.

### **3.4. DICTAMEN FISCALÍA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL**

#### **TUTELA AUTOSATISFACTIVA. SERVICIOS PÚBLICOS. TUTELA URGENTE DEL INTERÉS PÚBLICO. ARTÍCULO 17 LEY DE MEDIDAS CAUTELARES (26854).**

- Las medidas llamadas "autosatisfactivas" surgieron como una creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 320:1634). Han sido admitidas por parte de la doctrina como un proceso urgente no cautelar, despachable "in extremis", que carece de regulación específica y que implica un "anticipo de jurisdicción", al dispensar una satisfacción o efectividad inmediata y definitiva que agota y consume la litis, cuando por la singularidad del objeto litigioso se impone un pronunciamiento inmediato, en razón de la inevitable frustración del derecho que habría de devenir si no se concede la tutela requerida.

- Las medidas autosatisfactivas no pueden, sin más, ser asimiladas a las medidas cautelares, en tanto no son accesorias ni instrumentales a una acción principal. Por el contrario, tales medidas operan como reconocimientos definitivos sobre el mérito de una pretensión, a diferencia del instituto cautelar que pretende garantizar la eficacia práctica de la eventual sentencia
- El despacho de la medida autosatisfactiva reclama una fuerte probabilidad de que lo pretendido por el requirente sea atendible, y no la mera verosimilitud con la que se contenta la diligencia cautelar
- La pretensión autosatisfactiva de la actora - que en su condición de licenciataria del servicio público de distribución de gas por redes pide que se ordene la liberación del ingreso a las respectivas plantas de las demandadas para llevar adelante la urgente e imprescindible acción de corte físico y suspensión de la continuidad del suministro de gas, a los fines fin de preservar la operatividad del sistema de transporte y distribución de gas- no es en reclamo de un interés estrictamente individual, sino con el objeto de cumplir con sus obligaciones como "Operador del Sistema de Distribución de Gas", a fin de preservar el abastecimiento de los usuarios dentro de su área de servicio, así como la continuidad y regularidad del mismo.
- El transporte y distribución de gas natural, según lo ha definido el correspondiente marco regulatorio (conf. arts. 1° y 4° de la ley 24.076) constituyen servicios públicos realizados por personas de derecho privado a quienes el Poder Ejecutivo les confirió la correspondiente concesión, licencia o permiso.
- El Estado Nacional, a fin de garantizar el adecuado y eficaz funcionamiento del servicio público, asigna al licenciataria o concesionario privado una sucesión de funciones de control, que en doctrina se denominan "transferencia transitoria de potestades públicas". Ello independientemente del estricto y persistente control o supervisión del ente regulador sobre la actividad que la empresa prestadora realice en el ejercicio de dichas prerrogativas (Cfr. CNCAF, Sala II, "Mega S.R.L. c/Enargas s/ Art. 66-43-70 - Ley 24.076 - Enargas", 29/08/17).
- Según lo establecido por el ENARGÁS las licenciatarias deben siempre adoptar las medidas extrajudiciales y/o judiciales que estimen pertinentes, en virtud de su responsabilidad como operadores del sistema de distribución de gas, a efectos de asegurar el abastecimiento de sus usuarios ininterrumpibles dentro de su área de servicio, conforme se desprende de la normativa aplicable.
- Teniendo en cuenta: 1) la naturaleza de los intereses y derechos que se encuentran en juego, dada la naturaleza del servicio público involucrado; 2) las facultades que el Marco regulatorio y su reglamentación conceden al licenciataria a los fines de asegurar la regularidad del servicio; 3) la posición favorable del ENARGÁS a la pretensión de la actora; 4) la idoneidad que representa dicho Ente en la materia, que avala sus conclusiones acerca de la complejas situaciones fácticas como la presente, y su naturaleza eminentemente técnica, de las que sólo cabe apartarse -en este aspecto fáctico- mediando razones de grave entidad; y 5) la subsistencia de las circunstancias denunciadas, que impedirían a la licenciataria llevar a cabo la medida de corte solicitada (según surge de la demanda e informes producidos), se consideró que estaban reunidos los presupuestos excepcionales que ameritan, en el marco de este proceso, el dictado de la medida autosatisfactiva solicitada, referidos a la fuerte probabilidad de que lo pretendido por la requirente sea atendible, y la urgencia en prevenir un daño al sistema de transporte y distribución de gas.
- Dada la ausencia de regulación específica de medidas como la solicitada, cabe añadir que el ordenamiento procesal federal contempla la tutela

urgente del interés público comprometido por actos, hechos u omisiones que amenacen, interrumpen o entorpezcan la continuidad y regularidad de los servicios públicos (cfr. art. 17 de la ley 26.854).

- **DICTAMEN, en autos** “CAMUZZI GAS DEL SUR SA c/ COOPERATIVA DE TRABAJO FASINPAT LTDA Y OTROS s/AMPARO LEY 16.986”, *Fiscalía en lo Civil y Comercial y Contencioso Administrativo Federal N° 8, a cargo de Fabián O. CANDA, de 26 de agosto de 2022.*

## 04

### PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN

#### DECLARACIÓN DE LESIVIDAD. INSTRUCCIÓN A LA DNV PARA QUE POSTULE UNA PRETENSIÓN PROCESAL DE NULIDAD DE LOS DECRETOS 607/2018 Y 608/2018

##### 4.1. DICTAMEN PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN N° IF-2022-95926269-APN-PTN de 12 de septiembre de 2022

- El límite de la potestad anulatoria de la Administración se encuentra marcado por la estabilidad del acto administrativo.
- La estabilidad del acto administrativo se presenta como una garantía a favor del particular destinatario del acto administrativo favorable y, a la vez, límite a la prerrogativa.
- La acción de nulidad a la que alude el art. 17, segunda parte de la LNPA, se trata, en rigor, de la denominada acción de lesividad.
- La pretensión procesal administrativa de lesividad tiene por objeto esencial el restablecimiento del imperio de la juridicidad vulnerada por un acto viciado de nulidad absoluta pero que, por haber generado derechos que se estén cumpliendo, su subsistencia y efectos sólo pueden enervarse mediante una declaración judicial.

##### 4.2. DECRETO 633/2022

- Declaración administrativa de lesividad al interés general de los Decretos 607 y 608 de 2018 que aprobaron los Acuerdos Integrales de Renegociación Contractual de los Contratos de Concesión del Acceso Norte y del Acceso Oeste a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en virtud de lo expuesto en el considerando de la presente medida.
- Se instruye a la DNV interponer, por conducto de sus órganos dependientes, la pertinente acción de lesividad con el objeto de obtener la declaración judicial de nulidad de los Decretos 607 y 608 de 2018

## 05

### CLÁSICOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

#### A 150 AÑOS DEL CÉLEBRE “ARRET BLANCO”

**FRANCIA. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE.**

- La responsabilidad del Estado frente a los particulares no se puede regir por los principios establecidos en el Código Civil
- La responsabilidad del Estado se rige por normas especiales que varían en función de las necesidades del servicio y de la necesidad de conciliar los derechos del Estado con la de los privados

**Tribunal de Conflicto, 8 de febrero de 1873**

*Visto el escrito de incoación, de 24 de enero de 1872, por el que Jean Y... hizo citar, ante el tribunal civil de Burdeos, al Estado, en la persona del prefecto de la Gironda, Adolphe Z... , Henri X..., Pierre Monet y Jean A..., empleados de la fábrica de tabacos de Burdeos, pues, dado que, el 3 de noviembre de 1871, su hija Agnès Y..., de cinco años y medio, transitaba por la vía pública frente al depósito de tabaco, cuando un carro empujado desde el interior por los empleados antes mencionados, la atropelló y le pasó por encima del muslo, por lo que tuvo que ser amputada; que dicho accidente es imputable a culpa de dichos empleados, a condenar solidariamente a dichos empleados como coautores del accidente y al Estado como civilmente responsable por el hecho de sus empleados, a pagarle la suma de 40,*

*Visto el declinatorio propuesto por el prefecto de la Gironda, el 29 de abril de 1872; Vista la sentencia dictada el 17 de julio de 1872 por el tribunal civil de Burdeos, que rechaza las objeciones y conserva conocimiento de la causa, tanto contra el Estado como contra los empleados antes mencionados; Visto el decreto de conflicto tomado por el prefecto de la Gironda, el 22 del mismo mes, reclamando para la autoridad administrativa el conocimiento de la acción de responsabilidad iniciada por Y... contra el Estado, y justificado: 1º sobre la necesidad evaluar la parte de responsabilidad que corresponde a los agentes del Estado de acuerdo con las distintas reglas en cada rama de los servicios públicos; 2º sobre la prohibición de que los tribunales ordinarios conozcan de las demandas tendientes a constituir el Estado deudor, como se desprende de las leyes de 22 de diciembre de 1789, 18 de julio, 8 de agosto de 1790, el decreto de 26 de septiembre de 1793 y la orden del Directorio Ejecutivo del Germinal 2, año 5; Vista la sentencia del Tribunal Civil de Burdeos, de 24 de julio de 1872, que deja sin resolver la demanda; Vistas las leyes del 16 al 24 de agosto de 1790 y de Fructidor 16, año 3; Vista la ordenanza de 1 de junio de 1828 y la ley de 24 de mayo de 1872;*

*Considerando que la acción iniciada por el Sr. Y... contra el prefecto del departamento de Gironda, en representación del Estado, tiene por objeto la declaración de responsabilidad civil del Estado, en los términos de los artículos 1382, 1383 y 1384 del Código civil, del daño resultante de la herida que habría sufrido su hija por el hecho de trabajadores empleados por la administración de los tabacos;*

***Considerando que la responsabilidad, que puede corresponder al Estado, por los daños causados a los particulares por los actos de las personas que emplee en el servicio público, no puede regirse por los principios que se establecen en el Código Civil, de persona a persona relaciones personales;***

***Que esta responsabilidad no es general ni absoluta; que tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados;***

*Que, por tanto, en los términos de las leyes antes referidas, sólo la autoridad administrativa es competente para conocerla;*

*DECIDE: Artículo 1: Se confirma el decreto de conflicto de 22 de julio de 1872.*

*Artículo 2: Se consideran nulos, en lo que se refiere al Estado, el auto de incoación de 24 de enero de 1872 y la sentencia del tribunal civil de Burdeos de 17 de julio del mismo año. Artículo 3: Transmisión de la decisión al Custodio de los Sellos para su ejecución.*

**• FRANCIA, TRIBUNAL DE CONFLICTOS, “BLANCO”, 8 DE FEBRERO DE 1873**

## 06 DOCTRINA DE DERECHO PÚBLICO

- LAURA M. MONTI, “La administración pública frente a la ley inconstitucional e inconvencional. Reflexiones. Interrogantes”.
-

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

**CASO EXTRABAJADORES DEL ORGANISMO JUDICIAL VS. GUATEMALA**

**SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2021**

***(Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones)***

En el caso *Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala*,

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana", "la Corte" o "el Tribunal"), integrada por los siguientes jueces:

Elizabeth Odio Benito, Presidenta;  
Patricio Pazmiño Freire, Vicepresidente;  
Eduardo Vio Grossi, Juez;  
Humberto Antonio Sierra Porto, Juez;  
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juez;  
Eugenio Raúl Zaffaroni, Juez, y  
Ricardo Pérez Manrique, Juez,

presentes, además,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y  
Romina I. Sijniensky, Secretaria Adjunta,

de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención Americana" o "la Convención") y con los artículos 31, 32, 42, 65 y 67 del Reglamento de la Corte (en adelante "el Reglamento" o "Reglamento de la Corte"), dicta la presente Sentencia que se estructura en el siguiente orden:

## TABLA DE CONTENIDO

<b>I INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA.....</b>	<b>4</b>
<b>II PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE .....</b>	<b>5</b>
<b>III COMPETENCIA .....</b>	<b>6</b>
<b>IV EXCEPCIONES PRELIMINARES .....</b>	<b>7</b>
<i>A. Alegada configuración de la "cuarta instancia" internacional.....</i>	<i>7</i>
A.1. Alegatos de las partes y de la Comisión .....	7
A.2. Consideraciones de la Corte .....	7
<i>B. Alegada falta de agotamiento de los recursos internos .....</i>	<i>8</i>
B.1. Alegatos de las partes y de la Comisión .....	8
B.2. Consideraciones de la Corte .....	8
<b>V PRUEBA .....</b>	<b>9</b>
<i>A. Admisibilidad de la prueba documental .....</i>	<i>9</i>
<i>B. Admisibilidad de la prueba testimonial y peritajes .....</i>	<i>10</i>
<b>VI HECHOS .....</b>	<b>11</b>
<i>A. Marco normativo aplicable .....</i>	<i>11</i>
A.1. Constitución Política de la República de Guatemala.....	11
A.2. Ley de Sindicalización y regulación de la huelga de los trabajadores del Estado, Decreto Número 71-86 .....	11
A.3. Código de Trabajo .....	12
A.4. Pacto Colectivo de Condiciones de Trabajo .....	13
<i>B. La renegociación del pacto colectivo y la huelga de 1996.....</i>	<i>14</i>
B.1. El proceso de denuncia y renegociación del pacto colectivo.....	14
B.2. La realización de la huelga y su posterior calificación .....	15
B.3. Recursos para impugnar la declaratoria de ilegalidad de huelga .....	16
<i>C. Los despidos por parte de la Corte Suprema y recursos contra éstos.....</i>	<i>17</i>
<b>VII FONDO .....</b>	<b>19</b>
<b>VII-1 DERECHOS A LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS Y EL DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO .....</b>	<b>20</b>
<i>A. Alegatos de las partes y de la Comisión .....</i>	<i>20</i>
<i>B. Consideraciones de la Corte .....</i>	<i>21</i>
B.1. Derecho a las garantías judiciales .....	22
B.2. Protección judicial .....	26
<i>C. Conclusión.....</i>	<i>29</i>
<b>VII-2 DERECHO A LA HUELGA, LIBERTAD DE ASOCIACIÓN, LIBERTAD SINDICAL Y DERECHO AL TRABAJO EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS, EL DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO .....</b>	<b>29</b>
<i>A. Alegatos de las partes y de la Comisión .....</i>	<i>29</i>
<i>B. Consideraciones de la Corte .....</i>	<i>31</i>
B.1. Consideraciones generales respecto del contenido y alcance del artículo 26 de la Convención Americana .....	31
B.2. Sobre el derecho a la huelga, en relación con el derecho de asociación y a la libertad sindical.....	33
B.2. Sobre el derecho al trabajo y a la estabilidad laboral .....	39
<i>C. Conclusión.....</i>	<i>40</i>



<b>VIII REPARACIONES .....</b>	<b>41</b>
<i>A. Parte Lesionada .....</i>	<i>41</i>
<i>B. Medidas de restitución .....</i>	<i>41</i>
<i>C. Medidas de satisfacción .....</i>	<i>42</i>
<i>D. Garantías de no repetición .....</i>	<i>42</i>
<i>E. Otras medidas solicitadas .....</i>	<i>43</i>
<i>F. Indemnizaciones compensatorias.....</i>	<i>44</i>
F.1. Daño material .....	44
F.2. Daño inmaterial.....	44
<i>G. Costas y Gastos .....</i>	<i>45</i>
<i>H. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados .....</i>	<i>45</i>
<b>IX PUNTOS RESOLUTIVOS .....</b>	<b>46</b>

## I INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSI

1. *El caso sometido a la Corte.* - El 27 de febrero de 2020 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión Interamericana" o "la Comisión") sometió a la jurisdicción de la Corte el caso *Extrabajadores del Organismo Judicial respecto de la República de Guatemala* (en adelante también "el Estado" o "Guatemala"). La Comisión señaló que el caso se relaciona con la destitución de 93 empleados del Organismo Judicial de Guatemala<sup>1</sup>, como consecuencia de una huelga realizada en 1996. La Comisión solicitó que se declarara al Estado responsable por la violación a los derechos a ser oídos, de defensa, al debido proceso, a la huelga y al trabajo, consagrados en los artículos 8.1, 8.2 b) y c), 25.1 y 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de las 65 personas extrabajadoras que no fueron recontratadas.

2. *Trámite ante la Comisión.* - El trámite ante la Comisión fue el siguiente:

a) *Petición.* - El 7 de septiembre de 2000 la Comisión recibió la petición inicial, presentada por parte del Centro de Acción Legal en Derechos Humanos (en adelante "CALDH").

b) *Informe de Admisibilidad.* - El 22 de octubre de 2003 la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad No. 78/03.

c) *Informe de Fondo.* - El 28 de septiembre de 2019 la Comisión aprobó el Informe de Fondo No. 157/19 en el cual llegó a una serie de conclusiones<sup>2</sup> y formuló varias recomendaciones al Estado.

d) *Notificación al Estado.* - El Informe de Fondo fue notificado al Estado el 27 de noviembre de 2019, otorgándole un plazo de dos meses para informar sobre el cumplimiento de las recomendaciones. El Estado presentó un escrito en el cual indicó su voluntad para avanzar en la atención de las recomendaciones. Sin embargo, el Estado no presentó propuesta alguna de cumplimiento ni información que indicara que entró en contacto con las presuntas víctimas o sus representantes. Además, el Estado no solicitó una prórroga para presentar su informe.

3. *Sometimiento a la Corte.* - El 27 de febrero de 2020 la Comisión<sup>3</sup> sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana la totalidad de los hechos y violaciones de derechos humanos descritos en el Informe de Fondo No. 157/19. Este Tribunal nota con preocupación

---

<sup>1</sup> La Comisión precisó que, del total de 93 presuntas víctimas, 28 fueron recontratadas y 65 no lo fueron. De esta forma, en el presente caso se consideran como presuntas víctimas las 65 personas que no fueron recontratadas. Las presuntas víctimas desempeñaban distintas labores en el Organismo Judicial entre las que se cuentan oficiales de juzgado, secretarios de juzgados, auxiliares de mantenimiento, oficinistas, auxiliares de servicios, personal administrativo, conserjes, notificadores, técnicos, entre otras funciones.

<sup>2</sup> La Comisión concluyó que el Estado es responsable por la violación de los derechos establecidos en los artículos 8.1, 8.2 b), 8.2 c), 25.1 y 26 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de las sesenta y cinco personas extrabajadoras identificada en el anexo al Informe.

<sup>3</sup> La Comisión designó, como sus delegados ante la Corte, a la Comisionada Esmeralda Arosemena de Troitiño y al entonces Secretario Ejecutivo Paulo Abrão. Asimismo, designó como asesores legales a Marisol Blanchard Vera, Secretaria Ejecutiva Adjunta, Jorge Humberto Meza Flores y Christian Gonzáles Chacón, abogados de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión.

que, entre la presentación de la petición inicial ante la Comisión y el sometimiento del caso ante la Corte, han transcurrido más de diecinueve años.

4. *Solicitudes de la Comisión.* – Con base en lo anterior, la Comisión solicitó a la Corte que declarara la responsabilidad internacional del Estado por las mismas violaciones señaladas en su Informe de Fondo (*supra* párr. 2.c). Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado, como medidas de reparación, aquellas incluidas en dicho Informe.

## II PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

5. *Notificación al Estado y a los representantes.* - El sometimiento del caso fue notificado al Estado y al representante de las presuntas víctimas<sup>4</sup> mediante comunicaciones de 13 de noviembre de 2020.

6. *No presentación del escrito de solicitudes, argumentos y pruebas.* – El 23 de enero de 2021, el representante de las presuntas víctimas presentó una solicitud de ampliación de plazo para presentar el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante “escrito de solicitudes y argumentos”), cuya presentación vencía el 18 de enero de 2021. Por medio de carta de 26 de enero de 2021, siguiendo instrucciones de la Presidenta, se le informó a la representación de las presuntas víctimas que el plazo para presentar el escrito de solicitudes y argumentos era improrrogable, por lo que se continuaría la tramitación del caso sin dicho escrito.

7. *Escrito de excepciones preliminares y contestación*<sup>5</sup>. – El 13 de enero de 2021 el Estado presentó su escrito de excepciones preliminares y contestación al sometimiento del caso<sup>6</sup>. En dicho escrito, el Estado interpuso dos excepciones preliminares, negó las violaciones alegadas y la procedencia de las medidas de reparación solicitadas.

8. *Observaciones a las excepciones preliminares.* - El 12 de marzo de 2021, el representante y la Comisión presentaron, respectivamente, sus observaciones a las excepciones preliminares.

---

<sup>4</sup> El 8 de junio de 2020 se informó a la Corte que la representación de las presuntas víctimas era asumida por César Augusto Canil Xirum del CALDH. Por escritos presentados los días 26 de octubre de 2020, 9 de noviembre de 2020, 10 de febrero de 2021, 20 de febrero de 2021, 2 de marzo de 2021 y 5 de mayo de 2021, el representante presentó y aclaró los poderes dados por las presuntas víctimas. Por escrito presentado el 1 de marzo de 2021, el Estado de Guatemala alegó que la presentación de algunos de los poderes fue hecha fuera del plazo otorgado por la Corte, por lo que solicitó que se no tomara en cuenta dicha representación. La Secretaría, por medio de carta de 9 de marzo de 2021, consideró que, en aras de respetar la voluntad de las presuntas víctimas y el principio de economía procesal, se continuaría la tramitación con un único representante para todas las presuntas víctimas y, por ende, aceptó los poderes presentados y aclarados por el representante.

<sup>5</sup> El Estado designó como Agente titular a Jorge Luis Donado Vivar, Procurador General de la Nación y como Agentes alternos a Lilian Elizabeth Nájera Reyes y María Gabriela Hernández Siguntay, de la Unidad de Asuntos Internacionales de la Procuraduría General de la Nación.

<sup>6</sup> El Estado presentó su escrito de excepciones preliminares y contestación al sometimiento del caso el 13 de enero de 2021, antes de que venciera el plazo para la presentación del escrito de solicitudes y argumentos. Por medio de carta de 3 de febrero de 2021, habiendo negado la ampliación del plazo para la presentación del escrito de solicitudes y argumentos, se le solicitó al Estado que confirmara si este escrito era su versión definitiva del escrito de Contestación o si deseaban hacer observaciones adicionales o presentar un nuevo escrito. Por medio de escrito presentado el 5 de febrero de 2021, el Estado confirmó que el escrito presentado el 13 de enero de 2021 era su versión definitiva del escrito de Contestación.

9. *Resolución de convocatoria.* - El 12 de mayo de 2021 la Presidenta de la Corte dictó una Resolución<sup>7</sup> en la que convocó a las partes y a la Comisión a una audiencia pública sobre las excepciones preliminares y eventuales fondo, reparaciones y costas. Mediante dicha Resolución, se llamó a declarar en la audiencia pública a dos presuntas víctimas convocadas de oficio por la Corte y a un perito ofrecido por la Comisión. Asimismo, se ordenó recibir las declaraciones rendidas ante fedatario público (*affidávit*) de dos presuntas víctimas, solicitadas de oficio por la Corte. El representante presentó éstos *affidávits* el 14 de junio de 2021.

10. *Audiencia pública.* - Debido a las circunstancias excepcionales ocasionadas por la pandemia de COVID-19, la audiencia se llevó a cabo mediante videoconferencia, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de la Corte, los días 22 y 23 de junio de 2021, durante el 142 Período de Sesiones de la Corte. En el curso de dicha audiencia, se recibieron las declaraciones de dos presuntas víctimas y un perito ofrecidos, respectivamente, por el representante y la Comisión. Asimismo, los Jueces de la Corte solicitaron cierta información y explicaciones a las partes y a la Comisión.

11. *Amicus Curiae.* - El Tribunal recibió un escrito de *amicus curiae* presentado por el International Lawyers Assisting Workers Network (ILAW)<sup>8</sup>.

12. *Alegatos y observaciones finales escritos.* - El 23 de julio de 2021 el representante y el Estado presentaron sus alegatos finales escritos, así como determinados anexos. La Comisión remitió sus observaciones finales escritas en esa misma fecha.

13. *Observaciones a los anexos a los alegatos finales.* - El 13 de agosto de 2021 el Estado presentó sus observaciones a los anexos presentados por el representante. El 16 de agosto de 2021 la Comisión indicó no tener observaciones a los anexos presentados junto con los alegatos finales de las partes. El representante no presentó observaciones a los anexos presentados por el Estado.

14. *Deliberación del presente caso.* - La Corte deliberó la presente Sentencia, a través de una sesión virtual, durante los días 16 y 17 de noviembre de 2021<sup>9</sup>.

### **III COMPETENCIA**

15. La Corte es competente para conocer el presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención, en razón de que Guatemala es Estado Parte de la Convención Americana desde el 25 de mayo de 1978 y reconoció la competencia contenciosa de este Tribunal el 9 de marzo de 1987.

---

<sup>7</sup> Cfr. *Caso Extrabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala*. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 12 de mayo de 2021. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/extrabajadores\\_del\\_organismo\\_judicial\\_12\\_05\\_21.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/extrabajadores_del_organismo_judicial_12_05_21.pdf).

<sup>8</sup> El escrito fue firmado por Jeffrey Vogt y analiza el derecho a la huelga, su delimitación conceptual, así como su interdependencia con otros derechos humanos. Estudia y establece conclusiones sobre la legislación laboral de Guatemala.

<sup>9</sup> Debido a las circunstancias excepcionales ocasionadas por la pandemia COVID-19, esta Sentencia fue deliberada y aprobada durante el 145 Período Ordinario de Sesiones, el cual se llevó a cabo de forma no presencial utilizando medios tecnológicos de conformidad con lo establecido en el Reglamento de la Corte. Ver comunicado de prensa No. 79/2021 de 28 de octubre de 2021, disponible aquí: [https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp\\_79\\_2021.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_79_2021.pdf).

## IV EXCEPCIONES PRELIMINARES

16. El Estado presentó dos excepciones preliminares, las cuales serán analizadas en el siguiente orden: A) la alegada configuración de la "cuarta instancia" internacional y B) la alegada falta de agotamiento de los recursos internos.

### **A. Alegada configuración de la "cuarta instancia" internacional**

#### *A.1. Alegatos de las partes y de la Comisión*

17. El **Estado** en su escrito de contestación argumentó que la jurisdicción nacional, en sus instancias ordinarias y de alzada, actuaron y resolvieron sobre los hechos del caso conforme a la legislación nacional, la Constitución Política y la Convención Americana. Consideró que las presuntas víctimas pretenden utilizar al Sistema Interamericano como una cuarta instancia para que acoja pretensiones que, de conformidad con los principios, garantías y derechos consagradas en la Convención, ya fueron resueltos por las instancias nacionales. De esta forma alegó que "la Corte IDH no es competente en razón de la materia, en virtud que el presenta caso no se cumple con el requisito de subsidiariedad del SIDH". Agregó, en su escrito de alegatos finales, que la Corte no tiene competencia para revisar "las resoluciones emanadas de los órganos jurisdiccionales internos, por el hecho de considerar los peticionarios que el resultado del proceso colectivo no es favorable para sus intereses".

18. El **representante** argumentó, de forma general, que la discusión de si hubo o no violaciones a los derechos establecidos en la Convención por el Estado de Guatemala contra las y los trabajadores del Organismo Judicial, se debería hacer en un juicio oral y público, no a través de un incidente de excepciones preliminares. No presentó argumentos específicos sobre esta excepción preliminar.

19. La **Comisión** alegó que en el presente caso no se presentaron meras disconformidades con el sentido de los fallos jurisdiccionales a nivel interno, sino que se argumentó una serie de violaciones al debido proceso. En particular, la Comisión encontró que las presuntas víctimas no fueron sometidas a un procedimiento administrativo previo a la sanción de destitución, lo cual limitó su derecho de defensa. Asimismo, la Comisión, en su Informe de Fondo, consideró que el Estado violentó los derechos a la huelga, al trabajo y a tener un recurso efectivo con respecto a las 65 personas extrabajadoras que no fueron recontratadas. De esta forma, concluyó que en ningún momento se ha pretendido que la Corte actúe como una cuarta instancia, sino que se alegaron una serie de violaciones a derechos garantizados por la Convención.

#### *A.2. Consideraciones de la Corte*

20. Esta Corte ha señalado que la determinación sobre si las actuaciones de órganos judiciales constituyen una violación de las obligaciones internacionales del Estado, puede conducir a que deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos, para establecer su compatibilidad con la Convención Americana. En consecuencia, este Tribunal no es una cuarta instancia de revisión judicial, en la medida de que examina la conformidad de las decisiones judiciales internas con la Convención Americana y no de acuerdo al derecho interno<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 222, y *Caso Cuya Lavy y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de septiembre de 2021. Serie C No. 438, párr. 42.

21. En el caso concreto, la Corte advierte que las pretensiones de la Comisión retomadas por la representación de las presuntas víctimas no se circunscriben a la revisión de los fallos de los tribunales nacionales ante una eventual incorrección en la apreciación de las pruebas, en la determinación de los hechos o en la aplicación del derecho interno. Por el contrario, se alega la vulneración a distintos derechos consagrados en la Convención Americana, en el marco de las decisiones asumidas por las autoridades nacionales, tanto en sede judicial como administrativa. En consecuencia, con el fin de determinar si dichas violaciones efectivamente ocurrieron, se hace imprescindible analizar, por una parte, las resoluciones dictadas por las distintas autoridades administrativas y jurisdiccionales, y por la otra, su compatibilidad con las obligaciones internacionales del Estado, lo que, a la postre, configura una cuestión de fondo que no puede dirimirse por vía de una excepción preliminar. En consecuencia, la Corte declara sin lugar la excepción preliminar presentada por el Estado.

## **B. Alegada falta de agotamiento de los recursos internos**

### *B.1. Alegatos de las partes y de la Comisión*

22. El **Estado** alegó que no todos las y los extrabajadores del Organismo Judicial presentaron recurso de reconsideración frente a su despido. Asimismo, consideró que existían otras vías para impugnar estos despidos como la acción constitucional de amparo o el juicio ordinario de reinstalación, las cuales sólo fueron utilizadas por algunos de los extrabajadores. De esta forma, argumentó que la totalidad de las presuntas víctimas debieron agotar el recurso de reconsideración, el amparo o bien el juicio ordinario de reinstalación, para poder así dilucidar su situación jurídica en instancias nacionales.

23. El **representante** en sus observaciones argumentó, de forma general, que la discusión de si hubo o no violaciones a los derechos establecidos en la Convención por el Estado de Guatemala contra las y los trabajadores del Organismo Judicial, se debería hacer en un juicio oral y público, no a través de un incidente de excepciones preliminares. En sus alegatos finales, argumentó que el Estado no presentó la excepción durante la etapa de admisibilidad ante la Comisión.

24. La **Comisión**, por su parte, argumentó que, en la etapa de admisibilidad, el Estado no interpuso la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos, por lo que dicha excepción deviene inadmisibile. En cualquier caso, también hizo constar que la parte peticionaria presentó una serie de recursos para impugnar la declaratoria de ilegalidad de la huelga, así como contra el acta de despidos, por lo que sí se cumplió con el requisito de agotamiento de los recursos. Agregó que el Estado no comprobó que los recursos que argumentó resultaban idóneos y eficaces.

### *B.2. Consideraciones de la Corte*

25. La Corte recuerda que una objeción al ejercicio de su jurisdicción basada en la supuesta falta de agotamiento de los recursos internos debe ser presentada durante la etapa de admisibilidad del caso ante la Comisión<sup>11</sup>. Para ello, el Estado debe, en primer lugar, precisar claramente ante la Comisión, durante la etapa de admisibilidad del caso, los recursos que, en su criterio, aún no se habrían agotado. Por otra parte, los argumentos que dan contenido a la excepción preliminar interpuesta por el Estado ante la Comisión durante la etapa de admisibilidad deben corresponder con aquellos esgrimidos ante la Corte<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 88, y *Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de octubre de 2021. Serie C No. 439, párr. 22.

<sup>12</sup> Cfr. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 29, y *Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile, supra*, párr. 22.

26. Sin embargo, en el presente caso, el Estado no presentó alegatos sobre la alegada existencia de otras vías para impugnar los despidos que no fueron agotadas por todos los trabajadores en la etapa de admisibilidad ante la Comisión. En efecto, la petición inicial fue interpuesta ante la Comisión el 7 de septiembre de 2000<sup>13</sup>; posteriormente, por escrito presentado el 28 de noviembre de 2000, los peticionarios corrigieron algunos elementos de su petición original<sup>14</sup>. Esta petición fue trasladada al Estado el 1 de febrero de 2002, y se le dio un plazo de dos meses para presentar sus observaciones<sup>15</sup>. El 2 de abril de 2002 el Estado presentó sus observaciones a la petición. En este escrito no se hizo ninguna mención a la alegada falta de agotamiento de los recursos internos. Previo a la emisión del Informe de Admisibilidad No. 78/03 de 22 de octubre de 2003, el Estado no presentó ningún otro escrito. De esta forma, el Estado planteó por primera vez esta excepción en su escrito de Contestación ante esta Corte, por lo que no fue presentada en el momento procesal oportuno. Por esta razón, la Corte considera que la excepción preliminar planteada por el Estado es improcedente.

## V PRUEBA

### **A. Admisibilidad de la prueba documental**

27. Este Tribunal recibió diversos documentos presentados como prueba por la Comisión y el Estado, adjuntos a sus escritos principales (*supra*, párrs. 1 y 7). Como en otros casos, este Tribunal admite aquellos documentos presentados oportunamente (artículo 57 del Reglamento)<sup>16</sup> por el Estado y la Comisión, cuya admisibilidad no fue controvertida ni objetada, y cuya autenticidad no fue puesta en duda.

---

<sup>13</sup> Cfr. Petición inicial presentada por el CALDH ante la Comisión Interamericana el 7 de septiembre de 2000 (expediente de prueba, folios 651 a 668).

<sup>14</sup> Cfr. Observaciones a la petición inicial presentadas por el CALDH ante la Comisión Interamericana el 28 de noviembre de 2000 (expediente de prueba, folios 431 a 450).

<sup>15</sup> Cfr. Nota de la Comisión Interamericana de 1 de febrero de 2002 (expediente de prueba, folio 408).

<sup>16</sup> La prueba documental puede ser presentada, en general y de conformidad con el artículo 57.2 del Reglamento, junto con los escritos de sometimiento del caso, de solicitudes y argumentos o de contestación, según corresponda, y no es admisible la prueba remitida fuera de esas oportunidades procesales, salvo en las excepciones establecidas en el referido artículo 57.2 del Reglamento (a saber, fuerza mayor, impedimento grave) o salvo si se tratara de un hecho superviniente, es decir, ocurrido con posterioridad a los citados momentos procesales. Cfr. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párrs. 17 y 18, y *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de octubre de 2021. Serie C No. 440, nota 21.

28. La Corte también recibió documentos adjuntos a los alegatos finales presentados por el Estado<sup>17</sup> y por el representante<sup>18</sup>. El 13 de agosto de 2021 el Estado presentó observaciones al documento presentado por el representante, oponiéndose a su incorporación por considerarlo extemporáneo. Ni la Comisión, ni el representante presentaron, por su parte, observaciones a los documentos presentados en anexo.

29. La Corte constata que los documentos anexos a los alegatos finales del representante no fueron ofrecidos en la oportunidad procesal oportuna y que, en este caso, no se configura ninguna de las excepciones definidas en el reglamento para la admisión extemporánea de la prueba. Por esa razón, dichos documentos no son admitidos. Con respecto a los documentos presentados por el Estado junto con sus alegatos finales, esta Corte constata que tres de ellos<sup>19</sup> corresponden a documentos emitidos posteriormente a la Contestación del Estado, por lo que, en virtud de lo establecido por el artículo 57.2 del Reglamento de la Corte, los admite al acervo probatorio. Con respecto a los otros tres documentos<sup>20</sup>, al ser de fecha anterior y al no configurarse ninguna de las excepciones definidas por el Reglamento, no son admitidos.

### ***B. Admisibilidad de la prueba testimonial y peritajes***

30. La Corte estima pertinente admitir las declaraciones rendidas ante fedatario público<sup>21</sup> y en audiencia pública<sup>22</sup>, en cuanto se ajustan al objeto definido por la Resolución que ordenó recibirlos y al objeto del presente caso.

---

<sup>17</sup> El Estado presentó copias de los siguientes documentos:

- Acuerdo Gubernativo 99-2020 del Presidente de la República de Guatemala, de 30 de julio de 2020 (expediente de prueba, folios 3783 a 3787).
- Oficio No. 446-2021IIVMA del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, de 12 de julio de 2021 (expediente de prueba, folios 3789 y 3790) por medio del cual se certifica que Guatemala no ha ratificado el Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública de la OIT (convenio No. 151 de 1978).
- Oficio No. 2215-CRFR/Ibfg del Departamento de Personal del Organismo Judicial de 28 de septiembre de 1999 (expediente de prueba, folios 3791 a 3799);
- Oficio No. 532-JAAF/aamg del Departamento de Personal del Organismo Judicial de 28 de abril de 2000 (expediente de prueba, folios 3801 a 3805);
- Oficio No. 693-2021-MCDLT/bc de la Gerencia de Recursos Humanos del Organismo Judicial de 7 de julio de 2021 (expediente de prueba, folios 3807 a 3818) en donde se emite constancia de los puestos de las supuestas víctimas Dora Carolina Portillo, Apolonio Salazar Carrillo, Abraham Teodoro Santizo Velásquez, José Francisco Pérez Sunay y Igmair Galicia Pimentel.
- Oficio No. OC-438-2021/WGLS/ifgn de la Gerencia Financiera de la Dirección de Contabilidad del Organismo Judicial de 19 de julio de 2021 (expediente de prueba, folios 3819 a 3830) en donde se establece el pago de las indemnizaciones a las presuntas víctimas tras ser despedidas mediante resolución de la Corte Suprema de Justicia el 1 de septiembre de 1999.

<sup>18</sup> El representante presentó un informe titulado "Peritaje de reparación digna y transformadora. Caso Ex Trabajadores del Organismo Judicial versus el Estado de Guatemala" (expediente de prueba, folios 3753 a 3780).

<sup>19</sup> Se trata de los siguientes documentos: Oficio No. 446-2021IIVMA del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, de 12 de julio de 2021; Oficio No. 693-2021-MCDLT/bc de la Gerencia de Recursos Humanos del Organismo Judicial de 7 de julio de 2021 y Oficio No. OC-438-2021/WGLS/ifgn de la Gerencia Financiera de la Dirección de Contabilidad del Organismo Judicial de 19 de julio de 2021.

<sup>20</sup> Se trata de los siguientes documentos: Acuerdo Gubernativo 99-2020 del Presidente de la República de Guatemala, de 30 de julio de 2020; Oficio No. 2215-CRFR/Ibfg del Departamento de Personal del Organismo Judicial de 28 de septiembre de 1999 y Oficio No. 532-JAAF/aamg del Departamento de Personal del Organismo Judicial de 28 de abril de 2000.

<sup>21</sup> La Corte recibió las declaraciones rendidas ante fedatario público (affidávit) de las presuntas víctimas Floricelda Hernández Guerra y Orlan Manuel Morales Pineda, procuradas de oficio por parte de la Corte (expediente de prueba, folios 3729 a 3752).

<sup>22</sup> La Corte recibió en Audiencia Pública la declaración de las presuntas víctimas Freddy Eduardo Ávila Rodríguez y Edgar Arnoldo Luarca Domínguez, así como el peritaje de Miguel Francisco Canessa Montejo, ofrecido por la Comisión.



31. El **Estado**, en sus alegatos finales, presentó varios argumentos en donde reclamaba la falta de veracidad en varios puntos de las declaraciones. Esta Corte considera que estas observaciones se refieren al contenido y eventual valoración probatoria de las declaratorias. Por ello, estima pertinente admitirlas, tomando en consideración, en lo pertinente, las observaciones del Estado al momento de su valoración probatoria.

## **VI HECHOS**

32. En este capítulo, la Corte establecerá los hechos del caso con base en el marco fáctico sometido a su conocimiento por la Comisión Interamericana, en relación con: A) el marco normativo aplicable; B) la renegociación del pacto colectivo y la huelga de 1996 y C) los despidos por parte de la Corte Suprema de Justicia y los recursos presentados contra éstos.

### **A. Marco normativo aplicable**

33. El presente caso se relaciona con un conflicto de carácter laboral de las personas extrabajadoras del Organismo Judicial de Guatemala. Este Organismo es el encargado del Poder Judicial en Guatemala<sup>23</sup> y está conformado por dos grandes áreas: el área jurisdiccional compuesta por todos los tribunales y el área administrativa. Su órgano supremo es la Corte Suprema de Justicia. El conflicto laboral estaba regulado, al momento de los hechos, por la Constitución, el Código de Trabajo, la Ley de Sindicalización y regulación de la huelga de los Trabajadores del Estado y el propio Pacto Colectivo de Trabajo suscrito entre el Sindicato de Trabajadores del Organismo Judicial (en adelante STOJ) y el Organismo Judicial de Guatemala. De esta forma se transcriben a continuación los principales artículos de estos cuerpos normativos útiles para la comprensión del caso.

#### *A.1. Constitución Política de la República de Guatemala*

34. La Constitución Política de Guatemala regula el derecho de huelga de los trabajadores del Estado, estableciendo en su artículo 116 lo siguiente:

Artículo 116. Regulación de la huelga para trabajadores del Estado. Las asociaciones, agrupaciones y los sindicatos formados por trabajadores del Estado y sus entidades descentralizadas y autónomas, no pueden participar en actividades políticas partidista. Se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores del Estado y sus entidades descentralizadas y autónomas. Este derecho únicamente podrá ejercitarse en la forma que preceptúe la ley de la materia y en ningún caso deberá afectar la atención de los servicios públicos esenciales<sup>24</sup>.

#### *A.2. Ley de Sindicalización y regulación de la huelga de los trabajadores del Estado, Decreto Número 71-86*

35. Esta Ley es el principal instrumento de regulación de los conflictos colectivos en el sector público. Se transcriben a continuación los artículos aplicables al caso en su redacción vigente al momento de los hechos.

---

<sup>23</sup> De acuerdo con la Constitución de Guatemala, el término "Organismo" se utiliza como sinónimo de "Poder", de esta forma, el artículo 141 establece que "La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial [...]".

<sup>24</sup> Constitución Política de la República de Guatemala de 31 de mayo de 1985. Texto disponible en [https://www.congreso.gob.gt/assets/uploads/congreso/marco\\_legal/ab811-cprg.pdf](https://www.congreso.gob.gt/assets/uploads/congreso/marco_legal/ab811-cprg.pdf).

#### Artículo 4. Procedimientos

Para el ejercicio del derecho de huelga, los trabajadores del Estado y sus entidades autónomas y descentralizadas, observarán los procedimientos que establece el Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República, en lo que fuere aplicable y las disposiciones siguientes:

- a) La vía directa tendrá carácter obligatorio para tratar conciliatoriamente pactos o convenios colectivos de condiciones de trabajo, teniendo siempre en cuenta para su solución las posibilidades legales del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado y, en su caso, el de las entidades descentralizadas y autónomas de que se trate. Dicha vía se tendrá por agotada, si dentro del término de treinta días de presentada la solicitud por parte interesada, no se hubiere establecido ningún acuerdo, a menos que las partes dispusieron ampliar dicho término.
- b) Los trabajadores podrán acudir a la vía de huelga únicamente por reivindicaciones de carácter económico-social, después de agotada la vía directa y de cumplir con los requisitos que la ley establece.
- c) No podrá realizarse huelga alguna, cuando con ella se pretenda afectar los servicios esenciales a que se refiere el artículo 243 del Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República y los demás que establezca la ley, así como los que disponga el Ejecutivo en cumplimiento de la Ley de Orden Público;
- d) Quedan terminantemente prohibidas las huelgas motivadas por solidaridad intersindical o por intereses ajenos a reivindicaciones económico-sociales; y
- e) Los trabajadores y funcionarios que hubieren participado en la huelga de hecho o declarada ilegal por los Tribunales de Trabajo y Previsión Social competentes, se harán acreedores a las sanciones que establece el artículo 244 del Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República, sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles en que hubieren incurrido.

#### Artículo 6. Jurisdicción y Competencia

Son competentes para conocer de los Conflictos Colectivos de carácter económico social, que se produzcan entre trabajadores del Estado y éste y sus entidades descentralizadas y autónomas, los Tribunales de Trabajo y Previsión Social de la zona económica donde tengan los trabajadores su principal centro de ejecución de sus labores. Si se trata de conflicto de los trabajadores del Organismo Judicial, conocerán en primera instancia las Salas de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social, y en segunda instancia, la Corte Suprema de Justicia, por su cámara respectiva. Para los efectos correspondientes, el Estado deberá formular sus listas de integrantes de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, haciéndolas llegar a la Corte Suprema de Justicia, en enero de cada año, por medio del Procurador General de la Nación<sup>25</sup>.

### A.3. Código de Trabajo

36. Si bien el Código de Trabajo regula principalmente relaciones entre sujetos de derecho privado, la normativa laboral en materia de empleados y funcionarios públicos hace constantes reenvíos a este Código, por lo que se transcriben los principales artículos sobre los conflictos colectivos, aplicables de forma supletoria al ámbito del empleo público.

Artículo 51. [...] Para la negociación de un pacto colectivo de condiciones de trabajo, el respectivo sindicato o patrono hará llegar a la otra parte para su consideración, por medio de la autoridad administrativa de trabajo más próxima, el proyecto de pacto a efecto de que se discuta en la vía directa o con la intervención de una autoridad administrativa de trabajo o cualquiera otro u otros amigables componedores. Si transcurridos treinta días después de presentada la solicitud por el respectivo sindicato o patrono, las partes no han llegado a un acuerdo pleno sobre sus estipulaciones, cualquiera de ellas puede acudir a los tribunales de trabajo, planteando el conflicto colectivo correspondiente, para que se resuelvan el punto o los puntos en discordia. [...]

Artículo 223. El funcionamiento e integración del Comité Ejecutivo se rige por estas reglas:

[...] d) los miembros del Comité Ejecutivo [del sindicato] gozan de inamovilidad en el trabajo que desempeñen durante todo el tiempo que duren sus mandatos y hasta doce meses después de haber cesado en el desempeño de los mismos. Dichos miembros no podrán ser despedidos a menos que incurran en causa justa de despido, debidamente demostrada por el patrono en juicio ordinario ante Tribunal de Trabajo competente.

---

<sup>25</sup> Ley de Sindicalización y Regulación de la Huelga de los Trabajadores del Estado. Decreto Ley 71-86 de 24 de diciembre de 1986. Texto disponible en [https://www.congreso.gob.gt/detalle\\_pdf/decretos/1698#gsc.tab=0](https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/decretos/1698#gsc.tab=0).

Artículo 239. Huelga legal es la suspensión y abandono temporal del trabajo en una empresa, acordados, ejecutados y mantenidos pacíficamente por un grupo de tres o más trabajadores, previo cumplimiento de los requisitos que establece el Artículo 241, con el exclusivo propósito de mejorar o defender frente a su patrono los intereses económicos que sean propios de ellos y comunes a dicho grupo.

Los tribunales comunes deben sancionar de conformidad con la ley todo acto de coacción o de violencia que se ejecute con ocasión de una huelga contra personas o propiedades.

Huelga ilegal es la que no llena los requisitos que establece el Artículo 241.

Artículo 241. Para declarar una huelga legal, los trabajadores deben:

- a) ajustarse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 239, párrafo primero;
- b) agotar los procedimientos de conciliación; y
- c) constituir por lo menos las dos terceras partes de las personas que trabajan en la respectiva empresa o centro de producción y que han iniciado su relación laboral con antelación al momento de plantearse al conflicto colectivo de carácter económico-social.

Artículo 243. No podrá llegarse a la realización de una huelga:

- a) Por los trabajadores de las empresas de transporte, mientras se encuentren en viaje y no hayan terminado éste.
- b) Por los trabajadores de clínicas, hospitales, higiene y aseo público; y los que laboren en empresas que proporcionen energía motriz, alumbrado, telecomunicaciones, y plantas de procesamiento y distribución de agua para servicio de las poblaciones, mientras no se proporcionare el personal necesario para evitar que se suspendan tales servicios, sin causar un daño grave e inmediato a la salud, seguridad y economía pública;
- c) Fuerzas de seguridad del Estado.

[...]

Artículo 244. Cuando una huelga sea declarada ilegal y los trabajadores la realizaren, el Tribunal debe fijar al patrono un término de veinte días durante el cual éste, sin responsabilidad de su parte, podrá dar por terminados los contratos de trabajo de los laborantes que holgaren. Las mismas reglas rigen en los casos de huelga de hecho o ilegítima [...].

Artículo 394. En caso de que no hubiere arreglo ni compromiso de ir al arbitraje, dentro de las veinticuatro horas siguientes de fracasada la conciliación, cualquiera de los delegados puede pedir al respectivo juez de Trabajo y Previsión Social que se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad del movimiento, pronunciamiento que es necesario esperar antes de ir a la huelga o al paro. El auto correspondiente será dictado a reserva de que causas posteriores cambien la calificación que se haga y en él se pronunciará sobre si se han llenado los requisitos determinados en los artículos 241 y 246<sup>26</sup>.

#### A.4. Pacto Colectivo de Condiciones de Trabajo

37. El 17 de agosto de 1992 el STOJ celebró un pacto colectivo de condiciones de trabajo con el Organismo Judicial, por una vigencia de dos años. El mismo fue autorizado por resolución No. 2956 de 20 de noviembre de 1992 por el Ministerio de Trabajo y Previsión Social. La denuncia de este pacto en 1994 y las dificultades para la negociación de uno nuevo fueron el origen del conflicto que desembocó en la huelga de 1996, cómo se explica *infra*.

38. Las disposiciones relevantes de dicho Pacto colectivo son las siguientes:

Artículo 1. Propósito del Pacto. El propósito general del presente pacto es el de regular, armonizar y desarrollar las relaciones y los intereses mutuos del Organismo Judicial y sus Trabajadores, con el objeto de lograr la estabilidad de éstos y la mayor eficiencia en el trabajo, preservando siempre el correcto y mejor funcionamiento de la institución.

Artículo 3. Ley Profesional. Este pacto tiene carácter de ley profesional entre el Organismo y sus Trabajadores, siendo superior a cualquier norma, si ésta disminuye o tergiversa las prestaciones económico social que aquí se establecen.

---

<sup>26</sup> Citado por la Comisión en su Informe de Fondo, folios 17 y 18.

Artículo 21. Régimen Disciplinario. Conforme a lo establecido en el artículo 108 de la Constitución Política de la República de Guatemala y en tanto se emita la Ley de Servicio Civil del Organismo Judicial, el régimen disciplinario de los trabajadores del Organismo Judicial se regirá por la Ley de Servicio Civil, Decreto 1748 del Congreso de la República, la Ley del Organismo Judicial y el Acuerdo 23-82 de la Corte Suprema de Justicia, en lo que no se oponga a la Constitución Política de la República de Guatemala.

Artículo 22. Audiencia al Trabajador. La destitución de un trabajador se acordará previa Audiencia al interesado por 5 días.

Artículo 56. Vigencia del Pacto. El presente pacto tendrá una vigencia de dos años contados a partir de la fecha de su aprobación de conformidad con la ley<sup>27</sup>.

## **B. La renegociación del pacto colectivo y la huelga de 1996**

### *B.1. El proceso de denuncia y renegociación del pacto colectivo*

39. El 18 de octubre de 1994 el STOJ denunció el Pacto Colectivo de Condiciones de Trabajo suscrito entre el Organismo Judicial y el Sindicato ante la Inspección General de Trabajo con el fin de iniciar las negociaciones para suscribir un nuevo pacto. Al ser infructuosa la vía directa de negociación del nuevo pacto, el 21 de noviembre de 1994 el STOJ promovió un conflicto de carácter económico y social ante la Sala Primera de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social (en adelante "Sala Primera")<sup>28</sup>. En esa misma fecha, la Sala Primera resolvió que el STOJ no había agotado la vía directa, por lo que se tuvo por planteado el conflicto, pero se solicitó el agotamiento de la vía directa<sup>29</sup>. El 8 de septiembre de 1995, el STOJ solicitó a la Sala Primera dar por agotada la vía directa; sin embargo, la Sala le indicó al STOJ que el proceso se encontraba suspendido hasta que se resolvieran los recursos presentados ante la Corte de Constitucionalidad por el mismo Sindicato. El 28 de noviembre de 1995 la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social (competente en razón de los turnos de vacaciones del Organismo Judicial) declaró agotada la vía directa<sup>30</sup>.

40. Agotadas las negociaciones, el 12 de diciembre de 1995 se constituyó un Tribunal de Conciliación, conformado por tres Magistrados de la Sala Primera de Trabajo y Previsión Social, un delegado por parte de los trabajadores y un delegado por parte de los empleadores<sup>31</sup>. El 15 de febrero de 1996 dicho tribunal emitió una serie de recomendaciones<sup>32</sup> y ese mismo día se dio por concluido el proceso de conciliación<sup>33</sup>.

41. El 16 de febrero de 1996 el STOJ solicitó a la Sala Primera que ordenara a la Inspección General proceder con el conteo de los trabajadores que plantearon el conflicto laboral, con el fin

---

<sup>27</sup> Pacto Colectivo de Condiciones de Trabajo suscrito entre el Organismo Judicial del Estado de Guatemala y el Sindicato de Trabajadores del Organismo Judicial, 17 de agosto de 1992 (expediente de prueba, folios 5 a 16).

<sup>28</sup> *Cfr.* Escrito presentado ante la Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social de la Ciudad de Guatemala por el Secretario General del STOJ el 21 de noviembre de 1994 (expediente de prueba, folios 3527 a 3535).

<sup>29</sup> *Cfr.* Resolución emitida por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social en el marco del Conflicto Colectivo No. 730-94 el 21 de noviembre de 1994 (expediente de prueba, folios 3537 a 3539).

<sup>30</sup> *Cfr.* Resolución emitida por la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión social en el marco del Conflicto Colectivo No. 730-94 el 28 de noviembre de 1995 (expediente de prueba, folios 3541 y 3542).

<sup>31</sup> *Cfr.* Resolución emitida por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión social en el marco del Conflicto Colectivo No. 730-94 el 12 de diciembre de 1995 (expediente de prueba, folios 3546 y 3547).

<sup>32</sup> *Cfr.* Resolución emitida por el Tribunal de Conciliación en el marco del Conflicto Colectivo No. 730-94 el 15 de febrero de 1996 (expediente de prueba, folios 3549 a 3552).

<sup>33</sup> *Cfr.* Resolución emitida por el Tribunal de Conciliación en el marco del Conflicto Colectivo No. 730-94 el 15 de febrero de 1996 (expediente de prueba, folios 3553 y 3554).

de determinar si constituían por los menos las dos terceras partes del Organismo Judicial y, por ende, declarar la legalidad de la huelga. La orden fue dada a la Inspección Judicial en la misma fecha<sup>34</sup>. Sin embargo, el 19 de febrero de 1996 el Organismo Judicial interpuso un recurso de nulidad contra esta orden. Argumentó que no era factible la vía de huelga para dilucidar el conflicto, ya que la administración de justicia es un servicio público esencial y la única forma para solventar el conflicto era el arbitraje. Este recurso fue declarado sin lugar el 23 de febrero de 1996<sup>35</sup>. Frente a esta decisión, el Organismo Judicial presentó un recurso de apelación ante la Corte Suprema de Justicia. Por otra parte, la Inspección General realizó una consulta a la Sala Primera para determinar si debía proceder el conteo. El 26 de febrero de 1996 la Sala Primera ordenó la suspensión del conteo hasta que se resolvieran las impugnaciones presentadas<sup>36</sup>. Finalmente, el 2 de abril de 1996 la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por el Organismo Judicial contra la decisión de la Sala Primera de ordenar el conteo de trabajadores<sup>37</sup>. Al momento de esta decisión, el movimiento de huelga ya había terminado.

### *B.2. La realización de la huelga y su posterior calificación*

42. Entre el 19 de marzo y el 2 de abril de 1996, miembros del STOJ realizaron una huelga. Para ese momento, el conteo seguía paralizado por lo que no se había declarado la legalidad de la misma. Como consecuencia de esta huelga, el Organismo Judicial decidió dejar de pagar los salarios a los trabajadores huelguistas. Frente a esto, los trabajadores plantearon una acción de amparo ante la Corte de Constitucionalidad, la cual fue resuelta el 2 de abril de 1996. La Corte ordenó el pago de los salarios a los trabajadores que reanudaran inmediatamente sus labores<sup>38</sup>. El Estado alegó que la Corte Suprema de Justicia pagó todos los salarios, lo cual fue confirmado por constancia emitida por la Gerencia Financiera de la Dirección de Contabilidad del Organismo Judicial<sup>39</sup>.

43. El 23 de abril de 1996 la Procuraduría General de la Nación presentó un incidente ante la Sala Primera con el fin de obtener la declaración de ilegalidad de la huelga<sup>40</sup>. Como fundamento de su solicitud, la Procuraduría argumentó, entre otras cosas, que:

De conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la Ley de Sindicalización y Regulación de la Huelga de los Trabajadores del Estado y el Código de Trabajo, para que se pueda realizar una huelga es necesario se cumplan con los requisitos señalados en dichos cuerpos legales, los cuales no se satisficieron ni cumplieron y por el contrario se violaron con la huelga de hecho, ilegítima o ilegal, realizada por los trabajadores del Organismo Judicial. Con lo anteriormente indicado indudablemente se

---

<sup>34</sup> Cfr. Resolución emitida por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Trabajo en el marco del Conflicto Colectivo No. 730-94 el 16 de febrero de 1996 (expediente de prueba, folios 27 y 28).

<sup>35</sup> Cfr. Resolución emitida por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social en el marco del Conflicto Colectivo No. 730-94 el 23 de febrero de 1996 (expediente de prueba, folios 37 a 39).

<sup>36</sup> Cfr. Resolución emitida por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social en el marco del Conflicto Colectivo No. 730-94 el 26 de febrero de 1996 (expediente de prueba, folios 41 y 42).

<sup>37</sup> Cfr. Resolución emitida por la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil el 2 de abril de 1996 (expediente de prueba, folios 50 a 55).

<sup>38</sup> Cfr. Resolución emitida por la Corte de Constitucionalidad el 2 de abril de 1996 (expediente de prueba, folio 45).

<sup>39</sup> Cfr. Oficio No. OC-438-2021/WGLS/ifgn de la Gerencia Financiera de la Dirección de Contabilidad del Organismo Judicial de 19 de julio de 2021 (expediente de prueba, folios 3826 a 3830).

<sup>40</sup> Cfr. Incidente de ilegitimidad e ilegalidad del movimiento de hecho acordado y mantenido por los miembros del STOJ presentado por la Procuraduría General de la Nación ante la Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social el 23 de abril de 1996 (expediente de prueba, folios 3559 a 3574).

violentó el procedimiento fijado por la ley específica de la materia para atender esta clase de conflictos, lo cual era totalmente innecesario, inconducente e ilegal, sobre todo tratándose de un servicio público esencial<sup>41</sup>.

44. El 13 de mayo de 1996 la Sala Primera declaró con lugar el incidente por lo que se declaró "ilegítimo" el movimiento de huelga sostenido por miembros del STOJ. Sobre este punto, descartó el argumento presentado por el STOJ según el cual los trabajadores no se encontraban en huelga sino en Asamblea General permanente, en uso del derecho constitucional de resistencia pacífica, considerando que tal argumento carecía de sustentación legal. Asimismo, le otorgó 20 días a la Corte Suprema de Justicia para que determinara quiénes habían participado en la huelga y ejecutara los despidos. Al respecto determinó:

En el presente caso, a este tribunal únicamente corresponde por imperio de la citada norma [244 del Código de Trabajo] fijar el término de veinte días al patrono, pues la facultad de dar por terminados los contratos de trabajo le corresponde a éste, en lo que se refiera a laborantes que efectivamente holgaron, extremo que deberá establecerse administrativamente en forma precisa luego de la depuración de los listados que fueron aportados como prueba, pues del examen de los mismos se evidencian determinadas inexactitudes que podrían vulnerar derechos de laborantes que no suspendieron labores y aparecen incluidos en el listado<sup>42</sup>.

### *B.3. Recursos para impugnar la declaratoria de ilegalidad de huelga*

45. El 23 de mayo de 1996 el STOJ presentó un amparo en contra de la declaración de ilegalidad de la huelga. Éste fue declarado sin lugar el 18 de febrero de 1997 por la Cámara de Amparo y Antejudicios de la Corte Suprema de Justicia. Esta Cámara consideró que "[d]e la lectura de los argumentos transcritos se colige que los mismos son confusos por falta de claridad y por ello, el amparo promovido deviene improsperable"<sup>43</sup>. El STOJ apeló esta sentencia el mismo 18 de febrero de 1997, pero la misma fue confirmada por la Corte de Constitucionalidad el 19 de junio de 1997<sup>44</sup>. La Corte de Constitucionalidad, entre otros argumentos, explicó que si el peticionario constató que la actuación de la autoridad impugnaba violaba la ley, debió hacer uso del medio ordinario, que era el recurso de nulidad, para impugnar la resolución, por lo que, al no hacerlo, incumplió con el "principio de definitividad"<sup>45</sup>, requisito previo para la petición de amparo.

46. El STOJ presentó un recurso de apelación en contra del auto de la Sala Primera que declaró la ilegalidad de la huelga. El 23 de febrero de 1999 la Sala Primera trasladó este recurso a la Corte Suprema de Justicia. Ésta decidió, por resolución de 17 de marzo de 1999, no entrar a conocer el

---

<sup>41</sup> Incidente de ilegitimidad e ilegalidad del movimiento de hecho acordado y mantenido por los miembros del STOJ presentado por la Procuraduría General de la Nación ante la Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social el 23 de abril de 1996 (expediente de prueba, folio 3561).

<sup>42</sup> Resolución emitida por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y previsión social en el marco del Conflicto Colectivo No. 730-94 el 13 de mayo de 1996 (expediente de prueba, folios 60 y 61).

<sup>43</sup> Resolución emitida por la Cámara de Amparo y Antejudicio de la Corte Suprema de Justicia el 18 de febrero de 1997 (expediente de prueba, folio 74).

<sup>44</sup> Cfr. Resolución por la Corte de Constitucionalidad el 19 de junio de 1997 (expediente de prueba, folios 80 a 87).

<sup>45</sup> Cfr. Resolución por la Corte de Constitucionalidad el 19 de junio de 1997 (expediente de prueba, folio 86).

recurso, argumentando que el acto impugnado fue dictado por un tribunal colegiado y, por lo tanto, no era apelable<sup>46</sup>, en aplicación del artículo 140 de la Ley del Organismo Judicial<sup>47</sup>.

47. El 20 de marzo de 1999, el STOJ presentó una acción de amparo ante la Corte de Constitucionalidad contra la resolución de la Corte Suprema, alegando que no debía aplicarse al caso la Ley del Organismo Judicial, sino el artículo 6 de la Ley de Sindicalización y Regulación de Huelga, que establece la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer en segunda instancia de los conflictos colectivos de carácter económico social de los trabajadores del Organismo Judicial. El 8 de julio de 1999, la Corte de Constitucionalidad declaró sin lugar el recurso argumentando que ni la Ley de Sindicalización y Regulación de la Huelga ni el Código de Trabajo establecen un procedimiento específico para la declaratoria de ilegalidad de una huelga y su respectiva impugnación, por lo que se debía aplicar la Ley del Organismo Judicial que establece que no procede recurso de apelación contra incidentes resueltos por un tribunal colegiado<sup>48</sup>.

### **C. Los despidos por parte de la Corte Suprema y recursos contra éstos**

48. El 1 de septiembre de 1999 la Corte Suprema de Justicia procedió a ejecutar los despidos de 404 personas trabajadoras que habrían participado en la huelga<sup>49</sup>. Por lo menos 18 miembros del STOJ presentaron medios de prueba indicando que trabajaron durante el período de huelga<sup>50</sup>. El 6 de septiembre de 1999 la Corte Suprema de Justicia corrigió la resolución del 1 de septiembre, eliminando de la lista a miembros del sindicato que fueron incluidos a pesar de que no participaron en la huelga y agregando a otros empleados<sup>51</sup>.

49. El 25 de septiembre de 1999 el STOJ presentó una acción de amparo contra las resoluciones de la Corte Suprema, alegando que, en los despidos, no se respetó el artículo 22 del Pacto Colectivo que ordenaba una audiencia por 5 días a todo trabajador destituido ni el artículo 12 del mismo Pacto que establecía la inamovilidad sindical. En el marco de este proceso de amparo, el Ministerio Público presentó un escrito de consideraciones, en donde subrayó que:

No consta que previamente a la destitución de los trabajadores del Organismo Judicial al que se refiere el amparista, se les haya conferido la audiencia por cinco días a que tienen derecho, según el Pacto Colectivo de Condiciones de Trabajo antes aludido. Así como al encontrarse dentro de los despidos, miembros del Comité Ejecutivo, del Consejo Consultivo y miembros de las filiales del interior de la

---

<sup>46</sup> Cfr. Resolución emitida por la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia el 17 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios 547 a 549).

<sup>47</sup> De acuerdo con este artículo sobre la resolución de los incidentes: "El Juez resolverá el incidente sin más trámite, dentro de tres días de transcurrido el plazo de la audiencia y si se hubiere abierto a prueba, la resolución se dictará dentro de igual plazo después de concluido el de prueba. La resolución será apelable únicamente en los casos en los que las leyes especiales que regulen la materia no excluyan este recurso. En ningún caso procede el recurso de apelación cuando el incidente sea resuelto por un tribunal colegiado. El Plazo para resolver el recurso cuando proceda su interposición, será de tres días" (expediente de prueba, folio 502).

<sup>48</sup> Cfr. Resolución emitida por la Corte de Constitucionalidad en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo el 8 de julio de 1999 (expediente de prueba, folios 562 a 575).

<sup>49</sup> Cfr. Acta emitida por la Corte Suprema de Justicia de 1 de septiembre de 1999 (expediente de prueba, folios 3583 a 3604).

<sup>50</sup> La Comisión, en su Informe de Fondo, indicó que contaba con información de que las personas trabajadoras 1) Ajquejay Xec Rafael, 2) Arias Carlos Enrique, 3) Arriola Conde Luis René, 4) Caxaj Turnil Mario Juan Humberto, 5) Ejacalon Majzul Irrael, 6) Illescas Garcia de Suarez Rosa Nelly, 7) Leonardo Carlos Antonio, 8) Leonardo Oscar Moises, 9) López Arias Edgar Arturo, 10) López Giran Sandra Nineth, 11) Méndez Rodas Rolando Efraín, 12) Morales Matias Edgar Romeo, 13) Moya Ruiz Gloria Marina, 14) Ortiz Domínguez Edna Araceli, 15) Portillo Dora Carolina, 16) Quevedo Quezada De Marroquín Evelin Marleny, 17) Reyes Martínez, María Victoria y 18) Soto Godoy Sergio Eduardo habían trabajado durante el período de huelga (Informe de Fondo, folio 23).

<sup>51</sup> Cfr. Acta emitida por la Corte Suprema de Justicia el 6 de septiembre de 1999 (expediente de prueba, folios 358 a 360).

república del Sindicato de Trabajadores del Organismo Judicial, que por su calidad de dirigentes sindicales gozan de inamovilidad sindical, la que se hace extensiva a exdirigentes, pudiendo estos, ser despedidos únicamente por causa justificada, demostrada por el patrono en juicio ordinario ante tribunal competente. Lo anterior conlleva a determinar que no se dio la audiencia correspondiente a los trabajadores del Organismo Judicial, previo a su destitución, lo cual pudo realizarse sin problema alguno dentro de los veinte días fijados por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social para poder destituir a los trabajadores que efectivamente holgaron, siempre que tal circunstancia se haya establecido administrativamente, como lo asentó la sala laboral relacionada. Así como al no seguirse contra los trabajadores que gozan de inamovilidad sindical, juicio ordinario de trabajo en el que se comprueba la causa justa de destitución basada en el hecho de que hayan sido partícipes del movimiento ilegal de huelga, constituyen tales circunstancias violaciones al derecho de defensa y debido proceso de tales trabajadores del Organismo Judicial<sup>52</sup>.

50. La Corte de Constitucionalidad denegó la acción de amparo el 29 de febrero de 2000, considerando que, frente a la declaratoria de ilegalidad de la huelga, no era necesario promover incidentes de destitución y que, por esta misma ilegalidad, no aplicaba el fuero sindical<sup>53</sup>.

51. El STOJ presentó el 11 de marzo de 2000 un recurso de aclaración de la sentencia de amparo dictada por la Corte de Constitucionalidad el 29 de febrero de 2000<sup>54</sup>. La Corte de Constitucionalidad rechazó este recurso por resolución de 10 de marzo de 2000<sup>55</sup>.

52. El STOJ presentó, asimismo, una denuncia ante la Misión de verificación de las Naciones Unidas en Guatemala (en adelante "MINUGUA"). El 15 de marzo de 2000 la MINUGUA publicó los hallazgos de sus acciones de verificación. Entre otras consideraciones, concluyó que:

[E]l resultado de la verificación indica que la libertad de asociación, en su modalidad de libertad sindical y el derecho al debido proceso legal se han visto afectados por los siguientes hechos y/o actuaciones:

- a) La renuencia a negociar por parte de la Corte Suprema de Justicia [...]
- b) El despido de dirigentes sindicales [...]
- c) La doble calidad de empleador y Juzgador de la Corte Suprema de Justicia [...]
- d) Desacato a resoluciones judiciales [...]<sup>56</sup>.

53. Del total de los peticionarios originales que fueron despedidos, 28 fueron reincorporados con posterioridad ya sea porque prosperaron los recursos que presentaron contra sus despidos o porque fueron recontratados, por lo que la Comisión Interamericana consideró que el universo de las presuntas víctimas se limita a los 65 peticionarios que no fueron recontratados. Asimismo, se

---

<sup>52</sup> Consideraciones presentadas por Carlos Ignacio Herrera Cordero como Agente Fiscal del Ministerio Público ante la Corte de Constitucionalidad en el marco de la Acción de amparo No. 841-99 el 10 de diciembre de 1999 (expediente de prueba, folios 640 a 641).

<sup>53</sup> *Cfr.* Resolución emitida por la Corte de Constitucionalidad en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo en el marco del expediente No. 841-99 el 29 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folios 362 a 366). En esta resolución, el Magistrado Amado González Benítez emitió un voto disidente, en donde argumentó que: "la forma en que fueron destituidos viola el debido procedimiento para destituir a un trabajador del Organismo Judicial establecido en el artículo 22 del Pacto Colectivo de Condiciones de Trabajo [...] bien pudo la autoridad nominadora imputarle al trabajador objeto de una posterior destitución la referida causal a efecto de que conforme el debido proceso éste al evacuar la audiencia que se le hubiere conferido hubiese podido desvanecer tal causal demostrando su eventual no participación en el movimiento de huelga, evitando con ello destituciones injustas" (Voto razonado disidente del Magistrado Amado González Benítez en la sentencia de 29 de febrero de 2000 dictada en el expediente 841-99, expediente de prueba, folios 379 y 380).

<sup>54</sup> *Cfr.* Recurso de aclaración presentado por Igmair Galicia Pimentel ante la Corte de Constitucionalidad en el expediente No. 841-99 el 11 de marzo de 2000 (expediente de prueba, folios 618 y 619).

<sup>55</sup> *Cfr.* Resolución emitida por la Corte de Constitucionalidad en el marco del expediente No. 841-99 el 10 de marzo de 2000 (expediente de prueba, folio 621). Esta Corte nota que existe un problema con la fecha establecida para esta resolución, ya que es anterior a la fecha de la interposición del recurso.

<sup>56</sup> Carta de la MINUGUA a Víctor Hugo Godoy, presidente de COPRODEH de 15 de marzo de 2000 (expediente de prueba, folios 624 a 627).



indicó que ninguno de los 6 miembros del Comité Ejecutivo del STOJ fue recontratado<sup>57</sup>. De acuerdo con la Comisión, de los 65 peticionarios no contratados, 49 presentaron algún recurso en contra de su destitución<sup>58</sup>. Sin embargo, en el expediente solo consta prueba de los recursos presentados por 14 personas<sup>59</sup>.

## VII FONDO

54. El presente caso se relaciona con la destitución de un grupo de personas trabajadoras del Organismo Judicial<sup>60</sup> a raíz de la declaración de ilegalidad de una huelga organizada luego

---

<sup>57</sup> De acuerdo con la información dada por la Comisión seis de las presuntas víctimas formaban parte del Comité Ejecutivo, sin embargo, únicamente consta información expresa sobre la participación en el Comité Ejecutivo del STOJ de los señores Igmair Galicia Pimentel (expediente de prueba, folio 188), Orlan Manuel Morales Pineda (expediente de prueba, folio 248) y Adolfo Nery Rojas Martínez (expediente de prueba, folio 321) en las fichas de información de las presuntas víctimas facilitadas por la Comisión. En el caso de Lorenzo David Cupul Luna, se indicó en su ficha personal que forma parte de la Secretaría de Trabajo y Conflicto, Filial de Petén, más no se indica si éste órgano forma parte del Comité Ejecutivo (expediente de prueba, folio 172). De igual manera, en la ficha de Juan Girón Cáceres se indicó que era "Secretario de Asuntos Interdepartamentales" (expediente de prueba, folio 194); en la de Oscar Moisés Leonardo se indicó que era "Secretario Vocal de la Filial del Departamento de Baja Verapaz" (expediente de prueba, folio 224); en la de Edgar Arturo López Arias se indicó que era "Secretario de Actas de la filial de Baja Verapaz" (expediente de prueba, folio 228); en la de Edgar Arnaldo Luarca Domínguez se indicó que era "Secretario General" (expediente de prueba, folio 241); en la de Ramón Aristides Salazar Gálvez, se indicó que era "secretario de conflictos" (expediente de prueba, folio 327). Por otra parte, en la audiencia pública, el declarante Freddy Eduardo Ávila Rodríguez, afirmó que al momento de los hechos era Secretario de Actas y Acuerdos de la filial sindical del Departamento de Chimaltenango.

<sup>58</sup> Se trata de 1) AJQUEJAY XEC Rafael; 2) ARIAS Carlos Enrique; 3) ARRIOLA CONDE Luis René; 4) BENITEZ Luis Eduardo; 5) BONILLA LÓPEZ Virgilio Marcos; 6) CANEL PÉREZ Alejandro; 7) CARIAS GÓMEZ Milton Rogers; 8) CASTAÑEDA VAIDES Oscar Leonel; 9) CASTILLO VERON Alfredo; 10) COCHOJIL MARTÍNEZ Héctor Aníbal; 11) CUPUL LUNA Lorenzo David; 12) CUYAN GONZALEZ Fidel; 13) CHEVES LUNA Gustavo Adolfo; 14) ESCALANTE Carlos Enrique; 15) GALICIA PIMENTEL Igmair; 16) GIRON Arnulfo; 17) GIRÓN CACEROS Juan; 18) GIRÓN GALINDO Gabriel de Jesús; 19) GONZÁLEZ Miguel; 20) GUERRA VALIENTE Carlos Enrique; 21) GUTIÉRREZ GARCÍA Roberto; 22) LEONARDO Carlos Antonio; 23) LEONARDO Oscar Moisés; 24) LETONA DE GONZÁLEZ Alba Ninet; 25) LÓPEZ ARIAS Edgar Arturo; 26) LÓPEZ GARCÍA Gerardo; 27) LÓPEZ GIRÓN Marcos Humberto; 28) LÓPEZ LÓPEZ René Alberto; 29) MORALES MATÍAS Edgar Romeo (expediente de prueba, folios 2104 y ss.); 30) MORALES PINEDA Orlan Manuel; 31) MORATAYA CASTELLANOS Ricardo; 32) MUÑOZ TALA Juan Francisco; 33) PADILLA IZEPPI Mynor Pablo; 34) PADILLA MENDEZ Oscar Basilo; 35) PALACIOS URIZAR Mario René; 36) PAXTOR Miguel Ángel; 37) PORTILLO Dora Carolina; 38) QUEVEDO QUEZADA DE MARROQUIN Evelin Marleny; 39) REYNOSO MAS Minor Rolando; 40) RÍOS DE LEÓN Armando Moisés; 41) ROJAS MARTÍNEZ Adolfo Nely; 42) RUANO SIAN Miguel Augusto; 43) SALAZAR GALVES Ramón Aristides; 44) SAMAYOA CARIAS Vicente; 45) SOLOGAISTOA MORAN Fernando Antonio; 46) SOTO GODOY Sergio Eduardo; 47) TECUN GARCÍA Edwin Remigio; 48) VELASQUEZ David Rubén; 49) VELASQUEZ Ramiro Fernando.

<sup>59</sup> Se trata de 1) CANEL PÉREZ Alejandro (recurso rechazado en fecha no legible, expediente de prueba, folio 2433); 2) CUPUL LUNA Lorenzo David (expediente de prueba, folios 1980 y ss.; recurso rechazo el 28 de octubre de 1999, expediente de prueba folio 2428); 3) GONZÁLEZ Miguel (recurso denegado el 14 de septiembre de 1999, expediente de prueba folio 2430); 4) LEONARDO Carlos Antonio (expediente de prueba, folios 975 y 976); 5) LEONARDO Oscar Moisés (expediente de prueba, folios 2291 a 2293); 6) LETONA DE GONZÁLEZ Alba Ninet (recurso declarado con lugar por medio de la resolución del Juzgado Quinto de Trabajo y Previsión Social de la Primera Zona Económica del 27 de abril de 2000, expediente de prueba, folios 961 a 972); 7) LÓPEZ ARIAS Edgar Arturo (expediente de prueba, folios 2075 y ss.); 8) LÓPEZ LÓPEZ René Alberto (recurso rechazado el 14 de septiembre de 1999, expediente de prueba folio 2432); 9) MORALES MATÍAS Edgar Romeo (expediente de prueba, folios 2104 a 2107); 10) MUÑOZ TALA Juan Francisco (expediente de prueba, folios 2132 y 2133.; recurso rechazado el 25 de octubre de 1999, expediente de prueba, folio 2945); 11) PORTILLO Dora Carolina (expediente de prueba, folios 2164 a 2168); 12) QUEVEDO QUEZADA DE MARROQUIN Evelin Marleny (expediente de prueba, folio 2178); 13) REYNOSO MAS Minor Rolando (expediente de prueba, folios 2196 a 2208) y 14) SOTO GODOY Sergio Eduardo (expediente de prueba, folio 2411).

<sup>60</sup> De acuerdo con el representante, las presuntas víctimas ejercían los siguientes cargos dentro del Organismo Judicial:

- a) Cargos de operadores de justicia: secretarios de juzgado, oficiales de juzgados, secretarios y oficiales de juzgados de paz y comisarios de juzgados.

de fracasar un proceso para renegociar el Pacto Colectivo de Trabajo entre el STOJ y el Organismo Judicial. De esta forma, esta Corte analizará, en un primer capítulo, las violaciones alegadas a las garantías del debido proceso y a la protección judicial en el marco de la declaratoria de ilegalidad de la huelga y del proceso de destitución (1), para luego analizar las violaciones alegadas a los derechos a la huelga, de asociación, a la libertad sindical y al trabajo de las personas trabajadoras destituidas (2).

## **VII-1 DERECHOS A LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS Y EL DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO<sup>61</sup>**

### ***A. Alegatos de las partes y de la Comisión***

55. La **Comisión** recordó que las garantías establecidas en el artículo 8 de la Convención se aplican no solo a los procesos penales, sino también a procesos de otra naturaleza, en particular a procesos sancionatorios. De esta forma, consideró que el proceso de destitución de los empleados del Organismo Judicial fue un proceso sancionatorio, por lo que debían aplicarse, *mutatis mutandi*, las garantías relativas a un proceso penal. Subrayó que, en el caso concreto, las presuntas víctimas no fueron sometidas a un procedimiento administrativo previo a la sanción de destitución, por lo que no fueron notificadas del inicio de un procedimiento disciplinario en su contra ni tuvieron la oportunidad de defenderse respecto al mismo. Consideró que el argumento conforme al cual no era necesario un procedimiento previo con las garantías del debido proceso ya que la causal de destitución estaba prevista en la normativa aplicable y era consecuencia directa de la declaratoria de ilegalidad de la huelga, no era motivo para privar a las presuntas víctimas de su posibilidad de defenderse sobre si se encontraban inmersos en la referida causal y si la misma debía comportar o no una sanción.

56. La Comisión también subrayó que las presuntas víctimas interpusieron una serie de recursos contra la decisión de 13 de mayo de 1996 que declaró ilegal la huelga. Asimismo, interpusieron una serie de recursos contra el acta de despidos emitida por la Corte Suprema de Justicia el 1 de septiembre de 1999. Finalmente, tras interponer recursos de reconsideración o de otra índole, 28 personas fueron recontratadas. Sin embargo, la Comisión consideró que las 65 presuntas víctimas que no fueron recontratadas, no contaron con un recurso efectivo para remediar las violaciones a sus derechos humanos, por lo que consideró que se violó el derecho a la protección judicial establecido en el artículo 25.1 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los 65 trabajadores que no fueron recontratados.

57. Por todo lo anterior, la Comisión concluyó que el Estado violó el derecho a ser oído, el derecho de defensa y el derecho a la protección judicial establecidos en los artículos 8.1, 8.2 b) y c) y 25 de la Convención, en relación las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los 65 trabajadores del Organismo Judicial que fueron destituidos de sus cargos y que no fueron recontratados con posterioridad.

---

b) Cargos administrativos: técnicos, jefes de almacén, oficinistas, analistas de presupuestos, receptores pagadores y auxiliares de contabilidad.

c) Cargos de auxiliares de mantenimiento: conserjes, carpinteros, ascensoristas, tapiceros, acomodador de vehículos, pilotos, soldados.

<sup>61</sup> Artículos 8 y 25 de la Convención en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

58. En sus alegatos finales<sup>62</sup>, el **representante** coincidió con la Comisión al considerar que la destitución de los trabajadores del Organismo Judicial a consecuencia de la huelga realizada en 1996 fue una medida sancionatoria que no cumplió con las garantías establecidas en el artículo 8.2 de la Convención.

59. De acuerdo con el **Estado**, existen diferentes formas para cumplir con el deber de brindar protección judicial. Indicó que, en el presente caso, se puede establecer que las garantías judiciales se manifestaron a través de diferentes modalidades dentro de las cuales los trabajadores pudieron defenderse y ser oídos. En primer lugar, consideró que el procedimiento de declaratoria de legalidad de huelga es el momento oportuno para que los trabajadores expusieran sus argumentos de defensa. No obstante, alegó que los trabajadores decidieron voluntariamente no respetar el momento procesal oportuno que la ley les otorgaba para ser escuchados, al declararse en una huelga con clara inobservancia de las disposiciones legales y en detrimento del servicio público. Alegó que el Código de Trabajo también tutela los derechos del patrono, y que los trabajadores, al no agotar el procedimiento de declaratoria de la legalidad de la huelga, dieron origen a su declaratoria de ilegalidad y le permitieron al patrono proceder al despido como consecuencia de la misma declaratoria de ilegalidad.

60. El Estado alegó, asimismo, que los trabajadores habrían podido ser escuchados en una segunda oportunidad a través del recurso de reconsideración. De esta forma, si consideraron que su despido era improcedente, podrían haberse opuesto por medio de un recurso de reconsideración. Indicó que este recurso se emplea como un derecho adquirido por costumbre legal, si bien no está específicamente establecido en el Código de Trabajo, es usado de forma usual por los trabajadores sobre la base del principio de sencillez y de formas mínimas del derecho laboral. Subrayó que hubo trabajadores que, después de presentado el recurso de reconsideración, consiguieron ser reinstalados porque probaron que no existía causal de despido, lo que demuestra la idoneidad del recurso

61. Por otra parte, el Estado alegó que los trabajadores también tenían a su disposición el juicio ordinario laboral de reinstalación, regulado en el artículo 321 del Código de Trabajo. Señaló que es un juicio de naturaleza cognitiva, utilizado por las partes para que el juez de trabajo conozca sobre causas de despido, a fin de ratificar o no esa causal. Este proceso depende del principio dispositivo, por lo que quedaba a voluntad de los trabajadores iniciarlo o no. De la misma manera, alegó que era posible la interposición de un incidente de reinstalación conforme al artículo 380 del Código de Trabajo o la interposición de una acción constitucional de amparo. De esta forma concluyó que, en ningún momento desde el inicio del procedimiento de declaratoria de huelga hasta los despidos, los trabajadores quedaron sin garantías judiciales, toda vez que durante todo el procedimiento tuvieron acceso a recursos y procedimientos idóneos para ser oídos y defenderse.

## **B. Consideraciones de la Corte**

62. La Corte recuerda que, en este caso, se analiza la destitución de 65 personas trabajadoras del Organismo Judicial por su participación en un movimiento de huelga. De esta forma, la Corte

---

<sup>62</sup> En relación con los efectos de la falta de presentación de un escrito de solicitudes y argumentos por parte de representantes de presuntas víctimas, en aplicación del artículo 29.2 del Reglamento, en otros casos la Corte ha permitido a las partes participar en ciertas actuaciones procesales, tomando en cuenta las etapas que hubiesen caducado de acuerdo al momento procesal. En esos casos, la Corte consideró que, debido a la falta de presentación del escrito de solicitudes y argumentos, no valoraría ningún alegato o prueba de los representantes que adicionara hechos, otros derechos que se aleguen violados o presuntas víctimas al caso, o pretensiones de reparaciones y costas distintas a las solicitadas por la Comisión, por no haber sido presentadas en el momento procesal oportuno. Estas reglas procedimentales serán aplicadas en el presente caso. *Cfr. Caso Liakat Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 29, y *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 6 de octubre de 2020. Serie C No. 412, párr. 77 y nota 79.

analizará si estos procedimientos respetaron las garantías procesales aplicables a procesos materialmente sancionatorios (1), para luego analizar si se garantizó el derecho a la protección judicial, al brindar a las presuntas víctimas un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo contra las decisiones tomadas en este caso que presuntamente violentaron sus derechos fundamentales (2).

### *B.1. Derecho a las garantías judiciales*

63. Esta Corte ha señalado de forma reiterada que, aunque el artículo 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a recursos judiciales en sentido estricto, "sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales"<sup>63</sup> para que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectar sus derechos. De modo que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal<sup>64</sup>.

64. En ese sentido, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención, en la determinación de los derechos y obligaciones de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las personas tienen derecho a ser oídas, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. El incumplimiento de alguna de esas garantías implica la violación de dicha disposición convencional<sup>65</sup>.

65. De esta forma, en cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos<sup>66</sup>. Asimismo, el Tribunal ha señalado que es exigible a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, que adopte dichas decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal<sup>67</sup>. Al respecto, el artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos del debido proceso legal, que se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos<sup>68</sup>.

66. Por su parte, el artículo 8.2 de la Convención establece las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados en función del debido proceso legal<sup>69</sup>. La Corte se ha pronunciado en su jurisprudencia sobre el alcance de este artículo y ha establecido que no se limita a procesos penales, sino que lo ha extendido, en lo pertinente, a procesos administrativos seguidos ante

---

<sup>63</sup> *Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27, y *Caso Moya Solís Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de junio de 2021. Serie C No. 425, párr. 66.

<sup>64</sup> *Cfr. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 124 y *Caso Moya Solís Vs. Perú, supra*, párr. 66.

<sup>65</sup> *Cfr. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 117, y *Caso Moya Solís Vs. Perú, supra*, párr. 67.

<sup>66</sup> *Cfr. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, supra*, párr. 126, y *Caso Casa Nina Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 419, párr. 88.

<sup>67</sup> *Cfr. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 71, y *Caso Casa Nina Vs. Perú, supra*, párr. 88.

<sup>68</sup> *Cfr. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, supra*, párr. 69, y *Caso Casa Nina Vs. Perú, supra*, párr. 88.

<sup>69</sup> *Cfr. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, supra*, párr. 137, y *Caso Cuya Lavy y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de septiembre de 2021. Serie C No. 438, párr. 152.

autoridades estatales y a procesos judiciales de carácter no penal en el ámbito constitucional, administrativo y laboral<sup>70</sup>. Asimismo, ha señalado que, tanto en estas como en otro tipo de materias, "el individuo tiene también derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal"<sup>71</sup>. Esto indica que las garantías del artículo 8.2 de la Convención no son exclusivas de los procesos penales, sino que pueden ser aplicadas a procesos de carácter sancionatorio. Lo que corresponde en cada caso es determinar las garantías mínimas que conciernen a un determinado proceso sancionatorio no penal, según su naturaleza y alcance<sup>72</sup>.

67. En el caso bajo estudio, luego de la declaración de ilegalidad de la huelga, la Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social, por medio de resolución de 13 de mayo de mayo de 1996, fijó el término de veinte días al Organismo Judicial para aplicar el artículo 244 del Código de Trabajo, el cual prescribe que cuando una huelga sea declarada ilegal y los trabajadores la realizaren, el tribunal debe fijar al patrono un término de veinte días durante el cual éste, sin responsabilidad de su parte, podrá dar por terminados los contratos de trabajo de los laborantes que holgaren. La Sala expresamente advirtió, con respecto a la lista de los trabajadores que participaron en la huelga, que ésta "deberá establecerse administrativamente en forma precisa luego de una depuración de los listados que fueron aportados como prueba, pues del examen de los mismos se evidencian determinadas inexactitudes que podrían vulnerar derechos de laborantes que no suspendieron labores y aparecen incluidos en el listado"<sup>73</sup>.

68. La Corte Suprema de Justicia, en su calidad de patrono de las personas trabajadoras del Organismo Judicial, emitió una resolución el 1 de septiembre de 1999, en donde decidió despedir de forma inmediata a 404 personas trabajadoras, incluyendo las presuntas víctimas de este caso<sup>74</sup>. Entre las razones mencionadas para justificar esta decisión, la Corte tomó en cuenta "a) la actitud asumida por los trabajadores que realizaron la huelga vedó a la población el derecho y acceso a la justicia [...], b) el desmedro sufrido por la justicia debido a la referida huelga ilegal constituyó un golpe al Estado de derecho. c) Los empleados que participaron en la huelga ilegal antepusieron intereses particulares, siendo el principal afectado, el pueblo de Guatemala [...]"<sup>75</sup>. Debido a ciertas inconsistencias en la lista de los trabajadores despedidos, la Corte Suprema debió emitir una segunda resolución el 6 de septiembre de 1999<sup>76</sup>.

69. De esta forma, las presuntas víctimas fueron destituidas sin ningún procedimiento previo, únicamente en aplicación de un acta que les imputó una conducta antijurídica y estableció como consecuencia el despido. Por consiguiente, el despido fue la sanción por haber participado en una

---

<sup>70</sup> Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, supra; *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, supra; *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74; *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218; *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, *Caso Maldonado Ordóñez Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311, *Caso Moya Solís Vs. Perú*, supra y *Caso Cuya Lavy y otros Vs. Perú*, supra.

<sup>71</sup> *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, supra, párr. 70, y *Caso Cuya Lavy y otros Vs. Perú*, supra, párr. 152.

<sup>72</sup> Cfr. *Caso Maldonado Ordóñez Vs. Guatemala*, supra, párr. 75, y *Caso Cuya Lavy y otros Vs. Perú*, supra, párr. 152.

<sup>73</sup> Resolución emitida por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y previsión social en el marco del Conflicto Colectivo No. 730-94 el 13 de mayo de 1996 (expediente de prueba, folios 60 y 61).

<sup>74</sup> Cfr. Acta emitida por la Corte Suprema de Justicia de 1 de septiembre de 1999 (expediente de prueba, folios 3583 a 3604).

<sup>75</sup> Acta emitida por la Corte Suprema de Justicia de 1 de septiembre de 1999 (expediente de prueba, folio 3585).

<sup>76</sup> Cfr. Acta emitida por la Corte Suprema de Justicia el 6 de septiembre de 1999 (expediente de prueba, folios 358 a 360).

huelga declarada ilegal, y por ello a las personas que fueron objeto de esta sanción de despido les son aplicables las garantías del debido proceso propias de los procesos sancionatorios, aunque su alcance pueda ser de diferente contenido o intensidad. Esta Corte considera entonces que las violaciones alegadas en este caso también deben analizarse a la luz de las garantías establecidas en el artículo 8.1 y 8.2 literales b y c, esto es, el derecho a ser oído, el derecho a conocer previa y detalladamente la acusación formulada y del derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para la defensa, garantías que, a juicio de la Corte, son aplicables al caso concreto.

70. En tal sentido, esta Corte ha desarrollado el derecho a ser oído protegido en el artículo 8.1 de la Convención, en el sentido general de comprender el derecho de toda persona a tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones<sup>77</sup>. Sobre este derecho, la Corte reitera que las garantías establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana suponen que las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos<sup>78</sup>, de manera que puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones<sup>79</sup>. Ahora bien, la Corte encuentra que, en el caso concreto, esta garantía implicaba que debía darse inicio a un procedimiento en relación con cada una de las presuntas víctimas para efectos de determinar si había efectivamente participado en la huelga, durante el cual se garantizara su derecho de audiencia y de defensa.

71. En relación con el derecho a conocer previa y detalladamente de la acusación formulada, previsto en el artículo 8.2.b de la Convención, la Corte ha establecido que este derecho implica que se haga una descripción material de la conducta imputada que contenga los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa. De ahí que el acusado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan<sup>80</sup>. En el caso *Barreto Leiva Vs. Venezuela*, la Corte se refirió a esta garantía y señaló que, para satisfacerla “el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos”<sup>81</sup>.

72. Por otra parte, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, contemplado en el artículo 8.2.c de la Convención, obliga al Estado a permitir el acceso de la persona al conocimiento del expediente llevado en su contra e implica que se debe respetar el principio del contradictorio, que garantiza la intervención de la persona en el análisis de la prueba<sup>82</sup>. Además, los medios adecuados para

---

<sup>77</sup> Cfr. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 74, y *Caso Roche Azaña y otros Vs. Nicaragua. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 3 de junio de 2020. Serie C No. 403, párr. 85.

<sup>78</sup> Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, supra*, párr. 81, y *Caso Roche Azaña y otros Vs. Nicaragua, supra*, párr. 90.

<sup>79</sup> Cfr. *Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 146, y *Caso Roche Azaña y otros Vs. Nicaragua, supra*, párr. 90.

<sup>80</sup> Cfr. *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 67, y *Caso Grijalva Bueno Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de junio de 2021. Serie C No. 426, párr. 101.

<sup>81</sup> *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 28.

<sup>82</sup> Cfr. *Mutatis Mutandi, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 178, y *Caso Cuya Lavy y otros Vs. Perú, supra*, párr. 154.

presentar la defensa comprenden todos los materiales y pruebas utilizados, así como los documentos exculpativos<sup>83</sup>.

73. Las presuntas víctimas en esta causa no fueron sometidas a un procedimiento previo a la sanción de destitución que les permitiera conocer de antemano la conducta que se les imputaba y presentar pruebas de descargo, para ejercer efectivamente su defensa. Únicamente se les notificó de la decisión de la Corte Suprema, sin que se les diera la oportunidad de probar que no habían participado en el movimiento de huelga. Esta notificación, de acuerdo con las declaraciones de una de las presuntas víctimas, ni siquiera se hizo de forma personal<sup>84</sup>.

74. El Estado alegó que las personas trabajadoras tuvieron la oportunidad de ser oídos tanto en el procedimiento de declaratoria de ilegalidad de la huelga, como a través de los recursos que pudieron haber intentado contra el acto de despido (*supra* párrs. 59 a 61). Sin embargo, cabe subrayar, con respecto al proceso de declaratoria de ilegalidad de la huelga, que el mismo no es un proceso que permite analizar la situación personal de cada una de las personas trabajadoras ni de su eventual participación o no en la misma. Con respecto a los recursos contra el acto de despido, la garantía analizada en este capítulo implica un procedimiento previo, que le permita a la persona trabajadora presentar prueba de descargo antes de que se tome la decisión sobre su despido. De esta forma, esta Corte coincide con la Comisión al considerar que el argumento conforme al cual no era necesario un procedimiento previo con las garantías del debido proceso, debido a que la causal de destitución estaba ya prevista en la normativa aplicable y era consecuencia directa de la declaratoria de ilegalidad de la huelga, no es motivo para privar a las personas trabajadoras de su posibilidad de defenderse sobre si se encontraban inmersos en la referida causal y si la misma debía comportar o no una sanción<sup>85</sup>.

75. Se desprende del Acta de la Corte Suprema de Justicia que no se tomó en cuenta la situación particular de cada persona trabajadora y que, a pesar de que la propia Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social advirtió de la necesidad de depurar las listas, las mismas no fueron examinadas, lo que implicó incluir a personas trabajadoras que no habían participado en la huelga, como lo demuestra la recontractación de por lo menos 28 de los peticionarios originales (*supra* párr. 53). De esta forma, al haber ejecutado los despidos por medio de una resolución que no tomó en cuenta la situación individual de cada persona trabajadora, el empleador, en este caso la Corte Suprema de Justicia, no garantizó un debido proceso a las personas trabajadoras en donde pudieran presentar pruebas y ejercer su derecho a la defensa, previo al despido.

76. Por consiguiente, esta Corte considera que el Estado, al haber despedido a las 65 personas extrabajadoras del Organismo Judicial sin haberlas sometido a un procedimiento previo en donde pudieran conocer los cargos que se le imputaban y haber presentado pruebas de no haber participado en el movimiento de huelga, ejerciendo así su efectivo derecho de defensa, no respetó las garantías judiciales establecidas en los artículos 8.1, 8.2.b. y 8.2.c. de la Convención Americana.

---

<sup>83</sup> Cfr. *Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 154, y *Caso Cuya Lavy y otros Vs. Perú, supra*, párr. 154.

<sup>84</sup> En su declaración, Orlan Manuel Morales Pineda indicó que nunca se le notificó legalmente del despido (Declaración rendida ante fedatario público por Orlan Morales Pineda el 19 de junio de 2021, expediente de prueba folio 3750).

<sup>85</sup> Esta argumentación también fue seguida por el voto disidente del Magistrado Amado González Benítez en la Sentencia de 29 de febrero de 2000 dictada por la Corte de Constitucionalidad frente a una acción de amparo presentado por el STOJ (Voto razonado disidente del Magistrado Amado González Benítez en la sentencia de 29 de febrero de 2000 dictada en el expediente 841-99, expediente de prueba, folios 379 y 380).

## B.2. Protección judicial

77. Esta Corte recuerda que el artículo 25 de la Convención establece la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo ante juez o tribunal competente, contra actos violatorios de sus derechos fundamentales<sup>86</sup>. Así, los artículos 8, 25 y 1 de la Convención se encuentran interrelacionados en la medida que “[l]os [...] recursos judiciales efectivos [...] deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, [...] dentro de la obligación general a cargo de los [...] Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1.1)”<sup>87</sup>.

78. También el Tribunal ha considerado que la efectividad de los recursos debe evaluarse en el caso particular, teniendo en cuenta si “existieron vías internas que garantizaran un verdadero acceso a la justicia para reclamar la reparación de la violación”<sup>88</sup>.

79. Por otra parte, la jurisprudencia constante de esta Corte ha señalado que, en los términos del artículo 25 de la Convención, es posible identificar dos obligaciones específicas que recaen en los Estados. Así, la primera obligación consiste en consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven la determinación de los derechos y obligaciones de estas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos<sup>89</sup>.

80. En lo que se refiere específicamente a la efectividad del recurso, la Corte ha establecido que el sentido de la protección que garantiza el artículo 25 es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que una autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante, determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo<sup>90</sup>.

81. De esta forma se procederá al análisis de los alegatos sobre la violación a la protección judicial con respecto a los hechos del caso en el orden siguiente: 1) los recursos promovidos por las presuntas víctimas, a través del STOJ<sup>91</sup>, con respecto a la declaratoria de ilegalidad de la

---

<sup>86</sup> Cfr. *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2011, Serie C No. 228, párr. 95, y *Caso Cuya Lavy y otros Vs. Perú, supra*, párr. 170.

<sup>87</sup> Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 91, y *Caso Bedoya Lima y otra Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de agosto de 2021. Serie C No. 431, párr. 125.

<sup>88</sup> Cfr. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 120, y *Caso Cuya Lavy y otros Vs. Perú, supra*, párr. 170.

<sup>89</sup> Cfr. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, supra*, párr. 237, y *Caso Ríos Avalos y otro Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de agosto de 2021. Serie C No. 429, párr. 148.

<sup>90</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-9/87, *supra*, párr. 24; *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 100, y *Caso Ríos Avalos y otro Vs. Paraguay, supra*, párr. 149.

<sup>91</sup> El conflicto económico social objeto del presente caso fue promovido por el STOJ, como uno de las dos partes que negociaba la renovación del pacto colectivo de trabajo, en virtud de lo establecido por el artículo 51 del Código de Trabajo (*supra* párr. 36). Es por ello que, en la mayoría de las actuaciones relacionadas con este conflicto económico social que llevó al movimiento de huelga, es el STOJ el que actúa a nombre de las personas trabajadoras del Organismo Judicial.



huelga y 2) los recursos promovidos por las presuntas víctimas y por el STOJ con respecto a sus despidos.

### B.2.1 Recursos promovidos respecto a la declaratoria de ilegalidad de la huelga

82. Las presuntas víctimas plantearon diferentes recursos a través del STOJ contra la declaratoria de ilegalidad de la huelga. En primer lugar, durante el movimiento de huelga, las personas trabajadoras plantearon una acción de amparo ante la Corte de Constitucionalidad frente a la decisión del Organismo Judicial de dejar de pagar los salarios a los y las huelguistas. Por medio de resolución de 2 de abril de 1996, dicha Corte ordenó el pago de los salarios a las personas trabajadoras que reanudaran inmediatamente sus labores<sup>92</sup>. Con respecto a la efectividad de este recurso, el Estado aportó prueba de que los salarios fueron efectivamente pagados, por lo que el recurso resultó efectivo.

83. Con respecto a la declaratoria de ilegalidad de la huelga dictada en respuesta a un incidente promovido por la Procuraduría General de la Nación por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social de 23 de abril de 1996, el STOJ presentó, en primer lugar, una acción de amparo. Este recurso fue declarado sin lugar el 18 de febrero de 1997 por la Cámara de Amparo y Antejuicios de la Corte Suprema de Justicia. Esta Cámara consideró que los argumentos presentados en el recurso eran "confusos por falta de claridad y por ello el amparo promovido deviene improsperable"<sup>93</sup>. Esta resolución fue apelada por el STOJ, sin embargo, la Corte de Constitucionalidad la confirmó por medio de una resolución motivada de 19 de junio de 1997. En ella se precisó que si los amparados consideraron que existían errores en el procedimiento de la declaratoria de ilegalidad, los mismos debían ser denunciados por medios de los recursos ordinarios, al respecto consideró que "si el postulante constató que la actuación de la autoridad impugnada entrañaba violación a la ley debió hacer uso del medio ordinario (nulidad) que la ley prevé para impugnar la resolución reclamada y al no hacerlo incumplió con el principio de definitividad"<sup>94</sup>.

84. De forma paralela, el STOJ interpuso un recurso de apelación en contra de la declaratoria de ilegalidad de la huelga ante la Corte Suprema, el cual fue rechazado de plano por resolución de 17 de marzo de 1999. En efecto, la Corte Suprema consideró que en el presente caso debía aplicarse el artículo 140 de la Ley del Organismo Judicial que establece que no procede el recurso de apelación cuando el incidente fue resuelto por un tribunal colegiado<sup>95</sup>. Contra esta interpretación, el Sindicato presentó una acción de amparo, la cual fue declarada sin lugar<sup>96</sup>. En efecto, en el procedimiento de declaratoria de ilegalidad de una huelga no se establece de forma expresa la posibilidad de recursos. Frente a ello, la interpretación seguida tanto por la Corte Suprema como por la Corte de Constitucionalidad es que debía aplicarse supletoriamente la Ley del Organismo Judicial, que prevé la imposibilidad de recurso ante una decisión tomada por un tribunal colegial. Sin embargo, el Sindicato alegó que lo que debía aplicarse era el artículo 6 de la Ley de Sindicalización y Regulación de Huelga, que establece que:

---

<sup>92</sup> Cfr. Resolución emitida por la Corte de Constitucionalidad el 2 de abril de 1996 (expediente de prueba, folio 45).

<sup>93</sup> Resolución emitida por la Cámara de Amparo y Antejuicio de la Corte Suprema de Justicia el 18 de febrero de 1997 (expediente de prueba, folio 74).

<sup>94</sup> Resolución por la Corte de Constitucionalidad el 19 de junio de 1997 (expediente de prueba, folio 86).

<sup>95</sup> Cfr. Resolución emitida por la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia el 17 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios 547 y ss.).

<sup>96</sup> Cfr. Resolución emitida por la Corte de Constitucionalidad en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo el 8 de julio de 1999 (expediente de prueba, folios 562 y ss.).

“Son competentes para conocer de los Conflictos Colectivos de carácter económico social, que se produzcan entre trabajadores del Estado y éste y sus entidades descentralizadas y autónomas, los Tribunales de Trabajo y Previsión Social de la zona económica donde tengan los trabajadores su principal centro de ejecución de sus labores. Si se trata de conflicto de los trabajadores del Organismo Judicial, conocerán en primera instancia las Salas de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social, y en segunda instancia, la Corte Suprema de Justicia, por su cámara respectiva [...]”.

85. En este sentido, la Corte destaca la falta de claridad de la normativa interna con respecto al procedimiento de declaratoria de ilegalidad de una huelga y, sobre todo, sobre la posibilidad de recurrir esta decisión. Lo anterior, colocó a las personas trabajadoras del Organismo Judicial en una situación de desprotección<sup>97</sup>. Las personas trabajadoras no tuvieron entonces acceso efectivo de manera sencilla a la protección judicial como consecuencia de la falta de certeza y de claridad respecto a los recursos idóneos que debían presentar frente a la declaratoria de ilegalidad de la huelga. Lo anterior constituyó una violación al derecho a la protección judicial, contenido en el artículo 25 de la Convención, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos y al deber de adoptar disposiciones de derecho interno contenidos en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

#### B.2.2. Los recursos promovidos con respecto a los despidos

86. Frente al acto de despido, de acuerdo con la legislación interna, las personas extrabajadoras podían interponer un procedimiento laboral ordinario, una acción de amparo o un recurso de reconsideración. Con respecto a este último recurso, el propio Estado aclaró que el mismo no está específicamente establecido por el Código de Trabajo, pero que es usualmente empleado y aceptado en virtud de lo establecido por el artículo 15 de dicho Código<sup>98</sup>.

87. Con respecto a las 65 presuntas víctimas del presente caso, de acuerdo con la Comisión, 49 de ellas presentaron algún tipo de recurso en contra del acto de despido. Sin embargo, en el expediente solo consta prueba de los recursos presentados por 14 personas (*supra* párr. 53). La propia Comisión indicó que, en por lo menos 4 casos, la persona trabajadora voluntariamente no presentó ningún recurso<sup>99</sup>. Asimismo, no se cuenta con las decisiones de los órganos requeridos en todos los casos. De esta forma, este Tribunal no cuenta con información suficiente para analizar la efectividad de estos recursos, por lo que no se pronunciará sobre este extremo de los alegatos de la Comisión.

88. Asimismo, de forma colectiva, el STOJ presentó una acción de amparo ante la Corte de Constitucionalidad, la cual fue rechazada el 29 de febrero de 2000<sup>100</sup>. En este caso, los jueces de amparo examinaron la decisión impugnada y concluyeron que no se había vulnerado el debido proceso<sup>101</sup>. Frente a este recurso, el STOJ pudo presentar un recurso de aclaración, el cual fue

---

<sup>97</sup> Cfr. *Caso Maldonado Ordóñez Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311, párr. 120.

<sup>98</sup> De acuerdo con este artículo “Los casos no previstos por este Código, por sus reglamentos o por las demás leyes relativas al trabajo, se deben resolver, en primer término, de acuerdo con los principios del Derecho de Trabajo; en segundo lugar, de acuerdo con la equidad, la costumbre o el uso locales en armonía con dichos principios, y, por último, de acuerdo con los principios y leyes del Derecho Común”.

<sup>99</sup> Se trata de los casos de los trabajadores Freddy Eduardo Ávila Rodríguez, Manuel Armando García Avendaño, Marvin Manolo López Reyna y Genaro Orellana Orellana (folios 6 a 11).

<sup>100</sup> Cfr. Resolución emitida por la Corte de Constitucionalidad en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo en el marco del expediente No. 841-99 el 29 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folios 362 y ss.).

<sup>101</sup> En efecto, el Tribunal consideró que “Del estudio de los antecedentes se establece que la autoridad impugnada tomó la decisión de destituir a varios de sus trabajadores, entre quienes se encuentran miembros del Comité Ejecutivo del Sindicato de Trabajadores de ese Organismo, en atención a que, como autoridad nominadora tenía la obligación

rechazado por resolución del 10 de marzo de 2000<sup>102</sup>. Todas estas resoluciones fueron motivadas, y permitieron al STOJ presentar una argumentación en contra de los actos de despido. El resultado negativo de las mismas, no implica necesariamente que el Estado haya incumplido con su deber de garantizar un recurso efectivo. A juicio de la Corte, las conclusiones a las cuales arribaron los jueces de amparo, no resultan manifiestamente arbitrarias o irrazonables, además, como se indicó en párrafos precedentes, el análisis de la efectividad de los recursos no depende de una eventual decisión favorable a los intereses de las presuntas víctimas.

89. De esta forma, y sobre este extremo, frente a la falta de elementos probatorios con respecto a los recursos de reconsideración y la existencia de resoluciones motivadas en el proceso de amparo seguido por el STOJ, la Corte considera que el Estado de Guatemala no violentó el derecho a la protección judicial en perjuicio de las 65 personas extrabajadoras del Organismo Judicial.

### **C. Conclusión**

90. De acuerdo con lo expuesto en los párrafos precedentes, la Corte encuentra que el Estado es responsable por la violación de los derechos a ser oído, a conocer previa y detalladamente la acusación formulada y a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, contenidos en los artículos 8.1, 8.2.b y 8.2.c de la Convención Americana, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos contenida en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de las 65 personas extrabajadoras del Organismo Judicial listadas en el Anexo Único. Asimismo, con respecto a la posibilidad de impugnar la declaratoria de ilegalidad de la huelga, este Tribunal considera que el Estado es responsable por la violación al derecho a la protección judicial, contenido en el artículo 25 de la Convención, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos y al deber de adoptar disposiciones de derecho interno contenidos en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de las 65 personas extrabajadoras del Organismo Judicial listadas en el Anexo Único.

## **VII-2**

### **DERECHOS A LA HUELGA, LIBERTAD DE ASOCIACIÓN, LIBERTAD SINDICAL Y AL TRABAJO EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS, EL DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO<sup>103</sup>**

#### **A. Alegatos de las partes y de la Comisión**

91. La **Comisión** recordó que el derecho a la huelga se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención en tanto que el artículo 45 inciso c) de la Carta de la OEA lo incorpora de manera expresa. Agregó que este artículo 26, interpretado en el marco del artículo 29, a la luz de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, impone obligaciones exigibles de manera inmediata de respeto

---

de ejecutar lo resuelto por la Sala de Trabajo que conoció del incidente en virtud del cual se declaró que el movimiento promovido por el Sindicato fue ilegal. Siendo que aquella resolución se encontraba firme y con ella plenamente establecida la causal de destitución, era innecesario promover incidentes de destitución o juicios ordinarios de terminación de contratos según el caso, puesto que la facultad de dar por terminadas las relaciones de trabajo ya estaba conferida por autoridad judicial competente, debido a que había constatado que el movimiento de huelga fue ilegal y por ello concluyó que la consecuencia que correspondía era la destitución de los trabajadores huelguistas, con la única limitación de que previamente comprobara administrativamente si habían holgado. Y como su proceder es en acatamiento a lo dispuesto en una resolución judicial firme, esta Corte estima que se ajusta a las constancias procesales y no provoca violación constitucional alguna" (Resolución emitida por la Corte de Constitucionalidad en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo en el marco del expediente No. 841-99 el 29 de febrero de 2000, expediente de prueba, folio 365).

<sup>102</sup> Cfr. Resolución emitida por la Corte de Constitucionalidad en el marco del expediente No. 841-99 el 10 de marzo de 2000 (expediente de prueba, folio 621).

<sup>103</sup> Artículo 26 de la Convención en relación con los artículos 16, 1.1 y 2 del mismo instrumento.

y garantía, de aplicación de no discriminación, de adoptar medidas para lograr el goce de estos derechos y ofrecer recursos idóneos y efectivos para su protección.

92. Al momento de los hechos, de acuerdo con el artículo 241 c) del Código de Trabajo, para que una huelga fuera declarada legal, era necesario que participaran por los menos las dos terceras partes del total de empleados del Organismo Judicial. La Comisión subrayó que este requisito resultaba contrario al Convenio 87 de la OIT sobre libertad sindical, lo cual ya había sido subrayado por la Comisión de Expertos de la OIT<sup>104</sup>. En efecto, al aplicar un juicio de proporcionalidad a esta limitación al derecho a la huelga, la Comisión consideró que, si estas necesidades de votaciones previas de trabajadores para poder realizar huelgas responden a un fin legítimo y son una medida idónea, el requisito de contar con el apoyo de 2/3 partes constituía una restricción intensa al derecho a la huelga que podría entenderse que lo convertía, en la práctica, nugatorio. De esta forma, consideró que este requisito no cumplía con el principio de proporcionalidad.

93. Asimismo, la Comisión consideró que la consecuencia directa de declarar ilegal la huelga fue el despido colectivo de las personas trabajadoras, por lo que, tomando en cuenta que para la Comisión el Estado vulneró el derecho a la huelga, y que las autoridades correspondientes fundamentaron los despidos en la realización de la misma, también existen elementos suficientes para declarar la vulneración al derecho al trabajo de aquellas personas trabajadoras que fueron despedidas y que no fueron recontratadas.

94. En virtud de lo anterior, la Comisión concluyó que el Estado violó los derechos a la huelga y al trabajo contenidos en el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de las 65 presuntas víctimas.

95. En sus alegatos finales, el **representante** coincidió con la Comisión considerando que el Estado no respetó el derecho a la huelga y que con el despido afectó el derecho al trabajo de las presuntas víctimas.

96. El **Estado** alegó que, de acuerdo con el Comité de Libertad Sindical de la OIT, el reconocimiento del ejercicio de huelga con carácter general admite solamente como posibles excepciones las que pudieran imponerse a cierto tipo de funcionarios públicos y a los trabajadores de los servicios esenciales en el sentido estricto del término. Subrayó que a todas las personas funcionarias que laboran en el Organismo Judicial se les considera como funcionarios públicos que ejercen funciones en nombre del Estado, por lo que se les puede restringir y suspender el derecho a la huelga. Por otra parte, alegó que, si bien el artículo 243 del Código de Trabajo sobre los servicios esenciales susceptibles de limitar el derecho a la huelga no contempla la administración de justicia, el artículo 4 literal d) de la Ley de Sindicalización y Regulación de la Huelga de los Trabajadores del Estado dispone que la Administración de justicia y sus instituciones auxiliares son servicios públicos esenciales. De esta forma, consideró que la restricción impuesta a los trabajadores del Organismos Judicial para acudir a la huelga es legítima y se adecúa a los estándares internacionales. Agregó que, como medida compensatoria, el artículo 4 literal e) de la Ley de Sindicalización y Regulación de la Huelga de los Trabajadores del Estado prevé la posibilidad de recurrir a procedimientos de conciliación y arbitraje con el objeto de hacer valer sus pretensiones laborales.

97. Por otra parte, sobre la proporcionalidad del requisito de la votación de las dos terceras partes de los trabajadores para la declaración de legalidad de la huelga, alegó que este requisito

---

<sup>104</sup> Cf. Observación (CEACR) adoptada en 1989, publicada en la sesión No. 76 CIT (1989) con respecto al Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (No. 87).

no era aplicable a las personas trabajadoras del Organismo Judicial, ya que éstos no podían acudir a una huelga, sino que debían recurrir directamente al procedimiento de arbitraje antes señalado. Asimismo, agregó que este requisito, establecido por el artículo 241 literal c) del Código de Trabajo, fue reformado por medio del Decreto Número 13-2001, que redujo el requisito de votación de las dos terceras partes a la mitad más uno. Alegó que con esta reforma se garantiza que la declaración de legalidad de la huelga sea más accesible para los trabajadores. Agregó que, desde el año 2016, se presentó una iniciativa de ley con una nueva reforma al artículo 241 del Código de Trabajo, reduciendo aún más el quórum requerido para la declaratoria de legalidad de la huelga.

98. Con respecto al derecho al trabajo, el Estado reiteró que, al ser funcionarios públicos de un servicio esencial, las personas trabajadoras del Organismo Judicial tenían restringido el acceso a la huelga, por lo que debieron acudir al arbitraje obligatorio como medida compensatoria. Indicó que el arbitraje es un proceso rápido, objetivo e imparcial que cumple con los parámetros establecidos por el Comité de Libertad Sindical. Sin embargo, las personas trabajadoras decidieron irse a una huelga de hecho e ilegal, por lo que la sanción de despido estuvo apegada a derecho y se sustentó en normas legales congruentes con estándares internacionales. Por todo lo anterior consideró que no era responsable de la violación del artículo 26 de la Convención en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

### **B. Consideraciones de la Corte**

99. La Corte analizará los alegatos presentados por las partes y la Comisión, para lo cual estima pertinente recordar el contenido y el alcance del artículo 26 de la Convención (1), para luego analizar el derecho a la huelga (2) y su impacto en el derecho al trabajo en el caso concreto (3).

#### *B.1. Consideraciones generales respecto del contenido y alcance del artículo 26 de la Convención Americana*

100. Respecto al alcance del artículo 26 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, esta Corte ha interpretado que la Convención incorporó en su catálogo de derechos protegidos los denominados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), a través de una derivación de las normas reconocidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), así como de las normas de interpretación dispuestas en el propio artículo 29 de la Convención. Dicho dispositivo impide limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana, e inclusive los reconocidos en materia interna. Asimismo, de conformidad con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, la Corte ha recurrido al *corpus iuris* internacional y nacional en la materia para dar contenido específico al alcance de los derechos tutelados por la Convención, a fin de derivar el alcance de las obligaciones específicas de cada derecho<sup>105</sup>.

101. Por lo anterior, la Corte utiliza las fuentes, principios y criterios del *corpus iuris* internacional como normativa especial aplicable en la determinación del contenido de los DESCAs protegidos por el artículo 26 de la Convención. Este Tribunal ha señalado que la utilización de la normativa antes mencionada para la determinación de los derechos en cuestión se utiliza en forma complementaria a la normativa convencional. De esta forma, la Corte ha afirmado reiteradamente que no está asumiendo competencia sobre tratados en los que no la tiene, ni otorgando jerarquía convencional a normas contenidas en otros instrumentos nacionales o internacionales relacionados con los

---

<sup>105</sup> Cfr. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párr. 141 a 149, y *Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile, supra*, párr. 95.

DESCA<sup>106</sup>. Por el contrario, la Corte realiza una interpretación de conformidad con las pautas previstas por el artículo 29 y conforme a su práctica jurisprudencial, que permite actualizar el sentido de los derechos derivados de la Carta de la OEA, que se encuentran reconocidos por el artículo 26 de la Convención.

102. Además, en la determinación del contenido y alcance de los DESCAs involucrados, la Corte da un especial énfasis a la Declaración Americana, pues tal y como lo estableció este Tribunal:

[...] [L]os Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA<sup>107</sup>.

103. En el mismo sentido, la Corte reitera que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como con la Convención de Viena. Además, el párrafo tercero del artículo 31 de la Convención de Viena autoriza la utilización de medios interpretativos tales como los acuerdos o la práctica o reglas relevantes del derecho internacional que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, los cuales son algunos de los métodos que se relacionan con una visión evolutiva del Tratado. De esta forma, con el objetivo de determinar el alcance de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA, el Tribunal hace referencia a los instrumentos relevantes del *corpus iuris* internacional<sup>108</sup>.

104. Adicionalmente, la Corte considera pertinente recordar que existen dos tipos de obligaciones que derivan del reconocimiento de los DESCAs, los cuales se encuentran protegidos por el artículo 26 de la Convención: aquellas de exigibilidad inmediata, y aquellas de carácter progresivo. Al respecto, la Corte recuerda que, en relación con las primeras (obligaciones de exigibilidad inmediata), los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para los DESCAs, y en general avanzar hacia su plena efectividad. Respecto a las segundas (obligaciones de carácter progresivo), la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dichos derechos, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Asimismo, se impone la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados. En virtud de lo anterior, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno (artículos 1.1 y 2), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> Cfr. *Caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 143, y *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras*. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432, párr. 63.

<sup>107</sup> *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 43.

<sup>108</sup> Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114, y *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras, supra*, párr. 65.

<sup>109</sup> Cfr. *Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, párr. 190, y *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras, supra*, párr. 66.

105. Tomando en consideración lo antes mencionado, el presente caso no requiere un análisis sobre conductas estatales vinculadas al avance progresivo de los DESCAs, sino que la Corte analice si el Estado garantizó la protección de tales derechos a las 65 personas extrabajadoras que fueron despedidas del Organismo Judicial a consecuencia del movimiento de huelga, es decir si cumplió con sus obligaciones de exigibilidad inmediata respecto al derecho al trabajo y el derecho a la huelga. Por tanto, corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre la conducta estatal respecto del cumplimiento de sus obligaciones de garantía, en relación con el derecho a la huelga y el derecho al trabajo y a la estabilidad laboral.

*B.2. Sobre el derecho a la huelga, en relación con el derecho de asociación y a la libertad sindical*

106. Este Tribunal, en su función consultiva, ya ha considerado que el derecho a la huelga es uno de los derechos humanos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras, que pueden ejercer con independencia de sus organizaciones<sup>110</sup>. Así lo precisan el citado artículo 45.c de la Carta de la OEA (derecho de huelga “por parte de los trabajadores”), y lo indican, por la deliberada ubicación de su enunciado de manera aislada de los derechos de las asociaciones sindicales, los artículos 8.b del Protocolo de San Salvador y 8.1.d del PIDESC<sup>111</sup>. Asimismo, se encuentra consagrado en el 27 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (“[l]os trabajadores tienen derecho a la huelga”). De lo contrario, además, podría verse conculcada la dimensión negativa de la libertad de asociación en su faz individual. También resulta un derecho en cabeza de las asociaciones gremiales en general.

107. El Tribunal advierte que, si bien el derecho a la huelga no se encuentra expresamente reconocido en los convenios de la OIT, cabe destacar que el artículo 3 del Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, del cual Guatemala forma parte, reconoce el derecho de las organizaciones de trabajadores de “organizar con plena libertad sus actividades y el de formular su programa de acción”. En ese sentido, el Comité de Libertad Sindical ha reconocido la importancia del derecho a la huelga como un “corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el convenio 87”<sup>112</sup>.

108. Asimismo, la Corte advierte que, además de estar ampliamente reconocido en el corpus iuris internacional, el derecho a la huelga también ha sido reconocido en las Constituciones y en la legislación de los Estados miembros de la OEA<sup>113</sup>. En ese sentido, puede ser considerado como

---

<sup>110</sup> Cfr. *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género*. Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27, párr. 95.

<sup>111</sup> La ubicación de una norma puede ser un factor de gran importancia para su interpretación. Cfr. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 47, y Opinión Consultiva OC-27/21, *supra*, párr. 95.

<sup>112</sup> Cfr. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, Sexta Edición, 2018, párr. 754. Cfr. Comité de Libertad Sindical, 344º informe, Caso núm. 2471, párrafo 891; 346º informe, Caso núm. 2506, párrafo 1076, Caso núm. 2473, párrafo 1532; 349º informe, Caso núm. 2552, párrafo 419; 354º informe, Caso núm. 2581, párrafo 1114; y 362º informe, Caso núm. 2838, párrafo 1077.

<sup>113</sup> Cfr. Constitución de la Nación Argentina, artículo 14 bis; Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 53; Constitución Política de Brasil, artículo 9; Constitución Política de la República de Chile, artículo 16; Constitución Política de Colombia, artículo 56; Constitución Política de la República de Costa Rica, artículo 61; Constitución de la República de Ecuador, artículo 35.10; Constitución Política de El Salvador, artículo 48; Constitución Política de Guatemala, artículo 104; Constitución de la República de Honduras, artículo 128; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 123 A XVIII; Constitución Política de la República de Nicaragua, artículo 83; Constitución Política de Panamá, artículo 69; Constitución de la República del Paraguay, artículo 98; Constitución Política de Perú, artículo 28; Constitución Política de la República Dominicana, artículo 62.6, y Constitución de la República Oriental del Uruguay, artículo 57, Canadian Charter of Rights and Freedoms, firmado en 1982, artículo 2.b.

un principio general de derecho internacional. En particular, la Constitución de Guatemala establece:

Artículo 104.- Derecho de huelga y paro. Se reconoce el derecho de huelga y para ejercido de conformidad con la ley, después de agotados todos los procedimientos de conciliación. Estos derechos podrán ejercerse únicamente por razones de orden económico social. Las leyes establecerán los casos y situaciones en que no serán permitidos la huelga y el paro<sup>114</sup>.

109. Para el Comité de Libertad Sindical se entiende por huelga, por lo general, "la interrupción temporal del trabajo (o disminución) voluntaria efectuada por uno o más grupos de trabajadores con el fin de obtener reivindicaciones o rechazar exigencias o expresar quejas o de apoyar las reivindicaciones o las quejas de otros trabajadores"<sup>115</sup>. El Tribunal coincide con esta definición, y considera que el derecho a la huelga es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras, y de sus organizaciones, pues constituye un medio legítimo de defensa de sus intereses económicos, sociales y profesionales. Se trata de un recurso que ejercen los trabajadores y las trabajadoras como medio de presión sobre el empleador, a fin de corregir una injusticia, o bien para la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social, y a los problemas que se plantean en las empresas y que interesan directamente a los trabajadores y las trabajadoras<sup>116</sup>. En ese sentido, el Tribunal Europeo ha calificado a la huelga como el instrumento "más poderoso" de protección de los derechos laborales<sup>117</sup>.

110. La Corte Interamericana ya ha señalado la íntima relación que existe entre la libertad de asociación, la libertad sindical y el derecho a la huelga. En este sentido, este Tribunal ha resaltado que la relación entre la libertad de asociación y la libertad sindical es una relación de género y especie, pues la primera reconoce el derecho de las personas de crear organizaciones y actuar colectivamente en la persecución de fines legítimos, sobre la base del artículo 16 de la Convención Americana, mientras que el segundo debe ser entendido en relación con la especificidad de la actividad y la importancia de la finalidad perseguida por la actividad sindical, así como por su protección específica derivada del artículo 26 de la Convención y el artículo 8 del Protocolo de San Salvador. En el mismo sentido, ha indicado que la protección del derecho a la negociación colectiva y a la huelga, como herramientas esenciales de los derechos de asociación y a la libertad sindical, es fundamental<sup>118</sup>.

111. Con respecto a la libertad de asociación, el artículo 16.1 de la Convención Americana reconoce el derecho de las personas de asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole. Este Tribunal ha señalado que el derecho de asociación se caracteriza por habilitar a las personas para crear o participar en entidades u organizaciones con el objeto de actuar colectivamente en la consecución de los más diversos fines, siempre y cuando estos sean legítimos<sup>119</sup>. La Corte ha establecido que

---

<sup>114</sup> Constitución Política de la República de Guatemala de 31 de mayo de 1985. Texto disponible en [https://www.congreso.gob.gt/assets/uploads/congreso/marco\\_legal/ab811-cprg.pdf](https://www.congreso.gob.gt/assets/uploads/congreso/marco_legal/ab811-cprg.pdf).

<sup>115</sup> Cfr. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, *supra*, párr. 783; Cfr. Comité de Libertad Sindical, 358º informe, Caso núm. 2716, párrafo 862.

<sup>116</sup> Cfr. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, *supra*, párr. 758; Cfr. Comité de Libertad Sindical 344º informe, Caso núm. 2496, párrafo 407; 353º informe, Caso núm. 2619, párrafo 573; 355º informe, Caso núm. 2602, párrafo 668; 357º informe, Caso núm. 2698, párrafo 224; 371º informe, Caso núm. 2963, párrafo 236, Caso núm. 2988, párrafo 852; y 378º informe, Caso núm. 3111, párrafo 712.

<sup>117</sup> TEDH, *Hrvatski Liječnički sindikat Vs. Croacia*, No. 36701/09, sentencia de 27 de noviembre de 2014, párr. 59.

<sup>118</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-27/21, *supra*, párr. 121.

<sup>119</sup> Cfr. *Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 169 y Opinión Consultiva OC-27/2, *supra*, párr. 121.



quienes están bajo la jurisdicción de los Estados parte tienen el derecho de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del referido derecho; se trata del derecho a agruparse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito, y la correlativa obligación negativa del Estado de no presionar o entrometerse de forma tal que pueda alterar o desnaturalizar dicha finalidad<sup>120</sup>. El Tribunal además ha observado que de la libertad de asociación también se derivan obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones a dicha libertad; estas obligaciones positivas deben adoptarse incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita<sup>121</sup>.

112. En materia laboral, este Tribunal ha establecido que la libertad de asociación protege la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programas de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho<sup>122</sup>. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación<sup>123</sup>. Adicionalmente, el Estado tiene el deber de garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna, pues de lo contrario se podría disminuir la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses<sup>124</sup>. En este sentido, la Corte ha resaltado que la libertad de asociación en materia laboral “no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar [agrupaciones], sino que comprende además, inseparablemente, el derecho apropiado para ejercer esa libertad”<sup>125</sup>.

113. Con relación al derecho a la libertad sindical el artículo 45 incisos c) y g) de la Carta de la OEA señala expresamente que los empleadores y trabajadores podrán asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho a la negociación colectiva y a la huelga por parte de los trabajadores. Asimismo, la Declaración Americana reconoce en su artículo XXII el derecho de toda persona de “asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden”.

114. Al respecto, este Tribunal ha establecido que la protección de la libertad sindical cumple una importante función social, pues la labor de los sindicatos permite conservar o mejorar las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores y trabajadoras, y en esa medida su protección permite la realización de otros derechos humanos y que, en ese sentido, la protección del derecho a la negociación colectiva y a la huelga, como herramientas esenciales de los derechos de asociación y a la libertad sindical, es fundamental<sup>126</sup>.

115. En relación con lo anterior, esta Corte encuentra que el ámbito de protección del derecho de libertad de asociación en materia laboral no sólo se encuentra subsumido a la protección de los sindicatos, sus miembros y sus representantes. Los sindicatos y sus representantes gozan de una protección específica para el correcto desempeño de sus funciones, pues tal y como lo ha

---

<sup>120</sup> Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, *supra*, párr. 156 y Opinión Consultiva OC-27/21, *supra*, párr. 121.

<sup>121</sup> Cfr. *Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 121, y Opinión Consultiva OC-27/21, *supra*, párr. 121.

<sup>122</sup> Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, *supra*, párr. 156 y Opinión Consultiva OC-27/21, *supra*, párr. 71.

<sup>123</sup> Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, *supra*, párr. 158, y Opinión Consultiva OC-27/21, *supra*, párr. 71.

<sup>124</sup> Cfr. *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*, *supra*, párr. 77, y Opinión Consultiva OC-27/21, *supra*, párr. 71.

<sup>125</sup> Cfr. *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*, *supra*, párr. 70, y Opinión Consultiva OC-27/21, *supra*, párr. 71.

<sup>126</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-27/21, *supra*, párr. 124.

establecido este Tribunal en su jurisprudencia<sup>127</sup>, y como se advierte en diversos instrumentos internacionales<sup>128</sup>, incluido el artículo 8 del Protocolo de San Salvador, la libertad de asociación en materia sindical reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores, y se enmarca en el *corpus juris* de derechos humanos<sup>129</sup>.

116. En el caso concreto, ante el fracaso de las negociaciones directas para suscribir un nuevo pacto colectivo de condiciones de trabajo, el STOJ promovió un conflicto de carácter económico y social ante la Sala Primera de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social. Se siguió el procedimiento de conciliación previsto por el Código de Trabajo, el cual finalizó el 15 de febrero de 1996, sin que las partes llegaran a un acuerdo. Llegados a este punto muerto de las negociaciones, el STOJ planteó ante la Sala Primera de la Corte de Apelaciones un escrito solicitando que se ordenara a la Inspección General de Trabajo proceder para realizar el conteo, con el fin de determinar si se cumplían las condiciones para realizar una huelga legal de acuerdo con el Código de Trabajo.

117. En efecto, de acuerdo con el artículo 241 del Código de Trabajo vigente al momento de los hechos, para declarar una huelga legal, los trabajadores deben "constituir por lo menos las dos terceras partes de las personas que trabajan en la respectiva empresa o centro de producción y que han iniciado su relación laboral con antelación al momento de plantearse al conflicto colectivo de carácter económico-social". Asimismo, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley de Sindicalización y regulación de la huelga de los trabajadores del Estado, en su versión en vigor al momento de los hechos, para el ejercicio del derecho a la huelga de los trabajadores del Estado, se establecía el requisito previo de haber agotado la vía directa y se establecía en su inciso c) que "No podrá realizarse huelga alguna, cuando con ella se pretenda afectar los servicios esenciales a que se refiere el artículo 243 del Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República y los demás que establezca la ley, así como los que disponga el Ejecutivo en cumplimiento de la Ley de Orden Público"<sup>130</sup>.

118. Esta Corte, en su función consultiva, ya ha advertido que el criterio de legalidad de la huelga es un elemento central respecto de la posibilidad de ejercicio del derecho a la huelga. De esta forma, las condiciones y requisitos previos que la legislación establezca para que una huelga se considere un acto lícito, no deben ser complicados al punto de producir que en la práctica resulte imposible una huelga legal. Por otro lado, este Tribunal considera posible que los Estados establezcan el cumplimiento de ciertas condiciones previas en el marco de la negociación colectiva antes de optar por el mecanismo de la huelga en defensa de los trabajadores y las trabajadoras. Sin embargo, estas condiciones deben ser razonables y en ningún momento deben afectar el contenido esencial del derecho a la huelga, o la autonomía de las organizaciones sindicales<sup>131</sup>.

---

<sup>127</sup> Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, *supra*, párr. 156, y Opinión Consultiva OC-27/21, *supra*, párr. 72.

<sup>128</sup> Cfr. OIT. Convenio Número 87 Relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación, de 17 de junio de 1948 y Convenio Número 98 Relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, de 8 de junio de 1949.

<sup>129</sup> Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, *supra*, párr. 158, y Opinión Consultiva OC-27/21, *supra*, párr. 72.

<sup>130</sup> Por su parte, el artículo 243 del Código de Trabajo establecía como servicios esenciales: "No podrá llegarse a la realización de una huelga: a) Por los trabajadores de las empresas de transporte, mientras se encuentren en viaje y no hayan terminado éste. b) Por los trabajadores de clínicas, hospitales, higiene y aseo público; y los que laboren en empresas que proporcionen energía motriz, alumbrado, telecomunicaciones, y plantas de procesamiento y distribución de agua para servicio de las poblaciones, mientras no se proporcionare el personal necesario para evitar que se suspendan tales servicios, sin causar un daño grave e inmediato a la salud, seguridad y economía pública; c) Fuerzas de seguridad del Estado [...]"

<sup>131</sup> Cfr. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, *supra*, párr. 789-790. Cfr. Comité de Libertad Sindical, 343º informe, Caso núm. 2432, párrafo 1026; 346º informe, Caso núm. 2488, párrafo 1331; 357º informe,

119. En el caso de marras los requisitos para la legalidad de la huelga de trabajadores del Estado eran: 1) el agotamiento de la negociación directa; 2) que se trate de reivindicaciones de carácter económico social; 3) que no se afecte un servicio esencial y 4) cumplir con los requisitos de ley, en este caso con lo establecido por el artículo 241 del Código de Trabajo vigente en la época que implicaba un mínimo de participación del movimiento del al menos 2/3 de los trabajadores de la empresa. El STOJ cumplió con los primeros requisitos y con el fin de cumplir con lo establecido por el Código de Trabajo, el 16 de febrero de 1996 solicitó a la autoridad judicial competente que ordenara a la Inspección General del Trabajo la realización del conteo. La solicitud fue otorgada. A pesar de que las autoridades rechazaron los diferentes recursos intentados por el Estado contra la decisión de ordenar el conteo (*supra* párr. 41), éste nunca se realizó. En efecto, la Inspección General realizó una consulta a la Sala Primera para determinar si debía proceder el conteo. El 26 de febrero de 1996 la Sala Primera ordenó la suspensión del mismo hasta que se resolvieran las impugnaciones presentadas<sup>132</sup>. Ante la imposibilidad material de cumplir con los requisitos legales, el STOJ realizó una huelga de hecho entre el 19 de marzo y el 2 de abril de 1996.

120. En el caso concreto, la declaratoria de ilegalidad estuvo ligada a que el STOJ no cumplió con este requisito ya que la Inspección General del Trabajo no pudo realizar el conteo. Sin embargo, éste no se llevó a cabo por motivos ajenos a la voluntad del Sindicato. Cabe destacar que, en este caso, tanto el patrono como las autoridades encargadas de realizar y verificar el cumplimiento de los requisitos forman parte del Estado. Si bien el Estado-patrono tenía la legitimidad para oponerse a la decisión de realizar el conteo de participantes ordenado por la Sala Primera y ejecutado por la Inspección General del Trabajo, cabe destacar que, una vez que se dio la decisión final que rechazaba estos recursos, el conteo no se realizó y se pasó directamente al estudio del incidente de ilegalidad promovido por el propio Estado-patrono para declarar la huelga ilegal. Entre ambas decisiones, la decisión final sobre el conteo y la presentación del incidente de declaratoria de ilegalidad, pasaron más de veinte días, durante los cuales se pudo haber realizado el conteo.

121. Con relación a la complejidad excesiva y los retrasos prolongados de los procedimientos previos para ejercer el derecho a la huelga, los órganos de control de la OIT han señalado que los mecanismos legales para declarar una huelga no deberían ser tan complejos ni ocasionar retrasos tan largos que, en la práctica, resulte imposible la realización de una huelga lícita o que ésta pierda toda su eficacia. De igual forma, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha llamado la atención de los Estados que el largo procedimiento necesario para declarar legal una huelga puede constituir una restricción del derecho reconocido en el artículo 8.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>133</sup>.

122. Dado que entre el inicio del conflicto en 1994 y la realización del movimiento habían pasado más de dos años, durante los cuales todos los intentos de negociación directa con el Estado-patrono fracasaron<sup>134</sup>, puede considerarse que la única herramienta que le quedaba a los

---

Caso núm. 2698, párrafo 225; 359º informe, Caso núm. 2203, párrafo 524; 371º informe, Caso núm. 2988, párrafo 850; y 375º informe, Caso núm. 2871, párrafo 231.

<sup>132</sup> Cfr. Resolución emitida por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social en el marco del Conflicto Colectivo No. 730-94 el 26 de febrero de 1996 (expediente de prueba, folios 41 y 41).

<sup>133</sup> CDESC. Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989 - 2004). En: [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/CESCRCompilacionGC\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/CESCRCompilacionGC_sp.pdf)

<sup>134</sup> La MINUGUA en los resultados de la verificación de la denuncia presentada por el STOJ, consideró, entre otros elementos, que "sucesivas impugnaciones y recursos judiciales entablados por la Procuraduría General de la Nación y la Corte Suprema de Justicia impidieron, en los hechos, que se materializara la negociación colectiva o retardaron el procedimiento requerido para materializar su ejercicio" (Carta de la MINUGUA a Víctor Hugo Godoy, presidente de COPRODEH de 15 de marzo de 2000, expediente de prueba folio 625).

trabajadores era la huelga, como último recurso. De esta forma la multiplicidad de recursos presentados por el Estado contra la decisión que autorizaba el conteo por parte de la Inspección General del Trabajo, y su falta de diligencia en ejecutar dicha decisión configuraron una obstrucción arbitraria por parte del Estado para el ejercicio del derecho a la huelga de las personas extrabajadoras del Organismo Judicial.

123. Con respecto a la violación a la libertad de asociación y a la libertad sindical, esta Corte advierte que ni la Comisión, ni el representante alegaron de manera expresa en el presente caso la violación de estos derechos. Sin embargo, en virtud del principio *iura novit curia*<sup>135</sup>, y a la estrecha relación existente entre estos derechos a la que se hizo previamente referencia (ver *supra* párrs. 110 a 115) el Tribunal se pronunciará sobre estas violaciones en conexión con el derecho a la huelga.

124. En efecto, en el caso concreto, la Corte encuentra que un número significativo de presuntas víctimas eran trabajadores y trabajadoras del Organismo Judicial, quienes en ejercicio de sus derechos de asociación y de libertad sindical se habían vinculado al STOJ<sup>136</sup>. Entre el 19 de marzo y el 2 de abril de 1996, miembros del STOJ realizaron una huelga, la cual fue declarada ilegal y como consecuencia de tal declaratoria fueron despedidas, entre otras personas, las 65 presuntas víctimas incluyendo aquellas que eran dirigentes sindicales y que, por lo tanto, gozaban de fuero sindical establecido por el artículo 223 del Código de Trabajo. Ya esta Corte ha considerado que los sindicatos y sus representantes gozan de una protección específica para el correcto desempeño de sus funciones, pues que la libertad de asociación en materia sindical reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de las personas trabajadoras y se enmarca en el *corpus juris* de derechos humanos<sup>137</sup>. Por lo tanto, la Corte concluye que la declaratoria de ilegalidad de la huelga no sólo vulneró el derecho a la huelga sino también el derecho de asociación y la libertad sindical de las 65 presuntas víctimas del caso.

125. Finalmente, frente al requisito establecido por la normativa vigente en Guatemala al momento de los hechos de que se tenía que realizar un conteo y que éste debía reflejar la participación de al menos 2/3 de las personas trabajadoras, la Corte estima conveniente analizar si estas condiciones previas para optar por el mecanismo de la huelga, resultan razonables y no afectan el contenido esencial del derecho a la huelga, la libertad de asociación y la libertad sindical. Al respecto, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ya se ha pronunciado sobre la afectación de este requisito al derecho a la huelga y a la actividad sindical:

“En lo que se refiere a la mayoría exigida por una legislación para la declaración de una huelga legal (dos tercios de los votos de la totalidad de los miembros de la organización o sección), condición que, en caso de no ser cumplida, puede acarrear una sanción por parte de las autoridades administrativas, (...), el Comité recordó las conclusiones de la Comisión de Expertos (...) en el sentido de que la disposición legal aludida constituye una intervención de las autoridades públicas en la actividad de los sindicatos, intervención que tiende a limitar los derechos de estas organizaciones contra lo dispuesto en el artículo 3 (del Convenio 87)”<sup>138</sup>.

126. En efecto, una tasa de participación tan alta en el movimiento vuelve en la práctica imposible un movimiento de huelga legal, por lo que su imposición implica una restricción arbitraria al derecho a la huelga, de la libertad de asociación y de la libertad sindical.

---

<sup>135</sup> Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 163 y *Caso González y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 20 de septiembre de 2021. Serie C No. 436, párr. 144.

<sup>136</sup> De acuerdo con la información brindada por la Comisión, de las 65 presuntas víctimas, 51 estaban afiliadas al STOJ. 5 indicaron expresamente no estar afiliados y no se cuenta información con respecto a 9 de entre ellas.

<sup>137</sup> *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, supra*, párr. 158, y Opinión Consultiva OC-27/21, *supra*, párr. 72.

<sup>138</sup> OIT. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, *supra*, párr. 805.

127. En virtud de lo anterior, la Corte considera que el Estado guatemalteco es responsable por la violación al derecho a la huelga, a la libertad de asociación y a la libertad sindical garantizados por los artículos 16 y 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de este mismo instrumento, en perjuicio de las 65 personas extrabajadoras del Organismo Judicial listadas en el Anexo Único.

### *B.2. Sobre el derecho al trabajo y a la estabilidad laboral*

128. Respecto a los derechos laborales específicos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, la Corte ya ha determinado que los términos del mismo indican que son aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA<sup>139</sup>. Ahora bien, los artículos 45.b y c<sup>140</sup>, 46<sup>141</sup> y 34.g<sup>142</sup> de la Carta establecen que “[e]l trabajo es un derecho y un deber social” y que ese debe prestarse con “salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos”. Asimismo, señalan que el derecho de los trabajadores y trabajadoras a “asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses”. Además, indican que los Estados deben “armonizar la legislación social” para la protección de tales derechos. Desde su Opinión Consultiva OC-10/89, la Corte señaló que:

[...] Los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA<sup>143</sup>.

129. En este sentido, el artículo XIV de la Declaración Americana dispone que “[t]oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación [...]”. Tal disposición resulta relevante para definir el alcance del artículo 26, dado que “la Declaración Americana, constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”<sup>144</sup>. Asimismo, el artículo 29.d de la Convención Americana

<sup>139</sup> Cfr. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, *supra*, párr. 143, y *Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile*, *supra*, párr. 33.

<sup>140</sup> Artículo 45 de la Carta de la OEA. - Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: [...] b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar; c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva [...].

<sup>141</sup> Artículo 46 de la Carta de la OEA. - Los Estados miembros reconocen que, para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad.

<sup>142</sup> Artículo 34.g de la Carta de la OEA. - Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...] g) Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos.

<sup>143</sup> Opinión Consultiva OC-10/89, *supra*, párr. 43.

<sup>144</sup> Opinión Consultiva OC-10/89, *supra*, párrs. 43 y 45.

dispone expresamente que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

130. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 18 sobre el derecho al trabajo, expresó que este mismo “implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo”<sup>145</sup>. Asimismo, ha señalado que el “incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros”, lo cual incluye “el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente”<sup>146</sup>.

131. Cabe precisar que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho<sup>147</sup>. Asimismo, la Corte ha indicado en el caso *San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela* que el Estado incumple con su obligación de garantizar el derecho al trabajo y, por ende, a la estabilidad laboral, cuando no protege a sus funcionarios estatales de separaciones arbitrarias<sup>148</sup>.

132. En el caso concreto, las 65 presuntas víctimas eran todas personas trabajadoras del Organismo Judicial de Guatemala. Este Tribunal ha establecido que su despido fue violatorio de la garantía del derecho a ser oído y del derecho a conocer previamente la acusación y a contar con el tiempo y medio para preparar su defensa (*supra* párr. 90). Asimismo, que el Estado violó el derecho a la huelga debido a que impuso múltiples obstáculos que impidieron realizar efectivamente la huelga y que además en el caso concreto se aplicó una legislación que preveía requisitos desproporcionados para declarar la huelga (*supra* párr. 127). En virtud de todo lo anterior, la Corte estima que el despido de las presuntas víctimas constituyó también una vulneración a la estabilidad laboral, como parte del derecho al trabajo del cual eran titulares.

133. De conformidad con lo anterior, el Estado es responsable por la violación del derecho al trabajo de las 65 presuntas víctimas, reconocido en el artículo 26 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de este mismo instrumento, en perjuicio de las 65 personas extrabajadoras del Organismo Judicial listadas en el Anexo Único.

### **C. Conclusión**

134. En virtud de las consideraciones anteriores, esta Corte concluye que el Estado es responsable de la violación a los artículos 16 y 26 de la Convención en relación con las obligaciones

---

<sup>145</sup> ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No 18: El derecho al Trabajo, U.N. Doc. E/C.12/GC/18, 24 de noviembre de 2005.

<sup>146</sup> ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No18: El derecho al Trabajo, *supra*.

<sup>147</sup> *Cfr. Caso Lagos del Campo Vs. Perú, supra*, párr. 150, y *Caso Casa Nina Vs. Perú, supra*, párr. 107.

<sup>148</sup> *Cfr. Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 221, y Caso Casa Nina Vs. Perú, supra*, párr. 107.

establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento al haber establecido limitaciones arbitrarias al derecho a la huelga, a la libertad de asociación y a la libertad sindical de las 65 personas extrabajadoras del Organismo Judicial listadas en el Anexo Único. De la misma manera, Guatemala es responsable de la violación del artículo 26 de la Convención, en relación con sus obligaciones generales establecidas por el artículo 1.1 mismo instrumento, por no haber garantizado el derecho al trabajo y a la estabilidad laboral de las 65 personas extrabajadoras del Organismo Judicial listadas en el Anexo Único.

## **VIII REPARACIONES**

135. Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado<sup>149</sup>. Además, este Tribunal ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por tanto, la Corte deberá analizar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho<sup>150</sup>.

136. En consecuencia, y de acuerdo con las consideraciones expuestas sobre el fondo y las violaciones a la Convención declaradas en la presente Sentencia, el Tribunal procederá a analizar las pretensiones presentadas por la Comisión, así como las observaciones del Estado a las mismas, a la luz de los criterios fijados en su jurisprudencia en relación con la naturaleza y alcance de la obligación de reparar, con el objeto de disponer las medidas dirigidas a reparar los daños ocasionados<sup>151</sup>.

### **A. Parte Lesionada**

137. Este Tribunal considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención, a quienes han sido declaradas víctimas de la violación de algún derecho reconocido en la misma. En este caso, la Corte considera como "parte lesionada" a las 65 personas que se encuentran citadas en la lista titulada Anexo Único que forma parte integrante de esta Sentencia quienes, en su carácter de víctimas de las violaciones declaradas en el Capítulo VII, serán beneficiarias de las reparaciones que la Corte ordene.

### **B. Medidas de restitución**

138. La **Comisión** solicitó, de forma general, reparar integralmente las violaciones de derechos declaradas en el Informe de Fondo.

139. El **Estado** alegó que la Comisión no precisó el tipo de reparaciones solicitadas ni fundamentó por qué debían ser decretadas. Argumentó que esta falta de precisión violentó su derecho de

---

<sup>149</sup> Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25, y *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros Vs. Guatemala, supra*, párr. 173.

<sup>150</sup> Cfr. *Caso Ticona Estrada Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 110, y *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros Vs. Guatemala, supra*, párr. 175.

<sup>151</sup> Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas, supra*, párrs. 25 y 26, y *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros Vs. Guatemala, supra*, párr. 176

defensa, ya que le imposibilita controvertirlas. De esta forma, consideró que resulta improcedente a las medidas de reparación solicitadas por la Comisión.

140. De acuerdo con la jurisprudencia desarrollada por este Tribunal, ante una remoción arbitraria de un empleado o funcionario público lo que procede es su reincorporación. Sin embargo, en el caso de marras, esta medida de restitución resulta de difícil cumplimiento por el tiempo que ha pasado entre los hechos y esta Sentencia. En efecto, varias de las víctimas han fallecido y muchos se encuentran ya jubilados, por lo que no resulta viable su reinstalación. Ante ello, dadas las violaciones declaradas en este Fallo, esta Corte considera que el Estado deberá resarcir a las víctimas, lo cual será tomado en cuenta a la hora de establecer las indemnizaciones compensatorias (*infra* párrs. 154 a 158).

### **C. Medidas de satisfacción**

141. La **Comisión** no presentó recomendaciones específicas sobre este punto.

142. El **Estado** alegó que la Comisión no precisó el tipo de reparaciones solicitadas ni fundamentó por qué debían ser decretadas. Argumentó que esta falta de precisión violentó su derecho de defensa, ya que le imposibilita controvertirlas.

143. La **Corte** estima, como lo ha dispuesto en otros casos<sup>152</sup>, que el Estado debe publicar, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia: a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial en un tamaño de letra legible y adecuado; b) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional en un tamaño de letra legible y adecuado, y c) la presente Sentencia en su integridad, disponible al menos por un período de un año, en un sitio *web* oficial del Estado de manera accesible al público y desde la página de inicio del sitio *web*. El Estado deberá informar de forma inmediata a este Tribunal una vez que proceda a realizar cada una de las publicaciones dispuestas, independientemente del plazo de un año para presentar su primer informe dispuesto en el punto resolutivo 9 de la Sentencia.

### **D. Garantías de no repetición**

144. La **Corte** nota que la violación al derecho a la protección judicial, con respecto a los recursos promovidos contra la declaratoria de ilegalidad de la huelga, se debió a una falta de claridad en la normativa que regula este tema (*supra* párr. 85). De esta forma considera necesario ordenar al Estado a que, en el plazo de dos años, precise o regule, con claridad, a través de medidas legislativas o de otro carácter, la vía recursiva, el procedimiento y la competencia judicial para la impugnación de la declaratoria de ilegalidad de una huelga.

145. La Corte reitera, asimismo, con respecto a la normativa que regula el derecho a la huelga, que las distintas autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes; en esta tarea, las autoridades internas deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la

---

<sup>152</sup> Cfr. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de diciembre de 2001, Serie C No. 88, párr. 79, y *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros Vs. Guatemala.*, *supra*, párr. 185.



interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana y, en particular, los estándares establecidos en la presente Sentencia<sup>153</sup>.

### **E. Otras medidas solicitadas**

146. La **Comisión** solicitó, de forma general, adoptar medidas de no repetición necesarias para evitar que en el futuro se produzcan hechos similares. En particular, solicitó asegurar la aplicación de las reglas del debido proceso en el marco de procesos de destitución de funcionarios públicos conforme a los estándares de la Convención y adecuar la legislación y la práctica internas a fin de que las restricciones al derecho a la huelga de los trabajadores que exigen la votación previa favorable de estos, cumplan con los estándares internacionales.

147. El **Estado** alegó que, en 1999, el Congreso emitió la Ley del Servicio del Organismo Judicial, con el objeto de regular las relaciones laborales entre el Organismo Judicial y sus empleados y funcionarios. En lo que concierne al proceso disciplinario y la destitución de trabajadores, establece en su artículo 65: "Las sanciones disciplinarias previstas en la presente ley serán impuestas por la unidad correspondiente del Sistema de Recursos Humanos del Organismo Judicial, salvo en el caso de la sanción de destitución que deberá ser impuesta por la autoridad nominadora". De conformidad con el artículo 66, el proceso disciplinario en contra de algún empleado o funcionario del Organismo Judicial inicia con una denuncia que deberá plantearse ante la autoridad nominadora o cualquier otra autoridad judicial. Una vez iniciado el proceso, la Ley del Servicio Civil del Organismo Judicial, garantiza la intermediación procesal.

148. Siguiendo con el procedimiento, la autoridad nominadora debe citar a las partes a una audiencia en un plazo no mayor a 15 días, para que puedan presentar sus pruebas respectivas. En esta audiencia, el trabajador podrá hacerse acompañar de un defensor y presentar todos los medios de prueba. Una vez terminado el proceso, el trabajador puede hacer uso de varios recursos administrativos de revisión, revocatoria y apelación con el fin de impugnar la resolución. Agregó que, en el tema del servicio público en general, cuenta con una Ley del Servicio Civil, vigente desde 1969, que regula las garantías mínimas a favor de los servidores públicos. En lo concerniente a la destitución, los artículos 79 de la Ley y 80 de su Reglamento garantizan que todo servidor público que sea sujeto a un proceso de destitución pueda ejercer su derecho de defensa y presentar las pruebas de descargo, por lo que se garantiza el debido proceso.

149. De esta forma, concluyó que la Corte no debía acceder a la reparación solicitada por la Comisión sobre la medida de no repetición sobre la aplicación de las reglas del debido proceso en el marco de procesos de destitución de funcionarios públicos, en virtud de que dicha normativa ya existe en el ordenamiento jurídico interno.

150. Con respecto a la adecuación de la legislación referente a la votación previa para acudir a una huelga, el Estado reiteró que el artículo 241 c) del Código de Trabajo fue modificado en el 2001, reduciendo el requisito de votación de los dos tercios, a la mitad más uno. Por lo que el Estado ya adaptó su legislación sobre este punto.

151. La **Corte** reconoce y valora los avances llevados a cabo por parte del Estado en materia de garantías de no repetición. En ese sentido, como lo ha hecho en otros casos, estima oportuno que el Estado siga implementando estas medidas, pero no considera necesaria la supervisión de su cumplimiento en el marco de este caso concreto. Por lo anterior, en relación con estas solicitudes relativas a adoptar medidas de no repetición, la Corte considera la emisión de la presente

---

<sup>153</sup> Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124, y *Caso Cuya Lavay y otros Vs. Perú, supra*, párr. 206.

Sentencia y las reparaciones ordenadas en este capítulo resultan suficientes y adecuadas para remediar las violaciones sufridas por las víctimas.

## **F. Indemnizaciones compensatorias**

152. De manera general, la **Comisión** solicitó que el Estado repare integralmente las violaciones de derechos humanos declaradas en su informe de fondo, incluyendo el daño material e inmaterial. En sus alegatos finales orales en la audiencia pública, el representante de las víctimas cuantificó el lucro cesante por cada una de las 65 víctimas en USD\$272.000,00 (doscientos setenta y dos mil dólares de los Estados Unidos de América).

153. El **Estado** consideró que, al haber sido presentado el escrito de solicitudes y argumentos de forma extemporánea, no se aportaron evidencias que puedan probar los perjuicios supuestamente sufridos por las víctimas.

### *F.1. Daño material*

154. Esta Corte ha desarrollado en su jurisprudencia que el daño material supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso<sup>154</sup>. Asimismo, el Tribunal reitera y destaca el carácter ciertamente compensatorio de las indemnizaciones, cuya naturaleza y monto dependen del daño ocasionado, por lo que no pueden significar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para las víctimas o sus sucesores<sup>155</sup>.

155. En el presente caso, al no haber presentado el escrito de solicitudes y argumentos en el plazo reglamentario, la representación de las víctimas no adjuntó pruebas de los daños materiales en el momento procesal oportuno.

156. De esta forma, ante la falta de elementos probatorios, esta Corte procede a determinar en equidad el daño material, estimándolo en la suma de USD\$40.000,00 (cuarenta mil dólares de los Estados Unidos de América), la cual Estado deberá pagar a favor de cada una de las 65 víctimas establecidas en la lista Anexo Único o de sus derechohabientes de acuerdo con el derecho interno.

### *F.2. Daño inmaterial*

157. La **Corte** ha establecido en su jurisprudencia que el daño inmaterial "puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados por la violación como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y cualquier alteración, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas". Por otra parte, dado que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a la víctima, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> Cfr. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 43, y *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros Vs. Guatemala.*, *supra*, párr. 208.

<sup>155</sup> Cfr. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C No. 76, párr. 79, y *Familia Julien Grisonas Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de septiembre de 2021. Serie C No. 437, párr. 300.

<sup>156</sup> Cfr. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84, y *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros Vs. Guatemala.*, *supra*, párr. 209.

158. Por ello, considerando las circunstancias del presente caso y las violaciones cometidas, el Tribunal pasa a fijar en equidad las indemnizaciones por daño inmaterial a favor de las víctimas. En función de ello, la Corte ordena, en equidad, el pago de la suma de USD\$ 3.000,00 (tres mil dólares de los Estados Unidos de América), por concepto de daño inmaterial en favor de cada una de las 65 víctimas enumeradas en la Lista Anexo Único. Los montos establecidos por la Corte deberán ser entregados en el plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia.

### **G. Costas y Gastos**

159. La **Comisión** y el **Estado** no presentaron alegatos sobre este punto. El **representante**, en sus alegatos finales escritos, solicitó que se condene en costas al Estado, con un monto fijado en equidad.

160. La **Corte** ha señalado que las pretensiones de las víctimas o sus representantes en materia de costas y gastos, y las pruebas que las sustentan, deben presentarse a la Corte en el primer momento procesal que se les concede, esto es, en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior, conforme a las nuevas costas y gastos en que se haya incurrido con ocasión del procedimiento ante esta Corte<sup>157</sup>. Al no haber presentado su escrito de solicitudes y argumentos, el representante no presentó pretensiones específicas ni pruebas sobre costas y gastos, por lo que no procede ordenar su pago.

161. En la etapa de supervisión de la presente Sentencia, la Corte podrá disponer que el Estado reembolse a la víctima o sus representantes los gastos razonables en que incurra en dicha etapa procesal<sup>158</sup>.

### **H. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados**

162. El Estado deberá efectuar el pago de las indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial establecidas en la presente Sentencia directamente a las personas indicadas en la misma, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.

163. En caso de que la persona beneficiaria haya fallecido o fallezca antes de que le sea entregada la cantidad respectiva, esta se entregará directamente a sus derechohabientes, conforme al derecho interno aplicable.

164. El Estado deberá cumplir con las obligaciones monetarias mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio de mercado publicado o calculado por una autoridad bancaria o financiera pertinente, en la fecha más cercana al día del pago.

165. Si por causas atribuibles a las personas beneficiarias de las indemnizaciones o a sus derechohabientes no fuese posible el pago de las cantidades determinadas dentro del plazo

---

<sup>157</sup> Cfr. Artículo 40.d del Reglamento de la Corte. Véase también, *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párrs. 79 y 82, y *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros Vs. Guatemala, supra*, párr. 220.

<sup>158</sup> Cfr. *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 331, y *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros Vs. Guatemala., supra*, párr. 222.

indicado, el Estado consignará dichos montos a su favor en una cuenta o certificado de depósito en una institución financiera guatemalteca solvente, en dólares de los Estados Unidos de América, y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria. Si no se reclama la indemnización correspondiente una vez transcurridos diez años, las cantidades serán devueltas al Estado con los intereses devengados.

166. Las cantidades asignadas en la presente Sentencia como indemnización por daños materiales e inmateriales, deberán ser entregadas a las personas beneficiarias indicadas en la Lista Anexo Único en forma íntegra, conforme a lo establecido en esta Sentencia, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales.

167. En caso de que el Estado incurriera en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada correspondiente al interés bancario moratorio en la República de Guatemala.

## **IX PUNTOS RESOLUTIVOS**

168. Por tanto,

### **LA CORTE**

#### **DECIDE,**

Por unanimidad:

1. Desestimar la excepción preliminar relativa a la "cuarta instancia", de conformidad con los párrafos 20 y 21 de esta Sentencia.
2. Desestimar la excepción preliminar relativa a la falta de agotamiento de los recursos internos, de conformidad con los párrafos 25 y 26 de esta Sentencia.

#### **DECLARA,**

Por unanimidad que:

3. El Estado es responsable por la violación a los derechos reconocidos en los artículos 8.1, 8.2.b, 8.2.c. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de las 65 personas enumeradas en la lista Anexo Único, en los términos de los párrafos 62 a 90 de esta Sentencia.

Por seis votos a favor y uno en contra, que:

4. El Estado es responsable por la violación al derecho a la huelga, a la libertad de asociación, a la libertad sindical y al derecho al trabajo y a la estabilidad laboral, consagrados en los artículos 16 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación de respetar y garantizar este derecho y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, reconocidos por los artículos 1.1 y 2 de este mismo instrumento, en perjuicio de las 65 personas enumeradas en la lista Anexo Único, en los términos de los párrafos 99 a 134 de esta Sentencia.

Disiente el Juez Eduardo Vio Grossi.

## **Y DISPONE,**

Por unanimidad, que:

5. Esta Sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación.
6. El Estado realizará las publicaciones indicadas en el párrafo 143 de la presente Sentencia.
7. El Estado deberá adecuar su normativa sobre la vía recursiva, el procedimiento y la competencia judicial para la impugnación de la declaratoria de ilegalidad de una huelga, en los términos del párrafo 144 del presente Fallo.
8. El Estado pagará las cantidades fijadas en los párrafos 156 y 158 de la presente Sentencia por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, en los términos de los párrafos 162 a 167 del presente Fallo.
9. El Estado, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendirá al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 143 de la presente Sentencia.
10. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Los jueces Humberto Antonio Sierra Porto y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot dieron a conocer sus votos individuales concurrentes. El juez Eduardo Vio Grossi dio a conocer su voto parcialmente disidente.

Redactada en español en San José, Costa Rica, a través de una sesión virtual, el 17 de noviembre de 2021.

Corte IDH. *Caso Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 17 de noviembre de 2021. Sentencia adoptada en San José, Costa Rica por medio de sesión virtual.

Corte IDH. *Caso Extradabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares*, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 17 de noviembre de 2021. Sentencia adoptada en San José, Costa Rica por medio de sesión virtual.

Elizabeth Odio Benito  
Presidenta

L. Patricio Pazmiño Freire

Eduardo Vio Grossi

Humberto Antonio Sierra Porto

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Eugenio Raúl Zaffaroni

Ricardo C. Pérez Manrique

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Elizabeth Odio Benito  
Presidenta

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretario

**ANEXO ÚNICO**  
**Lista de víctimas**

	<b>Apellidos</b>	<b>Nombre</b>	<b>Identificación</b>
1	AJQUEJAY XEC	Rafael	Fallecido <sup>1</sup>
2	ALBUREZ	Oscar David	3459758470403
3	ARIAS	Carlos Enrique	1732637710101
4	ARRIOLA CONDE	Luis René	Fallecido <sup>2</sup>
5	AVILA RODRIGUEZ	Freddy Eduardo	9824687550401 <sup>3</sup>
6	BENITEZ	Luis Eduardo	2431355800506
7	BONILLA LOPEZ	Virgilio Marcos	1728139691201 <sup>4</sup>
8	CANEL PEREZ	Alejandro	1746910680108
9	CARIAS GOMEZ	Milton Rogers	2424030852205
10	CASTAÑEDA VAIDES	Oscar Leonel	1679275902101 <sup>5</sup>
11	CASTILLO VERON	Alfredo	000165328 (pasaporte) <sup>6</sup>
12	COCHOJIL MARTINEZ	Hector Anibal	Fallecido <sup>7</sup>
13	CUPUL LUNA	Lorenzo David	1974824301703
14	CUYAN GONZALEZ	Fidel	Fallecido <sup>8</sup>
15	CHEVES LUNA	Gustavo Adolfo	2331308450101
16	ESCALANTE	Carlos Enrique	1956187690603
17	ESTRADA ARRIAZA	Eldo Elfego	1679673710507
18	GALICIA PIMENTEL	Igmain	1583703331107
19	GARCIA AVENDAÑO	Manuel Armando	1811552300101
20	GIRON	Arnulfo	Fallecido <sup>9</sup>
21	GIRON CACEROS	Juan	1788072570401
22	GIRON GALINDO	Gabriel de Jesús	Fallecido <sup>10</sup>
23	GONZALEZ	Miguel	1648288180301

<sup>1</sup> Representado en el proceso por su viuda Ciriaca Mucia Cap, identificación número 1863470490407 (poder otorgado al CALDH, folio 75).

<sup>2</sup> Representado en el proceso por su hija Clara Luz Arriola Ramírez, identificación número 2699003650101 (poder otorgado al CALDH, folio 76).

<sup>3</sup> En el poder adjuntado al expediente no se distingue de forma correcta el primer número de la identificación el cual puede leerse como un 1, un 9 o un 4 (folio 76).

<sup>4</sup> En el expediente también aparece como identificación la Cédula de Vecindad L-12, Registro 9,377 (expediente de prueba, folio 152).

<sup>5</sup> En el poder adjuntado al expediente no se distingue de forma correcta el primer número de la identificación, el cual puede leerse como un 1 o como un 4 (folio 77).

<sup>6</sup> Representado en el proceso por María Esperanza Morán Castillo. Por medio de poder otorgado el 6 de abril de 2021 ante notario público indicó que, en caso de fallecer las personas beneficiarias sería sus hijos Marvin Alfredo Castillo Morales y Karla Michel Castillo Moral (folio 357).

<sup>7</sup> Representado en el proceso por su viuda Floricelda Hernández Guerra de Cochojil, identificación número 2579629720401 (poder otorgado al CALDH, folio 75).

<sup>8</sup> Representado en el proceso por su viuda Josefina Ortiz Guzmán, identificación número 2532513891564 (poder otorgado al CALDH, folio 236).

<sup>9</sup> Representado en el proceso por su viuda Nolberta Rubila Díaz Calderón de Girón, identificación número 2352999602011 (poder otorgado al CALDH, folio 76).

<sup>10</sup> Representado en el proceso por su hijo Gabriel Estuardo Girón Garay, identificación número 2747335600101 (poder otorgado al CALDH, folio 222).

24	GONZALEZ SANCHEZ	Miguel Angel	1678152100101
25	GUERRA VALIENTE	Carlos Enrique	1777768030802
26	GUTIERREZ GARCIA	Roberto	Fallecido <sup>11</sup>
27	LEONARDO	Carlos Antonio	1874909101502
28	LEONARDO	Oscar Moisés	Fallecido <sup>12</sup>
29	LETONA FIGUEROA DE GONZALEZ	Alba Ninet	2497655510110
30	LOPEZ ARIAS	Edgar Arturo	1593325402009
31	LOPEZ GARCIA	Gerardo	2328096070101
32	LOPEZ GIRON	Marcos Humberto	1598778142011
33	LOPEZ LOPEZ	René Alberto	1579937790101
34	LOPEZ REYNA	Marvin Manolo	2276688550506
35	LUARCA DOMINGUEZ	Edgar Arnaldo	2330466071001
36	MAYEN	Concepción	2566486170208
37	MINER RAMOS	César Augusto	Fallecido <sup>13</sup>
38	MORALES HERNANDEZ	Carlos Eduardo	1858963670101
39	MORALES MATIAS	Edgar Romeo	1578707441211
40	MORALES PINEDA	Orlan Manuel	1766545180101
41	MORATAYA CASTELLANOS	Ricardo	Fallecido <sup>14</sup>
42	MUÑOZ TALA	Juan Francisco	2654323910101
43	ORELLANA ORELLANA	Genaro	1861591370201
44	PADILLA IZEPPI	Mynor Pablo	Fallecido <sup>15</sup>
45	PADILLA MENDEZ	Oscar Basilio <sup>16</sup>	2389917410101
46	PALACIOS URIZAR	Mario René	Fallecido <sup>17</sup>
47	PAXTOR	Miguel Angel	1970152200101
48	PEREZ SUNAY	José Francisco	1807460650108
49	PORTILLO DE DÍAZ	Dora Carolina	2350097680301
50	QUEVEDO QUEZADA DE MARROQUÍN	Evelyn Marleny <sup>18</sup>	1993065241401
51	REYES XITIMUL	Fermin	Fallecido <sup>19</sup>
52	REYNOSO MAS	Minor Rolando	1745429841703
53	RIOS DE LEON	Armando Moisés	2379307731201

<sup>11</sup> Representado en el proceso por su viuda Mirian Iliana Ovando Gil de Gutiérrez, identificación número 2416952280114 (poder otorgado al CALDH, folio 222).

<sup>12</sup> Representado en el proceso por su viuda María Candelaria González de Leonardo, identificación número 1841651131507 (poder otorgado al CALDH, folio 76).

<sup>13</sup> Representado en el proceso por su nieta Evelyn Mariela Rodríguez Miner, identificación número 1764007020101 (poder otorgado al CALDH, folio 222).

<sup>14</sup> Representado en el proceso por Clara Domínguez Alvarado de Morataya, identificación número 1778596600101 (poder otorgado al CALDH, folio 222) y posteriormente por su hijastro Sergio Vicente Carrera Domínguez, identificación número 2494053690101 (poder otorgado al CALDH, folio 265).

<sup>15</sup> Representado en el proceso por su viuda Aida Elizabeth Orellana Escobar de Padilla, identificación número 1802566960101 (poder otorgado al CALDH, folio 77).

<sup>16</sup> En la lista de la Comisión adjuntada a su Informe de Fondo aparece como "Oscar Basilio" (folio 9).

<sup>17</sup> Representado en el proceso por su viuda Vilma Leticia Barrios de Palacios.

<sup>18</sup> En la lista de la Comisión adjuntada a su Informe de Fondo aparece como "Evelin Marleny" (folio 10).

<sup>19</sup> Representado en el proceso por su viuda Carmen de Jesús López Asetun de Reyes, identificación número 1931047091502 (poder otorgado al CALDH, folio 222).



54	RODAS CONDE	Marco Aurelio	Fallecido <sup>20</sup>
55	ROJAS MARTINEZ	Adolfo Nery <sup>21</sup>	1749911850101
56	RUANO SIAN	Miguel Augusto	1593723640612
57	SALAZAR CARRILLO	Apolunio	2185965020105
58	SALAZAR GALVES	Ramón Aristides	2447393660404
59	SAMAYOA CARIAS	Vicente	2383189580614
60	SANTIZO VELASQUEZ	Abraham Teodoro	Fallecido <sup>22</sup>
61	SOLOGOSTOA MORAN <sup>23</sup>	Fernando Antonio	1811532031101
62	SOTO GODOY	Sergio Eduardo	2327810520101
63	TECUN GARCÍA	Edwin Remigio	1634385440114
64	VELASQUEZ	David Ruben	2387571290101
65	VELASQUEZ	Ramiro Fernando	2626341980101

---

<sup>20</sup> Representado en el proceso por su viuda Alma Iris de León Escobar de Rodas, identificación número 1620342370911 (poder otorgado al CALDH, folio 78).

<sup>21</sup> En la lista de la Comisión adjuntada a su Informe de Fondo aparece como "Adolfo Nely" (folio 10).

<sup>22</sup> Representado en el proceso por su madre María de la Luz Velásquez Argueta, identificación número 1861471390902 (poder otorgado al CALDH, folio 221).

<sup>23</sup> En la lista de la Comisión adjuntada a su Informe de Fondo aparece como "SOLOGAISTO MORAN" (folio 10).

**VOTO CONCURRENTENTE DEL  
JUEZ HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO**

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

**CASO EXTRABAJADORES DEL ORGANISMO JUDICIAL VS. GUATEMALA**

**SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2021**

***(Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones)***

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte o el Tribunal), el presente voto tiene por objeto explicar mi disconformidad parcial frente al punto resolutivo 4 en el que se declaró la responsabilidad internacional del Estado de Guatemala (en adelante "el Estado" o Guatemala) por la violación conjunta de los derechos a la huelga, a la libertad de asociación, a la libertad sindical y al derecho al trabajo y a la estabilidad social en relación con la obligación de respetar y garantizar este derecho y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio de los 65 extrabajadores del Organismo Judicial de Guatemala enunciados en el Anexo Único de la Sentencia. El voto complementa la posición ya expresada en mis votos parcialmente disidentes a los casos *Lagos del Campo Vs. Perú*<sup>1</sup>, *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*<sup>2</sup>, *San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*<sup>3</sup>, *Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*<sup>4</sup>, *Muelle Flores Vs. Perú*<sup>5</sup>, *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*<sup>6</sup>, *Hernández Vs. Argentina*<sup>7</sup>, *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs.*

---

<sup>1</sup> Cfr. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>2</sup> Cfr. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>3</sup> Cfr. *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>4</sup> Cfr. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>5</sup> Cfr. *Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>6</sup> Cfr. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>7</sup> Cfr. *Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

*Argentina*<sup>8</sup>, *Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador*<sup>9</sup>; así como en mis votos concurrentes en los casos *Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*<sup>10</sup>, *Poblete Vilches y otros Vs. Chile*<sup>11</sup>, *Casa Nina vs. Perú*<sup>12</sup>, *Vera Rojas y otros vs. Chile*<sup>13</sup> y *Manuela y otros vs. El Salvador*<sup>14</sup>, en relación con la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "CADH").

2. He sido consistente al sostener que la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante "DESCA") a través del artículo 26 de la Convención Americana adolece de múltiples inconsistencias lógicas y jurídicas. Entre otras, esta posición jurisprudencial, desconoce el tenor literal de la Convención Americana<sup>15</sup>; ignora las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados<sup>16</sup>; modifica la naturaleza de la obligación de progresividad<sup>17</sup>; ignora la voluntad de los Estados plasmada en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador<sup>18</sup> y mina la legitimidad del Tribunal en el ámbito regional<sup>19</sup>. Todo lo anterior me impide votar favorablemente a la declaración de responsabilidad de un Estado fundada en la violación directa y autónoma de los DESCAs a través del artículo 26 Convencional.

3. En este sentido, he señalado las dificultades que genera la práctica acogida por el Tribunal de agrupar en un solo punto resolutivo todas o un grupo importante de las violaciones a las obligaciones convencionales, en particular porque reduce la capacidad de los jueces de expresar sus discrepancias en relación con la justiciabilidad de los

---

<sup>8</sup> Cfr. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>9</sup> Cfr. *Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 423. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>10</sup> Cfr. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. Voto concurrente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>11</sup> Cfr. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349. Voto Concurrente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>12</sup> Cfr. *Caso Casa Nina Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 419. Voto concurrente y parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>13</sup> Cfr. *Caso Vera Rojas y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2021. Serie C No. Voto concurrente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>14</sup> Cfr. *Caso Manuela y otros Vs. El Salvador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Serie C No. 441.

<sup>15</sup> Cfr. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>16</sup> Cfr. *Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375.

<sup>17</sup> Cfr. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359.

<sup>18</sup> Cfr. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.

<sup>19</sup> Cfr. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344.

DESCA<sup>20</sup>. Este razonamiento es el que motiva mi opinión separada pues, aunque coincido con que se haya declarado la violación de los derechos a la libertad de asociación (artículo 16 CADH) y a la libertad sindical (artículo 26 CADH en relación con el artículo 8 a) del Protocolo de San Salvador) y en consecuencia expresé mi voto a favor del punto resolutivo 4, debo manifestar mi posición en contra de la justiciabilidad directa y autónoma de los derechos a la huelga y al trabajo y a la estabilidad social a través del artículo 26 de la Convención Americana.

4. Considero que los derechos a la huelga y al trabajo y a la estabilidad social, frente a los cuales no existe una cláusula convencional que otorgue competencia al Tribunal, hubieren podido ser protegidos a través de la teoría de la conexidad. En efecto, las violaciones a estos derechos podrían ser analizados en relación con el derecho a la libertad de asociación del artículo 16 convencional y a la libertad sindical del artículo 8 a) del Protocolo de San Salvador<sup>21</sup>, de esta forma sería posible respetar las normas que fundamentan la competencia de la Corte Interamericana. En el pasado esta fue una vía interpretativa que permitió al Tribunal responder a situaciones fácticas como las del presente caso, sin incurrir en inconsistencias lógicas o jurídicas, ni minar la legitimidad de las decisiones del Tribunal en relación con la voluntad de los Estados Americanos expresados en la Convención y en el Pacto de San Salvador.

5. En conclusión, considero fundamental manifestar que, aunque la posición según la cual los DESCAs son justiciables de manera autónoma y directa por virtud del artículo 26 de la Convención Americana se reitera de manera recurrente en la jurisprudencia interamericana, y por esa vía ha adquirido una suerte de fuerza jurídica, su fundamentación adolece aún de las contradicciones que he expresado desde el caso *Lagos del Campo vs. Perú*.

Humberto Antonio Sierra Porto  
Juez

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretario

---

<sup>20</sup> Cfr. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 6; *Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 17; *Caso Casa Nina Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 419. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 7; *Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 423. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 6.

<sup>21</sup> Según señala el artículo 19 del Protocolo de San Salvador, la violación del artículo 8 a) puede ser fundamento del mecanismo de petición individual ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte. "Artículo 19. Medios de Protección [...] 6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos."

**VOTO RAZONADO DEL  
JUEZ EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**

**CASO EXTRABAJADORES DEL ORGANISMO JUDICIAL VS. GUATEMALA**

**SENTENCIA DEL 17 DE NOVIEMBRE DE 2021  
(Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones)**

**I. INTRODUCCIÓN: UN PASO MÁS EN LA REINVINDICACIÓN DE LOS  
DERECHOS SOCIALES INTERAMERICANOS**

1. La sentencia constituye un aporte importante en la jurisprudencia interamericana al constituir el primer precedente, en un caso contencioso, en el que se declara la vulneración del derecho a la huelga y del derecho a la libertad sindical de manera autónoma. En el caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte IDH" o "Tribunal Interamericano") analiza diversas facetas que tienen un impacto significativo en los derechos laborales de las personas.

2. Coincido plenamente con lo decidido en la sentencia, en la que se declara la responsabilidad del Estado, entre otros, por la violación al derecho a la huelga, a la libertad sindical, al derecho al trabajo y, específicamente, la estabilidad laboral, derechos contenidos en el artículo 26 y el derecho a la libertad de asociación contemplado en el artículo 16, ambos de la Convención Americana, en relación con las obligaciones de respeto, garantía y deber de adoptar disposiciones de derecho interno, a que se refieren los artículos 1 y 2 del mismo instrumento<sup>1</sup>.

3. Emito el presente voto razonado para destacar algunos aspectos del derecho a la huelga como uno de los derechos que resultan de especial relevancia en el presente caso. Destacaré, *inter alia*, la especial función que tiene el derecho a la huelga como el mayor mecanismo de protección de los derechos laborales de las y los trabajadores, así como el reconocimiento que ha tenido tanto en el derecho interamericano como en el derecho internacional de los derechos humanos. Todo ello para finalizar destacando aspectos novedosos que no fueron considerados por el Tribunal Interamericano cuando emitió su reciente Opinión Consultiva No. 27 sobre los derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y derecho a la huelga<sup>2</sup>.

**II. EL DESARROLLO, PAULATINO, DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS  
LABORALES INDIVIDUALES Y COLECTIVOS DE LAS Y LOS TRABAJADORES EN  
LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA**

---

<sup>1</sup> Cfr. *Caso Ex trabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala*. Sentencia del 17 de noviembre de 2021. *Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones*. Serie C No. 445, punto resolutivo 4.

<sup>2</sup> Cfr. *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre)*. Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27.

4. Los derechos laborales han estado presentes en la jurisprudencia interamericana. Sin embargo, es a partir del 2017 con el caso *Lagos del Campo Vs. Perú*<sup>3</sup> que los referidos derechos (y sus múltiples facetas individuales y colectivas) fueron dotados de autonomía y justiciabilidad directa.

5. En cuanto a los derechos sindicales, la jurisprudencia de la Corte IDH ha versado esencialmente sobre despidos de personas integrantes de sindicatos y ejecuciones de líderes sindicales. En los casos *Baena Ricardo Vs. Panamá*<sup>4</sup>, *Huilca Tecse Vs. Perú*<sup>5</sup>, *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú*<sup>6</sup>, la Corte IDH ha desarrollado el contenido de dicho derecho, no desde el artículo 8.1.a (derechos sindicales) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sino del derecho de asociación consagrado en el artículo 16 de la Convención Americana<sup>7</sup>.

6. En el caso *Baena Ricardo*, la Corte IDH consideró que para analizar si se había configurado una violación del derecho de la libertad de asociación, ésta debía ser analizada en relación con la libertad sindical. Así, expresó que la libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad<sup>8</sup>. En este sentido, el Tribunal Interamericano consideró que la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos<sup>9</sup>. La libertad de asociación, en materia laboral, en los términos del artículo 16 de la Convención Americana, comprende un derecho y una libertad, a saber: a) el derecho de formar

---

<sup>3</sup> *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

<sup>4</sup> *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

<sup>5</sup> *Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 03 de marzo de 2005. Serie C No. 121.

<sup>6</sup> *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 202.

<sup>7</sup> Debemos recordar que el artículo 8.1.a contempla uno de los dos derechos a que se refiere el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador que "podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

<sup>8</sup> *Cfr. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 156.

<sup>9</sup> *Cfr. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, supra nota 13, párr. 158.*

asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incisos 2 y 3 del propio artículo 16<sup>10</sup> y la libertad de toda persona de no ser compelida y obligada a asociarse<sup>11</sup>.

7. En el caso *Huilca Tecse*, la Corte IDH agregó que “[...] En su dimensión individual, la libertad de asociación, en materia laboral, no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad. Cuando la Convención proclama que la libertad de asociación comprende el derecho de asociarse libremente con fines “de cualquier [...] índole”, está subrayando que la libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga. De ahí la importancia de la adecuación con la Convención del régimen legal aplicable a los sindicatos y de las acciones del Estado, o que ocurran con tolerancia de este, que pudieran hacer inoperante este derecho en la práctica” y “[...] en su dimensión social la libertad de asociación es un medio que permite a los integrantes de un grupo o colectividad laboral alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos”<sup>12</sup>.

8. Por otro lado, como parte de los derechos que gozan los trabajadores de manera individual, es decir, el derecho al trabajo y condiciones justas y satisfactorias de trabajo, quizá los precedentes más relevantes lo constituyen los casos de los *Trabajadores Cesados de Congreso*<sup>13</sup> y *Canales Huapaya*<sup>14</sup>, ambos contra el Estado peruano. Igualmente, en esta misma línea, dadas las características de este derecho, la Corte IDH también se había pronunciado de manera indirecta cuando protegió la inamovilidad de operadores de justicia en el momento de realizar sus funciones, ya que unas de las facetas del derecho al trabajo es la *estabilidad* en el ejercicio del mismo<sup>15</sup>. De esta forma, el derecho al trabajo ha sido protegido a través de los artículos 2, 6, 8, 9, 24 y 25 de la Convención Americana<sup>16</sup>.

---

<sup>10</sup> Además, la Corte IDH en ese mismo caso, consideró que la Convención Americana es muy clara al señalar, en el artículo 16, que la libertad de asociación sólo puede estar sujeta a restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática y, que se establezcan en interés de la seguridad nacional, del orden público, de la salud o de la moral públicas o de los derechos o libertades de los demás. (*Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, supra*, párr. 168).

<sup>11</sup> *Cfr. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, supra*, párr. 158.

<sup>12</sup> *Cfr. Huilca Tecse Vs. Perú, supra*, párrs. 70 y 71 (subrayado añadido).

<sup>13</sup> *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 129.

<sup>14</sup> *Caso Canales Huapaya y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C No. 296, párr. 108.

<sup>15</sup> Con posterioridad, en el año 2020 en el caso *Casa Nina Vs. Perú*, la Corte IDH declaró una vulneración del derecho al trabajo de manera autónoma frente a personas que se encuentran vinculadas a la impartición de justicia.

<sup>16</sup> *Cfr. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266, párr. 153 y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 193.

9. Sin detrimento de los precedentes de justiciabilidad indirecta, el mayor desarrollo de los derechos laborales se produjo a partir del caso *Lagos del Campo Vs. Perú* de 2017<sup>17</sup>, en donde se declara la vulneración directa del derecho a la estabilidad laboral. Posteriormente, este derecho ha tenido un especial desarrollo en los casos *Trabajadores Cesados del Petroperú y otros Vs. Perú*<sup>18</sup> y *San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*<sup>19</sup>. Respecto del contenido de este derecho, se ha indicado que “[c]abe precisar que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho”<sup>20</sup>.

10. Misma interpretación fue aplicada en el caso *Casa Nina y otros Vs. Perú*<sup>21</sup>, en donde la Corte IDH precisó que los operadores de justicia requieren gozar de garantías de estabilidad laboral como condición elemental de su independencia para el debido cumplimiento de sus funciones. Asimismo, en el caso de las y los fiscales provisionales, la salvaguarda de su independencia y objetividad exige otorgarles cierto tipo de estabilidad y permanencia en el cargo, pues la provisionalidad no equivale a la libre remoción. El Tribunal Interamericano entendió que, como expresión del cargo en el que se desempeñan las y los operadores de justicia, tienen el derecho a la estabilidad laboral y, por lo tanto, los Estados deben respetar y garantizar este derecho<sup>22</sup>.

11. Por otro lado, en el caso *Spoltore Vs. Argentina*<sup>23</sup>, la Corte IDH reconoció la faceta de acceso a la justicia en la búsqueda de indemnizaciones que tuvieran origen en posibles accidentes de trabajo en el ámbito laboral. Así, en dicho caso, el Tribunal Interamericano destacó que, tanto la Observación General No. 18 como la Observación General No. 23 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establecen que el derecho a acceder a la justicia forma parte del derecho al trabajo y a las condiciones de trabajo que aseguren la salud del trabajador. En este sentido, el Comité señaló en la Observación General No. 23 que “Los trabajadores afectados por un accidente o enfermedad profesional prevenible deberían tener derecho a una reparación, incluido el acceso a mecanismos adecuados de reclamación, como los tribunales, para resolver las controversias. En particular, los Estados partes deberían velar porque los trabajadores que sufran un accidente o se vean afectados por una enfermedad y, cuando proceda, las personas a su cargo, reciban una indemnización adecuada que incluya los

---

<sup>17</sup> *Caso Lagos del Campo Vs. Perú, supra.*

<sup>18</sup> *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344, punto resolutive 7.

<sup>19</sup> *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, punto resolutive 4.

<sup>20</sup> *Cfr. Caso Lagos del Campo Vs. Perú, supra, párr. 150.*

<sup>21</sup> *Caso Casa Nina Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 419.

<sup>22</sup> *Cfr. Caso Casa Nina Vs. Perú, supra, párrs. 81 y 108.*

<sup>23</sup> *Caso Spoltore Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 9 de junio de 2020. Serie C No. 404.



gastos de tratamiento, la pérdida de ingresos y otros gastos, y tengan acceso a servicios de rehabilitación”<sup>24</sup>.

12. En los *casos Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil*<sup>25</sup> y de los *Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras*<sup>26</sup>, la Corte IDH desarrolló y aplicó el contenido del derecho a las condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo que garanticen la seguridad, la salud y la higiene del trabajador. Sobre este derecho, la Corte IDH ha indicado que implica que el trabajador pueda realizar sus labores en condiciones adecuadas de seguridad, higiene y salud que prevengan accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, lo cual resulta especialmente relevante cuando se trata de actividades que implican riesgos significativos para la vida e integridad de las personas, y en particular de niñas y niños<sup>27</sup>.

13. Finalmente, el presente caso, se inserta justamente en esta amplia y, ahora, robusta línea jurisprudencial al declarar en la vía contenciosa el derecho a la huelga y el derecho a la libertad sindical a favor de trabajadoras y trabajadores. En este sentido, el fallo constituye un importante aporte al desarrollo de los derechos laborales individuales y colectivos. Aunque en la sentencia se declara la vulneración del derecho de libertad sindical, en el siguiente apartado me enfocaré al derecho de huelga, ya que, a diferencia del primero, el referido derecho no había sido objeto de atención en la jurisprudencia interamericana, inclusive aquella que se produjo con anterioridad al año 2017, es decir, la jurisprudencia por justiciabilidad indirecta.

### **III. EL DERECHO DE HUELGA COMO EL INSTRUMENTO “MÁS PODEROSO” DE LAS Y LOS TRABAJADORES**

14. Con independencia de su reconocimiento en el texto original de Constitución de Querétaro de 1917 (Art. 123, fracciones XVII y XVIII)<sup>28</sup> —primer texto fundamental en consagrar derechos sociales—, y su progresivo reconocimiento constitucional en los

---

<sup>24</sup> Cfr. *Caso Spoltore Vs. Argentina*, *supra*, párr. 96.

<sup>25</sup> *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407.

<sup>26</sup> *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras*. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432.

<sup>27</sup> Cfr. *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil*, *supra*, párr. 174, y *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras*, *supra*, párr. 75.

<sup>28</sup> El texto original de la Constitución federal mexicana de 1917 establecía: “Art. 123... XVII. Las leyes reconocerán como un derecho de los obreros y de los patrones, las huelgas y los paros. XVIII. Las huelgas serán lícitas cuando tenga por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital. En los servicios públicos será obligatorio para los trabajadores dar aviso, con diez días de anticipación, a la Junta de Conciliación y Arbitraje, de la fecha señalada para la suspensión del trabajo. Las huelgas serán consideradas como ilícitas únicamente cuando la mayoría de los huelguistas ejerciere actos violentos contra las personas o las propiedades, o en caso de guerra, cuando aquéllos pertenezcan a los establecimientos y servicios que dependan del Gobierno. Los obreros de los establecimientos fabriles militares del Gobierno de la República, no estarán comprendidos en las disposiciones de esta fracción, por ser asimilados al Ejército Nacional” (subrayado agregado).

países de la región<sup>29</sup>, incluyendo Guatemala<sup>30</sup>, el derecho a la huelga se encuentra reconocido desde 1948 en nuestro continente, en el artículo 27 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales<sup>31</sup> y en el artículo 45.C de la Carta de la Organización de Estados Americanos<sup>32</sup>.

15. Posteriormente, se reconoce en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Protocolo de San Salvador en el artículo 8.1, b)<sup>33</sup>. Asimismo, se consagra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 8.1,d<sup>34</sup> y en el artículo 6.4 de la Carta Social Europea (como parte del derecho a la negociación colectiva)<sup>35</sup>.

16. En el caso del Comité Europeo de Derechos Sociales, órgano encargado de la supervisión de la Carta Social Europea, ha indicado en el caso de la *Confederación General Italiana del Trabajo Vs. Italia*, que "el artículo 6.4 de la Carta Social no distingue entre el sector público y el privado, ni entre las restricciones o limitaciones de los derechos garantizados a la policía y los garantizados a las fuerzas armadas, tal como lo hace el artículo 5 de la Carta"<sup>36</sup>. Por otro lado, el Comité Europeo ha reconocido el derecho de huelga de las fuerzas policiales y que, en casos de limitación de los derechos de dichos cuerpos, el Estado debe demostrar razones convincentes de porqué una prohibición absoluta del derecho de huelga está justificada en el contexto nacional

---

<sup>29</sup> Cfr. párr. 110 y nota al pie 111 de la Sentencia: Constitución de la Nación Argentina, artículo 14 bis; Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 53; Constitución Política de Brasil, artículo 9; Constitución Política de la República de Chile, artículo 16; Constitución Política de Colombia, artículo 56; Constitución Política de la República de Costa Rica, artículo 61; Constitución de la República de Ecuador, artículo 35.10; Constitución Política de El Salvador, artículo 48; Constitución Política de Guatemala, artículo 104; Constitución de la República de Honduras, artículo 128; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 123 A XVIII; Constitución Política de la República de Nicaragua, artículo 83, Constitución Política de Panamá, artículo 69; Constitución de la República del Paraguay, artículo 98; Constitución Política de Perú, artículo 28; Constitución Política de la República Dominicana, artículo 62.6, y Constitución de la República Oriental del Uruguay, artículo 57, Canadian Charter of Rights and Freedoms, firmado en 1982, artículo 2.b.

<sup>30</sup> Art. 104. Derecho de huelga y pago. Se reconoce el derecho de huelga y para ejercido (sic) de conformidad con la ley, después de agotados los procedimientos de conciliación. Estos derechos podrán ejercerse únicamente por razones de orden económico social. Las leyes establecerán los casos y situaciones en que no serán permitidos la huelga y el paro.

<sup>31</sup> DERECHO DE HUELGA. Artículo 27. Los trabajadores tienen derecho a la huelga. La Ley regula este derecho en cuanto a sus condiciones y ejercicio.

<sup>32</sup> Artículo 45.c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva (subrayado agregado).

<sup>33</sup> Artículo 8. Derechos Sindicales. 1. Los Estados partes garantizarán: [...] b. el derecho a la huelga (subrayado agregado).

<sup>34</sup> Artículo 8. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: [...] d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

<sup>35</sup> Artículo 6. Derecho de negociación colectiva. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de negociación colectiva, las Partes se comprometen: [...] 4 el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los convenios colectivos en vigor.

<sup>36</sup> Cfr. CEDS, *Confederación General Italiana del Trabajo Vs. Italia*, decisión de 11 de septiembre de 2019, párr. 145.

específico<sup>37</sup>. El Comité ha recordado que las restricciones al derecho de huelga de los miembros de las fuerzas armadas pueden estar en conformidad con la Carta siempre que se cumplan con los requisitos de que las restricciones estén prescritas por la ley, persigan un objetivo legítimo como como la protección de los derechos y libertades de los demás o la protección del interés público, la seguridad nacional, la salud pública o la moral y son necesarios en una sociedad democrática<sup>38</sup>.

17. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado en su *Informe sobre Derechos Laborales y Sindicales (Estándares Interamericanos)*, que la huelga es parte de un derecho sindical que debe ser garantizado por los Estados y que el Protocolo de San Salvador lo protege (art. 8.1.b). Así, a criterio de la Comisión la "huelga constituye una herramienta que los trabajadores tienen a su disposición para defender sus intereses y de qué manera esta se relaciona con la libertad sindical y la negociación colectiva"<sup>39</sup>. Sin embargo, la Comisión ha señalado que el derecho a la huelga —junto con el de negociación colectiva—, si bien no se encuentran de manera expresa en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, este se encuentra estrechamente relacionado con los derechos laborales fundamentales. Por ello, la Comisión Interamericana considera que el derecho de huelga debe considerarse, implícitamente, como parte de los derechos colectivos básicos<sup>40</sup>.

18. Igualmente, la Comisión Interamericana, en su informe sobre *Democracia y derechos humanos en Venezuela*, señaló que las organizaciones sindicales tienen un papel muy importante en la defensa de los derechos humanos de trabajadores que enfrentan condiciones laborales precarias en sus sitios de trabajo y se han constituido en figuras principales de expresión política organizada para la presentación de demandas laborales y sociales de muchos sectores de la sociedad, siendo "uno de los mecanismos del que se valen los sindicatos para obtener respuestas a sus reclamos es el derecho de huelga, por lo que [debe de] abstenerse de someter a procesos judiciales a dirigentes sindicales que de manera legítima y pacífica ejercen este derecho"<sup>41</sup>.

19. En el marco del Sistema Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Hrvatski Liječnički Sindikat Vs. Croacia*, ha calificado a la huelga como el instrumento "más poderoso" de protección de los derechos laborales<sup>42</sup>.

20. Por su parte, en la Opinión Consultiva No. 27 sobre *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género*, la Corte IDH consideró algunos elementos que se pueden considerar como fundamentales al momento de consolidar el derecho a la huelga: i) la legalidad de la

---

<sup>37</sup> Cfr. *CEDS, European Organisation of Military Associations and Trade Unions (EUROMIL) Vs. Irlanda*, decisión de 21 de octubre de 2020, párrs. 113-117. denuncia núm. 83/2012, párrs. 211 a 214

<sup>38</sup> Cfr. *CEDS, European Organisation of Military Associations and Trade Unions (EUROMIL) Vs. Irlanda*, decisión de 21 de octubre de 2020, párrs. 113 a 117.

<sup>39</sup> Cfr. CIDH, *Informe sobre estándares laborales y sindicales- estándares interamericanos*, párr. 54.

<sup>40</sup> Cfr. CIDH, *La situación de los derechos humanos en Cuba – Séptimo informe*. OEA/Ser.L/V/II.61 Doc. 29 rev. 1. 4 octubre 1983, párrs. 52 y 54.

<sup>41</sup> Cfr. CIDH, *Democracia y derechos humanos en Venezuela*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54. 30 diciembre 2009, párr. 1115.

<sup>42</sup> TEDH, *Hrvatski Liječnički sindikat Vs. Croacia*, No. 36701/09, sentencia de 27 de noviembre de 2014, párr 59.

huelga, ii) la facultad de declarar la ilegalidad de la huelga y iii) los límites al derecho de huelga.

21. Respecto del primer elemento (la legalidad) la Corte IDH ha considerado que: a) los Estados deben tener en consideración que, salvo las excepciones permitidas por el derecho internacional, la ley debe proteger el ejercicio del derecho de huelga de todos los trabajadores y las trabajadoras; b) las condiciones y requisitos previos que la legislación establezca para que una huelga se considere un acto lícito, no deben ser complicados al punto de producir que en la práctica resulte imposible una huelga legal; y c) la obligación de dar un preaviso al empleador antes de emplazar a la huelga es admisible, siempre que este sea razonable<sup>43</sup>.

22. En torno al segundo elemento (la facultad de declarar la ilegalidad de la huelga), la Corte IDH ha estimado que la referida facultad no debe recaer en un órgano administrativo, sino que corresponde al Poder Judicial, en aplicación de causales taxativas establecidas previamente en la ley, y conforme a los derechos a las garantías judiciales previstas en el artículo 8 de la Convención Americana. Además, el Tribunal Interamericano consideró que el Estado debe abstenerse de aplicar sanciones a los trabajadores y a las trabajadoras, cuando participen en una huelga legal, en tanto se trata de una actividad sindical lícita que constituye además el ejercicio de un derecho humano, y garantizar que estas sanciones tampoco sean aplicadas por las empresas privadas<sup>44</sup>.

23. Finalmente, el derecho a huelga sólo podrá limitarse o prohibirse con respecto a: a) los funcionarios públicos que actúan como órganos del poder público que ejercen funciones de autoridad a nombre del Estado, y b) los trabajadores de los servicios esenciales<sup>45</sup>. En cuanto a los segundos, la Corte IDH ha considerado que estos deben entenderse en sentido estricto del término, esto es, aquellos que proveen servicios cuya interrupción conlleva una amenaza evidente e inminente a la vida, la seguridad, la salud o la libertad de toda o parte de la población (por ejemplo, aquellos que laboran en el servicio hospitalario, los servicios de electricidad, o los servicios de abastecimiento de agua)<sup>46</sup>; no obstante, respecto de estos, el Tribunal Interamericano ha señalado que los Estados deben crear garantías compensatorias a favor de aquellos servicios considerados esenciales y para la función pública, de forma que la limitación al derecho de huelga deberá estar acompañada de procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados,

---

<sup>43</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-27/21, *supra*, párr. 100.

<sup>44</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-27/21, *supra*, párr. 101.

<sup>45</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-27/21, *supra*, párr. 102. Asimismo, la Corte IDH ha indicado que: "104. [...] en relación con los servicios esenciales, la Corte destaca que los Estados deberán buscar soluciones sustitutivas para aquellos casos en que la prohibición total de la huelga se pueda evitar cuando un servicio mínimo fuese una solución adecuada para garantizar las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento seguro de las instalaciones en que se presta el servicio considerado como "esencial". En este sentido, cabe resaltar que el servicio mínimo debe limitarse a las operaciones que sean necesarias para satisfacer las necesidades básicas de la población o las exigencias mínimas del servicio, garantizando que el alcance de los servicios mínimos no tenga como resultado que la huelga sea inoperante. Las negociaciones sobre los servicios mínimos deben celebrarse antes de haberse producido un conflicto laboral, de modo que todas las partes interesadas (autoridades públicas, organizaciones de trabajadores y trabajadoras y de empleadores y empleadoras) puedan negociar con la objetividad y la serenidad posibles".

<sup>46</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-27/21, *supra*, párr. 103.

imparciales y rápidos en los que los interesados puedan participar en todas las etapas, y en que los laudos dictados sean aplicados por completo y rápidamente<sup>47</sup>.

24. En suma, si bien el derecho a la huelga ha tenido poco desarrollo en el marco de los sistemas regionales de derechos humanos, no podemos negar la importancia que tiene este derecho, en especial en el aspecto colectivo de los derechos de las y los trabajadores.

#### **IV. EL DERECHO A LA HUELGA COMO DERECHO JUSTICABLE EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA**

25. El derecho a la huelga es un derecho fundamental que tiene una estrecha relación con los derechos de los trabajadores; la forma en la que el derecho interamericano laboral se ha ido desarrollando es una forma en la que los reclamos de los trabajadores han tenido un reconocimiento en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

26. Como ya lo he manifestado en otras oportunidades<sup>48</sup>, el derecho al trabajo ha formado un eslabón fundamental en la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte IDH a partir del año 2017 desde el *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*<sup>49</sup>, relativa a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante "los DESCAs"). En este panorama se enmarca el presente caso, en donde la sentencia identificó que el derecho a la huelga se encuentra protegido, al igual que otros derechos a favor de las y los trabajadores, desde el artículo 26 de la Convención Americana<sup>50</sup>. Ya desde el *Caso Lagos del Campo* la jurisprudencia del Tribunal Interamericano venía identificando las diferentes formas en las que el derecho al trabajo se proyecta, como "el derecho de los empleadores y trabajadores de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses", por ejemplo<sup>51</sup>.

27. En este sentido, el presente caso se inserta en el desarrollo de los derechos sociales laborales. La Corte IDH no se había pronunciado sobre el derecho a la huelga de manera autónoma. De ahí la importancia de los parámetros desarrollados en la OC-27, que fueron de fundamental importancia para el análisis del presente caso

---

<sup>47</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-27/21, *supra*, párr. 103.

<sup>48</sup> En el caso *San Miguel Sosa y otras*, expresé que "[e]l caso *San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*, complementa la visión que de manera rápida ha tenido el Tribunal Interamericano sobre los derechos sociales y su exigibilidad directa ante esta instancia judicial. En este sentido, la triada de casos laborales *Lagos del Campo*, *Trabajadores Cesados del Petroperú* y *otros* y ahora el caso *San Miguel Sosa y otras*, permiten delinear una serie de estándares que se deben tener en consideración en los ejercicios de control de convencionalidad en sede interna y abundar al diálogo jurisprudencial existente entre el ámbito internacional interamericano y la sede nacional de los Estados Parte de la Convención Americana". Cfr. *Voto concurrente y parcialmente disidente al Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 27.

<sup>49</sup> Cfr. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, *supra*, párrs. 153 y 154.

<sup>50</sup> Cfr. *Caso Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala*, *supra*, punto resolutivo 4.

<sup>51</sup> El Tribunal Interamericano concluyó que "el Estado es responsable por la violación de los artículos 16.1 y 26 en relación con los artículos 1.1, 13 y 8 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Lagos del Campo". Cfr. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, *supra*, párr. 158, 163 y Punto resolutivo 6.

contencioso, por ejemplo, al identificar el Tribunal Interamericano que el criterio de legalidad no se materializó<sup>52</sup>.

28. Sin embargo, la Corte IDH también analizó otros componentes del derecho a la huelga que previamente no habían sido considerados en la OC-27, como lo son la duración excesiva y los retrasos prolongados en los procedimientos previos para ejercer el derecho de huelga<sup>53</sup>; o bien que el hecho de exigir una tasa muy alta de participación para declarar legal la huelga "vuelve en la práctica imposible un movimiento de huelga legal, por lo que su imposición implica una restricción arbitraria al derecho de huelga, de la libertad de asociación y de la libertad sindical"<sup>54</sup>.

29. La jurisprudencia contenciosa tiene, ahora, un componente más para hacer justiciable los derechos de las y los trabajadores y su garantía colectiva de defensa de sus intereses y derechos. Si bien el derecho de huelga fue uno de los derechos que menos reconocimiento ha tenido en el derecho internacional, lo cierto es que el caso bajo análisis constituye un aporte invaluable para la materialización de dicho derecho.

## V. CONCLUSIÓN

30. Este es el primer caso contencioso en el que la Corte IDH desarrolla y declara violado el derecho a la huelga a la luz del artículo 26 de la Convención Americana y que previamente se había considerado en la OC-27 sobre los derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y derecho a la huelga.

31. Estimo que este avance en la jurisprudencia contenciosa se erige como un paso fundamental en la justiciabilidad de los derechos sociales interamericanos de las y los trabajadores. La sentencia se enmarca en la línea de casos que reivindican derechos laborales, particularmente importante como estándares en la región, especialmente en los momentos tan apremiantes que se viven por la pandemia y sus efectos<sup>55</sup>.

32. El derecho de huelga también se posiciona como un elemento más en el derecho internacional que, aunque con pocas manifestaciones jurisprudenciales y de desarrollo normativo, abonan al entendimiento y consolidación de este derecho como un mecanismo poderoso de defensa de los intereses de las y los trabajadores.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot  
Juez

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretario

---

<sup>52</sup> Cfr. *Caso Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala, supra*, párr. 120.

<sup>53</sup> Cfr. *Caso Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala, supra*, párr. 121.

<sup>54</sup> *Caso Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala, supra*, párr. 126.

<sup>55</sup> Cfr. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe. Políticas de protección de la relación laboral y de subsidios a la contratación durante la pandemia de COVID-19*, No. 25 (LC/TS 2021/163), Santiago, 2021.

**VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ EDUARDO VIO GROSSI,  
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,  
CASO EXTRABAJADORES DEL ORGANISMO JUDICIAL VS. GUATEMALA,  
SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2021  
(Excepciones Preliminares, Fondos y Reparaciones)**

1. El presente voto individual respecto de la Sentencia indicada en el título, obedece a que el suscrito no concuerda con la referencia que ella realiza, en su Punto Resolutivo N° 4<sup>1</sup>, en cuanto al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, haciendo, consecuentemente, justiciable ante la Corte la vulneración de los derechos que dicha disposición alude.
  
2. Al efecto, se permite reiterar lo expuesto en su voto Parcialmente Disidente, relativo al *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y Otros Vs. Guatemala, de 6 de octubre de 2021*, salvo lo indicado en su último párrafo.

Eduardo Vio Grossi  
Juez

---

<sup>1</sup> "El Estado es responsable por la violación al derecho a la huelga, a la libertad de asociación, a la libertad sindical y al derecho al trabajo y a la estabilidad laboral, consagrados en los artículos 16 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación de respetar y garantizar este derecho y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, reconocidos por los artículos 1.1 y 2 de este mismo instrumento en perjuicio de las 65 personas enumeradas en la lista Anexo Único, en los términos de los párrafos 99 a 134 de esta Sentencia."



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Buenos Aires, 15 de Diciembre de 2022

Vistos los autos: "Vespasiani, Mario Oscar c/ AFIP s/ amparo ley 16.986".

Considerando:

Que las cuestiones planteadas han sido correctamente examinadas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos corresponde remitir por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo allí dictaminado, se declara procedente el recurso extraordinario planteado, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda en los términos expuestos en el presente. Costas por su orden, en atención a la complejidad de la cuestión debatida (art. 68, segundo párrafo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos



Recurso extraordinario interpuesto por la **Administración Federal de Ingresos Públicos**, representada por el **Dr. Lucas Alfredo Perroni**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal n° 1 de San Luis**.



**Ministerio Público**  
**Procuración General de la Nación**

S u p r e m a    C o r t e :

-I-

A fs. 298/302, la Cámara Federal de Mendoza (Sala B) confirmó la sentencia de primera instancia, que había hecho lugar al amparo presentado por el Sr. Mario Osvaldo Vespasiani y declarado la nulidad de la resolución (DT/VIME) 3/2010 de la Dirección General Impositiva - AFIP (en adelante, la "resolución 3/10"). Como consecuencia de ello y en lo que aquí interesa, el tribunal ratificó la reincorporación del contribuyente en el "Registro Fiscal de Operadores en la Compraventa de Granos y Legumbres Secas", implementado por la resolución general (AFIP) 129/97 -sustituida por las del mismo orden 991/01y 1394/01- (en adelante, el "registro"), que había ordenado, a su turno, el Juzgado Federal de San Luis (ver sentencia de fs. 277/286).

Para así resolver, valoró que la resolución general (AFIP) 2300/07 (en adelante, la "RG 2300/07") preveía la posibilidad de suspender transitoriamente la inclusión del contribuyente en el aludido registro cuando se configuraban ciertas circunstancias, mas ello se traducía en un trato diferencial -menos conveniente- para el administrado e implicaba la privación momentánea de ciertos beneficios fiscales sin haber sido previamente oído.

Por su parte, juzgó que lo dispuesto en la resolución 3/10 constituía una sanción lisa y llana para el contribuyente y, por ello, previo a su imposición debió dársele al sujeto la

posibilidad de exponer las razones de sus pretensiones y defensas.

Justificó su tesitura en que el derecho a ser oído debía garantizarse antes de la emisión de actos que afecten derechos subjetivos o intereses legítimos. Concluyó, entonces, que el acto aquí cuestionado era nulo por presentar un vicio en el procedimiento consistente en que se le había negado al administrado ejercer su defensa de modo previo a la sanción.

-II-

Contra esa decisión, el Fisco interpuso el recurso extraordinario de fs. 308/339, que fue concedido a fs. 351/352.

Cuestiona la sentencia apelada en cuanto allí se ordenó la reincorporación del accionante en el registro y, de tal manera, sostiene que se violó lo establecido en la ley 11.683, las facultades de verificación y fiscalización de la AFIP, el art. 2° de la ley 16.986 y el régimen especial establecido en la RG 2300/07.

En resumidas cuentas, se queja de que en la sentencia apelada se declaró la nulidad de la resolución 3/10 y, como consecuencia de ello, el contribuyente pudo seguir gozando de beneficios fiscales que no le correspondían.

Explica que la Cámara consideró erróneamente que la suspensión del registro importó una sanción al contribuyente. Al respecto, sostiene que no se trata de un castigo sino del cumplimiento efectivo de una condición resolutoria -provisoria y preventiva- que luego es objeto de análisis por parte de la AFIP, a partir de la defensa que presente el contribuyente luego de su dictado. De tal manera, explica que el organismo



**Ministerio Público**  
**Procuración General de la Nación**

recaudador evalúa la continuidad del sujeto como acreedor de los beneficios tributarios establecidos en la RG 2300/07.

Puntualiza que mediante la RG 2300/07 se fijó un régimen de retenciones más favorable en el impuesto al valor agregado para quienes voluntariamente solicitaran su inclusión, siempre que cumplan una serie de requisitos y condiciones allí establecidos, con el fin de hacer más transparentes las operaciones de ventas de granos y asegurar su veracidad mediante mecanismos de control tendientes a evitar irregularidades en la comercialización de granos. Como contrapartida, señala que los contribuyentes que adhieren aceptaron ciertas condiciones, entre las que se prevé una serie de "*incorrectas conductas fiscales*", que operan como causales de suspensión y eventual posterior exclusión del régimen especial en caso de configurarse.

Vinculado con lo anterior, destaca que el régimen aquí debatido es voluntario y opcional, por lo que el contribuyente actor pudo realizar su actividad sujeto a las retenciones generales aplicables a cualquier contribuyente sin necesidad de incorporarse al régimen.

En el presente caso, relata que la AFIP verificó y fiscalizó al contribuyente Mario Oscar Vespasiani para evaluar el cumplimiento de lo dispuesto en la RG 2300/07. En ese contexto, el Fisco efectuó ciertos requerimientos que fueron cumplidos en tiempo y forma por el actor, quien aportó documentación vinculada a la producción y comercialización de granos de la campaña 2008/2009. Luego, el 10 de marzo de 2010,

la AFIP elaboró un informe final en el que dio cuenta de los resultados de la verificación y se consignaron ciertas inconsistencias que fueron calificadas como incorrectas conductas fiscales (conf. anexo VI, puntos 3, 4, 5, y 7 de la RG 2300/2007).

Explica que, a partir de lo anterior y previo dictamen jurídico, el Fisco dictó la resolución 3/10, por la que se suspendió transitoria y preventivamente al contribuyente del registro, de conformidad con lo ordenado en el art. 40 de la RG 2300/07. En ese mismo acto, se le otorgó al administrado un plazo de 10 días para que ejerza su defensa contra lo allí dispuesto.

Reseña que, disconforme con esa decisión, el actor efectuó su descargo pero, sin esperar el plazo legal para su resolución en la sede administrativa, de forma prematura -e ilegítimamente- interpuso la presente acción y obtuvo una medida cautelar favorable a sus planteos. Al obtener la precautoria solicitada, denuncia, el contribuyente logró usufructuar beneficios fiscales que no le correspondían.

En tales condiciones, concluye que no se puede cuestionar el accionar del Fisco en cuanto dispuso la suspensión transitoria del contribuyente en el registro a partir de la verificación de incorrectas conductas fiscales, toda vez que ese proceder tiene por finalidad, una vez ejercida la defensa por parte del administrado, evaluar su continuidad como beneficiario en el régimen especial.

Por último, señala que la sentencia es arbitraria a raíz de que lo allí decidido se aparta de la norma positiva que rige el caso (RG 2300/07), sin que el contribuyente haya



**Ministerio Público**  
**Procuración General de la Nación**

alegado, ni mucho menos demostrado, su imposibilidad de seguir operando conforme a las pautas del régimen general de retención.

-III-

A mi modo de ver, el recurso extraordinario es formalmente admisible, toda vez que se ha puesto en tela de juicio el alcance e interpretación de normas federales (leyes 11.683 y 19.549; RG 2300/07 y sus modificatorias) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que la recurrente sustenta en ellas (art. 14, inc. 3, ley 48).

En otro sentido, habida cuenta de que los argumentos que sustentan la tacha de arbitrariedad están inescindiblemente unidos a la interpretación de dichas normas federales, pienso que corresponde que sean tratados en forma conjunta (Fallos: 327:3560; 328:1893 y 329:1440).

Por último, considero pertinente recordar que, al encontrarse en discusión el alcance que cabe asignar a normas de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la Cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 311:2553; 314:529; 316:27; 321:861, entre muchos otros).

-IV-

Es reiterada doctrina de V.E. que sus sentencias deben ajustarse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas, aunque sean sobrevivientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos: 310:819; 324:3948; 325:2275, entre muchos otros).

Desde esta perspectiva, advierto que la RG 2300/07, en cuyo régimen pretendía permanecer la actora mediante el presente amparo, fue derogada por el art. 84, inc. a), de su similar 4310/18 (texto según RG 4324/18). Sin embargo, el Tribunal ha admitido la virtualidad de dictar pronunciamiento aun frente al cambio de marco fáctico o jurídico, siempre que subsista el interés de las partes por los efectos jurídicos producidos durante el lapso anterior a esa variación (Fallos: 325:3243; 326:1138).

Pienso que ello es lo que acontece en esta causa, ya que el actor obtuvo una medida cautelar que le permitió seguir operando en el régimen de la RG 2300/07 (cfr. fs. 204/205) y, por ende, mantiene virtualidad la decisión que declare, de modo definitivo, si los derechos invocados por el amparista han sido arbitraria e ilegítimamente vulnerados por la demandada, tal como lo sostiene la Cámara en el pronunciamiento recurrido por la vía extraordinaria, puesto que la accionante obtuvo una tutela judicial que produjo efectos jurídicos y patrimoniales en el ámbito de dicha controversia (Fallos: 331:1765).

-V-

Sentado ello, aprecio que en el presente caso se encuentra fuera de discusión que:



**Ministerio Público**  
**Procuración General de la Nación**

- a) el contribuyente estaba incluido en el registro en su carácter de productor;
- b) la resolución 3/10, del 6 de mayo de 2010, ordenó la suspensión del contribuyente en ese registro y le otorgó un plazo de 10 días hábiles para que subsane las inconsistencias observadas por el Fisco bajo apercibimiento de ser excluido del régimen (arts. 1° y 2° de la resolución 3/10);
- c) al dar los motivos para dicha suspensión, la AFIP invocó lo establecido en el art. 40, inc. b), de la RG 2300/07, que remite al anexo VI, apartados B y C, de ese reglamento. En este punto, la AFIP encontró configuradas las inconductas fiscales tipificadas en los puntos 3° (*cuando la realidad económica indique que la actividad efectivamente desarrollada no se corresponde con el comercio de granos*), 4° (*omisión total de efectuar retenciones o percepciones correspondientes a los regímenes del impuesto al valor agregado y/o del impuesto a las ganancias*), 5° (*omisión parcial de efectuar retenciones o percepciones correspondiente a los regímenes del impuesto al valor agregado y/o del impuesto a las ganancias y/o todo otro acto que importe el incumplimiento de las restantes obligaciones emergentes de los regímenes de retención e información, no comprendido en el inciso 6 del presente apartado*) y 7° (*omisión de ingreso de retenciones practicadas y/o compensación improcedente de retenciones*), del mencionado Anexo VI, apartado B (conf. art. 1° de la resolución 3/10).



Planteada la controversia en estos términos, el punto a dilucidar consiste en definir si la suspensión ordenada por la AFIP puede ser calificada como una sanción que se aplica al contribuyente y, por lo tanto, si previo a su imposición debió garantizarse su derecho de defensa; o si, tal como sostiene el Fisco, ella sólo constituye una medida temporaria tendiente a discernir si corresponde la exclusión del responsable del régimen especial al que adhirió.

-VI-

El título II de la RG 2300/07, que regulaba el "Registro fiscal de operadores en la compraventa de granos y legumbres secas", preveía dos apartados claramente diferenciados: el apartado J, que estipulaba las causales de "suspensión" (arts. 40 a 45), y apartado L, que fijaba las causales de "exclusión" (arts. 47 a 52).

En su art. 40 se establecía: "*Este Organismo podrá disponer la **suspensión transitoria** del responsable incluido en el 'Registro' -excepto corredores- cuando se verifique: a) *Alguna de las situaciones previstas en el Anexo VI, Apartado A. **b) Cualquiera de las situaciones previstas en el Anexo VI, Apartados B o C...***" (destacado agregado por tratarse de la causa invocada por la AFIP en el presente caso, ver acápite -V- iii) de este dictamen).*

En aquellos casos de suspensión transitoria de un sujeto incluido en el "Registro", el art. 41 establecía que: "*implicará el archivo de los trámites interpuestos respecto de éste y determinará la aplicación, **durante la vigencia de la***



**Ministerio Público**  
**Procuración General de la Nación**

**suspensión**, de las alícuotas de retención que a continuación se indican:

a) DIEZ CON CINCUENTA CENTESIMOS POR CIENTO (10,50%): en las operaciones de venta de los productos indicados en el inciso a) del Artículo 1°.

b) VEINTIUNO POR CIENTO (21%): en las operaciones de venta del producto aludido en el inciso b) del Artículo 1°.  
(destacado agregado).

Seguidamente y en lo que aquí interesa, el art. 44 disponía que: "la suspensión del responsable comprendido en alguna de las causales aludidas en el Artículo 40, inciso b), **se extenderá** desde el segundo día corrido inmediato siguiente, inclusive, al de la publicación en el Boletín Oficial de los datos del responsable suspendido y **hasta tanto tenga efecto la resolución de exclusión del 'Registro'** conforme las previsiones del Artículo 50. **De corresponder el levantamiento de la suspensión** con permanencia del responsable en el 'Registro', **este organismo procederá a su publicación** en la página web institucional...Asimismo, **el responsable tendrá derecho:**

a) Al reintegro sistemático de acuerdo con los porcentajes que prevé el art. 53, de tratarse de un productor o acopiador que vende productos de propia producción; o

b) Al reintegro parcial previsto en el art. 63, de tratarse de un sujeto comprendido en el art. 2, inc. c)"  
(destacado agregado).

A su turno, el art. 47 reglaba los casos de "exclusión" del registro. Entre ellos, su inc. b) se refería a los "responsables cuya inclusión en el 'Registro' hubiera sido transitoriamente suspendida por aplicación de las previsiones del Artículo 40, inciso b). En tal caso la exclusión se efectuará mediante acto administrativo fundado".

Con similar criterio, el art. 49 requería una resolución administrativa de exclusión para los casos como el presente, comprendidos en el art. 47, inc. b), de la RG. Finalmente, el art. 52 establecía la posibilidad de recurrir las medidas de "exclusión" del registro resueltas por la AFIP mediante el recurso previsto en el art. 74 del decreto 1397/79.

Sobre la base de las normas reseñadas, forzoso es concluir que la AFIP invocó una causa reglamentariamente prevista para disponer la "suspensión transitoria" (art. 40 y sptes. de la RG 2300/07), con el objeto de privar momentáneamente al contribuyente de ciertos beneficios tributarios establecidos en el citado reglamento, una vez ejercidas sus facultades de verificación y fiscalización (cfr. art. 35 de la ley 11.683). El empleo de dicho remedio temporal se encontraba estipulado entre dos momentos claramente delimitados en la RG 2300/07, a saber: la "verificación de la inconducta fiscal" (conf. art. 40, inc. b, RG 2300/07, que remite al anexo VI - "Incorrecta conducta fiscal", aps. B y C) y el dictado de la "exclusión del responsable del Registro mediante acto administrativo fundado" (conf. art. 47, inc. b., de la RG 2300/07).

En este punto, no puede pasar desapercibido que: i) la suspensión perdía virtualidad a partir de que operaba la



**Ministerio Público**  
**Procuración General de la Nación**

exclusión (art. 44, 1 párr.); ii) por el contrario, en el caso de que correspondiera el levantamiento de la suspensión, el contribuyente tenía derecho al reintegro de las sumas que le hubiesen sido retenidas en exceso por la privación de los beneficios del régimen (art. 44, 3° párr.).

En tales condiciones, entiendo que la suspensión no debe confundirse con la imposición de una sanción administrativa -disciplinaria o represiva- en virtud de que esta última tiene por finalidad, como reiteradamente lo ha dicho esa Corte, restaurar el orden jurídico infringido, para cuyo cometido resulta necesario herir al infractor en su patrimonio (arg. de Fallos: 326:2770; 329:500 y más recientemente en CNT 060309/2012/CS001, "Nueva Chevallier S.A. c/ Ministerio de Trabajo s/ queja expte. administrativa", fallo del 11 de agosto de 2015).

De acuerdo con las normas reseñadas, es claro para mí que la suspensión transitoria establecida en la RG 2300/07 no perseguía tal objetivo sino que se limitaba, cautelarmente, a impedir el goce de los beneficios fiscales previstos en el régimen hasta tanto se aclarase la situación del contribuyente frente al Fisco. Tal decisión, temporaria y provisional, no se adoptaba con la finalidad de herir de manera definitiva al presunto infractor en su patrimonio sino de proteger el erario público hasta que concluyeran las tareas de fiscalización que el ente recaudador se encontraba obligado a realizar.

Cabe tener presente, en este punto, que la constitucionalidad de una reglamentación como la aquí examinada está condicionada, por una parte, a la circunstancia de que los derechos afectados sean respetados en su sustancia y, por la otra, a la adecuación de las restricciones a las necesidades y fines públicos que las justifican, de manera que no aparezcan infundadas o arbitrarias, sino razonables, es decir, proporcionadas a las circunstancias que las originan y a los fines que se procuran alcanzar con ellas (Fallos: 247:121).

En tales condiciones, no encuentro configurada la lesión constitucional que la sentencia recurrida endilga a la reglamentación atacada, pues la suspensión transitoria establecida por esta última luce, en mi parecer, apta para servir, razonablemente, a la finalidad esencial que ella persigue, esto es, asegurar el correcto desempeño de las facultades de verificación y fiscalización que le corresponden a la AFIP.

En esta línea, ha de recordarse que no corresponde juzgar el acierto o conveniencia del medio arbitrado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones para alcanzar el fin propuesto (Fallos: 240:223; 247:121; 250:410; 251:21; 253:352; 257:127), pues el control de constitucionalidad que incumbe a los jueces excluye tal examen. Ello es así en tanto no se ha demostrado -como queda dicho- que la reglamentación adolezca de una iniquidad manifiesta (Fallos: 300:642) ni instaure penas desmedidas, crueles o desusadas (Fallos: 312:826).



**Ministerio Público**  
**Procuración General de la Nación**

-VII-

Sin perjuicio de lo anterior, no se me escapa que la resolución 3/10 le otorgó al contribuyente, al momento de dictar la suspensión transitoria, un plazo de diez (10) días hábiles a los fines de que subsane las inconsistencias observadas, bajo apercibimiento de ser excluido del régimen.

Si bien la suspensión transitoria prevista en el art. 40, inc. b), de la RG 2300/07 no prevé un plazo a esos efectos, ello no obsta a la conducta adoptada aquí por la Administración, la que encuentra suficiente fundamento normativo en lo previsto en la ley 19.549 (arts. 1º, inc. e, puntos 2º y 4º), disposiciones que resultan aplicables en virtud de lo establecido en el art. 116 de la ley 11.683, sin que su empleo en esta causa posea entidad para torcer la solución que propicio.

-VIII-

Por lo antes expuesto, entiendo que corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto ha sido objeto de recurso extraordinario.

Buenos Aires, de octubre de 2020.



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Buenos Aires, 20 de Septiembre de 2022

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional Argentino en la causa Ceballos, Estefanía Itatí y otro c/ Dirección Nacional de Vialidad y otros s/ daños y perjuicios", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la señora Estefanía Itatí Ceballos demandó a la Dirección Nacional de Vialidad (DNV) y al Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal, a fin de obtener el cobro de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados en un incendio producido el día 12 de marzo de 2005 en un campo propiedad de sus padres. Señaló que el fuego que derivó en el siniestro se habría iniciado en la banquina de la Ruta Nacional n° 14 y desde allí, propagado hacia el terreno lindero, ocasionando pérdidas sustanciales en una forestación de pinos que se desarrollaba en ese lugar.

2°) Que la Cámara Federal de Corrientes revocó la sentencia de primera instancia y por lo tanto hizo lugar a la demanda, condenando al Estado Nacional y a la DNV a indemnizar los daños materiales y morales ocasionados, los cuales se cuantificarían durante la etapa de ejecución de sentencia.

En síntesis, el tribunal tuvo por probado que el incendio se originó en la banquina oeste de la Ruta Nacional n° 14 y descartó la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor. Desde allí, consideró que en el caso se presentó un "daño causado 'con' la cosa, por el hecho de ella -art. 1113 párrafo

2°, 1ª parte del Código Civil- en el que intervino de manera activa en la producción del daño, escapando al control de su guardián". En efecto, señaló como causa del daño al riesgo que presentaba la banquina de esa ruta y lo atribuyó a la "falta de diligencia, 'omisión de cuidado' de parte del personal de la demandada, que tenía a su cargo el 'deber de prevención' del daño, adoptando, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitarlo" (cfr. fs. 1303/1311 vta. del expediente principal digital remitido a este Tribunal, al cual se hace referencia en adelante).

3°) Que contra esa sentencia el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación motivó la presente queja.

Plantea como cuestión federal la interpretación de la ley 11.658, el decreto-ley 505/58 y el decreto 1020/2009, normas que -según sostiene- se han omitido y atribuyen a la Dirección Nacional de Vialidad y no al Estado Nacional la obligación de asegurar el debido servicio vial.

Considera que la cámara incurrió en una valoración arbitraria de la prueba para descartar la incidencia en el suceso de factores ajenos al hombre como el viento, la sequía y el cambio climático que contribuyeron a la producción del incendio. Entiende, también, que la sentencia padece una fundamentación defectuosa, en tanto habría pasado por alto el encuadre jurídico que regula la actividad de la Dirección





## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Nacional de Vialidad y su vínculo específico con el Estado Nacional como ente de contralor de las rutas nacionales. En ese orden, critica la atribución de responsabilidad al Estado como "dueño o guardián" de la cosa, señalando que *"resulta totalmente arbitrario endilgar responsabilidad a mi mandante en dicha circunstancia, cuando no ha sido probado en ningún momento actividad u omisión del Estado congruente con la producción del daño ocasionado por el avance del fuego"* (p. 9 del recurso extraordinario).

Señala que los requisitos de procedencia de la responsabilidad del Estado no fueron debidamente analizados y enfatiza en la inexistencia de un nexo de causalidad y en la imposibilidad de imputar jurídicamente los daños al Estado Nacional. De existir tales daños, expresa, *"son consecuencia directa del accionar de la Dirección Nacional de Vialidad"* en tanto *"existe un marco legal que pone en cabeza de la DNV el mantenimiento de banquetas y todo aquello que guarde relación con el mantenimiento de rutas nacionales no concesionadas, como es el caso de la Ruta Nacional N° 14"* (ps. 19/20 del recurso extraordinario).

4°) Que los agravios vinculados con el modo en que ocurrieron los acontecimientos, específicamente el origen del incendio, la posible culpa de la víctima y la configuración de un caso fortuito, remiten al examen de cuestiones de hecho y prueba ajenas a la instancia extraordinaria y, por lo tanto,

resultan inadmisibles (conf. Fallos: 340:1940, entre muchos otros).

En cambio, el recurso extraordinario es formalmente admisible en cuanto se alega una omisión de tratamiento de una cuestión federal -vinculada a la interpretación del decreto-ley 505/58 y del decreto 1020/2009-, configurándose, de ese modo, un supuesto de resolución contraria implícita al derecho federal invocado (Fallos: 311:95; 313:1714 y su cita, entre otros).

A su vez, los agravios vinculados a la arbitrariedad de la decisión serán tratados conjuntamente, pues se encuentran indisolublemente ligados a los puntos de derecho federal controvertidos.

5°) Que esta Corte ha sostenido en forma reiterada que para tener por configurada la obligación estatal de resarcir debe acreditarse: a) la presencia de un daño cierto; b) que el Estado haya incurrido en una falta de servicio, tal como se concebía en el art. 1112 del Código Civil aquí aplicable en virtud de la fecha de los hechos; y c) la existencia de una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (Fallos: 328:2546 y 341:1555, entre muchos otros).

La idea objetiva de *falta de servicio* supone que quien titulariza la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los daños causados por



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

incumplimiento o su ejecución irregular (Fallos: 331:1690; 334:1036, entre muchos otros). Cuando la falta de servicio proviene de una omisión, según conocida jurisprudencia de esta Corte, exige una apreciación en concreto que tome en cuenta la naturaleza de la actividad estatal, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos: 343:184 y sus citas).

El Estado, al igual que todas las personas jurídicas, necesita de la actuación u omisión de personas físicas que tienen la función de hacer querer y actuar al ente ideal. De ahí que el primer problema a resolver es el modo en que dicha actuación se imputa al Estado, frente a lo cual el Derecho ha dado diferentes respuestas, algunas basadas en principios propios del Derecho Civil, como la teoría del mandato y de la representación legal, y otras basadas en la teoría del órgano (arg. doct. de Fallos: 327:5295). La teoría del órgano que rige esta materia supone la imputación de la actuación (u omisión) de las personas físicas a la persona ideal, y ello exige verificar y diferenciar cuidadosamente los entes y órganos involucrados y las atribuciones e incumbencias que cada uno de ellos despliegan.

En definitiva, la falta de servicio -que esta Corte ha fundado en la aplicación del art. 1112 del Código Civil- supuso erigir una vía de atribución de responsabilidad que desplaza del terreno del derecho público otros factores de

atribución de naturaleza civilista, como los previstos en el art. 1113 de ese código.

6°) Que, sin embargo, la falta de servicio no es suficiente por sí misma para dar nacimiento a la obligación estatal de resarcir, pues debe atenderse a la relación de causalidad entre ella y el daño ocasionado. Los tribunales han de examinar meticulosamente si suprimida la conducta que se reputa ilegítima, el daño igualmente se hubiese consumado y todos los factores que a él contribuyen (doct. de Fallos: 317:1233; 329:2088; 330:2748).

En esa labor, tampoco pueden dejar de considerarse aquellos extremos que, parcial o totalmente, resultan aptos para interrumpir el nexo causal. En efecto, en no pocas ocasiones, las hipótesis que colocan al Estado en situación de responsabilidad suelen estar vinculadas a una previa situación fáctica generada por un particular que hizo posible la ocurrencia del acontecimiento. Para evitarlo, es deber de los jueces indagar con la mayor exhaustividad posible un ciclo más largo de hechos que permita asignar la responsabilidad del evento a quien realmente hizo posible el daño.

El Estado solo responde si incumplió con un deber legal que le impone obstar el evento lesivo, puesto que una conclusión contraria llevaría al irrazonable extremo de convertirlo en un ente asegurador de todo hecho dañoso que se cometiera (conf. doctrina de Fallos: 329:2088 y 332:2328). Tal



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

como lo ha expuesto esta Corte en diversas ocasiones en las que se ha pretendido responsabilizar al Estado por accidentes ocurridos en rutas, el ejercicio del poder de policía de seguridad no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (Fallos: 312:2138 y 325:1265, entre otros).

7°) Que, a la luz de los principios expuestos se observa que la sentencia de la cámara endilgó responsabilidad al Estado Nacional con base en un factor de atribución ajeno a la falta de servicio y pasando por alto la existencia de una persona jurídica diferenciada cuyas competencias no le resultaban imputables de forma directa.

En efecto, por un lado, la decisión consideró que la banquina de la Ruta Nacional n° 14 era al momento de los hechos una cosa riesgosa cuya custodia se encontraba a cargo del Estado Nacional como "dueño o guardián", en los términos del art. 1113, segundo párrafo, del Código Civil. De esta manera, prescindió de los principios que regulan la responsabilidad estatal y, específicamente, del factor de atribución previsto en el art. 1112 de ese código, que exige indagar en las normas que regulan y estructuran los servicios brindados por las autoridades para demostrar concretamente su prestación irregular o defectuosa.

8°) Que, por otro lado, la decisión pasó por alto que la DNV, codemandada en este caso, fue constituida como *"una entidad autárquica de derecho público, con personalidad para actuar privada y públicamente"* (art. 1° del decreto-ley 505/58) y que, entre sus funciones, tiene a cargo la *conservación de rutas nacionales* (cfr. arts. 2 y 25 del decreto-ley 505/58). A su vez, el decreto-ley citado le atribuye competencias específicas en materia de dominio de las rutas nacionales: declarar la utilidad pública de los bienes afectados a las obras vinculadas con esas rutas, entablar los juicios de expropiación que correspondan, realizar adquisiciones directas de tales bienes y más generalmente obtener *"la transferencia de dominio de los bienes necesarios, previa cesión o expropiación"* (arts. 25 y 27). La norma citada en último término también establece que *"los caminos nacionales, así como los ensanches y obras anexas a los mismos, serán de propiedad exclusiva de la Nación"* y que ese derecho de propiedad *"no afectará al de las provincias y municipalidades dentro de sus respectivas jurisdicciones"*.

De esta manera se consideró al Estado Nacional como titular de bienes que posiblemente no le pertenezcan -tal era, precisamente, uno de los puntos a discernir- y responsable de competencias que el ordenamiento jurídico ha descentralizado y atribuido explícitamente a una persona jurídica diferente.

9°) Que, por lo demás, la Cámara *"dejó sin efecto el acogimiento de la excepción de falta de legitimación pasiva de la DNV"*, pese a que la decisión cuestionada en primera instancia



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

no desvinculó a ese organismo por falta de legitimación pasiva, sino a la Dirección Provincial de Vialidad (cfr. considerando VIII, vigésimo noveno párrafo de la sentencia de fs. 1303/1311 y sentencia de primera instancia a fs. 1231/1242).

10) Que, en virtud de lo expuesto, la decisión recurrida, bajo fundamentaciones aparentes, ha prescindido de normativa relevante y omitido el adecuado análisis de extremos conducentes para la solución del litigio. En consecuencia, se apoya en conclusiones dogmáticas e inferencias sin sostén jurídico o fáctico con el solo sustento de la voluntad de los jueces y debe ser dejada sin efecto (conf. doctrina de Fallos: 326:3734, entre muchos otros).

Por ello, se declara admisible la queja, procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Exímase al recurrente de integrar el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Notifíquese, devuélvanse digitalmente los autos principales al tribunal de origen y remítase la queja para su agregación al expediente físico, a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo decidido en la presente.

Recurso de queja interpuesto por el **Estado Nacional - Ministerio de Hacienda,**  
**parte demandada,** representado por la **Dra. Jimena Laura Brugier.**

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Corrientes.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Paso de los**  
**Libres.**





*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Buenos Aires, 6 de Diciembre de 2022

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 240/265, Aeropuertos Argentina 2000 S.A. promueve acción declarativa en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Provincia de Misiones, con el fin de que se declare la inconstitucionalidad de las leyes locales XXIV-Nº 22 y XXIV-Nº 34.

Explica que por medio de la primera norma citada se autoriza al Poder Ejecutivo local a afectar al uso público de la provincia, indicado en su art. 2º, determinados inmuebles sobre los que se asienta el Aeropuerto Internacional General José de San Martín de la ciudad de Posadas, bienes que fueron cedidos- según afirma- por la Provincia de Misiones al Estado Nacional y otorgados en concesión por este a la accionante.

Asimismo señala que, a través de la segunda disposición impugnada, se desafectó del dominio público el destino de una parte del predio que integra el mencionado aeropuerto internacional, para "donarlo" a favor de la Sociedad del Conocimiento S.A.P.E.M..

Concluye que, por medio de la normativa cuestionada, se desconocen competencias exclusivas del Estado Nacional y del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos sobre un aeropuerto internacional sujeto a la jurisdicción federal, se perjudica el servicio público aeroportuario y se vulneran derechos que le fueron otorgados a la accionante a través de las

normas que integran el marco regulatorio de la concesión aeroportuaria.

Sostiene que todo ello se encuentra en oposición a lo dispuesto por los arts 31, 75 incs. 10 y 30, 121 y 126 de la Constitución Nacional y a los decretos nacionales 375/97 -por el que se llamó a licitación pública nacional e internacional para la concesión de la explotación, administración y funcionamiento de aeropuertos del Sistema Nacional de Aeropuertos (SNA)- y 500/97, 163/98 y 1799/07 que, respectivamente, aprobaron el pliego de bases y condiciones, el contrato de concesión y el acta acuerdo de renegociación contractual entre el Estado Nacional y Aeropuertos Argentina 2000 S.A..

Solicita la citación como tercero del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos en los términos del art. 90, inc. 2º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por cuanto considera que se discuten competencias que las normas federales le han otorgado en forma exclusiva, en particular las de incorporar, desafectar o sustituir aeropuertos del SNA o predios pertenecientes a la concesión, en forma total o parcial. Asimismo, requiere la citación de la Sociedad del Conocimiento S.A.P.E.M., en los términos del art. 94 del ordenamiento procesal, en su carácter de donataria del espacio territorial afectado por las leyes impugnadas.

Por último peticiona, en los términos del art. 230 del código citado, que se dicte una medida cautelar de prohibición



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

de innovar, por la cual se ordene la suspensión de los efectos de las leyes XXIV-N°22 y XXIV-N°34, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en estas actuaciones.

2°) Que a fs. 309/310, en respuesta al requerimiento formulado a fs. 272, la parte actora manifestó que "el plano de mensura y la nomenclatura catastral del inmueble así identificado -en su art. 6°- por la ley provincial XXIV-N°22 es coincidente con el plano de mensura y la nomenclatura catastral del predio en el que se asienta el Aeropuerto Internacional de Posadas", y precisó que mediante esa norma se facultó al Poder Ejecutivo provincial "a afectar la totalidad del inmueble que comprende el Aeropuerto Internacional (de 285 hectáreas aproximadamente) al destino previsto en el artículo 2 de esa ley, es decir, al emplazamiento físico de la Villa Olímpica, el Estado Único de Múltiple Función de las Misiones y el Parque Lineal Ecológico Urbanístico y el Banco de Tierras para créditos destinados a la adquisición de viviendas unifamiliares con fondos de la Entidad Binacional Yaciretá y la Provincia de Misiones".

Asimismo refirió que, no obstante ello, el Poder Ejecutivo provincial "no dispuso ningún acto de gravamen sobre el predio".

Por último, expresó que mediante el art. 2° de la ley XXIV-N°34, la Legislatura local dispuso donar a la Sociedad del Conocimiento S.A.P.E.M. una parcela de poco más de 5 hectáreas

que se ubica dentro del perímetro del aeropuerto y que esa persona jurídica ocupa ese predio de manera ilegítima.

3°) Que a fs. 316 se recibieron copias certificadas de las actuaciones administrativas 698/15 requeridas al Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos.

4°) Que de conformidad con los argumentos y conclusión enunciados en el apartado II del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que cabe remitir en razón de brevedad y con el propósito de evitar repeticiones innecesarias, este juicio es de la competencia originaria de esta Corte al ser parte una provincia en una causa de manifiesto contenido federal.

5°) Que, asimismo, toda vez que las leyes que se impugnan involucrarían bienes que habrían sido cedidos por la Provincia de Misiones al Estado Nacional y que, según los términos de la demanda, se encontraría en litigio, por necesaria implicancia, la validez de la disposición de bienes nacionales, corresponde integrar la litis con este último, en los términos del art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

6°) Que la citación como tercero de la Sociedad del Conocimiento S.A.P.E.M. pretendida por la actora a fs. 259 vta., punto VIII, apartado 8.2, también debe ser admitida, dado que tiene un interés directo en el pleito y la controversia le es común (art. 94, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación),



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

en virtud del carácter de donataria del inmueble en cuestión que le otorga la ley XXIV-N° 34/2015 impugnada.

7°) Que finalmente, con respecto a la pretensión cautelar, corresponde recordar que el Tribunal ha señalado que esta clase de medidas no proceden, en principio, respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan (CSJ 2239/2018 "Swift Argentina S.A. c/ Entre Ríos, Provincia de s/ acción declarativa de certeza" del 18 de marzo de 2021, entre muchos otros).

8°) Que, asimismo, ha establecido que quien que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida precautoria debe acreditar *prima facie* la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifican resoluciones de esa naturaleza (Fallos: 340:1129, entre muchos otros).

En casos como el de autos, en el que por medio de una prohibición de innovar se pretende modificar el statu quo existente, los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia. Ello, en tanto su concesión altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado y configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto de la decisión final de la causa (Fallos: 341:1717).

9°) Que, por otro lado, el examen de la concurrencia del segundo requisito mencionado en el considerando precedente exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia definitiva (Fallos: 344:355).

10) Que las constancias aportadas por la demandante resultan insuficientes -en este estado- para considerar configurados en el caso los requisitos señalados, tanto más si se considera lo manifestado por esta parte a fs. 309 vta., penúltimo párrafo -en punto a que la parte demandada no ha dispuesto hasta el momento "ningún acto de gravamen sobre el predio"- y, por otro lado, no se han acreditado, siquiera sumariamente, los extremos invocados en los puntos 9.13 a 9.16 del escrito de demanda.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I. Declarar que la presente causa corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. II. Correr traslado de la demanda interpuesta a la Provincia de Misiones, que se sustanciará por la vía del proceso ordinario, por el plazo de sesenta días (arts 338 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). A los fines de su notificación al señor Gobernador y al señor Fiscal de Estado, líbrese oficio al señor juez federal correspondiente. III. Citar al Estado



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Nacional en los términos del art. 89 del Código citado, a fin de que tome la intervención que le corresponda, fijando al efecto el plazo de sesenta días. Para la comunicación pertinente, líbrese oficio al Ministerio de Transporte de la Nación, al que se agregarán copias del escrito de demanda y documentación adjunta. IV. Disponer que se cite como tercero a la Sociedad de Conocimiento S.A.P.E.M. para que, en el plazo de quince días, más otros cinco que se fijan en razón de la distancia, tome en la causa la intervención que pudiere corresponderle en defensa de sus derechos (art. 94, Código Procesal Civil y Comercial). A tal fin, líbrese oficio al juzgado federal de la ciudad de Posadas. V. Desestimar la prohibición de innovar solicitada. Notifíquese a la parte actora y comuníquese a la señora Procuradora General de la Nación.

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis

Parte actora: **Aeropuertos Argentina 2000 S.A.** representada por el **Dr. Gastón Darío Oberda**, con el patrocinio letrado del **Dr. Federico Campolieti**.

Parte demandada: **Provincia de Misiones**, no presentada en autos.



*Procuración General de la Nación*

S u p r e m a    C o r t e :

-I-

La empresa Aeropuertos Argentina 2000 S.A. (AA2000) promueve la acción prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia de Misiones, a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad de las leyes provinciales XXIV-N° 22 y XXIV-N° 34, del 12 de junio de 2014 y 30 de julio de 2015, respectivamente.

Las cuestiona, en cuanto: 1) declaran de utilidad pública y sujetos a expropiación determinados inmuebles, entre los que se asienta el Aeropuerto Internacional "Libertador José de San Martín" de la ciudad de Posadas, que fueron cedidos por la Provincia de Misiones al Estado Nacional y otorgados a su vez en concesión por éste a AA2000; 2) desafectan del dominio público el destino de una parte del predio que integra el mencionado aeropuerto internacional, el cual no le pertenece, para "donarlo" a favor de un tercero, la Sociedad del Conocimiento S.A.P.E.M.; 3) desconocen las competencias exclusivas del Estado Nacional y del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA) sobre un aeropuerto internacional sujeto a jurisdicción federal, perjudicando el servicio público aeroportuario; 4) vulneran los derechos otorgados a AA2000 por las normas que integran el marco regulatorio de la concesión aeroportuaria.

Todo ello, sostiene, conculca los arts. 31, 75 inc. 10 y 30, 121 y 126 de la Constitución Nacional y los decretos nacionales 375/97, por el que se llamó a licitación

pública nacional e internacional para la concesión de la explotación, administración y funcionamiento de los aeropuertos del Grupo "A" del Sistema Nacional de Aeropuertos; 500/97, que aprobó el pliego de bases y condiciones; 163/98, que aprobó el contrato de concesión y 1799/07, que aprobó el acta acuerdo de renegociación contractual entre el Estado Nacional y AA2000.

Solicita que se cite como tercero interesado en autos al Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA), en cuanto se discuten competencias propias que las normas federales le han otorgado a dicha entidad, de manera exclusiva, en particular, la de incorporar, desafectar o sustituir aeropuertos del SNA o predios pertenecientes a la concesión, en forma total o parcial (arts. 3.2.1 y 3.17 del decreto 500/97 y numerales 4.3 y 4.4. del contrato de concesión aprobado por decreto 163/98); así como también a la Sociedad del Conocimiento S.A.P.E.M., en su carácter de donataria de los espacios desafectados por las leyes provinciales impugnadas.

Asimismo, peticiona que se dicte una medida cautelar de prohibición de innovar, ordenando la suspensión inmediata de los efectos de los arts. 1 a 4 de la ley XXIV-N° 34, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en autos, en los términos del art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

A fs. 266, se corre vista a este Ministerio Público, por la competencia.

-II-

Uno de los supuestos en que procede la competencia originaria de la Corte si es parte una provincia,

*Procuración General de la Nación*

según el art. 117 de la Constitución Nacional, es cuando la acción entablada se funda directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, en leyes del Congreso o en tratados con las naciones extranjeras, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa (Fallos: 311:1812 y 2154; 313:98 y 548; 315:448; 318:992 y 2457; 322:1470; 323:2380 y 3279; 330:4372 y 331:382).

A mi modo de ver, en el *sub lite* se presenta dicha hipótesis, pues —según se desprende de la exposición de los hechos a la que se debe atender de modo principal para determinar la competencia, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 4° y 5° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y doctrina de Fallos: 306:1056; 308:1239 y 2230—, la pretensión de la sociedad actora consiste en impugnar dos leyes provinciales por interferir con los fines específicos del Aeropuerto Internacional “Libertador José de San Martín” de la ciudad de Posadas y conculcar los arts. 31, 75 inc. 10 y 30, 121 y 126 de la Constitución Nacional y los decretos nacionales 375/97, 500/97, 163/98, y 1799/07, que constituyen el marco regulatorio federal de aeropuertos.

En efecto, el Aeropuerto Internacional “Libertador José de San Martín” integra el Sistema Nacional de Aeropuertos —SNA— (decreto nacional 375/97) y, por ende, es un establecimiento de utilidad nacional, según surge del juego armónico de los incisos 10 y 30 del artículo 75 de la Constitución Nacional y de los decretos nacionales 375/97 y 500/97, ratificados ambos por el decreto de necesidad y urgencia 842/97, y los decretos nacionales 163/98 y 1799/07 (en este sentido se ha expedido la Corte respecto del Aeropuerto

Internacional Ministro Pistarini -Ezeiza- en Fallos: 281:407 y 293:287).

En tales condiciones, toda vez que la actora sostiene que la pretensión de la provincia podría interferir y amenazar con invadir u obstruir la realización de objetivos propios de un establecimiento de utilidad nacional, la causa se encuentra entre las especialmente regidas por la Constitución, a las que alude el art. 2º, inc. 1º, de la ley 48, ya que versa sobre la preservación de las órbitas de competencia entre las jurisdicciones locales y el Gobierno Federal que determina nuestra Ley Fundamental, lo que torna competente a la justicia nacional para entender en ella (conf. dictámenes de este Ministerio Público en las causas A.377, XLV. Originario. "Aeropuertos Argentina 2000 S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ incidente de medida cautelar (IN1), del 23 de diciembre de 2009, y CSJ 278/2014 (50-A)/CS1. Originario, "Aerolíneas Argentinas S.A. e/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de certeza", del 22 de abril de 2014, a los que remitió la Corte en sus sentencias del 27 de abril de 2010, Fallos: 337:1375, y 21 de abril de 2015, respectivamente).

En razón de lo expuesto, opino que al ser parte una provincia en una causa de manifiesto contenido federal -cualquiera que sea la vecindad o nacionalidad de la actora (Fallos: 317:473; 318:30 y sus citas y 323:1716, entre otros)- el proceso corresponde a la competencia originaria de la Corte.

Asimismo, también podría proceder la competencia originaria de la Corte en razón de las personas, de declarar V.E. procedente la intervención como tercero al pleito del ORSNA solicitada por la parte actora, puesto que es dicho


*Procuración General de la Nación*

organismo quien tiene la facultad de incorporar, desafectar o sustituir aeropuertos del SNA o predios pertenecientes a la concesión, en forma total o parcial, según surge de los arts. 3.2.1 y 3.17 del decreto 500/97 y numerales 4.3 y 4.4 del contrato de concesión aprobado por el decreto 163/98.

Buenos Aires, 2 de septiembre de 2016.

ES COPIA

LAURA M. MONTI

  
ADRIANA N. MARCHISIO  
Subsecretaria Administrativa  
Procuración General de la Nación



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Buenos Aires, 6 de Diciembre de 2022

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Ramos Villaverde, Javier Marcelo c/ EN - M Justicia y DDHH s/ Marco de Regulación del Empleo Público Nacional - ley 25.164 - art. 40", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al hacer lugar al recurso de apelación directa interpuesto por Javier Ramos Villaverde, declaró la nulidad de la resolución 021/2014 de la Secretaría de Asuntos Registrales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación que había dispuesto su cesantía y ordenó la remisión de las actuaciones administrativas S04-0012271/2013 al titular de esa dependencia para que dictara un nuevo acto administrativo acorde con lo allí resuelto.

Para decidir de esa manera, el *a quo* destacó que la cuestión fáctica probada en sede administrativa, que no había sido desvirtuada en esa instancia, era que el día 26 de diciembre de 2012, con la clave del agente Ramos Villaverde (usuario 72) se había realizado un cambio en el correlativo correspondiente a la inscripción de la entidad Compañía de Valores Sudamericana S.A. (ex Ciccone Calcográfica SA).

Puntualizó que, si bien de las actuaciones administrativas surgía que esa modificación podía llevar a una errónea información ante una rogatoria judicial, el perito en

informática designado en la causa había señalado que no resultaba posible determinar las consecuencias de alterar el correlativo de un trámite en el sistema informático de la Inspección General de Justicia. En este contexto, concluyó en que el hecho descripto únicamente había implicado que la inscripción mencionada desapareciera del índice de la entidad, pero *"no así la totalidad de los documentos informatizados correspondientes al expediente como se consignó, sin fundamento alguno, en el informe emitido a fs. 102/105 vta. de las actuaciones administrativas"*.

Agregó que tal circunstancia, sumada al hecho de que, al momento de dictarse el acto de cese, el actor tenía una antigüedad de veintinueve años de servicio, buenas calificaciones y carecía de antecedentes sancionatorios, permitía sostener que la sanción de cesantía aplicada -por considerar que su conducta encuadrada en la inobservancia de las obligaciones impuestas en el art. 23, incs. b y f de la ley 25.164- era desproporcionada en relación a la falta cometida y traducía un exceso punitivo que resultaba irrazonable y vulneraba lo dispuesto en el art. 7, inc. f, de la ley 19.549.

2°) Que contra ese pronunciamiento, el actor y el Estado Nacional interpusieron sendos recursos extraordinarios los que fueron denegados por la cámara. La parte demandada interpuso el respectivo recurso de queja que aquí se examina.



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

3°) Que el recurso extraordinario deducido por el Estado Nacional es formalmente procedente pues se han puesto en tela de juicio los límites de la revisión judicial de las medidas disciplinarias dictadas por la Administración, cuestión que compromete el equilibrio entre la obligación impuesta constitucionalmente a los jueces de controlar la legitimidad del obrar estatal y su deber de evitar interferir en el ámbito propio de los otros poderes del Estado (Fallos: 304:1335 y 314:1251).

4°) Que si bien es incuestionable que el Poder Judicial se encuentra investido de la potestad de revisar los actos disciplinarios emanados de la Administración, también lo es que el ámbito posible de intervención de los magistrados solo comprende, salvo el caso de arbitrariedad manifiesta, el control de legitimidad, y no el de oportunidad o conveniencia de las medidas que los funcionarios competentes han adoptado en ejercicio de las facultades de que se hallan investidos por las normas cuya validez no ha sido objetada (Fallos: 304:1335 y 314:1251, citados).

5°) Que, en este orden de ideas, y en lo atinente a aquellos actos mediante los cuales la Administración enjuicia y sanciona la conducta de sus empleados, este Tribunal ha afirmado que, en tanto el proceder del agente sea susceptible objetivamente de justificar la desconfianza de sus superiores sobre la corrección con la que presta el servicio, la separación del cargo -mediante la debida aplicación de las normas



estatutarias- no puede calificarse de manifiestamente arbitraria. En el ejercicio de esas facultades disciplinarias debe reconocerse a la autoridad competente una razonable amplitud de criterio en la apreciación de los distintos factores en juego (Fallos: 305:102; 330:4429, entre otros).

6°) Que a la luz de tales principios se advierte que en el *sub examine* el *a quo* ha excedido el límite de sus atribuciones al dejar sin efecto la sanción aplicada, pues llegó a tal decisión a partir de la simple referencia al breve y poco concluyente informe del perito informático designado en la instancia judicial (fs. 174/175 y 185/186), de una distinta valoración de los elementos de juicio incorporados al sumario -a partir de una cuestionable interpretación de las afirmaciones expuestas en el informe producido por el instructor sumariante en sede administrativa- y de su discrepancia con la magnitud de la medida disciplinaria. Al proceder de esa forma, se apartó de los distintos elementos recabados en el mencionado sumario que demostraban que la conducta del actor constituía una peligrosa manipulación de la base de datos informáticos de la Inspección General de Justicia, pues al modificar el número correlativo de la entidad denominada Compañía de Valores Sudamericana S.A., sin justificación alguna, hacía desaparecer respecto de terceros todos los documentos informatizados correspondientes al expediente en cuestión, lo que podía llevar a la Inspección General de Justicia a proporcionar información errónea ante el ingreso de alguna rogatoria judicial.



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a la presente. Exímase a la recurrente de integrar el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de acuerdo con lo prescripto en la acordada 47/91. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, remítase.

DISI-//-

-//-DENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO  
ROSENKRANTZ

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación originó esta queja, es inadmisibile (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se desestima la presentación directa. Intímase a la recurrente para que, en el ejercicio financiero correspondiente, efectúe el depósito previsto en el artículo 286 del código citado, cuyo pago se encuentra diferido de acuerdo con lo prescripto en la acordada 47/91. Tómesese nota por Mesa de Entradas. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.



*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Recurso de queja interpuesto por el **Estado Nacional (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos)**, parte demandada, representada por los Dres. **Roxana Lucía María Ranni y Alejo Martínez Araujo**.

Tribunal de origen: **Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal**.



*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Buenos Aires, 25 de Octubre de 2022

Vistos los autos: "G. P., E. N. c/ IOSPER s/ acción de amparo".

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se revoca la sentencia apelada, con costas. Notifíquese y vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento.

DISI-//-

-//-DENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO  
ROSENKRANTZ

Considerando:

Que el recurso extraordinario es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se lo desestima. Costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión debatida. Notifíquese y devuélvase.

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Recurso extraordinario interpuesto por **E. N. G. P.**, representada por el **Dr. Osvaldo Maximiliano Burgos**.

Traslado contestado por **IOSPER**, representada por la **Dra. María Carolina Anzil y por la Dra. Rosa Alvez Pinheiro, Procuradora Adjunta de la Procuración General**.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado en lo Civil, Comercial, Laboral y de Paz de Paraná, Provincia de Entre Ríos**.

Suprema Corte:

–I–

El Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos revocó el fallo de primera instancia y, en consecuencia, rechazó la acción de amparo interpuesta por la señora G P a fin de obtener la incorporación como afiliada al Instituto de Obra Social de Entre Ríos (en adelante, IOSPER) en su carácter de beneficiaria previsional de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Entre Ríos (fs. 88/92).

En lo que aquí interesa, el tribunal señaló que la admisibilidad de la vía excepcional del amparo exige examinar si la peticionante tiene cobertura de salud y si padece una afectación actual o posible de su estado de salud, que amerite su urgente reparación.

En ese sentido, apuntó que la peticionaria, que se desempeñó como docente en una institución educativa de gestión privada en el último tramo de su carrera, tiene la cobertura de la Obra Social de Docentes Particulares (OSDOP). Agregó que la actora no alegó ni demostró padecer un problema de salud urgente. Por ello, concluyó que el reclamo no puede tramitar por la vía del amparo.

–II–

Contra ese pronunciamiento, la actora interpuso recurso extraordinario (fs. 97/109), que contestado (fs. 114/122), fue concedido (fs. 127/130).

La recurrente alega la existencia de cuestión federal puesto que la sentencia la deja sin cobertura médica afectando sus derechos constitucionales a la salud, al debido proceso y a la igualdad ante la ley, así como el principio de legalidad.

Además, sostiene que la sentencia es arbitraria, esgrimiendo como reproche central que la decisión se haya sustentado en una supuesta



afiliación a OSDOP. Apunta que ese dato proviene de una página de internet acompañada por IOSPER, que carece de valor probatorio, no fue sustanciada y que su parte desconoce. Así, concluye, se ha cercenado, sin fundamento legal, su derecho a tener cobertura de salud, con base en una superposición inexistente de coberturas.

Destaca que la sentencia de primera instancia ponderó adecuadamente que, si bien de la constancia acompañada por la demandada surge que la actora estaría afiliada a OSDOP desde 2014, lo cierto es que los descuentos por aportes obligatorios están dirigidos a IOSPER, por lo que no se encuentra acreditado que, efectivamente, OSDOP esté brindándole cobertura. Remarca que la documental agregada a la demanda da cuenta de las retenciones destinadas a IOSPER.

-III-

A mi modo de ver, el recurso extraordinario fue bien concedido.

Por un lado, entiendo que la sentencia es equiparable a definitiva a los efectos del artículo 14 de la ley 48. Si bien es cierto que, en principio, carecen de esa calidad las resoluciones que rechazan la acción de amparo pero dejan subsistente la instancia ordinaria, la Corte Suprema ha sostenido que ello no obsta la procedencia del recurso federal cuando lo resuelto causa un agravio de difícil o imposible reparación ulterior (Fallos: 330:4647, "María Flavia Judith"; 335:794, "Tolosa"; 339:201, "Martínez"; 339:1423, "Custet Llambí"). Las circunstancias del caso y la naturaleza de los derechos debatidos hacen que la reapertura del debate a través de los carriles ordinarios no satisfaga la exigencia de tutela judicial efectiva (art. 18, Constitución Nacional y art. 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Por otro lado, si bien las resoluciones de los superiores tribunales provinciales que versan sobre los recursos de orden local no son, en

principio, susceptibles de revisión por medio de la apelación federal, corresponde habilitar el recurso extraordinario cuando la decisión de los órganos de justicia locales no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa, o se realiza un examen de los requisitos que debe reunir la apelación con inusitado rigor formal que lesiona garantías constitucionales (Fallos: 339:201, “Martínez” y sus citas). Si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias, su exclusión no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias (Fallos: 330:4647, “María Flavia Judith” y sus citas).

A mi modo de ver, esas circunstancias excepcionales se presentan en el caso donde el tribunal con excesivo rigor formal y apartándose de las circunstancias de la causa resolvió que la acción de amparo no es la vía procesal a fin de que la actora —que se desempeñó como docente en diversas instituciones educativas de gestión privada y pública y que, en la actualidad, es beneficiaria previsional de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Entre Ríos— reclame su derecho a obtener la cobertura de salud del Instituto de Obra Social de Entre Ríos (en adelante, IOSPER).

En primer lugar, el tribunal interpretó con infundado ritualismo los recaudos para la admisibilidad del amparo al exigir que la actora acredite la ausencia de otra cobertura de salud, sin ponderar la naturaleza de los derechos implicados en la acción.

En efecto, la acción tiene por objeto asegurar el goce de los derechos a la vida y al disfrute del más alto nivel posible de la salud, que se encuentran ampliamente reconocidos en la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional; art. 4,

Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

La Corte Suprema ha dicho en reiteradas oportunidades que la vía del amparo es particularmente pertinente cuando se trata de la preservación de la salud y la integridad psicofísica (Fallos: 330:4647, “María Flavia Judith”; 332:1200, “P., S.E.”; 336:2333, “L., S.R.”; entre otros). A ello cabe agregar que la peticionaria pertenece al colectivo de personas mayores, cuyos derechos a la vida y a vivir con dignidad en la vejez, a la salud, y a la protección judicial efectiva, se encuentran especialmente protegidos por la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada por ley 27.360 (arts. 3, incs. *f, g, k, l* y *n*; 4, inc. *c*, 6, 19 y 31). En particular, el artículo 19 dispone que “La actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor”.

Además, ese tribunal expuso que la relevancia y la delicadeza de los derechos en juego deben guiar a los magistrados no sólo en el esclarecimiento y decisión de los puntos de derecho sustancial, sino también de los vinculados con la “protección judicial” prevista en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que tiene jerarquía constitucional, máxime cuando los denominados recursos de amparo no deben resultar “ilusorios o inefectivos” (Fallos: 331:2119, “Comunidad Indígena Eben Ezer”; Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awastang vs. Nicaragua”, sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 134, sus citas, entre otros).

En segundo lugar, el tribunal se apartó de las circunstancias de la causa al concluir que la actora no acreditó padecer alguna afección actual o posible a su salud. En este sentido, soslayó la constancia agregada a fojas 13 que acredita que la actora requiere “de forma urgente atención médica de manera

sostenida y permanente para su correcto diagnóstico y tratamiento de las patologías que padece”. Ese elemento de prueba, aportado por la actora al inicio de la acción, fue completamente omitido en el análisis de la sentencia apelada.

Para más, el tribunal afirmó en forma dogmática que la actora se encuentra afiliada a la Obra Social de Docentes Particulares. Fundó esa conclusión en el informe de fojas 43 —que no fue sustanciado con la amparista—, desoyendo que la actora explicó —y aportó pruebas al respecto— que la caja previsional local deriva sus aportes a IOSPER; punto que no fue controvertido por ese organismo (fs. 6/7, 14 y 47 vta.). A su vez, tal como surge de la página de la Superintendencia de Servicios de Salud nacional, esa obra social no acepta jubilados(<https://www.sssalud.gob.ar/index.php?cat=agsis&page=listRnos&rnos=106302>); y, en la actualidad, la amparista carece de cobertura de salud(<https://www.sssalud.gob.ar/index.php?page=bus650&user=GRAL&cat=consultas>).

En estas circunstancias, entiendo que el tribunal apelado interpretó y aplicó los requisitos del amparo regulado por la ley local, soslayando el derecho a una tutela judicial efectiva y a interponer un recurso rápido y sencillo ante tribunales competentes frente a la vulneración de derechos fundamentales (art. 43, Constitución Nacional y arts. 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos), más aun considerando que la determinación de la existencia o inexistencia del derecho de la actora no exige una mayor amplitud de debate o de prueba.

–IV–

Por lo expuesto, corresponde dejar sin efecto la sentencia apelada a fin de que sea dictada una nueva que garantice el pleno acceso a la jurisdicción de amparo.

Buenos Aires, 4 de junio de 2020.

ES COPIA

Víctor Abramovich.

  
ORIANA N. MARCHISIO  
Subsecretaría Administrativa  
Procuración General de la Nación



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Buenos Aires, 21 de Diciembre de 2022

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el demandado en la causa Cámara Unión Argentina de Empresarios del Entretenimiento c/ EN - AFIP s/ inc. apelación", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Unión Argentina de Empresarios del Entretenimiento (UADEE) promovió una acción declarativa de inconstitucionalidad, en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra el Poder Ejecutivo Nacional y la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 27.346 en cuanto: (i) dispuso el aumento a un 41,50% de la alícuota del impuesto a las ganancias con relación a la explotación de los juegos de azar en casinos y a la realización de apuestas por medio de máquinas electrónicas de juegos de azar y/o de apuestas automatizadas -artículo 1°, punto 3°-; y (ii) estableció el "impuesto específico sobre la realización de apuestas" -artículo 5°-. Solicitó, también, la declaración de inconstitucionalidad del decreto 179/2017 que reglamentó el mencionado impuesto específico.

Sostuvo que las normas impugnadas afectaban de manera directa a sus asociados, quienes tenían como actividad principal la explotación de bingos y máquinas tragamonedas. Afirmó que tales normas vulneraban los principios constitucionales de

legalidad, no confiscatoriedad e igualdad, violando, a su vez, los límites de la delegación legislativa.

Solicitó, asimismo, el dictado de una medida cautelar a fin de que se suspendan los efectos de las normas mencionadas y se ordene al Poder Ejecutivo Nacional y/o a la AFIP que se abstengan de aplicar el aumento de la alícuota y el impuesto específico mencionados.

2°) Que el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 6 hizo lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, suspendió *"los efectos de la ley 27.346 en cuanto aumenta la alícuota al 41,50% del Impuesto a las Ganancias y en cuanto crea el Impuesto Específico sobre la Realización de Apuestas, como así también los efectos del Dto. PEN N° 179/2017, hasta que recaiga sentencia definitiva en la presente causa o se cumpla con el plazo máximo dispuesto en el artículo 5° de la ley 26.854"*. Posteriormente, a solicitud de la actora, dictó una nueva decisión suspendiendo los efectos de la Resolución General (AFIP) 4036-E.

3°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal desestimó, por una parte, los agravios planteados por la representación estatal respecto de la legitimación activa invocada por la UADEE para promover la presente acción y, por la otra, revocó la medida cautelar dictada.



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

En cuanto al tema que es objeto de cuestionamiento en esta instancia, relativa a la falta de legitimación de la UADEE, la cámara sostuvo que la actora no estaba legitimada para representar en juicio a sus asociados mediante un proceso colectivo, en los términos definidos por esta Corte en el precedente "Halabi" (Fallos: 332:111), en virtud de tratarse de intereses puramente individuales que debían ser defendidos judicialmente por los titulares de la relación sustancial. No obstante ello, concluyó que la UADEE sí tenía legitimación para promover la acción intentada puesto que su estatuto le confería la facultad de representar en juicio los intereses de sus asociados. Agregó que en diversas reuniones de comisión directiva se decidió el inicio de la presente acción y los asociados prestaron su adhesión. En tal sentido, sostuvo que la representación en juicio resultaba admisible siempre que existiera un apoderamiento expreso en tal sentido, sea en los estatutos o mediante mandato. Finalmente destacó que, contrariamente a lo que sucedió en el precedente de Fallos: 326:3007, en este caso el estatuto de la UADEE le confiere la facultad de representar en juicio intereses de asociados.

4°) Que contra dicha sentencia dedujeron recurso extraordinario la UADEE y el Estado Nacional, los cuales fueron denegados por la cámara. Contra dicha denegatoria, únicamente el Estado Nacional interpuso recurso de queja.

La demandada sostiene que la sentencia resulta arbitraria pues la cámara basó su decisión en los estatutos de

la UADEE y en sus actas de comisión directiva, en lugar de examinar si dicha entidad poseía la titularidad activa de la relación jurídica sustancial controvertida en el pleito, en el cual se persigue la declaración de inconstitucionalidad de normas tributarias que afectan a sus asociados. Afirma que la UADEE carece de legitimación activa para promover las presentes actuaciones en virtud de tratarse de intereses individuales cuyo ejercicio le corresponde a cada uno de los posibles afectados. Destaca que, siendo la confiscatoriedad uno de los principales argumentos que brinda la UADEE para cuestionar la constitucionalidad de los tributos impugnados, dicho agravio debe ser analizado particularmente respecto de la situación patrimonial y financiera de cada una de las entidades asociadas a la UADEE. Al respecto, señala que la UADEE no acompañó ni ofreció prueba a fin de acreditar la confiscatoriedad alegada. Observa, además, que la cámara yerra en la interpretación del precedente de Fallos: 326:3007, pues la UADEE tampoco está en condiciones de acreditar la confiscatoriedad alegada en virtud de las características de los derechos que dicen ser conculcados.

Concluye que también se configura un supuesto de gravedad institucional puesto que, al encontrarse discutida la constitucionalidad de una ley federal destinada a recaudar la renta pública, está comprometido el interés de la colectividad y el principio de división de poderes.





## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

5°) Que, en primer lugar, corresponde determinar si la actora está legitimada para promover la presente acción, pues tal extremo constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por el Tribunal (Fallos: 322:528; 326:3007; 340:1084, entre muchos otros).

En efecto, en nuestro sistema constitucional la existencia de un caso judicial es una precondition para la intervencion de los tribunales nacionales y constituye un requisito *sine qua non* de su accionar (artículo 116, Constitución Nacional; artículo 2°, ley 27). Tan central resulta la concurrencia de un "caso" que su existencia es comprobable de oficio y en cualquier estado del proceso y su desaparicion importa tambien la desaparicion del poder de juzgar (doctrina de Fallos: 340:1084; 341:1356; 342:853, entre otros).

6°) Que, en palabras de esta Corte, la existencia de "caso" presupone la de "parte", esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolucion adoptada al cabo del proceso. Es decir, para que exista un caso es imprescindible que quien reclama tenga un interes suficientemente directo, concreto y personal, -diferenciado del que tienen el resto de los ciudadanos- en el resultado del pleito que propone, de manera que los agravios que se invocan lo afecten de forma "suficientemente directa" o "substancial" (Fallos: 306:1125; 308:2147; 310:606; 326:3007 y 333:1023, entre muchos otros). En ese mismo orden de ideas, el Tribunal ha sealado que la ampliacion de la legitimacion

derivada de la reforma constitucional del año 1994 no ha modificado la necesidad de que los tribunales de justicia comprueben la existencia de un "caso", pues no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Ello sin perjuicio de resaltar que la configuración de ese "caso" puede variar según la categoría de derecho que se pretenda hacer valer en la demanda (Fallos: 332:111).

Si esta Corte —o cualquier otro tribunal nacional— interviniese en asuntos donde el peticionario carece de legitimación transgrediría el severo límite al Poder Judicial que surge del artículo 116 de la Constitución y que es propio del esquema de división de poderes que ella organiza (conf. Fallos: 5:316; 30:281; 156:318, entre muchos otros). Esta limitación es particularmente aplicable a un proceso como el de autos pues admitir una medida cautelar como la peticionada por quien carece ostensiblemente de legitimación *"deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares"* (Fallos: 336:2356, considerando 4° y sus citas).

7°) Que, tal como surge del precedente "Halabi", en materia de legitimación procesal existen tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. La Corte precisó que, como regla, los derechos sobre bienes jurídicos individuales son



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

ejercidos por su titular aun cuando existan numerosas personas involucradas mediante obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos (considerandos 9° y 10). Naturalmente, el titular de ese derecho individual puede otorgar mandato para que un tercero lo represente en un juicio o bien esa representación puede surgir de la ley (conf. artículos 46 y 47 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

En cambio, cuando se trata de derechos de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos, el ordenamiento jurídico reconoce legitimados anómalos o extraordinarios pues permite que, en ciertas circunstancias, personas diferentes al afectado puedan accionar en defensa de esos derechos de incidencia colectiva, tal como sucede con las asociaciones que propendan a la defensa de esos derechos (artículo 43, segundo párrafo, de la Constitución Nacional). Pero para ello es menester cumplir con determinados recaudos: la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y, como regla, la constatación de que el ejercicio individual de la acción no aparece plenamente justificado ("Halabi", considerando 13).

8°) Que en esta instancia no hay discusión de que la actora interpuso una acción en representación de los derechos puramente individuales de diversas entidades. Es decir, la asociación actora no pretende representar intereses individuales homogéneos en los términos del artículo 43 de la Constitución

Nacional. Tanto la sentencia de cámara como la contestación del recurso extraordinario de la propia actora expresamente descartan que se trate de un supuesto de derechos de incidencia colectiva sobre intereses individuales (conf. fs. 470/480).

En particular, la cámara reconoció legitimación a la actora para litigar en defensa de los derechos de las entidades del sector, pues entendió que su estatuto le confería la facultad de representar en juicio los intereses de sus asociados. También tuvo en cuenta que los integrantes de la actora expresaron, en diversas reuniones de comisión directiva, la voluntad de que la UADEE planteara esta acción.

9°) Que, por consiguiente, corresponde examinar si la legitimación procesal invocada por la actora para litigar en defensa de los derechos de los asociados identificados en la demanda y en la presentación de fs. 231 de los autos principales, puede fundarse exclusivamente en su estatuto social y en las resoluciones adoptadas por su comisión directiva.

En el estatuto social de la UADEE se previó que puede: "presentarse y representar a sus asociados ante cualquier tipo de organismo ... con pleno ejercicio de la legitimación activa", "representar administrativa y/o judicialmente a sus asociados, en resguardo de los derechos y/o intereses comunes y/o colectivos de los mismos, como así, en defensa de los derechos y/o intereses del sector", e "interponer ... acciones judiciales ya sea, por intereses propios, como en resguardo de



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

los intereses de los asociados" (conf., en ese orden, artículo 2º, incisos d, l y m, del estatuto agregado en copia a fs. 60 y vta.).

Asimismo, en diversas reuniones de su comisión directiva se adoptaron decisiones vinculadas con este pleito: a) el 11 de enero de 2017, con la adhesión expresa de ciertos asociados de la entidad, se decidió iniciar la presente acción; b) el 7 de febrero la UADEE confirió poder a los abogados que intervienen en este pleito; y c) el 3 de marzo de ese año se informó sobre "la incorporación a la cámara" de otras cuatro empresas (conf. fs. 74/75, 55/59 y 81 y vta., respectivamente).

Finalmente, en la presentación del 13 de junio de 2017 la UADEE enumeró las empresas que integraban esa asociación antes del dictado de la medida cautelar y que no habían sido mencionadas por el juez de primera instancia en su resolución. También expresó que dichas empresas "obviamente han adherido y/o adhieren en este acto a la demanda interpuesta oportunamente" (conf. fs. 231 y vta.).

10) Que, en primer lugar, corresponde destacar que el estatuto social no es un acto de apoderamiento por parte de sus asociados, en virtud del cual la asociación pueda ejercer la defensa en juicio de sus intereses individuales.

Las personas jurídicas son sujetos de derecho diferentes de las personas que las integran y se constituyen para satisfacer determinados intereses comunes de los socios o

asociados plasmados en su estatuto. La consecución de tales intereses -y no otros- conforma el objeto social de la persona jurídica definido en su estatuto social, el cual debe ser "preciso y determinado" (conf. artículos 156 y 195 del Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 11, inciso 3, de la ley 19.550).

Por lo tanto, cuando una persona jurídica actúa siguiendo las pautas fijadas en el estatuto en beneficio del interés social, está ejerciendo un derecho propio. En cambio, los intereses puramente individuales de los socios son diferentes al interés social definido estatutariamente. Su titularidad corresponde a cada uno de ellos y no a la asociación que integran. De allí, pues, que el interés de la asociación no equivale a la sumatoria de los intereses individuales de cada uno de sus integrantes.

11) Que, lo expuesto precedentemente resulta determinante para la decisión de la contienda pues, tal como lo admitió la propia actora en diversas presentaciones (fs. 392/394, en especial fs. 392 vta.; 470/498, en especial fs. 472), es indudable que la acción ha sido interpuesta en defensa de los derechos puramente individuales de sus asociados, que fueron alcanzados por las normas tributarias cuya declaración de inconstitucionalidad se pretende. Tales derechos son diferentes a los que ostenta la asociación puesto que los tributos en cuestión afectan en forma individual el patrimonio de las empresas del sector. Y esto guarda consistencia con los



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

fundamentos del planteo de inconstitucionalidad formulado, basados en buena medida en la afectación del principio de no confiscatoriedad (conf. fs. 17/28 del escrito de demanda). Esta Corte ha decidido que, en pleitos de esa naturaleza, corresponde a cada uno de los contribuyentes accionar en forma individual y probar la lesión al derecho subjetivo que entendieran afectado, teniendo en consideración -en particular- la necesidad de acreditar de manera concluyente la confiscatoriedad alegada (causa FMZ 82203891/2012/1/RH1 "Sociedad Rural Río V c/ AFIP s/ ordinario", sentencia del 4 de agosto de 2016).

Por lo tanto, parece claro que no está en juego el interés común de los asociados que pueda ser litigado por la persona jurídica sociedad con fundamento exclusivo en el estatuto social o en las decisiones adoptadas en reunión de su comisión directiva.

12) Que, en tal sentido, corresponde destacar que tampoco existe una previsión normativa que habilite a la asociación actora a defender derechos puramente individuales de algunos de sus integrantes.

En efecto, existen disposiciones que legitiman a ciertos sujetos a accionar en defensa de derechos cuya titularidad recaea en otras personas: a) artículo 43 de la Constitución Nacional, que autoriza a ciertas asociaciones y al Defensor del Pueblo a defender los derechos de incidencia colectiva (sobre bienes colectivos o sobre intereses

individuales homogéneos); b) artículo 31 de la ley 23.551, que habilita a las asociaciones sindicales a defender derechos de los trabajadores; y c) artículo 52 de la ley 24.240, que regula específicamente las acciones colectivas en materia de defensa del consumidor.

Sin embargo, ninguna de esas disposiciones es aplicable al caso. Resulta evidente que la UADEE no es una asociación sindical o de consumidores. Y, de acuerdo con lo afirmado por la propia actora y lo resuelto con carácter firme por la cámara, tampoco estamos en presencia de un derecho colectivo de la tercera categoría según la definición realizada por esta Corte en el precedente "Halabi".

13) Que, por otro lado, resulta equivocada la invocación a *contrario sensu* de los fundamentos del precedente de Fallos: 326:3007 ("Cámara de Comercio, Ind. y Prod. de Rcia. c/ A.F.I.P. s/ amparo") realizada por la cámara. En dicho precedente esta Corte tuvo en cuenta la carencia de facultades estatutarias de la actora para actuar en representación de sus asociados en el contexto de una acción enmarcada por la propia interesada y por los tribunales de grado en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional (ver apartado I, tercer párrafo, del dictamen del señor Procurador General al que remite parcialmente la Corte; considerando 2° de la sentencia). Esta no es, según lo expresado anteriormente, la situación de autos.





## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Por cierto, el contenido del estatuto social ha sido considerado por esta Corte para determinar si la tutela de un determinado derecho de incidencia colectiva forma parte del objeto social de la asociación que pretende representar a terceras personas en un pleito (conf. causa "Mendoza, Beatriz Silvia y otros", Fallos: 329:3528, considerandos 2° y 3°; Fallos: 336:1236, considerando 13, entre otros). Ello, por cuanto, el artículo 43, segunda parte, de la Constitución exige que la asociación a la que se le reconoce legitimación colectiva "propendan a esos fines", es decir a la defensa de los derechos allí mencionados.

Pero como es obvio, la sola circunstancia de que el estatuto de una cámara empresaria contenga una previsión que la habilite para accionar en defensa de derechos cuya titularidad corresponde a otras personas no basta para reconocerle esa legitimación. Para ello también es necesario cumplir con los restantes recaudos propios de las acciones colectivas (conf. Fallos: 343:1259, "Federación Argentina de Entidades Empresarias del Autotransporte de Cargas", considerando 10 y sus citas). En el supuesto de intereses individuales de carácter patrimonial, el actor también debe acreditar, entre otros elementos, que se encuentra comprometido el acceso a la justicia de los interesados por no estar plenamente justificado el ejercicio individual de la acción (conf. "Halabi", considerando 13, último párrafo).

14) Que, consecuentemente, debe concluirse que la UADEE no tiene legitimación procesal para promover la presente demanda.

La actora no actúa para proteger intereses comunes de sus asociados y tampoco ha demostrado el perjuicio personal que le acarrearían las normas impugnadas. Antes bien, procura, la defensa de los intereses individuales de algunos de sus asociados quienes, en definitiva, se verían directamente afectados por las normas impugnadas en autos. A tales efectos, resulta insuficiente la invocación de las cláusulas del estatuto para reconocer legitimación a la asociación como representante de sus socios (arg. Fallos: 330:3836, pto. IV del dictamen de la señora Procuradora Fiscal al que remitió este Tribunal; Fallos: 343:1259, considerando 9°).

15) Que, por lo demás, aun si por hipótesis se admitiera que el estatuto de la actora puede ser un acto de apoderamiento otorgado por los socios para la defensa de sus derechos puramente individuales, en el caso resulta manifiesto que no se han satisfecho las disposiciones que regulan la representación en juicio ante los tribunales federales.

En tal sentido, el artículo 1° de la ley 10.996 delimita con precisión quiénes pueden ejercer esa representación: abogados, procuradores, escribanos que no ejerzan como tal y quienes ejerzan una representación legal. Las únicas excepciones que admite el ordenamiento se refieren a la



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

representación ejercida por un familiar del titular del derecho o por un mandatario con facultad de administrar respecto de los actos de administración (artículo 15). En el caso, los letrados intervinientes ejercen la representación procesal en virtud del poder conferido por la actora (ver fs. 55/58), no por sus socios, quienes obviamente son los titulares de la relación jurídica sustancial y quienes podían otorgar ese poder.

De igual modo, el estatuto y las actas de la comisión directiva en las que las empresas del sector expresan su adhesión a la demanda tampoco cumplen con la previsión del artículo 47 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, según el cual los apoderados acreditarán su personalidad con la pertinente escritura de poder. Si bien el artículo 1017 del Código Civil y Comercial de la Nación no ha incluido en su enumeración de los contratos que deben ser otorgados bajo la forma de escritura pública al contrato de mandato y en particular tampoco "el poder general judicial para actuar en juicio", lo cierto es que no puede soslayarse que la norma citada en su inciso d expresa que también deben ser otorgados por escritura pública "los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados por escritura pública".

16) Que las deficiencias señaladas precedentemente no pueden verse salvadas por la adhesión individual prestada por cada una de las empresas del sector en reuniones de comisión directiva de la actora pues de lo contrario bastaría con acudir

a este sencillo recurso para circunvalar las reglas que rigen la legitimación procesal y la representación en juicio en el orden nacional.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General de la Nación interino, se declara admisible la queja, procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda (artículo 16, segunda parte, de la ley 48). Con costas. Notifíquese, agréguese la queja al principal y devuélvase.

VO-//-



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

-//-TO DEL PRESIDENTE MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1°) Que la Cámara Unión Argentina de Empresarios del Entretenimiento (UADEE) promovió acción declarativa de inconstitucionalidad, en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra el Poder Ejecutivo Nacional y la Administración Federal de Ingresos Públicos, a fin de que se declarase la inconstitucionalidad del punto 3° del artículo 1° de la ley 27.346 -que incrementó la alícuota del impuesto a las ganancias a un 41,50% con relación a ciertas actividades de azar en casinos, apuestas electrónicas y automatizadas-; del artículo 5° de esa ley que creó el "impuesto específico sobre la realización de apuestas"; y del decreto 179/2017, que reglamentó distintos aspectos de ese tributo. Solicitó, asimismo, el dictado de una medida cautelar a fin de que se suspendiesen los efectos de las normas mencionadas y se ordenase al PEN y/o a la AFIP que se abstuviesen de cobrar los tributos referidos (fs. 3 vta./4).

La pretensión fue promovida en nombre de Bingo Adrogué S.A., Stepako S.A., Pasteko S.A., Bingo Ciudadela S.A., Godel Quilmes S.A., LRF Group S.A., Bingo Oro S.A., Bingo King S.A., Argentone S.A., Argenbingo S.A., Bingo Pilar S.A., La Mediterránea S.A., El Chalero S.A., Necochea Entretenimiento S.A., Hotel Casino Tandil S.A., Entretenimiento Saltos del Moconá S.A., El Muro S.A. y AJEST S.A. Con posterioridad, ya

dictada la medida cautelar, la parte actora informó que otras empresas además de las mencionadas en la demanda integraban esa asociación. A saber: Newstar S.A., Chance S.R.L., Juan Carlos Diez del Valle/Chance SRL/Newstar SRL UTE, Sixto Rafael Navarrete/Newstar SRL UTE, Sigar S.A., Newstar SRL/Sigar UTE, Newstar SRL/Romero Néstor Alberto UTE, Casinos Gala S.A., Slots Machines S.A., Mercedes 2000 S.A., Agroganadera El Encuentro S.A., Palmar Hotel S.R.L., Alex SACIF, Q Games S.A. y Bras TEC S.A. (fs. 231/232).

2°) Que el juez federal de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, suspendió el aumento de la alícuota del Impuesto a las Ganancias, la percepción del Impuesto Específico sobre la Realización de Apuestas y todos los efectos del decreto 179/2017, hasta tanto recaiga sentencia definitiva en la presente causa o se cumpla el plazo máximo dispuesto en el artículo 5° de la ley 26.854. Con posterioridad se amplió la cautelar y se suspendieron los efectos de la RG AFIP 4036-E.

3°) Que esa medida precautoria fue apelada por los demandados y dejada sin efecto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Para así decidir, en primer lugar, desestimó los agravios planteados con relación a la ausencia de legitimación activa de la UADEE, pues si bien los derechos que defiende son puramente individuales de las empresas afiliadas (y por ende, no colectivos), el estatuto de creación y funcionamiento de esa entidad le atribuía la



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

facultad de peticionar en defensa de sus asociados y sus autoridades habían ordenado la promoción de este proceso. Tras ello, en segundo lugar, consideró que no se encontraban reunidos los recaudos para la procedencia de la medida cautelar pretendida, sustancialmente dirigida a suspender los efectos de una ley.

4°) Que contra dicha sentencia dedujeron recurso extraordinario la entidad actora y el Poder Ejecutivo Nacional, ambos denegados por la cámara (cfr. fs. 430/444; 500/500 vta. y 452/468). Únicamente la parte demandada interpuso el recurso de queja que aquí se resuelve.

Sostiene, en síntesis, que la UADEE carece de legitimación activa para demandar, ya que no es titular de la relación jurídica sustancial controvertida en el pleito, donde se advierte la existencia de intereses individuales cuyo ejercicio le corresponde a cada uno de los posibles afectados. Entiende que la cámara, al considerar configurada la legitimación de la entidad actora en las previsiones contenidas en su estatuto y en actas de directorio, confunde la aptitud para estar en juicio -legitimación activa- con la personería jurídica procesal para representar en juicio.

Considera que la conformación de una "cámara" o "unión empresaria" no habilita a las empresas integrantes a accionar colectivamente sobre pretensiones como la de este caso, en tanto no existe homogeneidad fáctica ni jurídica, por lo que

le correspondía a cada una de las empresas accionar individualmente y probar la respectiva lesión a sus derechos subjetivos.

Indica, asimismo, que la pretendida confiscatoriedad del tributo requiere que sea cada uno de los afectados quienes aleguen y aporten la prueba que acredite la configuración de dicho supuesto, lo que torna patente la falta de legitimación de la actora para promover la presente acción.

5°) Que la admisibilidad del recurso extraordinario se encuentra subordinada a la existencia de un "caso", "causa" o "controversia". Para que ello ocurra, resulta imprescindible que quien promueve la acción judicial tenga legitimación para hacerlo; esto es, que cuente con un interés lo suficientemente directo, concreto y personal en el resultado del pleito, ya que -por regla- no se admite una acción que persiga el objetivo general y abstracto de que se cumplan la Constitución y las leyes. De esta manera, quien demanda debe demostrar que los agravios que invoca lo afectan de forma "suficientemente directa" o "substancial" (Fallos: 306:1125; 308:2147; 310:606; 322:528; 326:3007 y 333:1023, entre muchos otros).

La existencia de este requisito resulta ineludible para habilitar la intervención del Poder Judicial de la Nación, pues su ausencia o desaparición importa la de juzgar y no puede ser suplida por la conformidad de las partes o su consentimiento por la sentencia (Fallos: 334:236, entre otros).





## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

6°) Que al analizar la legitimación activa de la parte actora, debe recordarse que ningún sujeto se encuentra genéricamente habilitado para intervenir en cualquier causa más allá de su objeto, sino que *tendrá -o no- legitimación activa según su relación con la pretensión que se introduce, es decir, con el interés que se denuncia como afectado y para el cual se requiere protección judicial* (Fallos: 344:575, voto del juez Rosatti).

A fin de aplicar ese criterio a este caso, debe tenerse en cuenta que la parte actora sostuvo que es una entidad legalmente constituida que agrupa a diversas empresas dedicadas a la captura de apuestas, bingos y/o máquinas electrónicas de tipo mecánicas o computarizadas de juegos de azar, de levantamiento de apuestas y/u otras similares, pudiendo ejercer la representación o la defensa de dichas personas físicas o jurídicas. Agregó que su estatuto de creación y funcionamiento prevé que puede "[p]resentarse y representar a sus asociados ante cualquier tipo de organismo ya sea público, privado, nacional, provincial o municipal o internacional, con pleno ejercicio de la legitimación activa", "[r]epresentar administrativa y/o judicialmente a sus asociados, en resguardo de los derechos y/o intereses comunes y/o colectivos de los mismos, como así, en defensa de los derechos y/o intereses del sector", y también "[p]eticionar a las autoridades, interponer reclamos, recursos administrativos, acciones judiciales ya sea,

*por intereses propios, como en resguardo de los intereses de los asociados" (fs. 2/3).*

Al contestar el recurso extraordinario deducido por el Poder Ejecutivo Nacional, la entidad expresó que fundaba su pretensión en la *"afectación de derechos individuales de cada uno de los asociados"*, en defensa de *"derechos subjetivos de carácter eventualmente patrimonial de los mismos, sin invocación de derechos de incidencia colectiva"*, por lo que no existía en autos *"representación de una 'clase' sino de asociados que se agravan por la pretendida pretensión de los órganos estatales de percibir tributos que resultan, además, manifiestamente inconstitucionales"* (fs. 477 vta./478).

En línea con ello, reafirmó que *"esta asociación no representa en esta acción un 'sector' o 'colectivo' determinado, sino que por el contrario, se presenta en representación de asociados a la misma quien han encomendado a UADEE la mencionada representación"* (fs. 478).

7°) Que, por lo dicho, se encuentra fuera de controversia en este proceso el carácter individual y divisible de las pretensiones entabladas, cuyo ejercicio corresponde, como principio, a los titulares de las relaciones jurídicas sustanciales involucradas; es decir, a cada una de las empresas mencionadas, que alegan una afectación derivada de la potestad tributaria del Estado Nacional. En efecto, no se ha invocado un derecho de incidencia colectiva en los términos del artículo 43



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

de la Constitución Nacional y la interpretación que de ellos llevó a cabo esta Corte en el caso "Halabi" (Fallos: 332:111), con las singularidades que tendría la aplicación de esa categoría en el campo del derecho tributario (cfr. FMZ 82203891/2012/1/RH1 "Sociedad Rural Río V c/ AFIP s/ ordinario", sentencia del 4 de agosto de 2016).

8°) Que la legitimación para obrar como parte en un proceso judicial ante tribunales federales y nacionales deriva directamente de la Constitución Nacional y de las leyes de idéntica naturaleza que regulan la materia. Las reglas allí fijadas no pueden ser modificadas, sin más, mediante un instrumento de funcionamiento interno de una organización privada que, con mayor o menor especificidad, confiera atribuciones no previstas en el ordenamiento vigente. En efecto, cuando el constituyente o el legislador han decidido otorgar legitimación a asociaciones o entidades distintas de los titulares del derecho, para actuar en defensa de intereses ajenos, lo han establecido de manera concreta y circunstanciada y dentro de sus respectivos ámbitos (v.gr. arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional; 31 de la ley 23.551; 55 de la ley 24.240).

No cabe, por lo tanto, admitir que tales supuestos sean ampliados mediante decisiones estatutarias internas, ni por la adhesión individual prestada por las empresas del sector ante los órganos de la asociación, ni a través del defectuoso apoderamiento a abogados de una entidad sin dar acabado

cumplimiento a la ley 10.996. Ello permitiría circunvalar las reglas que rigen la legitimación procesal y la representación en juicio en el orden federal y, dados los términos en que se ha llevado a cabo en este proceso, trastocar la buena fe que debe regir la asignación de la competencia.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General de la Nación interino, se declara admisible la queja, procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda (artículo 16, segunda parte, de la ley 48). Con costas. Notifíquese, agréguese la queja al principal y devuélvase.



*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Recurso de queja interpuesto por el **Poder Ejecutivo Nacional**, representado por la **Dra. María Fernanda Bigozzi**, con el patrocinio letrado de la **Dra. Lucía del Carmen Navarrete**.

Tribunal de origen: **Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 6**.



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Buenos Aires, 6 de Septiembre de 2022

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa González, Domingo Avelino c/ Provincia de Tucumán s/ daños y perjuicios", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, al confirmar la decisión de la Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo -con excepción de lo resuelto en materia de costas-, rechazó la demanda promovida por Domingo Avelino González con el objeto de obtener un resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de la muerte de su cónyuge y del hijo menor de ambos, ocurrida el 9 de enero de 2005 cuando fueron arrastrados por la crecida del río Grande, en la localidad de El Siambón. Contra esta decisión, el demandante interpuso recurso extraordinario cuya denegación dio lugar a la presente queja.

2°) Que, para decidir como lo hizo, el *a quo* examinó los requisitos mediante los cuales se configura la responsabilidad estatal por omisión e indicó -con cita de fallos de esta Corte- que, en materia de seguridad, la obligación a cargo del Estado resultaba satisfecha con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y de lugar. Ello se verificaba en el caso, toda vez que no se podía reprochar a la demandada la falta de vigilancia sobre un río de montaña, altamente peligroso en época de lluvias estivales que, por tanto, no resultaba apto para el esparcimiento. Además, agregó que no había en el lugar donde se

encontraban las víctimas algún balneario u otra infraestructura dispuesta a la vera del río con fines recreativos.

En ese entendimiento, estimó razonable lo expuesto por la cámara sobre la inexistencia de una obligación, a cargo de la provincia, de advertir a potenciales bañistas sobre las características riesgosas del lugar, y consideró inoficioso pronunciarse acerca de los agravios formulados por la demandante relativos a la calificación de los hechos como un supuesto de caso fortuito.

3°) Que la parte actora aduce que la sentencia resulta arbitraria por contener graves defectos de fundamentación y por haber prescindido del examen de extremos conducentes para la correcta solución del pleito. Funda lo expuesto en considerar que el tribunal no valoró que, según fue demostrado en la causa, el lugar era usado popularmente como un balneario en los meses de verano; que había unas seiscientas personas en el río en el día en que ocurrieron los hechos; y que la propia demandada promocionaba la zona como un lugar turístico. Expresa que, en tales condiciones, se debió haber instrumentado alguna política de protección para quienes acudían a "la playita", o bien, se podría haber establecido algún sistema de alarma de crecientes, pues el aumento en el caudal de las aguas constituye un hecho previsible cuando se producen precipitaciones en la cuenca superior del río Grande.



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

4°) Que si bien, según jurisprudencia reiterada de esta Corte, se ha considerado que la tacha de arbitrariedad debe entenderse como particularmente restrictiva en los casos en que las sentencias recurridas emanan de los superiores tribunales de provincia en oportunidad de pronunciarse sobre los recursos extraordinarios previstos en el ordenamiento local (Fallos: 307:1100; 313:493; 326:621, 750, entre muchos otros), cabe hacer excepción a ese principio en aquellos supuestos en los que median graves defectos de fundamentación que descalifican al fallo como acto judicial válido, y se traduce en un menoscabo de la integridad del patrimonio del recurrente (Fallos: 343:184 y sus citas).

5°) Que ello es lo que ocurre en el caso, en tanto aparece como dogmática la afirmación del a quo respecto a que ninguna obligación cabía a la demandada de advertir a la población sobre el riesgo potencial del uso recreativo del río cuando aquella no podía ignorar que, durante los meses de verano, gran cantidad de personas acudían allí para pasar el día, independientemente de que hubiese o no un balneario regularmente constituido. Esta circunstancia, fue además corroborada por los dichos del señor Horacio Gottardi, quien manifestó que, el día del hecho luctuoso, en el lugar había "no menos de 600 personas" y, entre ellas, un grupo de 70 niños. Dicho testimonio reviste particular relevancia pues fue gracias a la intervención de Gottardi, dando la alarma sobre la inminente crecida del río, que cientos de personas lograron



abandonar el lugar a tiempo, evitando así las consecuencias de la crecida del río (confr. fs. 352/353).

6°) Que tampoco se valoró adecuadamente si la omisión atribuida a la provincia de implementar un sistema de alarma de crecientes a efectos de prevenir a la población sobre sus eventuales consecuencias, podía constituir un incumplimiento de los deberes impuestos a la provincia por la ley 3921. En efecto, dicha norma, al establecer las obligaciones que atañen a la "defensa civil" en el ámbito provincial, preceptúa que por esta se entiende "el conjunto de medidas y actividades no agresivas tendientes a evitar, anular o disminuir los efectos que la acción del enemigo o de la naturaleza, o cualquier desastre de otro origen, puedan provocar sobre la población y sus bienes y, además, contribuir a restablecer el ritmo normal de vida de la zona afectada" (art. 2°). El examen relativo al alcance del precepto transcrito, resultaba conducente a efectos de verificar tanto la omisión en el cumplimiento del deber de seguridad atribuida a la demandada, como si aquella tenía la obligación de informar a los habitantes acerca de los riesgos existentes en el lugar, sobre todo si la zona era de fácil acceso (confr. Fallos: 333:1623).

Es que, como lo expresó el señor Ministro de Seguridad de la provincia en su declaración (confr. fs. 371/372), es de público conocimiento lo relativo a los peligros de la crecida de los ríos de montaña durante los meses de verano, y esta circunstancia, dada por las características



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

topográficas de la región (confr. prueba pericial geológica de fs. 213/239) justificaba un pormenorizado tratamiento sobre las obligaciones que le incumben a la demandada a efectos de prevenir daños ocasionados por esta clase de fenómenos naturales.

7°) Que la apuntada deficiencia en la valoración de la prueba y la normativa aplicable resulta relevante a la hora de determinar si en el caso concurre el factor de atribución del art. 1112 del Código Civil (entonces vigente). La falta de servicio regulada en dicha norma, según conocida jurisprudencia de esta Corte, exige una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad estatal, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (ver Fallos: 343:184 y sus citas).

8°) Que a la luz de estos principios y en tanto el juzgador no dio un tratamiento adecuado a los planteos serios y conducentes expuestos por la parte actora, cabe concluir que media relación directa e inmediata entre lo resuelto y las garantías constitucionales que aquella invoca como vulneradas, razón por la cual corresponde descalificar el pronunciamiento impugnado con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el

recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, devuélvase.

VO-//-



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

-//-TO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1°) Que el día 9 de enero de 2005, entre las 14:00 y las 15:00 horas se produjo una creciente en el río Grande de El Siambón, localizado en la comuna de Raco, Provincia de Tucumán. El frente de la creciente, al discurrir bajo el puente ubicado en el kilómetro 40 de la Ruta Provincial n° 341, ocasionó el fallecimiento de la señora Gladys Morales y su hijo Leandro González, de cinco años de edad, quienes se bañaban en las aguas del río.

Por ese motivo, en el año 2006 el esposo y padre de las víctimas, Domingo Avelino González, en su nombre y también en representación de sus otros hijos menores, inició una demanda de daños y perjuicios contra la Provincia de Tucumán a fin de obtener una indemnización de \$ 1.162.285 derivada de la responsabilidad del estado provincial por actividad ilícita. Concretamente, atribuyó a la provincia la omisión de adoptar medidas de seguridad, prevención, información y concientización sobre este tipo de sucesos en el lugar de los hechos (fs. 35/45 del expediente principal, al cual se hace referencia a continuación).

2°) Que en su primera decisión, en el año 2010, la Cámara Contencioso Administrativa resolvió no hacer lugar a la demanda interpuesta. Consideró, en síntesis, que el lugar del siniestro no estaba destinado a ser un balneario ni existía en

la zona infraestructura alguna a tal fin y que las víctimas habían ingresado voluntariamente en las aguas de un río de montaña (fs. 637/641 vta.).

Esa sentencia fue revocada en el año 2012 por la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, quien entendió que se habían omitido valorar elementos de prueba indispensables para arribar a un pronunciamiento fundado en los hechos de la causa (principalmente, un acta de constatación realizada en el río Grande, una declaración testimonial, y un informe de la Secretaría de Medio Ambiente de la Provincia vinculado a la inexistencia de un cartel de advertencia en la zona, cfr. fs. 684/688).

3°) Que en un nuevo pronunciamiento dictado en el año 2015, la Cámara Contencioso Administrativa resolvió, nuevamente, rechazar la demanda de daños y perjuicios. Para ello, esta vez, meritando la prueba que había sido considerada esencial por el superior tribunal provincial, enmarcó el conflicto dentro de la responsabilidad del estado por omisión. Con citas de jurisprudencia de esta Corte Suprema de Justicia de la Nación, consideró que no existía en este caso una *"obligación legal expresa que imponga a la Provincia el deber de señalar para advertir a eventuales bañistas, sobre la peligrosidad de un río de montaña, y tampoco una exigencia formal de vigilancia específica con personal de seguridad, bomberos, guardavidas, etc."* (fs. 708). Concluyó, así, en la ausencia de responsabilidad del estado por *"la falta de una norma que*



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

*consagre el deber de seguridad o vigilancia por parte del Estado sobre un curso de agua como el Río Grande [...] y sus adyacencias, que como ya fuera señalado al analizar íntegramente las pruebas rendidas en autos, es un río de montaña altamente peligroso en épocas de lluvias estivales en el que no hay un balneario apto para fines de esparcimiento de la población” (fs. 709). Deslizó, por último, que la creciente del río Grande podía configurar un “caso fortuito” que rompió el nexo de causalidad entre el fallecimiento y la posible actuación del estado provincial.*

Esa sentencia fue sustancialmente confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Tucumán en el año 2016, salvo en lo atinente a la imposición de costas. En esa sentencia también se expusieron los estándares vinculados a la responsabilidad por omisión y se sostuvo que *“un análisis minucioso de las constancias de autos permite concluir fundadamente que en el caso no se verifica el vicio de arbitrariedad aducido por la parte actora con base en la alegada errónea y parcializada valoración de la prueba” (fs. 749 vta.)*. El superior tribunal destacó que de acuerdo a *“lo informado por el Jefe del Departamento Catastro de la Dirección de Recursos Hídricos en el referido Departamento no se registra ningún pedido para ‘uso recreativo’ o camping en la localidad de El Siambón (sic), próximo al puente de cruce de la Ruta provincial N° 341 con el Río Grande” (fs. 749)*. Por último, resolvió que resultaba inoficioso el tratamiento del agravio referido al caso fortuito,

dado que se consideró no configurada una falta de servicio en cabeza de la provincia.

4°) Que el demandante interpuso recurso extraordinario contra esa decisión, cuya denegación dio lugar a la presente queja (fs. 755/764 y 796).

Plantea que, en el caso, la responsabilidad del Estado *"está vigente y existe porque en un río de alta montaña en verano con lluvias y tormentas repentinas, en un clima subtropical como el de Tucumán, no hay un solo cartel de prevención, alerta y prohibición de bañarse"* (fs. 758 vta.). Entiende que la sentencia del superior tribunal provincial es arbitraria pues se aparta de las constancias de la causa, al considerar que las víctimas se encontraban *"río abajo"* del puente que cruza el curso de agua y alejadas de las otras personas que salvaron sus vidas (fs. 759 vta.).

Cuestiona la conclusión a la cual arribaron los tribunales tucumanos sobre la ley provincial 3921 del año 1973 (ley de defensa civil) y específicamente se agravia en tanto no derivaron de las disposiciones de esa norma una obligación explícita o razonablemente implícita del Estado provincial de prevenir y proveer seguridad a quienes concurrieron ese día al río Grande.

Hace específicamente hincapié en la existencia de un balneario o camping en el lugar de los hechos, que justifica en la denominación que habría dado el propio estado provincial al



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

lugar, en la existencia de un cartel -instalado luego del accidente- que hace referencia a un "autocamping" y en la presencia de más de seiscientas personas en ese lugar el día de la creciente (fs. 760/761 vta.).

Entiende, en definitiva, que "la Corte omite arbitrariamente considerar que el Estado Provincial tuvo a su alcance la posibilidad de evitar las muertes que se reclaman adoptando medidas de seguridad, alerta, instrucciones, concientización, con el sistema de Alarmas de Crecientes, personal policial y 'salvavidas' en el Balneario Río Grande" (fs. 762 vta.).

5°) Que la autonomía que la Constitución Nacional reconoce a las provincias requiere que se reserven a sus jueces las causas que -en lo sustancial- versan sobre aspectos propios de esa jurisdicción, en virtud del respeto debido a sus facultades de darse sus propias instituciones y regirse por ellas (Fallos: 339:1483 y sus citas). Los pronunciamientos por los cuales los más altos tribunales provinciales deciden acerca de los recursos locales no son susceptibles de revisión por la vía del recurso extraordinario, y la doctrina de la arbitrariedad resulta, en estos casos, particularmente restrictiva (Fallos: 343:184).

Solo cabe hacer excepción a ese principio cuando se demuestra una lesión clara a un derecho de raigambre federal o cuando la sentencia, por sus graves defectos de fundamentación,



no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicado a las circunstancias de la causa (Fallos: 343:354).

6°) Que la cuestión a resolver consiste en determinar si las sentencias cuestionadas padecen defectos de fundamentación que permiten su descalificación de acuerdo a la doctrina de la arbitrariedad. Es decir, lo que corresponde es ponderar si los principios de la responsabilidad del estado provincial han sido razonablemente situados por los tribunales inferiores en función de la prueba producida.

Ello exige, en primer lugar, enmarcar la responsabilidad del estado tucumano dentro del sistema de responsabilidad estatal que reconoce fuente primera en la Constitución Nacional; en segundo término, precisar específicamente el tipo de responsabilidad que se encuentra en juego en la causa y los principios que la rigen; y en tercer orden, sobre esa base, evaluar si -tal como se plantea- la sentencia puede ser descalificada como arbitraria.

7°) Que el deber estatal de responder por los daños y perjuicios que ocasiona con su accionar encuentra su primer fundamento en los principios de legalidad, inviolabilidad de la propiedad e igualdad previstos en los arts. 19, 17 y 16 y ccs. de la Constitución Nacional, respectivamente.

Por tal motivo, esta Corte ha dicho que el principio general que establece el art. 19 de la Constitución Nacional, según el cual *se prohíbe a los 'hombres' perjudicar los derechos*



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

de un tercero, se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación, y la extensión que se confiera al principio *alterum non laedere* (no dañar a otros) merece toda la amplitud que amerita, evitando interpretaciones o limitaciones que impliquen "alterar" los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (conf. Fallos: 335:2333 y 340:1296, disidencia del juez Rosatti).

8°) Que la responsabilidad de los estados provinciales y los municipios como consecuencia del ejercicio de sus competencias constitucionales es una materia ajena a los principios del derecho privado, cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 de la Constitución Nacional ("Barreto", Fallos: 329:759).

No obsta a tal conclusión la eventual invocación de disposiciones del Código Civil, vigente al momento de los hechos, pues ante la ausencia de normas propias del derecho público local, el camino seguido por esta Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido la aplicación de disposiciones de derecho común -o de derecho público insertas en ese código- que se integran al plexo de principios de derecho administrativo (Fallos: 187:436; 306:2030; 307:1942; 312:1297; 314:620; 315:1231).

Específicamente, en el expediente que aquí se juzga, la aplicación de las normas del Código Civil por parte de los

tribunales provinciales para dirimir la responsabilidad del Estado tucumano por el fallecimiento de dos personas durante la creciente del río Grande (específicamente los arts. 1074, 1112 y 1113), respondió a la inexistencia de normas locales que regularan la materia (cfr. primera sentencia de la Cámara, a fs. 638 vta.). En ese contexto no debe perderse de vista que el empleo de tales disposiciones debe enmarcarse dentro de una relación jurídica de derecho público local y, por ende, naturalmente modulada por las instituciones provinciales.

9°) Que sobre la base del art. 1112 del Código Civil esta Corte ha sostenido invariablemente que para tener por configurada la obligación estatal de resarcir debe acreditarse: a) la presencia de un daño cierto; b) que el Estado haya incurrido en una falta de servicio; y c) la existencia de una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (Fallos: 341:1555, entre muchos otros).

La idea objetiva de falta de servicio supone que quien titulariza la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para cumplir el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los daños causados por su incumplimiento o ejecución irregular (Fallos: 331:1690; 334:1036, entre muchos otros).

La responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de sus agentes no es indirecta ni basada en la



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

culpabilidad. Por el contrario, cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, aquel responde directamente por la falta de una regular prestación. Aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio, de manera que la actividad de los funcionarios o agentes estatales, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia del Estado, quien debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos: 321:1124).

Toda vez que la vigencia de esta doctrina en el caso de la responsabilidad de los estados provinciales se ha justificado en la ausencia de normas locales sobre la materia, su aplicación exige una particular atención a la definición del modelo diseñado por cada una de las jurisdicciones en sus respectivas constituciones. Y es que a partir de la definición local de *lo que debe hacer* el Estado (competencia) se deduce *hasta dónde se le puede reclamar* (responsabilidad).

De esta manera, la definición de prioridades y condiciones en la prestación de servicios, juzgada en el marco de la responsabilidad estatal provincial por "falta de servicio" derivada del art. 1112, ha de contemplar las características singulares que el sistema federal impone, siempre bajo el techo jurídico de la Constitución Nacional.

10) Que cuando esta Corte ha enmarcado los casos de responsabilidad estatal por omisión dentro de la falta de servicio del art. 1112 del Código Civil, ha exigido que se tome en cuenta: i) la naturaleza de la actividad estatal; ii) los medios de que dispone el servicio; iii) el lazo que une a la víctima con el servicio; y iv) el grado de previsibilidad del daño (Fallos: 343:184 y sus citas).

En ese orden, solo le puede caber responsabilidad a un organismo oficial si incumplió el deber legal que le imponía evitar el evento lesivo, puesto que una conclusión contraria llevaría al extremo de convertir al Estado en un ente asegurador de todo hecho dañoso que se cometiera (conf. doctrina de Fallos: 332:2328). En este aspecto resulta relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien esta Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas. Respecto del último supuesto, corresponde distinguir entre las omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley solo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible ("Mosca", Fallos: 330:563).

En toda ocasión la *omisión* se diferencia de la *abstención*, pues esta última trae aparejada la idea de inactividad general, en tanto aquella encierra un concepto



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

normativo que solo se entiende en referencia a una norma que impone una determinada actividad en concreto.

Estas consideraciones fueron aplicadas en las sentencias cuestionadas, es decir, empleadas por los jueces de la causa para resolver un caso de derecho público local (cfr. sentencia de cámara, fs. 708, quinto párrafo, y sentencia de la Corte Suprema provincial, a fs. 745, tercer párrafo). Sobre esa base, para evaluar la existencia de un mandato expreso de prevención con relación a la creciente del río Grande, pusieron el foco expresamente en la ley provincial 3921 regulatoria de la defensa civil, que dispone que *"se entiende por defensa civil la parte de la defensa nacional que comprende el conjunto de medidas y actividades no agresivas tendientes a evitar, anular o disminuir los efectos de la acción del enemigo o de la naturaleza o cualquier desastre de otro origen puedan provocar sobre la población y sus bienes y contribuir a restablecer el ritmo normal de vida en la zona afectada"* (cfr. ley citada a fs. 305, y razonamientos expuestos a fs. 708/709 por la cámara, y 749 por el superior tribunal).

Y en virtud de esas disposiciones, concluyeron en que, dadas las características del curso de agua (un río de montaña localizado en una comuna rural), no existía en este caso un mandato expreso de evitar el daño sino un deber indeterminado que excluye la responsabilidad estatal.

11) Que a fin de evaluar si existió una sentencia arbitraria, corresponde, entonces, analizar esta última conclusión y evaluar la aplicación de los requisitos de la responsabilidad por omisión asumidos por los tribunales provinciales como parámetros locales: i) la naturaleza de la actividad estatal; ii) los medios de que dispone el servicio; iii) el lazo que une a la víctima con el servicio; y iv) el grado de previsibilidad del daño.

A tal fin, surge claro que tratándose de una hipótesis de omisión y ausente todo vínculo previo de las víctimas con el servicio, los dos recaudos centrales para ponderar la configuración de una omisión, en el caso bajo análisis, radicaban en *los medios del servicio en cuestión* y el *grado de previsibilidad del daño*.

Ambos elementos se encuentran estrechamente relacionados, puesto que el grado de previsibilidad es el que genera (o debe generar) los medios o técnicas de actuación que pueden derivar en la responsabilidad por omisión. El concepto de previsibilidad exige ponderar la responsabilidad del Estado frente a lo *esperado*, lo *esperable* y lo *inesperado*.

Los hechos son *previsibles* o *esperados*, cuando - conforme al curso natural, regular u ordinario de las cosas- deberían suceder y resulta sorprendente que no ocurran. La actitud frente a lo previsible o esperado es la "previsión", que demanda **evitar** que el evento suceda, guiar sus acontecimientos o



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

mitigar sus efectos. La responsabilidad del Estado en este caso es inexorable.

Los hechos son *presumibles, posibles o esperables*, cuando -conforme al curso natural, regular u ordinario de las cosas- podrían suceder, aunque también no suceder. La conducta frente a lo posible es la "prevención" (*prevenir, precaver, evitar, estorbar o impedir algo y también advertir, informar o avisar a alguien de algo, anticiparse a un inconveniente, dificultad u objeción*). La responsabilidad del Estado en este caso es verosímil.

Los hechos son *inesperados*, cuando -conforme al curso natural, regular u ordinario de las cosas- no eran esperables. La actitud frente a lo inesperado es la "precaución", es decir, la reserva o cautela para evitar o prevenir los inconvenientes o daños que pueden temerse. La actitud precautoria se asume normalmente frente a lo que se desconoce, y supone una sobreprotección derivada de la ignorancia sobre cierto aspecto de la realidad. La responsabilidad del Estado en este caso no puede ser la regla sino la excepción.

12) Que en este caso, los medios del servicio de defensa civil y prevención de desastres naturales de los cuales disponía el Estado provincial -estrictamente en la faceta preventiva y dejando fuera el auxilio frente a la catástrofe ya acaecida- discurrían, en un extremo, desde la simple advertencia general de la peligrosidad de la zona, hasta, en el otro, el



diseño e implementación de un sistema de alerta de crecientes de alta sofisticación, con obras a lo largo de todo el cauce del río, en la periferia del lugar y trabajos en las comunidades adyacentes (cfr. pericia geológica, a fs. 231/232). En un punto intermedio, la información personal a los visitantes basada en pronósticos, el alerta en los medios de comunicación, la designación de agentes con ese fin, la construcción de obstáculos que impidan el acceso, etc., eran todas alternativas posibles de las autoridades provinciales.

El servicio concretamente exigible en la hipótesis fáctica de la causa derivaba lógicamente del carácter previsible (o esperado), presumible (o esperable), o inesperado que podía asignarse al fallecimiento de una persona derivado de una creciente en el mes de enero en la intersección de la Ruta Provincial 341 y el río Grande, localizado en El Siambón, en la Provincia de Tucumán.

Sopesar el calibre de lo previsible y apreciar el medio del servicio concretamente exigible ese día es inicialmente una tarea propia de los tribunales provinciales; y es precisamente por ese motivo que *no pueden prescindir de esa realidad local* al efectuar tal ponderación.

13) Que, yendo a los detalles de la causa sub examen, se encuentra acreditado que:

A) Todos los años el río Grande de El Siambón incrementa sustancialmente su caudal durante los meses de enero, febrero y



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

marzo; se trata de un río particularmente peligroso en verano ya que "recibe aportes de numerosos ríos de montaña que forman un caudal importante y se producen crecientes en él, favorecido por las altas pendientes topográficas (...) Estas pendientes abruptas surgen de la importante diferencia altitudinal existente entre el área de captación y el canal de transporte (...) Así, la diferencia de altitud es muy importante (3.123m), en una distancia corta, lo que hace que la pendiente topográfica sea muy abrupta" (cfr. pericia geológica, fs. 219, y a fs. 208, hidrograma de crecida del río Lules, río efluente del río Grande, punto 2 de dicha pericia). Ello al punto de que la velocidad y el caudal adquieren dimensiones extremadamente elevadas (fs. 219). En ese contexto, no era **inesperada** el día de los hechos una crecida del río Grande, después de las precipitaciones importantes que habían ocurrido en Tafí del Valle, dada la cercanía entre el Valle de Tafí y el Valle de la Ciénaga, donde se ubican los cursos de agua de la cuenca de aporte del río en cuestión (cfr. fs. 207 y 225).

B) Pese a tratarse de un río de montaña ubicado en una zona rural, el lugar del accidente es de alta concurrencia en los meses de verano. Específicamente el 9 de enero habría estado presente un contingente de setenta niños a cargo de tres adultos y -aproximadamente- seiscientas personas en el cauce del río (cfr. declaración testimonial de fs. 352/353 del señor Gottardi, quien encontrándose practicando un deporte río arriba, advirtió la situación y pudo dar la voz de alarma). Apuntalan esta

conclusión: a) el hecho de que existe un lugar precario de acampe que, si bien se encuentra sobre un terreno más elevado, ofrece una plataforma para bajar al río (cfr. fs. 440); b) la cercanía a la villa turística de Raco (fs. 24/25); y c) el propio cartel instalado luego del accidente que indica a los visitantes seguir las instrucciones de un guardavidas en el lugar (cfr. fs. 326 y 327). Este panorama tornaba absolutamente estéril e irrelevante el debate dado en las instancias anteriores sobre la calificación y encuadre oficial de esas instalaciones (v.gr: "camping", "autocamping", "merendero" o "balneario").

C) Al momento de suscitarse los hechos no existía ningún aviso o advertencia, ya que fue por el accidente que se *"decidió colocar un cartel indicador de las medidas de prevención que deben tomar las personas que asisten al camping y a las ya citadas aguas"* (cfr. fs. 305, respuesta de la Dirección Provincial de Defensa Civil, y constatación notarial de fs. 22). Y por lo demás, la señal que se instaló, y que puede verse a fs. 326 y 327, no cumple de acuerdo a la propia provincia con una función de disuasión. En efecto *"los carteles de prohibición, señalización, advertencia, peligro o prevención, poseen un formato típico, que no se verifica en el citado cartel, ya que se trata en definitiva de un cartel instructivo de buenas costumbres de acampada y de uso del balneario que además posee indicaciones de prevención y cuidado en la conducta a observar"*



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

en el agua" (cfr. respuesta de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente, a fs. 330).

D) Existen diversos organismos provinciales cuyas incumbencias se encuentran vinculadas a los servicios que se imputan como aquí incumplidos (v.gr.: Dirección de Recursos Hídricos, Dirección Provincial del Agua, Dirección de Medio Ambiente y Dirección de Defensa Civil, además del Poder Ejecutivo Provincial cfr. fs. 233). Y en ese orden, la Dirección de Recursos Hídricos ejerce la *"tutela, administración, planificación de aprovechamientos, defensa contra efectos nocivos y policía de los recursos hídricos de su jurisdicción"* (cfr. ley provincial 7139, citada a fs. 236). A su vez, el decreto provincial 2036/14/1973 adjuntado a la causa y no valorado en las sentencias aquí atacadas, dispone en su capítulo IV referido a la Planificación, que *"el Plan Provincial de Defensa Civil establecerá los principios generales, organización y amplios cursos de acción para limitar los daños y proteger la vida y la propiedad en el ámbito de la provincia"* (cfr. fs. 254/255, subrayado agregado).

E) El Estado llevó a cabo sus medidas de prevención mediante el operativo "Verano 2005", aprobado por la Orden Especial 14/07 de la Policía de Tucumán, que implicó desplegar *"operativos de acción preventiva y de asistencia, utilizando los recursos humanos y materiales disponibles, desarrollando tareas de patrullaje, paradas, etc. dispuestas de acuerdo a las características de los lugares y su importancia turística"* (fs.

371/372, respuesta del Ministerio de Seguridad Ciudadana y fs. 360, respuesta del Fiscal de Estado provincial). Sin embargo, nunca se incluyó el río Grande de El Siambón en ese operativo por tratarse de un río de montaña (fs. 305, respuesta del Director Provincial de Defensa Civil).

F) Si bien desde el punto de vista hidrológico existe una diferencia entre las crecientes de los ríos de montaña y llanura *"que se traducen en un aumento de caudal atenuado [...pues] los ríos de montaña tienen un aumento de caudal rápido"* (fs. 224), el accidente podría haberse evitado *"si hubiera estado en funcionamiento un 'Sistema Alarma de Crecientes'"* (fs. 225). En efecto, la *"lluvia, caudal, altura de nivel del río se encuentran ya traducidos en niveles de alarma, y tomas de decisiones. En una cuenca de montaña como ésta, el 'tiempo de retardo', que hay entre las precipitaciones, el aumento de caudal, y el pico de crecida se da en el lapso de pocas horas. Ese tiempo es el disponible para tomar las medidas necesarias, evacuación por ejemplo"* (fs. 225).

G) Las inundaciones, anegaciones, y sus consecuencias no son una hipótesis de catástrofe natural ajena a la realidad local y a un plan de defensa civil provincial, sino que se trata de acontecimientos recurrentes que generan importantes trastornos en la realidad tucumana (cfr. especialmente fs. 119 a 127 y ampliación de demanda).



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

14) Que de lo dicho se extrae que, a juicio de esta Corte, en la causa se ha omitido ponderar razonablemente el contexto local a la hora de evaluar los medios del servicio exigibles al estado provincial y la previsibilidad de los acontecimientos desencadenados.

En los términos de los niveles de previsibilidad especificados en el considerando 11, cabe a los tribunales locales evaluar si el evento se enmarca dentro de la hipótesis de hechos *previsibles y esperados o esperables y posibles*; en la causa, resulta claro que la realidad no parecía *inesperada* y que los accionantes han demostrado que no se puso a disposición del público *ningún* medio estatal del amplio abanico posible.

Esta afirmación no supone: a) determinar cuál debía ser, concretamente, el servicio oportuno y conveniente en función del grado de previsibilidad del evento dañoso, pues ello es una tarea propia de los organismos competentes locales y no de los jueces, que solo deben comprobar los medios exigibles; b) excluir la posible concurrencia de otras concausas del evento, como la culpa de la víctima en el hecho.

15) Que, en definitiva, la decisión recurrida, bajo fundamentaciones aparentes -la invocación de la jurisprudencia de esta Corte referida a la responsabilidad del Estado por omisión- ha omitido realizar un acabado análisis de normativa relevante -las leyes provinciales 3921, 7139 y el decreto provincial 2036/14/1973- y extremos fácticos conducentes para la

solución del litigio -lo previsible y esperado o esperable, posible y presumible de la creciente; la afluencia de personas y niños en el lugar el día de los hechos; la proximidad a una villa turística; la existencia cercana de un lugar de acampe, todo ello en el contexto fáctico de la realidad local-. En consecuencia, no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicado a las circunstancias de la causa (cfr. considerando 5°) y debe ser dejada sin efecto (conf. doctrina de Fallos: 322:2880, entre muchos otros).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la presente. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, devuélvase.



*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Recurso de queja interpuesto por **Domingo Avelino González, parte actora,**  
representado por la **Dra. Eugenia Ester Silveti Pérez.**

Tribunal de origen: **Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Cámara Contencioso Administrativo de  
la Provincia de Tucumán, Sala II.**





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE TUCUMAN

Causa: 2498/2021/CA1, VITTAR, SARA LORENA c/ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACION s/IMPUGNACION de ACTO ADMINISTRATIVO. JUZGADO FEDERAL DE SANTIAGO DEL ESTERO.

S.M. de Tucumán,

Y VISTO: el recurso de apelación interpuesto con fecha 26 de Abril de 2022 (fs. 92); y

C O N S I D E R A N D O :

I.- Mediante sentencia de fecha 22 de Abril de 2022, el señor Juez de Primera Instancia resolvió no hacer lugar a las excepciones de falta de habilitación de instancia, caducidad y prescripción, y en consecuencia tener por correctamente impetrado el reclamo judicial directo.

Disconforme con el pronunciamiento, en fecha 26/04/2022 interpuso recurso de apelación la parte demandada (fs. 92).

Concedido el recurso, en fecha 02/05/2022 (fs. 94/98) expresó agravios la recurrente. Corrido el traslado de ley, mediante presentación de fecha 04/05/2022, contestaron los agravios los accionantes (fs. 100/103).

Elevadas las actuaciones, en fecha 13/05/2022 se notificó al Ministerio Público Fiscal.

En tal estado se encuentra la causa en condiciones de ser resuelta por este Tribunal.



II.- Para fundar su planteo recursivo, la apelante sostiene que la agravia la sentencia de grado en cuanto sostiene que la etapa de reclamo previo ante la administración tiene carácter conciliatorio.

Esgrime que la decisión del Juez pone a la actora en una situación de privilegio sin fundamento legal.

Insiste en que la normativa aplicable al caso es la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, y que por lo tanto resulta ineludible el reclamo administrativo previo al reclamo judicial.

Menciona que en los términos del artículo 25 de la norma aludida, la acción se encuentra caduca.

III.- Entrando a examinar la cuestión materia de estudio, nos inclinamos por confirmar la sentencia cuestionada de conformidad a los argumentos que a continuación se exponen.

En razón de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley N° 19.549, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que para impugnar un acto administrativo en el ámbito de las fuerzas armadas y de seguridad no resulta aplicable la exigencia de agotar la vía administrativa contemplada en el título IV de la normativa indicada. (Fallos: 327:4681; 311:255; 312:1250).

En efecto, siendo los accionantes miembros del Servicio Penitenciario Federal advertimos que el agotamiento de la vía administrativa no resuelta un requisito exigible en este caso.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE TUCUMAN

Causa: 2498/2021/CA1, VITTAR, SARA LORENA c/ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACION s/IMPUGNACION de ACTO ADMINISTRATIVO. JUZGADO FEDERAL DE SANTIAGO DEL ESTERO.

Sin perjuicio de ello, y aun cuando lo concluido resulta suficiente para rechazar el recurso de la demandada, en vista a los argumentos vertidos en el memorial de agravios, interpretamos necesario hacer las siguientes consideraciones.

En oportunidad de analizar las garantías del debido proceso en la instancia administrativa, este Tribunal indicó que el procedimiento administrativo no puede erigirse como un orden de controversia entre la administración y el o la particular.

Mencionamos que hacer un análisis contrario, traería aparejado desnaturalizar la vía administrativa previa, imponiendo a las y los particulares atravesar el procedimiento administrativo previo a sólo fin de cumplir con una formalidad. Formalidad que en efecto podría implicar la pérdida de tiempo, de derechos en juego y principalmente la denegación arbitraria de justicia (“Zavaleta, Luciana del Valle c/Dirección Nacional de Vialidad s/ contencioso administrativo”, Expte. N° 36.571/18, sentencia de fecha 18/05/2021).

En ese mismo sentido, interpretamos que el reclamo previo tiene como fin ser una etapa de conciliación, donde en virtud del principio de colaboración, las partes alcancen la verdad objetiva que dilucide el reclamo o pretensión del o de la particular.



En estos términos, resulta claro concluir que la parte no se verá obligada a agotar la vía administrativa cuando resulte manifiestamente inútil hacerlo.

De la lectura de las constancias, surge que al oponer las excepciones y defensas en examen, el Estado demandado también contestó demanda oponiéndose al progreso de la acción en cuanto al fondo. Entonces, es evidente, por la doctrina de los actos propios, que el reclamo administrativo previo en este caso en particular, resultaría un ritualismo inútil. Si la demandada contestó en forma adversa a la demanda es obvio concluir que hubiera hecho lo mismo con el reclamo administrativo previo.

Lo concluido se condice con el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto tiene dicho que cabe prescindir de la exigencia del reclamo administrativo previo en supuestos justificados, como por ejemplo cuando se advierte la ineficacia cierta del procedimiento (Fallos: 321:1306; 324:3335; 332:1629).

Corresponde advertir que en el mismo sentido nos hemos pronunciado en la causa “Moline, Yael Anabel c/ Estado Nacional s/Impugnación de acto administrativo”, Expte. N° 2468/2021, sentencia de fecha 06/07/2022, cuyos argumentos se dan por reproducidos en cuanto resulten aplicables.

Por todo ello, juzgamos que corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada en fecha 26 de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE TUCUMAN

Causa: 2498/2021/CA1, VITTAR, SARA LORENA c/ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACION s/IMPUGNACION de ACTO ADMINISTRATIVO. JUZGADO FEDERAL DE SANTIAGO DEL ESTERO.

abril de 2022 y, en consecuencia, se confirma la sentencia de fecha 22 de abril del 2022.

IV.- De conformidad al resultado arribado en el recurso, corresponde imponer las costas a la apelante vencida por ser ley expresa (artículo 68, procesal).

Por ello, se

RESUELVE:

I.- NO HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la demandada en fecha 26 de abril de 2022 y, en consecuencia, corresponde confirmar íntegramente la sentencia de fecha 22 de abril de 2022, conforme se considera.

II.- COSTAS del recurso a la apelante vencida, como se considera.

III.- DIFERIR pronunciamiento de honorarios para su oportunidad.

IV.- REGÍSTRESE, notifíquese, publíquese y oportunamente devuélvase al juzgado de origen.





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

/// del Plata, 05 de diciembre de 2022.-

**VISTOS:**

Estos autos caratulados “**GODOY, RUBÉN OSCAR C/ ESTADO NACIONAL – MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE S/ AMPARO AMBIENTAL**”, Expte. FMP 58/2022; “**ORGANIZACIÓN DE AMBIENTALISTAS AUTOCONVOCADOS C/ MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE DE LA NACIÓN Y OTRO s/ AMPARO LEY 16.986**”, Expte. FMP 70/2022; “**MONTENEGRO, GUILLERMO TRISTÁN C/ MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE S/ AMPARO AMBIENTAL**”, Expte. FMP 98/2022; y “**FUNDACIÓN GREENPEACE ARGENTINA Y OTROS C/ ESTADO NACIONAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y OTROS S/ AMPARO AMBIENTAL**”, Expte. FMP 105/2022; provenientes del Juzgado Federal N° 2, Secretaría N° 1 de esta ciudad. -

**Y CONSIDERANDO:**

I) Que, en estos autos, el día 03/06/2022 la Cámara Federal de Apelaciones local resolvió “II) *ORDENAR CAUTELARMENTE que, – a fin de dar continuidad a las actividades propias del proyecto denominado “CAMPAÑA DE ADQUISICIÓN SÍSMICA OFFSHORE ARGENTINA: CUENCA ARGENTINA NORTE (ÁREAS CAN 108, CAN 100 Y CAN 114)”, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible DEBERÁ DICTAR UNA NUEVA Declaración de Impacto Ambiental (complementaria de la ya dictada, e integrada con los estudios referidos a posibles impactos acumulativos indicados “supra”), y que reúna los siguientes recaudos: 1) Luego de otorgar la necesaria participación de la Administración de Parques Nacionales para que cumpla el rol encomendado por las leyes 22.351 y 23.094, deberá evaluarse y valorarse su opinión o*



*dictamen, tomándose entonces las medidas que correspondan en consecuencia; 2) Deberán valorarse las intervenciones participativas organizadas a nivel municipal (audiencia pública consultiva iniciada en fecha 30 de mayo de 2022), y nacional (consulta popular que culminó el 19 de mayo de 2022); 3) Deberá incluirse al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en el control y fiscalización del cumplimiento de la Declaración de Impacto Ambiental y su correspondiente Plan de Gestión Ambiental; 4) Deberán incluirse, analizarse y sopesarse en forma conglobada, el ámbito espacial y los plazos temporales en que se pone en práctica el presente proyecto, atendiendo a los impactos directos, indirectos, acumulativos y sinérgicos, descritos en los Considerandos IX) y X.4) de la presente resolución; 5) Salvo circunstancias debidamente fundadas en que ello no pudiese evitarse de ninguna manera, las indicaciones de la Declaración de Impacto Ambiental a dictarse, deberán ser emitidas asertivamente, y no en modo potencial o condicional. III) DEJAR SIN EFECTO la medida cautelar recurrida, la que se sustituye por la dispuesta anteriormente (art. 204 CPCCN). IV) DISPONER que el A quo CONTROLE EL CUMPLIMIENTO DE LO AQUÍ DISPUESTO, en el ámbito de las actuaciones principales (...)*".

Debido a esto último, el *a quo* dispuso, con fecha 18/10/22, y luego de efectuadas las presentaciones pertinentes: "(...) **TENER POR CUMPLIDOS** los recaudos exigidos por la Cámara Federal de Apelaciones en los puntos II.2', II.3' y II.5' de la resolución de fecha 03/06/2022; III) **TENER POR NO CUMPLIDOS** los recaudos exigidos por la Cámara Federal de Apelaciones en los puntos II.1' y II.4' de la resolución referida; IV) En consecuencia, **HACER SABER** al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible que deberá dar efectivo cumplimiento a los recaudos a la fecha insatisfechos, **manteniéndose hasta tanto la orden cautelar dictada por la Cámara Federal de Apelaciones (...)**".





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

II) Que, contra esta última resolución, se interpusieron los siguientes recursos de apelación:

II.1) En los exptes. 58/2022, 70/2022, 98/2022 y 105/2022, **los representantes de Equinor Argentina AS Sucursal Argentina, Equinor Argentina BV Sucursal Argentina e YPF SA, apelan la sentencia referida** y se agravan porque el *a quo* haya considerado incumplidos los requisitos referidos a la intervención de APN y al tratamiento de los impactos directos, indirectos, acumulativos y sinérgicos en la DIA.

En tal sentido, sostienen que la APN tuvo la debida intervención (de conformidad a los parámetros ordenados por esta Cámara oportunamente), que sus dos informes fueron valorados, que no existen inconsistencias entre ambos, y que tanto en la EIA como en la DIA se incorporaron contenidos relacionados con los mismos.

Asimismo, aseguran que el análisis de los impactos acumulativos realizado no tiene las deficiencias marcadas por el sentenciante, que –respecto de las actividades futuras a realizarse en la plataforma continental- la falta de certeza en cuanto a los tiempos de realización es normal y razonable debido a las características de este tipo de actividades, que incluso el presente proceso es una prueba de la incertidumbre acerca de la realización de las actividades correspondientes y de sus fechas, que es inconducente e impracticable tener que esperar un avance en los demás proyectos para evaluar los impactos en el que nos interesa, que se analizaron todos los proyectos que posiblemente sean desarrollados en las áreas lindantes, que no existe superposición temporal con otros proyectos, que es imposible para Equinor asegurar con exactitud las actividades a ser realizadas por terceros cuando ni siquiera puede obtener certeza de si su propio proyecto pueda ser efectivamente llevado a cabo, que la restricción temporal de 24 meses impuesta por la DIA complementaria es razonable y conforme al conocimiento técnico de los





organismos intervinientes, y que la sentencia afecta gravemente el interés público comprometido.

Por todo ello, y luego de hacer reserva del caso federal, solicitan que se revoque la sentencia apelada y se levante la medida cautelar trabada, con costas.

**Este recurso es contestado por el actor Godoy** en el expte. 58/2022, en los términos que siguen. Sostiene que el recurso debe declararse desierto y, subsidiariamente, requiere su rechazo porque la intervención de la APN no fue suficientemente valorada por la autoridad administrativa de acuerdo a los parámetros dispuestos por esta Cámara, y porque la DIA complementaria no analizó debidamente los impactos acumulativos del Proyecto Norte.

Por su parte, en el expte. 105/2022, **el recurso es contestado por Fundación Greenpeace Argentina, Surfrider Argentina, Asociación de Surf Argentina, Fundación Patagonia Natural, Asociación Civil Medio Ambiente Responsable, Kula Earth Asociación Civil, Armando Oviedo, Asociación de General Alvarado de Surf, Lucas Micheloud, Asociación Argentina de Abogados y Abogadas Ambientalistas, Julieta Mirella Palladino Ottonelli y Ecos del Mar.** En primer lugar solicitan que se declare desierto el recurso en análisis, por incumplir la manda del art. 265 del CPCCN. Luego, en referencia a la intervención de la APN, aseguran que la misma no debió ser meramente formal, sino que –por el contrario- debió valorarse su contenido. En tal sentido, recuerdan partes del contenido de las intervenciones técnicas de la APN y destacan que no fueron tenidas en cuenta por el Director de dicho organismo, quien sorprendentemente indica que el EIA le da un tratamiento adecuado a la cuestión. Por otra parte, ponen en duda la efectividad de las medidas de mitigación propuestas por Equinor. En cuanto a los impactos directos, indirectos, acumulativos y sinérgicos, coinciden con el *a quo*





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

porque el análisis de los mismos debe realizarse más allá de la coincidencia o no espacio-temporal de las actividades. Sostienen que los proponentes y la autoridad de aplicación no pueden excusarse en una supuesta falta de información de los demás proyectos a la hora de cumplir con el análisis requerido judicialmente. Asimismo, sostienen que la sentencia no viola el interés público ni los derechos adquiridos de Equinor e YPF, y realizan varias citas jurisprudenciales en apoyo a su postura. Luego de hacer reserva del caso federal, solicitan que se rechace el recurso contestado.

En el expte. 70/22 **Verónica García Christensen, Érica Hann, Rubén Darío Ávila y Kanki Alonso, contestan el recurso** de Equinor e YPF. Estiman que dicho recurso debe ser declarado desierto por no cumplir con los requisitos previstos en el art. 265 del CPCCN.

Asimismo, en el expte. 98/2022, **el recurso es contestado por Guillermo Tristán Montenegro**, quien remite a sus presentaciones anteriores.

**II.2) En el expte. 58/2022 apela la sentencia ya mencionada la representante del Estado Nacional**, habiéndose extendido el recurso también a los exptes. 70/2022, 98/2022 y 105/2022.

Esta parte también se agravia, porque el *a quo* estimó incumplidos los requisitos referidos a la intervención de APN así como al tratamiento de los impactos directos, indirectos, acumulativos y sinérgicos que hizo la DIA complementaria.

En tal sentido, destaca que las observaciones genéricas que hizo oportunamente la APN sólo describen el pobre estado de conocimiento del Mar Argentino, sin importar un obstáculo a la viabilidad del proyecto; que la última nota cursada por la APN se refiere a la ballena Franca Austral de conformidad a lo requerido por esta Cámara; que lo que corresponde al proceso de evaluación ambiental es administrar la incertidumbre y establecer



las medidas de mitigación y programas pertinentes; que la valoración de la intervención de la APN fue correcta; que un estudio de impactos acumulativos no requiere certeza sino previsibilidad razonable; que la imposibilidad de realizar nuevas exploraciones sísmicas en un mismo bloque por 24 meses sirve como elemento de prevención de impactos evitables; que el *a quo* no ponderó el interés público comprometido (señalado en el dictamen del Ministerio Público obrante en autos); y que el juez de grado tampoco ponderó la inexistencia de peligro en la demora.

Por ello, y luego de la reserva del caso federal, solicita que se revoque el decisorio recurrido, disponiéndose que se encuentran cumplidos los recaudos establecidos en la sentencia de Cámara del 03/06/2022.

En el expte. 105/2022, **el recurso es contestado por Fundación Greenpeace Argentina, Surfriider Argentina, Asociación de Surf Argentina, Fundación Patagonia Natural, Asociación Civil Medio Ambiente Responsable, Kula Earth Asociación Civil, Armando Oviedo, Asociación de General Alvarado de Surf, Lucas Micheloud, Asociación Argentina de Abogados y Abogadas Ambientalistas, Julieta Mirella Palladino Ottonelli y Ecos del Mar.** En primer lugar solicitan que se declare desierto el recurso en análisis, por incumplir la manda del art. 265 del CPCCN. A continuación contestan los agravios en los términos resumidos a continuación. Sostienen que el proyecto Pozo Argerich 1 es conocido y mencionado por los organismos intervinientes en el proceso, pero no ha sido incorporado dentro del análisis de Equinor en cuanto a sus potenciales efectos sinérgicos y acumulativos. Expresan que la falta de certeza absoluta de los momentos en los cuales se desarrollarían las diferentes acciones de los proyectos no impiden su valoración, pues delimitando la ventana temporal correspondiente se puede volcar la información necesaria y pertinente. Agregan que el plazo de 24 meses de restricción de otras actividades de prospección sísmica en la zona no está





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

fundado en razones científicas ni biológicas; que los relevantes informes de la APN no fueron tenidos en cuenta ni valorados adecuadamente, como bien señaló el *a quo*; que fue fundado el apartamiento de lo dictaminado por el Ministerio Público; y que el peligro en la demora es inobjetable (citan para sostener ello al art. 27 de la ley 25.675). Por todo lo dicho, solicitan el rechazo del recurso analizado.

**II.3) En el expte. 105/2022 apelan Fundación Greenpeace Argentina, Surfrider Argentina, Asociación de Surf Argentina, Fundación Patagonia Natural, Asociación Civil Medio Ambiente Responsable, Kula Earth Asociación Civil, Armando Oviedo, Asociación de General Alvarado de Surf, Lucas Micheloud, Asociación Argentina de Abogados y Abogadas Ambientalistas, Julieta Mirella Palladino Ottonelli y Ecos del Mar.**

Se agravian porque el *a quo* dio por cumplidos los recaudos establecidos por esta Cámara en cuanto a la valoración de las instancias de participación ciudadanas a nivel municipal y nacional, y en cuanto al carácter asertivo (no condicional ni potencial) de la DIA.

Expresan que en las instancias participativas fueron rechazadas muchas personas por no residir en el Partido de Gral. Pueyrredón a pesar de que no existía ese requisito para participar; y que si bien la DIA complementaria está redactada asertivamente, sus antecedentes (los documentos aportados por la empresa) están plagados de terminología hipotética, condicional y potencial.

Por ello –luego de hacer reserva del caso federal- solicitan que se revoque la resolución y se tengan por incumplidos ambos recaudos señalados.

**El recurso fue contestado por el Estado Nacional**, quien –en primer lugar- solicitó que se declare la deserción.



Subsidiariamente, niega que se haya limitado ilegítimamente la participación ciudadana; asegura que la interpretación del juzgador fue acertada en esta cuestión; sostiene que el lenguaje de los informes de Equinor no es potencial; formula reserva del caso federal, y solicita el rechazo del recurso en análisis.

Por su parte, **también contestan el recurso los representantes de Equinor e YPF**. Luego de reseñar los antecedentes del caso, aseguran que se cumplieron debidamente las instancias de participación ciudadana, de acuerdo a lo exigido por esta Cámara, ya que fueron consideradas las opiniones vertidas en las instancias participativas a nivel nacional y municipal (las resume diferenciándolas por eje temático). Con respecto al lenguaje asertivo de la DIA complementaria, expresan que se cumplieron los recaudos establecidos por esta Cámara, y que la propia apelante reconoce que dicha DIA está redactada asertivamente. Agregan que la sentencia no agravia a la actora, desconocen la autenticidad de los correos electrónicos agregados al recurso, mantienen la reserva del caso federal, y solicitan que se rechace el recurso contestado.

**II.4) En el expte. 70/22 interponen recurso de apelación Verónica García Christensen, Érica Hann, Rubén Darío Ávila y Kanki Alonso**. Tal recurso se agravia en cuanto la sentencia considera cumplidos los recaudos sobre participación ciudadana y el modo asertivo con que fue redactada la DIA complementaria. Luego de efectuar una mención a las diferentes instancias administrativas recorridas en el proyecto, estiman que las valoraciones de las intervenciones participativas organizadas a nivel municipal y nacional, no pueden implicar una exclusión del cumplimiento de la participación ciudadana en el marco de una reexaminación, ahora integral, que necesariamente debió transitar el procedimiento ambiental administrativo. Hacen referencia al Acuerdo de Escazú y a las diferentes instancias que debe tener la participación ciudadana, recuerdan lo normado en el art. 41 de la CN, y subrayan





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

los inconvenientes surgidos del cambio climático. Asimismo, respecto al lenguaje utilizado en la DIA complementaria, sostienen que los antecedentes administrativos de tal instrumento contienen abundantes conclusiones potenciales, condicionales y conjeturales (transcriben algunos de ellos), por lo cual la conclusión a la que arriba el *a quo* es muy lineal, restrictiva y literal. Hacen reserva del caso federal y solicitan el acogimiento del recurso.

**Dicho recurso es contestado por el EN.** Luego de requerir la deserción de aquél, sostiene que las instancias participativas fueron debidamente valoradas, de conformidad a lo ordenado por esta Cámara, y que si los recurrentes no estaban de acuerdo con lo dispuesto por este Tribunal, debieron plantearlo oportunamente y no en esta instancia. Subraya que incluso en los autos “Montenegro” el actor (institucionalmente relevante) consideró cumplidos los recaudos señalados por la Cámara. Respecto al uso del lenguaje potencial, considera que el análisis del *a quo* es adecuado, y que los apelantes pretenden discutir los elementos mismos del acto administrativo regulados por el art 7 de la ley 19549, y supuestos vicios, en medio de una sentencia interlocutoria que se limitó a señalar cuáles recaudos se estimaban cumplidos en relación a los impuestos por el tribunal superior. Formula reserva del caso federal y requiere que se rechace el recurso en análisis.

**El recurso también es contestado por Equinor e YPF.** Luego de reseñar los antecedentes del caso, hacen mención a las actividades a ser llevadas a cabo en las áreas lindantes con el Proyecto Norte, precisando algunos conceptos. Aseguran que se cumplieron debidamente las instancias de participación ciudadana, de acuerdo a lo exigido por esta Cámara (pues ésta no ordenó una nueva etapa de participación), ya que fueron consideradas las opiniones vertidas en las instancias participativas a nivel nacional y municipal (las resume diferenciándolas por eje temático). Sostienen que la sentencia de Cámara no ordenó la realización de una Evaluación



Ambiental estratégica *sui generis*, y -con respecto al lenguaje asertivo de la DIA complementaria- expresan que se cumplieron los recaudos establecidos por esta Cámara, y que la propia apelante reconoce que dicha DIA está redactada asertivamente. Agregan que la sentencia no agravia a la actora, mantienen la reserva del caso federal, y solicitan que se rechace el recurso contestado.

**III)** Que las actuaciones se encuentran en condiciones de ser resueltas, pues los llamados de autos para resolver han quedado firmes y consentidos. Con fecha 23/11/22 Equinor e YPF solicitan una rápida resolución del conflicto, debido a los motivos que allí expresan.

Debido a todo lo expuesto, pasamos a continuación a analizar los recursos interpuestos, en los siguientes términos.

**IV)** Que, como quedó dicho, esta Cámara ordenó cautelarmente –en su anterior intervención en autos- que –a fin de dar continuidad a las actividades propias del proyecto denominado “CAMPAÑA DE ADQUISICIÓN SÍSMICA OFFSHORE ARGENTINA: CUENCA ARGENTINA NORTE (ÁREAS CAN 108, CAN 100 Y CAN 114)”, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible DICTE UNA NUEVA Declaración de Impacto Ambiental (complementaria de la ya dictada, e integrada con los estudios referidos a posibles impactos acumulativos indicados), que reúna los siguientes recaudos: **1)** Luego de otorgar la necesaria participación de la Administración de Parques Nacionales para que cumpla el rol encomendado por las leyes 22.351 y 23.094, deberá evaluarse y valorarse su opinión o dictamen, tomándose entonces las medidas que correspondan en consecuencia; **2)** Deberán valorarse las intervenciones participativas organizadas a nivel municipal (audiencia pública consultiva iniciada en fecha 30 de mayo de 2022), y nacional (consulta popular que culminó el 19 de mayo de 2022); **3)** Deberá incluirse al Ministerio de





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Ambiente y Desarrollo Sostenible en el control y fiscalización del cumplimiento de la Declaración de Impacto Ambiental y su correspondiente Plan de Gestión Ambiental; **4)** Deberán incluirse, analizarse y sopesarse en forma conglobada, el ámbito espacial y los plazos temporales en que se pone en práctica el presente proyecto, atendiendo a los impactos directos, indirectos, acumulativos y sinérgicos, descritos en los Considerandos IX) y X.4) de la presente resolución; **5)** Salvo circunstancias debidamente fundadas en que ello no pudiese evitarse de ninguna manera, las indicaciones de la Declaración de Impacto Ambiental a dictarse, deberán ser emitidas asertivamente, y no en modo potencial o condicional.

**De los cinco recaudos establecidos, el a quo tuvo por cumplidos tres de ellos (nros. 2, 3 y 5), y por incumplidos, dos (nros. 1 y 4). Los recursos de apelación antes relatados se agravan de lo dispuesto respecto a los recaudos identificados con los nros. 1, 2, 4 y 5.**

Por lo tanto, para facilitar el análisis de tales recursos, así como la lectura y comprensión de esta sentencia por parte de todos los recurrentes e interesados, analizaremos, seguido, si los requisitos cuestionados en los diversos agravios han sido debidamente cumplimentados, o si ellos adolecen de algunas de las deficiencias indicadas por los recurrentes.

**V)** Como ya expresamos en estas actuaciones con anterioridad, hemos de señalar que sólo atenderemos aquí, aquellos planteos que sean considerados esenciales a los fines de la resolución del litigio. Cabe recordar que los jueces no están obligados a considerar todos y cada uno de los pedidos de las partes recurrentes, pues basta que lo hagan respecto de aquellos considerados esenciales y decisivos para el fallo de la causa. En este sentido, ha sido nuestra Corte Suprema de Justicia quien ha sentado la doctrina según la cual los jueces no están obligados a ponderar una





por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa sino sólo aquellas estimadas conducentes para fundar sus conclusiones, ni a analizar todas las cuestiones y argumentos utilizados que a su juicio no sean decisivos (ver LL 144 p. 611, 27.641-S; LL 145 p. 346; LL 148 p. 692, 29.625-S; Fallos 296:445; 297:333 entre otros).

Por otra parte, una vez más resulta oportuno resaltar que **el Poder Judicial no está legitimado para diseñar, en general, las políticas públicas, y en particular, las vinculadas con el desarrollo energético, pues tal tarea pertenece a los restantes Poderes del Estado** (lo contrario implicaría vulnerar la División de Poderes, garantizada constitucionalmente), pero no resulta ocioso enfatizar que **–de todos modos– la manda constitucional del art. 41 CN lo involucra, por lo cual corresponde –en sus justos límites– analizar la legalidad, constitucionalidad y razonabilidad del proceso administrativo cuestionado** por las partes, en atención a los derechos colectivos que se dicen restringidos o conculcados en el mismo (arts. 41 CN, arts. 14, 240, 241 CCC).

Máxime, cuando el sistema interamericano de protección de derechos humanos ha fijado ya importantes estándares para su tutela, en circunstancias de desarrollarse políticas estatales con aptitud para violentarlos, los que han sido considerados “(...) de inestimable valor para ajustar aquellas discusiones acerca de la universalidad, transparencia e institucionalidad de las políticas de impacto social, particularmente cuando importan implementar estrategias de desarrollo” (Cfr. Abramovich, Víctor “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales” en AAVV “La aplicación de los tratados de derechos Humanos en el ámbito local” Edit. CELS, 2007, pág. 218).

No podemos olvidar, en este contexto, que la jurisprudencia y la interpretación de los órganos del Sistema Interamericano de





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Derechos Humanos -nos referimos tanto a la Comisión, cuanto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos- y sus puntos de vista sobre problemas de índole estructural que afecten la vigencia de los derechos humanos en la región “(...) han incidido en importantes reformas en el funcionamiento y la accesibilidad de los sistemas de justicia en la fijación de límites a las diversas formas de violencia estatal, en un mayor respeto a la libertad de expresión el acceso a la información pública y la participación pública, entre otras cuestiones medulares para implementar estrategias de desarrollo social en nuestros países” (Cfr. Corte IDH., OC 17 y 18).

Es que, sin duda alguna, el así denominado “enfoque de derechos en las políticas y estrategias de desarrollo” considera principalmente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como un marco conceptual que es aceptado por la comunidad internacional, al ser capaz de ofrecer un sistema coherente de principios y reglas en el ámbito del desarrollo.

*En primer lugar*, se trata aquí de considerar que la estrategia de desarrollo propuesta en el caso de Autos, involucra derechos fundamentales (vida, calidad de vida, goce a un ambiente no contaminado) de seres humanos y otros no humanos (especies que conforman el hábitat marino), todos ellos con relevancia jurídica tal, que amerita su protección en justicia (Cfr. Arts. 431, 43, 75 Inc. 22 y Cctes. CN).

*Deben identificarse entonces aquí*, aquellos derechos que resultan fundamentales en las estrategias de desarrollo, para poder entonces efectuar la pertinente ponderación de efectos que nos lleve al camino de desarrollo sustentable, propuesto por el texto Fundamental, según ellos sean de pertenencia constitutiva de las capacidades básicas de la sociedad, o de pertenencia instrumental, en tanto previenen los procesos que conlleven depredación o alteración irreversible del entorno.



Finalmente, *la última forma* en que determinados derechos pueden ser considerados pertinentes para incidir en las estrategias de desarrollo, es aquella en que se evalúe que éstos actúen como restricción o limitación de los tipos de actuación que originariamente fueron propuestas.

Por ello, la DIA cuya realización fue oportunamente ordenada por esta Alzada, debió promover un **balance** entre la estrategia de desarrollo extractivo, tanto en su etapa de prospección como en la ulterior de extracción petrolífera, si correspondiese, y los derechos fundamentales en juego, utilizándose la estructura institucional para “empoderar” a los sectores involucrados en la debida defensa de los derechos humanos, a partir de una adecuada información, participación pública, y determinación de las acciones de prevención y mitigación correspondientes, si ello fuese necesario.

Resulta indudable que, idóneamente actuado este modelo de reconocimiento de derechos, el mismo logra “(...) limitar, de alguna manera el margen de acción de los sujetos obligados, entre ellos, el Estado (...) definiendo en cierta manera, y en sentido amplio, aquellas acciones que el Estado puede hacer y las que no” (Cfr. Abramovich, Víctor “Los estándares Interamericanos de Derechos Humanos...” citada, pág.231).

Dicho lo anterior, debemos aclarar también que **las cuestiones sometidas aquí a examen, contienen una elevada complejidad técnica** y que –además– el tema debatido ha generado (tanto en el ámbito local como en el nacional) posiciones divergentes, cuya evaluación en esta contienda, aun cuando ella se refiera en este caso a una instancia cautelar, sin involucrar al fondo del debate aquí habido, **merece un estudio profundo, ponderado y equilibrado.**

No olvidamos tampoco lo sostenido en nuestra intervención anterior, donde advertimos que el presente emprendimiento, al





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

involucrar la decisión de implementar una política de extracción petrolera con un muy vasto alcance, y aun cuando sólo una porción de ella se vincule al espacio costero de la provincia de Buenos Aires (CAN 100; CAN 108; CAN 114), requiere la implementación de una política instrumentada desde un proceso formalizado, sistemático y global, consistentemente evaluado en sus efectos sobre el entorno, con lo que las consideraciones ambientales deben ser aquí incorporadas o integradas al proceso de toma de decisión, y ello supone un estudio integral y avanzado de la política preventiva del emprendimiento, que esté ligado al logro del desarrollo sostenible (Art. 41 CN.) y a la conservación de la biodiversidad, aplicando los principios nucleares de la evaluación ambiental a las decisiones que deban adoptarse en este caso (Cfr. Moreira, Alberto, “Evaluación del Impacto Ambiental en el Mercosur” EDit. EUEM, Mar del Plata, 2021, pág. 51, con cita a Andressa de Oliveira Lanchotti).

Dicho lo anterior, y en tal contexto de análisis, **consideramos natural que en este tipo de pleitos los intereses en pugna aparezcan contrapuestos**. En efecto, **los proyectos humanos acarrear usualmente impactos ambientales** de diversa índole y calidad, por lo cual es necesario sopesar sus consecuencias, como asimismo los costos y beneficios (patrimoniales y extra patrimoniales) que ellos reportan, en un obligado **intento de armonizar desarrollo y la tutela del ambiente**, cumpliendo así con el mandato de sostenibilidad impuesto por el art. 41 de nuestra Constitución Nacional.

Sin duda alguna, entonces, los jueces –en estos casos- debemos obrar con suma prudencia y evaluar las consecuencias de nuestras decisiones (que alcanzan en este tipo de conflictos no sólo a las partes litigantes, sino que se expanden también con efectos a veces



impredicibles), a la luz de la trascendencia social, ambiental y económica de las mismas.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, pasamos a efectuar el siguiente tratamiento, respecto de los recursos interpuestos.

**VI) Con relación a la participación de la APN,** cabe señalar lo siguiente: surge de la Res. 2022-7-APN-SCCDSEI#MAD, del 05/08/1922, que, en función del requerimiento impuesto por esta Alzada, el MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE **dio intervención a la ADMINISTRACION DE PARQUES NACIONALES**, quien ofrece opinión respecto del Estudio de Impacto Ambiental elaborado por EQUINOR y aprobado por Res N° 436/21.

Ese estudio fue evaluado por su DIRECCION DE ÁREAS MARINAS PROTEGIDAS a través de informes surgentes en notas NO-2022-53216501-APN-DNAMP#APNAC, con los que EQUINOR procedió a actualizar y mejorar las medidas de mitigación y los programas de PGA que conforman el Capítulo 8, principalmente en lo que respecta a la fauna marina, y que se hallan agregadas a la causa.

Para efectuar la prospección intentada, EQUINOR propuso, ante este requerimiento judicial, la puesta en marcha de un programa de implementación a partir del Monitoreo Acústico Pasivo (MAP), al que se le incorporará un Observador de Monitoreo Acústico Pasivo (MAP), además tres Observadores de Fauna Marina (OFM), todos ellos de extracción local.

Asimismo, la empresa dejó constancia de su propuesta de articular acciones de cooperación en el emprendimiento con la Red Federal de Asistencia a Varamientos de Fauna Marina, en términos de la Res. N° 218/2021, incorporando a los actores jurisdiccionales que esta última considere, aportando los recursos necesarios a tal fin.





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Además, la Administración de Parques Nacionales indicó, a partir de la emisión de cuatro informes, determinadas consideraciones respecto de la realización de las actividades de prospección sísmica y su vinculación con posibles alteraciones al ecosistema, en particular en lo referido a los movimientos de la Ballena Franca Austral, de entre los cuales resaltamos al referido a la “Campaña de adquisición sísmica offshore Argentina, Cuenca Argentina Norte CAN 100, 108, 114” de Equinor Argentina AS Sucursal Argentina”.

En efecto, allí se constató que existe superposición de la actividad exploratoria, con áreas de alimentación y migración para el Monumento Nacional Ballena Franca Austral, ya que la zona en la que está planificado realizar las prospecciones, se superpone con un área de alimentación (área de alimentación norte, primavera-verano), además de área de paso para la Ballena Franca Austral, que se reproduce en Península Valdés, Chubut (invierno y primavera).

Avanza el informe, luego de historiar sobre la cuestión, señalando que “(...) para considerar la importancia de esta área de alimentación norte, se ha señalado la relación entre la falta de alimento en las islas Georgias del Sur y el menor éxito reproductivo (Leaper et al, 2006), que sumado a los efectos generados en esas áreas por el fenómeno El Niño (Oscilación Sur [ENOS]), genera alta mortalidad en las ballenas francas australes de Península de Valdés (Agrelo et al, 2021). En sintonía con estos datos y en el caso de las Ballenas Francas Australes de Sudáfrica, se ha observado un cambio en sus áreas de alimentación desde el sur hacia el norte de su distribución (Van den Berg et al, 2020)” (textual del informe complementario agregado a la causa).

Señala en forma precisa, además, que se ha determinado que las ballenas francas australes mantienen fidelidad a sus áreas



de alimentación (fidelidad al sitio) a escalas temporales “(...) tan prolongadas como para generar una estructuración genética en las zonas de alimentación” acotando luego que “(...) hay líneas genéticas maternas (ADN mitocondrial) que solo visitarían las zonas del norte, y otras líneas, la zona del sur (Valenzuela et al 2009, Valenzuela, et al 2018, reportes de IWC entre otros)” (textual del informe).

El informe también expone que conforme seguimiento satelital de individuos equipados en Golfo Nuevo, Chubut, se ha confirmado el uso actual de esta área Norte como lugar de alimentación (se cita “proyecto colaborativo desde 2014”, <http://siguiendoballenas.org>). Enfatiza por ello el informe que “(...) la relevancia de estos datos radica en que, **de existir alteraciones con efectos negativos en un área de alimentación podría afectar a una fracción de la población (ciertas líneas genéticas) que hace uso de la misma**” concluyendo en que “(...) **la búsqueda además, de nuevos sitios de alimentación implica un gasto energético extra en períodos críticos y significativos, como la gestación y el amamantamiento**” (textual del informe, el resaltado me pertenece).

De todos modos, y respecto del Monumento Natural “Ballena Franca”, finalmente la APN expresó que el análisis **se encuentra abordado desde el proyecto adecuadamente, agregando que las medidas propuestas en el Plan de Gestión Ambiental, son apropiadas para mitigar los potenciales impactos** (Cfr. NO-2022-78796137-APN-APNAC#MAd).

Tal conclusión es inequívoca y esencial en lo que refiere a esta causa. En efecto, la anterior decisión de esta Cámara, respecto a la necesaria intervención de la APN, se relacionó con los contenidos de las leyes 22.351 (de Parques Nacionales) y 23.094. Del juego de sus normas surge claramente que la APN debe intervenir en el manejo, fiscalización y protección de la inviolabilidad de los Monumentos Naturales (entre los cuales está la Ballena Franca Austral), y que toda autoridad pública debe dar intervención a la





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

APN para realizar actos administrativos relacionados con dicha fiscalización y protección.

Luego de analizar las nuevas presentaciones efectuadas en estos autos, es innegable que la APN –ahora sí- ha tenido su debida intervención, habiendo emitido esta Administración, la opinión fundada y contundente que le fuera requerida respecto al tema de su incumbencia. Si bien el *a quo* se refirió a la falta de una debida valoración de los informes técnicos internos redactados en el marco de la APN por parte de su Director, es indudable que el organismo tomó la intervención que legalmente le correspondía, que el Director de la APN se expidió de modo preciso respecto a los impactos que el proyecto generaría sobre la Ballena Franca Austral, que valoró positivamente las medidas de mitigación al respecto, y que la nueva presentación de Equinor incorporó medidas específicas relacionadas con los informes recabados en la APN.

Como ya expresamos, **el Poder Judicial no está facultado constitucionalmente para diseñar las políticas públicas vinculadas con el desarrollo energético**, pues ello lo convertiría en una especie de “Administración paralela” violatoria del principio de División de Poderes, y por esa misma razón **le está vedado inmiscuirse en la valoración técnica efectuada internamente por la cúpula directiva de la APN, cuando ella ha concluido -respecto del Monumento Natural “Ballena Franca”- que el análisis se encuentra abordado desde el proyecto adecuadamente, agregando que las medidas propuestas en el Plan de Gestión Ambiental, son apropiadas para mitigar los potenciales impactos.**

De este modo, estimamos que el recaudo referido a la participación de la APN en el proceso, ha sido cumplido; debiendo receptarse en tal sentido los recursos interpuestos por Equinor, YPF y el Estado Nacional





(referidos en los puntos II.1 y II.2); revocándose entonces el auto recurrido en cuanto a esta cuestión.

**VII) La valoración de las instancias participativas:** esta Cámara determinó –oportunamente- que debían valorarse las intervenciones participativas organizadas a nivel municipal (audiencia pública consultiva iniciada en fecha 30 de mayo de 2022), y nacional (consulta popular que culminó el 19 de mayo de 2022).

El *a quo* tuvo por cumplido dicho recaudo, en consonancia con la valoración efectuada por el Ministerio Público Fiscal. Como bien expresó el sentenciante, la Res. 07/22 establece, en su parte pertinente: *“Que, por su parte, a fin de dar cumplimiento al apartado II. 2) de la resolución de la Cámara Federal, se consideraron los Informes de cierre de las consultas públicas tempranas realizadas en el marco de la evaluación de impacto ambiental de los proyectos denominados “Registro Sísmico Costa Afuera 3D Área CAN 102” y “Pozo Argerich CAN 100” desplegadas por este Ministerio a través de la plataforma “consultapublica.argentina.gob.ar” entre el 4 y el 19 de mayo de 2022 (IF-2022-56086727-APNDEIAYARA#MAD e IF-2022-56090378-APN-DEIAYARA#MAD), así como también se analizaron los antecedentes correspondientes a la Audiencia Pública Consultiva desarrollada en el Honorable Concejo Deliberante del Partido de General Pueyrredón entre los días 30 de mayo y el 3 de junio del corriente año. Que los resultados de ambas instancias participativas fueron estudiados y apreciados por el área técnica, haciendo un análisis ponderado por temática”.*

Los agravios referidos a esta cuestión no son más que una reiteración de argumentos que ya fueron evaluados por el *a quo* (referidos a la limitación de la participación ciudadana). Ello alcanza para descartarlos conforme a lo dispuesto por el art. 265 del CPCCN, pues la





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

reiteración de una postura que ya fue considerada y desestimada por el a-quo, no alcanza para suplir la obligación de cuestionar en forma precisa y puntual los motivos de orden fáctico, probatorio y jurídico que dieron sustento al pronunciamiento.

Pero, por otra parte, las impugnaciones realizadas no fueron suficientemente probadas, y no alcanzan para desvirtuar la existencia y validez de las debidas instancias participativas, de conformidad a los parámetros legales vigentes (sobre todo, como ya se refirió en estos actuados, desde la óptica del Acuerdo de Escazú). En honor a la brevedad, remitimos a lo expresado en relación a este tema por el Dr. Martín en el decisorio apelado, pues coincidimos con ello.

Cabe agregar, asimismo, que –por las mismas razones mencionadas en el punto VI) respecto al respeto que la **División de Poderes** merece- **no estamos en condiciones de inmiscuirnos en la valoración efectuada por el Poder Administrador respecto de las intervenciones de la ciudadanía**, sobre todo porque **no se advierte en forma palmaria una afrenta a la legalidad, constitucionalidad y razonabilidad del proceso administrativo cuestionado**; sin olvidar que las consultas y audiencias públicas no son vinculantes para la Administración, de conformidad a la normativa vigente.

En conclusión, estimamos que deben rechazarse los agravios en análisis (recursos mencionados en los puntos II.3 y II.4), y confirmarse la sentencia apelada en cuanto considera cumplido el requerimiento de la valoración de las instancias participativas municipal y nacional antes mencionadas.

**VIII) La inclusión y valoración en forma conglobada de los impactos directos, indirectos, acumulativos y**



**sinérgicos:** este Tribunal ordenó que debían incluirse, analizarse y sopesarse en forma conglobada, el ámbito espacial y los plazos temporales en que se pone en práctica el presente proyecto, atendiendo a los impactos directos, indirectos, acumulativos y sinérgicos, descritos en los Considerandos IX) y X.4) de la sentencia.

El *a quo*, en la resolución recurrida, consideró incumplido tal requisito; mientras que el Ministerio Público Fiscal mantuvo una posición diferente.

A esta altura de los acontecimientos, es necesario evaluar con suma prudencia si se ha cumplido acabadamente el recaudo establecido oportunamente por este Tribunal. Es que **no sólo se trata de determinar si los referidos impactos han sido señalados en los documentos pertinentes, sino también –y esto es lo más importante- si se han previsto medidas para evitar o mitigar sensiblemente tales impactos.**

En primer lugar, cabe recordar que en autos obran los informes remitidos por la APN, que dan cuenta de varias cuestiones relacionadas con los citados impactos acumulativos, que han servido como sustento de las nuevas propuestas de Equinor receptadas en la DIA complementaria. En efecto, como ya se ha expresado en el punto VI) de la presente, la APN indicó a través de cuatro informes, determinadas consideraciones respecto de la realización de las actividades de prospección sísmica y su vinculación con posibles alteraciones al ecosistema.

Vinculado a la posible incidencia de los impactos acumulativos de los proyectos en cuestión, y a fin de evitar una posible superposición espacial y/o temporal de proyectos, **se entendió inviable** el otorgamiento de Declaraciones de Impacto Ambiental a más de un proyecto de exploración sísmica 3D sobre el mismo bloque o área permitida, a realizarse en el mismo período de tiempo, sugiriendo la implementación de un esquema de





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

medidas de restricciones temporales, a fin de evitar futuras superposiciones de proyectos.

Se desaconsejó también la realización de actividades de relevamiento sísmico 3D en los bloques CAN 100, 108 y 114 en un plazo no menor de 24 (veinticuatro) meses a partir de la finalización de la actividad sísmica aprobada por Res. N° 436/21, y se expresó que, vencido ese plazo, las actividades de prospección en esa zona deberían ser absolutamente excepcionales, para el caso de que la actividad sísmica anterior no hubiese producido información de calidad suficiente para el relevamiento de la geología del fondo marino, y que dichos casos no pudiesen ser obtenidos por otro medio de adquisición.

Una lectura más detallada del informe complementario agregado a Autos, nos advierte de ciertas circunstancias que también deben ser ponderadas y evaluadas, pues –como quedó dicho en el punto VI)- se constató que existe superposición de la actividad exploratoria, con áreas de alimentación y migración para el Monumento Nacional Ballena Franca Austral, señalándose asimismo que las ballenas francas australes mantienen fidelidad a sus áreas de alimentación (fidelidad al sitio) a escalas temporales, y que de existir alteraciones con efectos negativos en un área de alimentación podría afectar a una fracción de la población (ciertas líneas genéticas) que hace uso de la misma, concluyendo en que la búsqueda de nuevos sitios de alimentación implica un gasto energético extra en períodos críticos y significativos, como la gestación y el amamantamiento por parte de dichas especies.

También se refiere en el informe que el Bloque CAN 114 se encuentra en su punto más cercano, a una distancia aproximada de 25 km. de la AMP bentónica “AGUJERO AZUL”, cuya protección ha obtenido, a



la fecha, media sanción legislativa por parte de la H. Cámara de Diputados de la Nación.

Allí se señala que “(...) los sistemas bentónicos son “(...) piezas clave para sostener procesos ecosistémicos, biológicos, biogeoquímicos y climáticos del océano profundo” ya que “(...) proveen alimento, refugio, áreas de reproducción y cría para especies de alrededores, incluyendo peces, tortugas y mamíferos marinos”, concluyendo que “(...) la relevancia de estos datos radica en que, de existir alteraciones con efectos negativos en un área de alimentación, podría afectar a una fracción de la población (ciertas líneas genéticas) que hace uso de la misma, siendo el impacto más grave la mortalidad o descenso en la reproducción de líneas genéticas que ya han sufrido históricamente a una presión mayor por caza, y una pérdida de la diversidad genética para la especie” (textual del informe).

El área del Agujero Azul –que posee una superficie de 148.000 Km<sup>2</sup>- se caracteriza por ser una región de alta producción de fitoplancton, el primer eslabón de las cadenas tróficas del mar. Este sistema de cánones submarinos en el área del talud atlántico, es hogar de especies vulnerables, tales como corales, esponjas y estrellas de mar, pasando por rayas, tiburones, merluza y calamares, y en donde se hallan complejas estructuras que ofician de refugio y permiten la reproducción y cría de otras especies.

Reiteramos entonces que, pese a lo señalado, el informe acota que las medidas de mitigación propuestas por EQUINOR en el Capítulo 8 (ampliado) del EsIA (Medidas de mitigación y Plan de Gestión Ambiental), son “(...) apropiadas para mitigar los potenciales impactos” (textual del informe referido, Punto 2).

En ese orden de ideas, y como también lo constata el *a quo*, los documentos que dan sustento a las medidas de mitigación que ahora se evalúan, son 1) la DIA complementaria; 2) el Capítulo 8 del ESiA del





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Proyecto actualizado al mes de julio del 2022; y 3) el Informe Complementario al ESiA “Valoración de los Impactos Directos, Indirectos, Acumulativos y Sinérgicos”, todos ellos accesibles al público en modo irrestricto, a través del Link de la página web <https://www.argentina.gob.ar/ambiente/cambio-climático/campaña-de-adquisición>, y por supuesto la Res 7/22, que avala la realización de tales medidas de mitigación, como idóneas respecto del plan trazado.

Cabe aquí recordar que tales medidas consisten en: a) la presentación de un informe final, con datos recabados en etapa de monitoreo previo, b) la generación de coordinación y soporte a la Red Federal de Varamientos durante el período de la operación, c) la incorporación de un programa de capacitación de operadores de OFM y PAM, y d) el fortalecimiento de capacidades, contratando al menos 1 Observador de Monitoreo Acústico Pasivo (MAP) local, y 3 Observadores de Fauna Marina (OFM) también de extracción local.

Es indudable que, **a partir de los requerimientos de esta Cámara, el análisis de los impactos acumulativos del Proyecto se ha incorporado con mayor desarrollo**, y para su valoración debe tenerse presente que –ante la naturaleza y dinamismo del medio marino- existen algunas dificultades concretas y reales para plantearlos con total certidumbre, acrecentándose entonces su nota probabilística.

De todos modos, lo dicho no impide advertir la relevancia que tienen algunos elementos que, por su trascendencia, merecen una tutela especial en el marco de las medidas de mitigación propuestas.

Es por ello que esta Cámara se permite subrayar algunas circunstancias ya referidas, para analizar la cuestión: **a)** la necesidad de maximizar el cuidado del Monumento Natural Ballena Franca; **b)** la tutela que merece al denominado Agujero Azul; **c)** la inviabilidad del otorgamiento de



Declaraciones de Impacto Ambiental a más de un proyecto de exploración sísmica 3D sobre el mismo bloque o área permitida, a realizarse en el mismo período de tiempo; **d)** la necesidad de suspender toda actividad ante un acontecimiento que afecte sensiblemente al ambiente.

Consideramos, en este sentido, que puede ser relevante agregar a un actor en estas cuestiones, a efectos de intensificar los controles futuros para evitar daños y posibilitar una eventual suspensión de actividades si fuera necesario. Y, con esta intención, advertimos la existencia de un grupo de trabajo especializado, que sin dudas será de utilidad.

Nos referimos al trabajo integrado que conforma el denominado Proyecto Pampa Azul. Este, integrado por la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, junto a más de siete ministerios, otras universidades y el CONICET, trabajan en conjunto en un proyecto a largo plazo a fin de conocer los recursos del mar y así aportar no solo al conocimiento científico y académico, sino también a la economía nacional. -

Como bien expresa su página web ([pampazul.gob.ar](http://pampazul.gob.ar)), *“Pampa Azul es una iniciativa interministerial del Gobierno de Argentina que articula acciones de investigación científica, desarrollo tecnológico e innovación para proporcionar bases científicas a las políticas oceánicas nacionales, incluyendo el fortalecimiento de la soberanía nacional sobre el mar, la conservación, así como el uso sostenible de los bienes marinos, incluida la creación y gestión de áreas marinas protegidas (...). Pampa Azul busca avanzar en la investigación, desarrollo e innovación que contribuyan a la seguridad y al desarrollo social, económico y ambientalmente sostenible con foco en (...) la protección de los bienes naturales marinos y la integración de los entornos marinos y costeros, así como a promover la formación de capacidades en las disciplinas científicas y áreas tecnológicas afines (...) Para ello se cuenta con una planificación a mediano y largo plazo que promueve enfoques*





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

*multidisciplinarios y sinergias interinstitucionales (...) La iniciativa concentra sus actividades en los espacios marítimos argentinos con una perspectiva global. Cuenta con cinco áreas geográficas prioritarias en donde se focalizan los esfuerzos de investigación, seleccionadas sobre la base de sus características oceanográficas, la importancia de sus ecosistemas y el impacto potencial de las actividades humanas. Ellas son: 1- Banco Burdwood / Área protegida Namuncurá; 2- Sistema fluvi-marino del Río de la Plata; 3- Golfo San Jorge; 4- Agujero Azul / Frente del Talud Continental; y 5- Islas Subantárticas (Georgias y Sandwich del Sur) (...) Pampa Azul está integrada por los siguientes ministerios: Ciencia, Tecnología e Innovación, Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto; Ambiente y Desarrollo Sostenible; Agricultura, Ganadería, y Pesca; Turismo y Deportes; Defensa y Seguridad. Entre las instituciones que participan se encuentran el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET); universidades nacionales e instituciones de ciencia y tecnología pertenecientes a los ministerios de Ciencia, Tecnología e Innovación; Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto; Ambiente y Desarrollo Sostenible; Agricultura, Ganadería, y Pesca; Turismo y Deportes; Defensa y Seguridad (...) Pampa Azul fue creada mediante el convenio interministerial MINCYT 061/14 rubricado por los siete ministerios. La ley 27.167 crea el Programa Nacional de Investigación e Innovación Productiva en Espacios Marítimos Argentinos (PROMAR) y fue aprobada por el Congreso de la Nación Argentina en 2015. El Fondo Nacional para la Investigación e Innovación Productiva de los Espacios Marítimos Argentinos (FONIPROMAR) tiene como autoridad de aplicación al Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación. El presupuesto anual del PROMAR es administrado por el Consejo de Administración, creado por el artículo 4° de la ley PROMAR y conformado por los siete Ministerios de Pampa Azul, CONICET y Jefatura de Gabinete de Ministros”.*

---

Fecha de firma: 05/12/2022

Firmado por: WALTER DAVID PELLE, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO OSVALDO TAZZA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: EDUARDO PABLO JIMENEZ, JUEZ DE CÁMARA



#36138528#351704915#20221204204156907



Estimamos que el Estado debe aprovechar la existencia de estas iniciativas, tan bien intencionadas, y potenciar sus acciones; a fin de que sus beneficios sean concretos y trascendentes.

Por ello, **estamos persuadidos que la inclusión, en el Proyecto, de Observadores pertenecientes a Pampa Azul, optimizaría el cuidado del Monumento Natural Ballena Franca, la tutela del Agujero Azul, así como la posibilidad de suspender toda actividad ante un acontecimiento que afecte sensiblemente al ambiente.**

Dicho todo lo anterior, y basándonos en el principio precautorio ambiental, **también consideramos prudente que las actividades de prospección sísmica no se efectivicen a una distancia menor a cincuenta (50) km. del Agujero Azul**, atento a la relevancia ambiental de tal área, ya referida con anterioridad.

En cuanto a lo dispuesto en el art. 4 de la parte resolutive de las Resol.-2022-7-APN-SCCDSEI#MAD, que establece: “Restrínjase el otorgamiento de nuevas declaraciones de impacto ambiental para la realización de actividades de prospección sísmica 3D en el ámbito espacial de los CAN 100, CAN 108 y CAN 114, por un plazo de veinticuatro (24) meses contados desde la finalización de la campaña de EQUINOR aprobada por Resolución MAyDS N° 436/21, en virtud de los fundamentos expuestos en los considerandos de la presente y los informes que lo preceden”, estimamos razonable tal medida, pues recepta las sugerencias brindadas por los organismos especializados dentro del proceso administrativo.

En síntesis, luego de leer y valorar la totalidad de los documentos agregados a estos autos, y en atención a las circunstancias señaladas, estamos en condiciones de hacer lugar a los recursos interpuestos (reseñados en los puntos II.1 y II.2 de la presente) contra la decisión del *a quo*





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

que tiene por incumplido el recaudo referido a la inclusión y valoración en forma conglobada de los impactos directos, indirectos, acumulativos y sinérgicos.

**Sin embargo, se establecerán ciertas condiciones en el desarrollo y ejecución del Proyecto, que consideramos esenciales para el debido cuidado del medio ambiente.**

**IX) La modalidad asertiva de la DIA:** En nuestra anterior sentencia, establecimos como recaudo que: “Salvo circunstancias debidamente fundadas en que ello no pudiese evitarse de ninguna manera, las indicaciones de la Declaración de Impacto Ambiental a dictarse, deberán ser emitidas asertivamente, y no en modo potencial o condicional”.

En este caso, el *a quo* tuvo por cumplido dicho recaudo, en consonancia con la valoración efectuada por el Ministerio Público Fiscal.

Los agravios que se alzan contra ello se sustentan, básicamente, en que si bien la DIA contiene lenguaje asertivo, los documentos anteriores en los que se basó contienen numerosas expresiones potenciales o condicionales. Ante dichos planteos, es necesario hacer dos consideraciones importantes.

En primer lugar, es menester recordar que –en el marco de un Proyecto como el que nos ocupa- gran parte de las proyecciones ambientales que pueden realizarse son de naturaleza probabilística. En efecto, los estudios de impacto ambiental se hallan condicionados por la realidad que impere oportunamente, y no hacen más que evaluar los futuros escenarios posibles, a efectos de evaluar las medidas más pertinentes con la finalidad de evitar o al menos mitigar los efectos nocivos al ambiente que tengan las actividades a desarrollarse. Por ello, es inevitable que algunos de sus contenidos no tengan algún rasgo conjetural, hipotético, potencial o condicional.



Pero, además, es claro que la resolución de esta Cámara se refirió exclusivamente al lenguaje utilizado por “las indicaciones de la Declaración de Impacto Ambiental a dictarse”, y no a la totalidad de la información recabada con anterioridad a la DIA. De ese modo, habiendo adquirido firmeza lo determinado oportunamente, no corresponde en esta instancia modificar “retroactivamente” la anterior resolución (ni siquiera desde el plano interpretativo), pues ello vulneraría gravemente el principio de cosa juzgada, la seguridad jurídica, e incluso la buena fe procesal (que alcanza no sólo a los litigantes sino también al Poder Judicial).

Por lo tanto, no advirtiéndose en las indicaciones volcadas en la DIA un modo potencial o condicional que incumpla con la manda dispuesta oportunamente, no cabe otra conclusión que rechazar los agravios en análisis (relatados en los puntos II.3 y II.4) y confirmar la sentencia apelada, en relación al recaudo antedicho.

**X) Como conclusión de todo lo expuesto hasta aquí, llegamos a que debe levantarse la medida cautelar oportunamente dispuesta, pues deben tenerse por cumplidos todos los requisitos establecidos por esta Cámara oportunamente.**

**Sin embargo, ello no obsta que se establezcan algunas condiciones adicionales, que deberán cumplirse en el curso del Proyecto, y que serán adoptadas oficiosamente por ésta Alzada**

Nos encontramos legitimados para establecerlas pues, como ya hemos expresado en estos autos, los Magistrados actuantes en causas judiciales tenemos el deber –como cualquier otro habitante de la Nación– de “defender el ambiente” (Cfr. Art. 41 CN), lo que implica asumir en este tipo de contiendas un papel proactivo, tendiente a buscar la verdad real y la protección del ambiente, sin olvidar que la propia Constitución impone una modalidad de





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

“desarrollo sustentable”, lo que implica a su vez, avalar una nueva filosofía del desarrollo, pero no “vetarlo” imprudentemente, ante la primera invocación de lesión al entorno, sino intentar dar respuestas nuevas a problemas nuevos, imponiendo modalidades de tutela diferenciada pero además de “acompañamiento y protección”, sin resignar el protagonismo activo que la Constitución y las leyes le imponen.

Y es precisamente la ley la que impone la prevención del daño (arts. 1710 y ss. del CCC, arts. 4 y ccs de la LGA). En efecto, el art. 4 de la LGA establece, en su parte pertinente: “La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: (...) **Principio de prevención:** Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir. **Principio precautorio:** Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente (...)”.

Sosteniendo entonces nuestra decisión en tales principios, consideramos que –si bien la medida cautelar debe levantarse, **las actividades propias del proyecto sólo podrán ser llevadas a cabo bajo las siguientes condiciones, adicionales a todas las ya dispuestas en las DIA y EIA correspondientes:** a) **Deberán incluirse, como Observadores Permanentes, a miembros de Pampa Azul, quienes deberán velar por el cuidado del Monumento Natural Ballena Franca, por la tutela del Agujero Azul, así como denunciar a las autoridades administrativas y judiciales actuantes cualquier acontecimiento que afecte sensiblemente al ambiente, para propiciar la inmediata suspensión de las actividades en caso de darse**



tales supuestos; b) Las actividades de prospección sísmica no deberán llevarse a cabo a una distancia menor a cincuenta (50) km. del Agujero Azul; c) Las actividades propias del Proyecto deberán suspenderse inmediatamente, ante la verificación de cualquier acontecimiento que dañe sensiblemente al ambiente, tanto por parte de las autoridades administrativas o judiciales como por parte de los responsables de su ejecución.

Asimismo, se exhorta a las autoridades administrativas a que propicien y mantengan permanentemente un máximo nivel de control sobre las actividades del Proyecto, para cumplir con las mandas que el derecho impone en la materia respecto a la tutela del medio ambiente.

Cabe agregar que, a efectos de nutrir la objetividad que debe guiar toda decisión judicial, este Tribunal, consultando la página oficial de YPF <https://offshore.ypf.com/#cuidado>, advirtió que en materia de propuestas de explotación petrolera Off-Shore, planteadas éstas como “políticas de Estado”, se han desarrollado proyectos de esta índole en zona de “aguas profundas” a “ultra profundas” del territorio nacional (a más de 300 Km. de la costa y a una profundidad que supera los 1000 mt.), contando a la fecha con 4 bloques off-shore en el Mar Argentino, adjudicadas en 2019, y en etapa exploratoria. Estadísticamente, informa la petrolera estatal que, en el marco de la búsqueda de hidrocarburos en nuestro mar, con 90 años de antigüedad, a la fecha se han perforado en el lecho marino del país 187 pozos, y se produjeron hallazgos de interés, **sin registrar incidentes ambientales en sus operaciones.** De más está decir que ello no permite asegurar la inexistencia absoluta de riesgos en una exploración futura (por ello deben tomarse todas las razonables y posibles medidas de control), pero es claro que menos aún permite avizorar un escenario apocalíptico.





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

**XI)** Con respecto a las costas de Alzada, teniendo en cuenta que todos los intervinientes pudieron creerse con derecho para sostener sus posturas del modo en que lo hicieron, así como la complejidad, originalidad y trascendencia del tema debatido, estimamos justo imponerlas en el orden causado (art. 68, 2da. parte, CPCCN).

**XII)** Por último, es atinado recordar que estamos en el marco decisorio de una medida cautelar. Ello implica que –más allá de lo decidido aquí- un cambio relevante de circunstancias puede sustentar un nuevo planteo tutelar, y que –además- el destino final del juicio estará marcado por su sentencia definitiva, la cual es independiente de lo expuesto en atención de las medidas cautelares, que no implican prejuzgamiento.

También es oportuno advertir que **este proceso tiene por objeto de análisis un Proyecto de prospección sísmica** cuya finalidad es determinar si existen reservas petroleras en el fondo submarino; **sin que se esté debatiendo aún un Proyecto extractivo** (si es que tal extracción es viable desde el punto de vista ambiental, técnico y económico). Lo dicho es relevante puesto que –públicamente- suelen debatirse cuestiones relacionadas con esto último y no con el Proyecto específico en el que nos encontramos (al cual deben ceñirse tanto el *a quo* como esta Cámara). Por ello, **las decisiones que se tomen en este expediente no implican de ningún modo avalar un desconocido proyecto de extracción de un recurso todavía no encontrado.**

**XIII)** Debido a todo lo expuesto, este Tribunal;

**RESUELVE:**

---

Fecha de firma: 05/12/2022

Firmado por: WALTER DAVID PELLE, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO OSVALDO TAZZA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: EDUARDO PABLO JIMENEZ, JUEZ DE CÁMARA



#36138528#351704915#20221204204156907

**I)** Revocar parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto consideró incumplidos los recaudos referidos a la participación de la APN y a la inclusión y valoración en forma conglobada de los impactos directos, indirectos, acumulativos y sinérgicos; receptándose de este modo los recursos reseñados en los Considerandos II.1 y II.2.

**II)** Confirmar el resto de la sentencia apelada, rechazándose los recursos reseñados en los Considerandos II.3 y II.4.

**III)** En consecuencia, dejar sin efecto la medida cautelar oportunamente trabada en autos, y autorizar, en consecuencia, la continuidad en las actividades de prospección que involucran al presente proyecto, en los términos dispuestos por ésta sentencia. -

**IV)** Establecer oficiosamente, como condiciones esenciales para ejecutar el Proyecto, las siguientes: **a)** Deberán incluirse, como Observadores Permanentes, a miembros del equipo “Pampa Azul”, en el número de integrantes que la autoridad administrativa considere adecuado, quienes deberán velar por el cuidado del Monumento Natural Ballena Franca, por la tutela del Agujero Azul, así como denunciar a las autoridades administrativas y judiciales actuantes cualquier acontecimiento que afecte sensiblemente al ambiente, para propiciar la inmediata suspensión de las actividades; **b)** Las actividades de prospección sísmica no deberán llevarse a cabo a una distancia menor a cincuenta (50) km. del sector que comprende la zona denominada “Agujero Azul”; **c)** Las actividades propias del Proyecto deberán suspenderse inmediatamente, ante la verificación de cualquier acontecimiento que dañe sensiblemente al ambiente, tanto por parte de las autoridades administrativas o judiciales como por parte de los responsables de su ejecución.

**V)** Exhortar a las autoridades administrativas a que propicien y mantengan permanentemente un máximo nivel de control sobre las actividades del Proyecto, para cumplir con las mandas que el derecho impone en la materia





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

respecto a la tutela del medio ambiente, y para velar por el cumplimiento de cualquiera de las condiciones antes establecidas, debiendo articularse la inmediata suspensión de las actividades del Proyecto en caso de incumplimiento.

**VI) NO IMPONER COSTAS DE ALZADA**, en virtud de la originalidad del tema planteado, del modo como se resuelve, y porque las partes pudieron razonablemente haberse creído con derecho a efectuar sus planteos (art. 68 CPCCN).

**REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE. DEVUÉLVASE.**

Se deja constancia que se encuentra vacante el cargo de tercer integrante de este Tribunal (art. 109 RJN); que los jueces han firmado electrónicamente esta sentencia desde sus respectivos despachos; y que en el día de la firma de esta sentencia en el Sistema Lex 100 notifiqué electrónicamente la presente a las partes con domicilio constituido.

---

*Fecha de firma: 05/12/2022*

*Firmado por: WALTER DAVID PELLE, SECRETARIO DE CAMARA*

*Firmado por: ALEJANDRO OSVALDO TAZZA, JUEZ DE CAMARA*

*Firmado por: EDUARDO PABLO JIMENEZ, JUEZ DE CÁMARA*



#36138528#351704915#20221204204156907





## Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III  
9294/2021 DANA GROUP SA c/ EN-M DESARROLLO  
PRODUCTIVO-SECRETARIA INDUSTRIA ECONOMIA DEL  
CONOCIMIENTO Y GESTION EXTERNA-SIMI 247420G Y  
OTRO s/MEDIDA CAUTELAR (AUTONOMA)  
Buenos Aires, 27 de diciembre de 2022.- ESS/SH

### **Y VISTOS; CONSIDERANDO:**

**I.-** Que, el Estado Nacional – Ministerio de Desarrollo Productivo, mediante las presentaciones electrónicas del 07/04/2022 y del 06/10/2022, apelan los autos del 30/03/2022 y del 29/09/2022, por los que el señor juez de primera instancia concedió la prórroga de la medida cautelar admitida el 22/09/2021, en ambas oportunidades por el término de 6 (seis) meses.

**II.-** Que previo a resolver corresponde destacar que la presente causa fue remitida por el juzgado de primera instancia recién el 09/11/2022, como consecuencia de la apelación interpuesta por el Estado Nacional – Ministerio de Desarrollo Productivo contra la segunda prórroga de la medida cautelar que fuera concedida el 29/09/2022, sin que se haya dado la debida intervención a esta Alzada respecto de la primera prórroga concedida el 30/03/2022.

**III.-** Que cabe tener presente que mientras el expediente se encontraba con llamado de autos al Acuerdo para resolver, la resolución conjunta general de la Administración Federal de Ingresos Públicos y la Secretaría de Comercio nro. 5271/2022 -B.O. 12/10/2022-, derogó la resolución conjunta general nro. 4185 y sus modificatorias (art. 1º) e instituyó el “Sistema de Importaciones de la República Argentina (SIRA)”, destinado a obtener de manera anticipada información necesaria para generar previsibilidad y trazabilidad en las operaciones de importación (art. 2º).

En cuanto aquí interesa, el artículo 11º establece que las presentaciones efectuadas en el marco del Sistema Integral de Monitoreo de Importaciones (SIMI), “que se encuentren en estado SALIDA a la fecha de publicación de la presente mantienen su validez, excepto para aquellas declaraciones SIMI que la DIRECCIÓN GENERAL DE ADUANAS de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE



INGRESOS PÚBLICOS, considere que debe aplicárseles las validaciones indicadas en el punto b) del artículo 7° de la presente, referidas al Perfil de Riesgo Aduanero, las cuales volverán al estado OFICIALIZADO, a los efectos de ser reevaluadas”.

De manera que subsiste en el caso una cuestión controvertida, que deriva del cumplimiento de la medida cautelar, respecto de las licencias tramitadas en el SIMI nro. 21001SIMI247420G, 21001SIMI276005H, 21001SIMI276010D, 21001SIMI276014H, 21001SIMI275998E, 21001SIMI257139Y, 21001SIMI257144K, 21001SIMI257145L, 21001SIMI293726Z, 21001SIMI293731M, 21001SIMI293735Z, 21001SIMI295952T y 21001SIMI295942S (cfr. esta Sala causa n° 19703/2021 Incidente N° 4 – ACTOR: GENERATION INTERNATIONAL MARKETING SA DEMANDADO: EN-M DESARROLLO PRODUCTIVO- SECRETARIA INDUSTRIA ECONOMIA DEL CONOCIMIENTO Y GESTION COMERCIAL EXTERNA-SIMI 475056Y 473028L Y OTRO s/INC APELACION, del 15/11/2022).

IV.- Que la apelante, funda sus recursos por los memoriales del 20/04/2022 13:39hs. y del 27/10/2022, – mediante las presentaciones electrónicas “PRESENTA MEMORIAL FUNDA RECURSO [20/04/2022 13:39]” y “PRESNETA MEMORIAL FUNDA RECURSO [27/10/2022 09:55]”-, cuyos traslados fueron replicados por la parte actora el 29/04/2022 16:55hs. y 04/11/2022 15:43hs. –respectivamente–.

En sustento de sus recursos cuestiona que el Sr. Juez de grado haya soslayado considerar el estado actual de los trámites de declaración jurada involucrados en las presentes actuaciones, concediendo la prórroga de vigencia de la medida cautelar sin que se encuentren reunidos los requisitos establecidos por el art. 5 de la Ley 26854.

En ese orden de ideas, señala que es “...requisito esencial de validez de las resoluciones judiciales que





## Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III  
9294/2021 DANA GROUP SA c/ EN-M DESARROLLO  
PRODUCTIVO-SECRETARIA INDUSTRIA ECONOMIA DEL  
CONOCIMIENTO Y GESTION EXTERNA-SIMI 247420G Y  
OTRO s/MEDIDA CAUTELAR (AUTONOMA)

disponen la prórroga de vigencia de la medida cautelar que ellas sean fundadas y que constituyan, por tanto, derivación razonada del derecho aplicable, con referencia a los hechos comprobados de la causa”, y que ello no fue cumplido por el auto impugnado “...en cuanto se apoya en una afirmación dogmática para resolver un punto controvertido de derecho, sin analizar las circunstancias concretas del caso y las específicas de la normativa aplicable”.

Por otro lado, critica que se otorgara la prórroga sin fundamentar “...los motivos que lo llevan al dictado de dicha resolución, violando de esa manera la letra de la norma aplicable, como así también el derecho de defensa de esta parte, a quien no se corrió previo traslado de la petición de la actora”. Además, expone que la actividad desplegada por la parte actora se limita a obtener y mantener en el tiempo una medida precautoria cuyo objeto se confunde en realidad con el del proceso de fondo cuya iniciación o existencia no ha sido siquiera denunciada, sin intentar lograr un pronunciamiento respecto de la cuestión de fondo en atención que ha obtenido el mismo resultado con la medida concedida.

Por último, destaca que el auto apelado hizo lugar a la petición de la parte actora sin que se haya dado cumplimiento con lo establecido por el art. 13 apartado 2 de la Ley 26854.

**V.-** Que a fin de resolver el recurso de la co-demandada, corresponde revisar el examen efectuado en la instancia de origen en torno al cumplimiento de los recaudos del art. 5º, párrafos tercero y cuarto, de la ley 26.854, referido a la prórroga de la vigencia de la medida, tarea que conlleva verificar el adecuado impulso procesal desplegado en la causa principal.

**VI.-** Que, inicialmente, corresponde señalar que el magistrado de primera instancia debió haber conferido un



traslado de la solicitud de la prórroga de la medida cautelar formulada por la parte actora (ver en igual sentido, considerando IV de la causa 12920/2020, “Genti SRL c/ EN-M Desarrollo Productivo – Secretaria de Industria del Conocimiento y Gestión Comercial Externa y otro s/medida cautelar (autónoma)”, del 14/12/2021).

VII.- Que, por otra parte, el art. 5, cuarto párrafo, de la ley 26.854, establece que será de especial consideración para el otorgamiento de la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida. El juez de grado omitió examinar tal recaudo, cuestión que debe ser valorada por este Tribunal en forma originaria, tal como lo autoriza el art. 278 del Código Procesal.

Al respecto, invariablemente ha sido afirmado que los trámites vinculados a las medidas cautelares no tienden a hacerlo avanzar hacia la sentencia, razón por la que impiden que sus actos puedan valorarse a los fines de la ampliación del plazo de vigencia de la tutela (cfr. esta Sala causa n° 877/2021 Incidente N° 2 - ACTOR: DANA GROUP SA DEMANDADO: EN-M DESARROLLO PRODUCTIVO-SECRETARIA INDUSTRIA ECONOMIA DEL CONOCIMIENTO Y GESTION EXTERNA Y OTRO s/INC APELACION”, del 31/03/2022 y sus citas).

Sobre dicha base, se advierte que la actividad que ha desplegado la parte actora no puede ser calificada, en los términos prescriptos por el citado artículo 5 de la Ley 26.854, como dilatoria. Máxime si se observa que en el proceso principal (expte. conexo N° 16270/2021), iniciado el 29/09/2021 (según la fecha del alta en el sistema informático) tras haber obtenido el dictado de la medida cautelar el 22/09/2021, no sólo ya ha sido diligenciado el oficio a la Procuración del Tesoro de la Nación, el 30/03/2022, de conformidad con lo dispuesto por el art. 8° de la ley 25.344 (cfr. DEO 5308357), sino que el tribunal dispuso el traslado de la demanda por el auto del 16/08/2022 y la actora notificó al Fisco Nacional (AFIP-DGA), el 16/08/2022





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III  
9294/2021 DANA GROUP SA c/ EN-M DESARROLLO  
PRODUCTIVO-SECRETARIA INDUSTRIA ECONOMIA DEL  
CONOCIMIENTO Y GESTION EXTERNA-SIMI 247420G Y  
OTRO s/MEDIDA CAUTELAR (AUTONOMA)  
(mediante DEO 6767428), y al Estado nacional – Ministerio de  
Desarrollo Productivo mediante diligenciamiento de oficio que se tuvo  
por acreditado por el juzgado de origen, el 09/09/2022. En efecto, la  
autoridad ministerial contestó demanda el 17/10/2022.

Por ello, **SE RESUELVE:**

1) Desestimar los recursos  
interpuestos por el Estado Nacional – M° de Desarrollo Productivo y  
mantener la prórroga del plazo de la medida cautelar dictada el  
22/09/2021, dispuesta por el plazo de seis meses en la resolución del  
6/10/2022.

2) Imponer costas en el orden  
causado.

Se hace saber a las partes que podrán  
consultar copia de los precedentes citados en el sitio web  
<http://www.cij.gov.ar/>.

**A los fines del art. 109 del  
Reglamento para la Justicia Nacional se hace constar que suscriben  
la presente dos vocales por hallarse vacante el tercer cargo.**

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

SERGIO GUSTAVO FERNANDEZ CARLOS MANUEL GRECCO





**Expediente Número:** CAF - 78002/2018 **Autos:**  
CAMUZZI GAS DEL SUR SA c/ COOPERATIVA DE  
TRABAJO FASINPAT LTDA Y OTROS s/AMPARO LEY  
16.986 **Tribunal:** JUZGADO CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO FEDERAL 1 / SECRETARIA N° 1

Señor Juez:

Se corre nueva vista a este Ministerio Público, en atención al estado de la causa, a fin de que asuma la intervención que por ley corresponde y, asimismo, me expida respecto de los planteos de caducidad efectuados por Cooperativa de Trabajo Fasinpat Ltda., Cooperativa de Trabajo Confluencia Ltda. y Cooperativa de Trabajo CERSINPAT Ltda.

En autos la sociedad Camuzzi Gas del Sur S.A. (en adelante "CGS"), a través de sus apoderados, se presenta ante VS y solicita que despache favorablemente una medida autosatisfactiva urgente, en los términos de los arts. 43 de la Constitución Nacional y arts. 230, 321 inc. 2, subsiguientes y concordantes del CPCC, contra la Cooperativa de Trabajo Fasinpat Limitada (en adelante, "Fasinpat"), Industria Cerámica Neuquén SA (en adelante, "Cerámica Neuquén"), Cerámica Stefani SA y Soltex SA, con el objeto de que VS le brinde tutela inmediata y efectiva, y dicte sentencia ordenando a las demandadas cumplir, en un plazo perentorio e improrrogable de 72 horas de notificada la sentencia, la liberación del ingreso a las plantas industriales de su propiedad, sitas en los domicilios apuntados en el escrito inicial, con eventual otorgamiento de fuerza pública, para que CGS pueda llevar adelante la urgente e imprescindible acción de corte físico y suspensión de la continuidad del suministro de gas, a los fines preservar la operatividad del sistema de transporte y del servicio público de distribución de gas por redes en jurisdicción nacional concesionado a su sociedad. Todo ello, afirma, a los fines de asegurar el cumplimiento del Marco Regulatorio del Gas, conforme arts. 31 y 42 de la Constitución Nacional.





A todo evento, y para el hipotético caso de que V.S. estimare que corresponde readecuar la pretensión de tutela autosatisfactiva, solicita su reconducción a fin de que tramite bajo las reglas del proceso de amparo, en los términos de los arts. 43 de la Constitución Nacional y arts. 321 inc. 2), siguientes y concordantes del CPCC, con el mismo objeto antes indicado.

Finalmente, solicita la citación como tercero del Ente Nacional Regulador del Gas ("ENARGAS"), en los términos del art. 94 del CPCCN, toda vez que considera que es una parte interesada en la sustanciación de esta rápida y expedita vía contra las demandadas, atendiendo a los objetivos que debe cumplir ese Ente según la Ley N°24.076 (propender a una mejor operación y mayor confiabilidad de los servicios e instalaciones de transporte y distribución de gas natural, cfr. art. 2° inc. b del marco regulatorio, incentivar la eficiencia en el transporte, distribución y uso del gas natural, cfr. inc. e), e incentivar el uso racional del gas natural, cfr. inc. f), que -según dice- se encuentran seriamente comprometidos por la arbitraria y manifiestamente ilegal conducta desplegada por las demandadas.

Manifiesta preliminarmente que, en casos análogos, el ENARGAS ha tenido oportunidad de instruir a CGS que adopte medidas judiciales y/o extrajudiciales como las que solicita en autos. Por cierto, precisa que su sociedad sometió a la intervención del Ente casos análogos a los que se relatan en autos, por idénticos hechos obstructivos por parte de una industria que generan las mismas consecuencias jurídicas en perjuicio de CGS, del sector gasífero y del interés público en general.

Así las cosas, considera razonable, adecuado y proporcionado a la urgencia del caso interpretar que no es necesario recurrir al ENARGAS, según las vías procesales fijadas en la Ley N° 24.076, pues el Ente ya instruyó a CGS arbitrar a su opción toda medida judicial y/o extrajudicial que estime corresponder.

De ese modo, afirma que, siguiendo las instrucciones contenidas en la Nota NO-2018-34332558-APN-GALffENARGAS y el resto del Marco Regulatorio del Gas aplicable, procuró primeramente





un acercamiento con las demandadas a fin de que éstas se adecuen a norma, lo que no ocurrió, ya que personal dependiente de cada una de ellas impidió a CGS el cumplimiento de sus obligaciones como "Operador del Sistema de Distribución de Gas", al obstaculizar el ingreso a sus instalaciones para proceder al corte físico del servicio. De este modo, aduce que, agotada toda posibilidad de obtener la urgente adecuación por parte de las demandadas al Marco Regulatorio del Gas, en el marco de las gestiones extrajudiciales intentadas, no le queda otra alternativa que requerir el auxilio judicial de V.S. para proceder al corte físico del servicio.

En este sentido, sostiene que las circunstancias apuntadas muestran la necesidad imperiosa e impostergable de obtener el dictado de un despacho judicial favorable que habilite a CGS el ingreso a las instalaciones de las demandadas, para proceder al corte físico del servicio de gas, cumpliendo así sus obligaciones de "Operador del Sistema de Distribución de Gas" a los fines de preservar el abastecimiento de los usuarios dentro de su área de servicio.

Añade que existen razones adicionales que justifican el inicio de esta acción por ante VS, toda vez que la jurisdicción de la alzada prevista en la Ley N° 24.076 está limitada a los recursos de apelación, lo que no ocurre en el caso, pues no hay acto del Estado Nacional por recurrir, y atento a la naturaleza de la pretensión autosatisfactiva solicitada (especie dentro del género de las medidas precautorias), es la primera instancia de este fuero la que debe pronunciarse

Explica que, en el contexto del marco regulatorio del servicio y su reglamentación, la Resolución ENARGAS N° 716/98 reglamenta el funcionamiento interno de los Centros de Despacho y fija pautas o lineamientos básicos y operativos entre transportistas y distribuidoras con el objeto de garantizar la calidad y continuidad del servicio público, teniendo como primordial misión el abastecimiento de la demanda residencial. Al respecto, indica que, dentro de esta normativa, se encuentra la obligación de las demandadas, en su calidad de cargadores de la distribuidora, de ubicar sus desvíos de







consumo (diferencia entre la cantidad realmente entregada con combustible asociado, menos la cantidad autorizada a consumir) dentro de las bandas de tolerancia infamadas por la transportista.

Explica que esa "desviación cuantificada" en forma porcentual es la desviación referida a la capacidad contratada por los cargadores -en este caso, las demandadas- con la distribuidora. En tales condiciones, manifiesta que, en virtud del art. 17 del Reglamento de Servicio de la Licencia de Distribución, las demandadas tienen las mismas obligaciones como cargadores de la distribuidora, que la distribuidora como cargador de la transportista.

Afirma luego que, en función a esta obligación, desde el momento en que se normalizó el sector gasífero -enero de 2018-, las demandadas están incumpliendo con la normativa vigente, impulsando a CGS a excederse en la tolerancia estipulada por las normas reguladas, poniendo así en riesgo los sistemas de transporte y distribución, a la licenciataria en una situación anormal dentro de ese sistema, y en peligro el normal abastecimiento de los clientes consumidores de gas natural (residenciales, pequeñas industrias y comercios, etc.). En este sentido, destaca que para el caso de que se verifiquen incumplimientos al Reglamento Interno de los Centros de Despacho, se estableció un sistema sancionatorio a través del cual las transportistas pueden aplicar multas o penalidades a las distribuidoras.

Continúa diciendo que, en el contexto de normalización del sector del gas (en cuanto a la finalización de la prórroga de la emergencia pública declarada por la N° 25.561, en cuyo marco el Estado Nacional intervino en la fijación del precio de adquisición del gas natural), y el consecuente restablecimiento de la plena vigencia de la Ley N° 24.076 y su Reglamento de Servicio, se suscitó esa controversia cuando las demandadas decidieron no ajustarse a las intimaciones de CGS, impidiéndole así cumplir sus obligaciones derivadas de la aplicación plena del Marco Regulatorio del Gas, al frustrar el ingreso de dependientes de la licenciataria a los domicilios de sus correspondientes industrias pan proceder al corte físico del servicio de gas.





Refiere, en particular, que la conducta de las demandadas obsta al cumplimiento del apartado 12 del Reglamento de Servicio de la Licencia de Distribución, que obliga a las distribuidoras a implementar la restricción o interrupción del servicio toda vez que, a su juicio, se determine que tal restricción y o interrupción resulta necesaria.

En tales condiciones, apunta que ninguna de las demandadas cuenta con proveedor de gas y, por ello se encuentran consumiendo gas natural sin un contrato de gas que respalde sus consumos. Asimismo, advierte que ninguna de las demandadas respalda sus consumos a través de un contrato de servicio de transporte y distribución, tal y como lo exige el Marco Regulatorio, excepto Fasinpat, con el consiguiente y grave perjuicio al sector gasífero en general. En el caso de Easineat, refiere que ésta se apartó directamente de la oferta irrevocable que le formuló a CGS con fecha 13/7/18 para la Contratación del Servicio de Transporte y Distribución con vigencia desde el 1/5/18 al 30/4/19, mediante la cual la demandada se comprometió a "adecuar su consumo de gas en la planta estrictamente al volumen de gas inyectado por su productor y/o comercializador en el punto de entrega".

Luego, manifiesta que, en el marco del proceso de normalización del sector del gas orientado a dar cumplimiento efectivo de las normas que rigen la actividad del mercado de gas natural ya aludido, CGS cursó una serie de intimaciones a cada una de las demandadas, con el objeto de que éstas normalicen sus respectivas situaciones, de cara a las exigencias del sector interno regularizado. Al respecto, afirma que ninguna intimación fue cumplida, tal como detalla en el escrito inicial. Asimismo, cita y reseña individualmente las respectivas actas notariales de constatación, a los efectos de dejar asentada la imposibilidad de realizar la notificación y corte de servicio de gas en las plantas de las codemandadas.

Como corolario de lo expuesto, aduce que las demandadas transgreden por vía de hecho el Marco Regulatorio del Gas, ejerciendo abusivamente su derecho de propiedad, con





ilegalidad manifiesta e incompatibilidad con el interés público perseguido a través del corte físico del servicio. Asimismo, afirma que agravan temerariamente los desbalances acumulados en el Sistema de Transporte que, en conjunto, ascendían a julio del 2018 a 5.868.791 m<sup>3</sup>, lo que viene ocurriendo progresivamente.

Advierte en este punto sobre las graves consecuencias de la conducta desplegada por las demandadas, al ejercer abusivamente su derecho de propiedad, soslayando por completo la regulación estatal de la cuestión -de orden público y por ende indisponible- que rige esta relación jurídica, en la que el interés público está comprometido y requiere satisfacción prioritaria, conforme los lineamientos de la Resolución ENARGAS N 716/98.

Finalmente, describe las gestiones técnicas y administrativas necesarias a fin de proceder al corte físico del servicio de gas, en las condiciones que V.S. disponga, reseñando a tales fines el procedimiento que resulta procedente.

En cuanto a la admisibilidad de la vía procesal, manifiesta que la urgencia del caso desaconseja la utilización de otro medio judicial que esta acción rápida, urgente y autónoma, en tanto acudir a las formas y plazos propios de un proceso de conocimiento ordinario provocaría serias consecuencias sobre la satisfacción del interés público en general, y de los usuarios del servicio público de distribución de gas natural por redes en especial, conforme lo previsto en el art. 42 de la CN.

En virtud de todo lo expuesto, solicita la inmediata cesación de los efectos de la prohibición de ingreso a las respectivas plantas por parte de cada una de las demandadas, a través del urgente despacho favorable de V.S., haciendo lugar a esta acción principal y autónoma.

A fs. 158 y ss., alega como hecho nuevo que el 12/12/2018 el ENARGAS dictó la Nota N° 2018-64818644-APN-GAL#ENARGAS, por la que sostuvo que, respecto de las aquí demandadas, la actora debería adoptar las medidas extrajudiciales y/o judiciales que estime pertinentes, en virtud de su responsabilidad





como operador del sistema de distribución de gas, a efectos de asegurar el abastecimiento de sus usuarios dentro de su Área de Servicio, conforme se desprende de la normativa aplicable.

A fs. 463/463 amplía la denuncia de hecho nuevo, para poner de manifiesto los sucesos que confirman los desbalances en que siguen incurriendo las codemandadas, en perjuicio del Sistema de Transporte y Distribución y la demanda no interrumpible. Al respecto, y de acuerdo a los cuadros incorporados en el escrito presentado, advierte que las codemandadas continúan incrementando ilegalmente sus desbalances acumulados, lo cual se verifica incluso hasta junio de 2020, de modo que las conductas por ellas desplegadas mantienen actualidad, generando nuevos y mayores desbalances que se acumulan a los ya denunciados, en transgresión a la Resolución ENARGAS N° 718/98.

En virtud de lo expuesto, enfatiza la necesidad imperiosa de que V.S. ordene un despacho favorable a su pretensión principal, y así lo solicita expresamente.

II- Del auto de fecha 157 se desprende que V.S. acordó otorgar a la pretensión el trámite propio del proceso de amparo.

III- Desde el punto de vista formal, cabe señalar que se han cumplido en autos las etapas procesales que contempla la Ley 16.986.

En efecto, incoada la acción, se requirió a las codemandadas la producción del informe del art. 8º de la ley 16.986, que fue presentado por el ENARGAS en su condición de tercero a fs. 167/184, y por las cooperativas codemandadas a fs. 247/253, 406, 437/450 y 470/482, respectivamente.

IV- El proceso se ha dirigido contra actos de particulares, por lo que encuadra en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional.

V-En cuanto a la viabilidad de la acción, cabe destacar que conforme ha sido reafirmado por el representante de este Ministerio Público Fiscal ante la Corte in re "Gianola, Raúl A. y





otros v. Estado Nacional y otros", G. 1400. XL (dictamen compartido por el máximo tribunal en su sentencia del 15.5.07, cfr. Fallos, 330:2255), "...la acción de amparo constituye un remedio de excepción y es inadmisibles cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, así como cuando la determinación de la eventual invalidez del acto requiere amplitud de debate y de prueba. Dichos extremos, cuya demostración es decisiva para su procedencia, V.E. los ha calificado de imprescindibles (doctrina de Fallos: 319:2955 -con sus citas-; 321:1252 y 323:1825, entre otros)...Por eso, la existencia de una vía legal adecuada para la protección de los derechos que se dicen lesionados excluye, en principio, la admisibilidad del amparo, pues este medio no altera el juego de las instituciones vigentes (Fallos: 303:419 y 422), regla que ha sustentado la Corte cuando las circunstancias comprobadas en la causa evidencian que no aparece nítida una lesión cierta o ineludible causada con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, o el asunto versa sobre una materia opinable que exige una mayor amplitud de debate o de prueba para la determinación de la eventual invalidez del acto (doctrina de Fallos: 303:422)...En este mismo orden de ideas, el Tribunal ha señalado, al delimitar la acción prevista en la ley 16.986, que si bien ella no es excluyente de las cuestiones que requieren trámites probatorios, descarta a aquellas que son complejas o de difícil acreditación y que, por lo tanto, exigen un aporte mayor de elementos de juicio que no pueden producirse en el breve trámite previsto en la reglamentación legal (Fallos: 307:178)...La doctrina sobre el alcance y el carácter de esta vía excepcional no ha sido alterada por la reforma constitucional de 1994, al incluirla en el art. 43, pues cuando éste dispone que 'toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo', mantiene el criterio de excluir dicha vía en los casos que por sus circunstancias requieran mayor debate y prueba y, por tanto, sin que se configure la 'arbitrariedad o ilegalidad manifiesta' en la afectación de los derechos y garantías constitucionales, requisitos cuya demostración, como se dijo, es imprescindible para la procedencia de esa acción (Fallos: 306:788; 319:2955 y 323:1825, entre otros)".





VI-Planteada sucintamente la cuestión, y de conformidad con lo requerido por VS a fs. 532, corresponde en primer lugar expedirme sobre los planteos de caducidad efectuados por Cooperativa de Trabajo Fasinpat Ltda., Cooperativa de Trabajo Confluencia Ltda. y Cooperativa de Trabajo Cersinpat Ltda.

Al respecto, plantean que la actora intentó con fecha 17/10/18 provocar el corte del suministro del gas, lo que, según sus palabras, constituye el acto que motiva el inicio de la acción de amparo. En tales condiciones, y a la luz del art. 2 inc. e) de la ley 16.986 -que establece la inadmisibilidad de la acción si no fuese presentada dentro de los 15 días a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse-, destacan que el escrito de inicio fue presentado el 9/11/18, esto es, 17 días hábiles después de la exteriorización del acto.

En cuanto a dicho planteo de extemporaneidad, debo señalar que, a los efectos de la admisibilidad formal de la acción de amparo, el escollo que se deduce de la prescripción del artículo 2° inciso "e" de la ley 16.986 no es insalvable cuando con la acción incoada se enjuicia una arbitrariedad o ilegalidad continuada que, aunque originada tiempo antes de recurrir a la justicia, es mantenida al momento de accionar y también en el tiempo siguiente (Cfr. CSJN, en la causa "Mosqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados", del dictamen de la Procuradora Fiscal, a cuyos términos remitió íntegramente el Tribunal).

Por ello, y toda vez que la parte actora denuncia que la imposibilidad de realizar el corte de servicio persiste por la conducta de las accionadas (en virtud de las presentaciones realizadas en autos), considero que la cuestión traída a conocimiento del Juzgado encuadra en el supuesto de un agravio continuado, que se mantiene al momento de iniciar la acción. Por lo que, en el presente caso, el acogimiento del planteo de extemporaneidad opuesto por las codemandadas devendría en una aplicación e interpretación irrazonable de las normas que reglamentan la garantía constitucional del amparo que, por su excesiva rigidez, se erigiría en un valladar





formal que tornaría inoperante dicho instituto procesal (Cfr. CSJN, en la causa "Imbrogno, Ricardo c. I.O.S", AR/JUR/4978/2001, del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

VII-Superado lo anterior, cabe reiterar que, sin perjuicio de la vía procesal bajo la cual ha tramitado la pretensión, los términos del escrito inicial dan cuenta de una petición autosatisfactiva, cuyo objeto es que VS ordene la liberación del ingreso a las respectivas plantas industriales de las codemandadas, con el eventual auxilio de la fuerza pública, para llevar adelante la urgente e imprescindible acción de corte físico y suspensión de la continuidad del suministro de gas, a fin de preservar la operatividad del Sistema de Transporte y Distribución de Gas por Redes en Jurisdicción Nacional, concesionado a su sociedad por Decreto N° 2451/92, y en cumplimiento del Marco Regulatorio del Gas.

En tales condiciones, se debe señalar que este tipo de medidas, llamadas "autosatisfactivas", surgieron como una creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 320:1634), y las mismas han sido admitidas por parte de la doctrina como un proceso urgente no cautelar, despachable "in extremis", que carece de regulación específica y que implica un "anticipo de jurisdicción", al dispensar una satisfacción o efectividad inmediata y definitiva que agota y consume la litis, cuando por la singularidad del objeto litigioso se impone un pronunciamiento inmediato, en razón de la inevitable frustración del derecho que habría de devenir si no se concede la tutela requerida (Cfr. CNCAF, Sala III, "Rivas, Alberto Santiago -INC MED c/ EN -M° Economía- Reol 125/08 y 141/08 s/ amparo ley 16.986", del 19/05/08; y Sala V, "Inc. de medida cautelar "AFIP c/ Oil Combustibles SA y otros s/ medida cautelar (autónoma)", 24/08/17, y doctrina allí citada).

Por este motivo, las medidas autosatisfactivas no pueden, sin más, ser asimiladas a las medidas cautelares, en tanto no son accesorias ni instrumentales a una acción principal. Por el contrario, tales medidas operan como reconocimientos definitivos sobre el mérito de una pretensión, a diferencia del instituto cautelar que pretende garantizar la eficacia práctica de la eventual sentencia a





pronunciarse sobre el fondo de la pretensión esgrimida en el marco de un proceso contradictorio.

En efecto, el despacho de la medida autosatisfactiva reclama una fuerte probabilidad de que lo pretendido por el requirente sea atendible, y no la mera verosimilitud con la que se contenta la diligencia cautelar, como así también de un grado de urgencia tal que permita advertir que, si la medida no se tomare en ese momento, se causaría un daño irreparable al peticionante (cfr. Gallegos Fedriani, Pablo O. "Las medidas cautelares contra la Administración Pública", 2º edición, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, pag. 148/149). Por ello, es restrictivo el criterio de apreciación de los extremos que justifican su dictado, ya que, de conformidad con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, corresponde descalificar la medida cautelar que produce los mismos efectos que si se hubiese hecho lugar a la demanda, pues la finalidad de dichas decisiones es asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable, mas no lograr el fin perseguido anticipadamente (Fallos: 325:2672).

Así, el reconocimiento de este tipo de medidas, acotado a un excepcionalísimo marco de situaciones extremas que involucran, por regla, derechos fundamentales, no se puede trasladar a cualquier campo de acción, menos aún despacharse sin elementos de juicio que den certeza sobre la existencia de los hechos invocados, el derecho alegado y la acreditación de una situación extrema, siendo así necesaria una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Fallos 316:1833).

VIII-Bajo tales premisas, cabe recordar que en autos la sociedad actora formula la pretensión autosatisfactiva en su condición de licenciataria del servicio público de distribución de gas por redes, con el objeto de que se ordene la liberación del ingreso a las respectivas plantas de las demandadas para llevar adelante la urgente e imprescindible acción de corte físico y suspensión de la continuidad del suministro de gas, a los fines fin de preservar la operatividad del sistema de transporte y distribución de gas.







De este modo, se advierte que la actora no acciona en reclamo de un interés estrictamente individual, sino con el objeto de cumplir con sus obligaciones como "Operador del Sistema de Distribución de Gas", a fin de preservar el abastecimiento de los usuarios dentro de su área de servicio, así como la continuidad y regularidad del mismo.

En este sentido, corresponde a dichos efectos recordar que las actividades o servicios esenciales para la sociedad, reservados a la titularidad pública mediante la calificación de servicio público, son aquellos cuyas prestaciones se consideran vitales e indispensables para el conjunto de los ciudadanos, con el fin de asegurar su prestación. Se trata luego de sectores y actividades esenciales para la comunidad, pues en ellos los ciudadanos satisface el contenido sustancial de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos (Cfr. CSJN, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", "18/08/2016, Fallos 339:1077).

Por ello, el Máximo Tribunal ha reiterado que quien contrae la obligación de prestar un servicio público lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable por su incumplimiento o ejecución irregular (Fallos 312:1656, 318:193, 325:2949; 326:4003, entre muchos otros).

Para el caso bajo examen, debe recordarse que, tal como señala la actora, el transporte y distribución de gas natural, según lo ha definido el correspondiente marco regulatorio (conf. arts. 1º y 4º de la ley 24.076), constituyen servicios públicos realizados por personas de derecho privado a quienes el Poder Ejecutivo les confirió la correspondiente concesión, licencia o permiso (Cfr. CNAF, Sala II, "Metrogas SA c/Resol. ENARGAS nº 374/96", del 11/07/00; "Camuzzi Gas Pampeana SA c/ENARGAS s/Recurso directo de organismo externo", 25/04/19, y Sala I, "Transportadora de Gas del Sur SA c/ Resolución ENARGAS nº 728/06 del 03/04/12).





Por este motivo, el Estado Nacional, a fin de garantizar el adecuado y eficaz funcionamiento del servicio público, asigna al licenciatario o concesionario privado una sucesión de funciones de control, que se denominan en doctrina como una "transferencia transitoria de potestades públicas". Ello independientemente del estricto y persistente control o supervisión del ente regulador sobre la actividad que la empresa prestadora realice en el ejercicio de dichas prerrogativas (Cfr. CNCAF, Sala II, "Mega S.R.L. c/Enargas s/ Art. 66-43-70 - Ley 24.076 - Enargas", 29/08/17).

En el sub examine, tal y como pone de relieve el ENARGAS -citado en calidad de tercero- en el informe producido en autos, el Apartado 12 del Reglamento de Servicio de la Licencia de Distribución faculta a la distribuidora a implementar la restricción o interrupción del servicio toda vez que, a su juicio, determine que tal restricción o interrupción resulta necesaria, estableciendo una jerarquía en la cual el uso doméstico bajo las Condiciones Especiales (R) será el último que deba restringirse o interrumpirse, procurando causar el menor daño posible a los terceros, considerando la finalidad del uso del gas a fin de evitar, por ejemplo, el corte a instituciones de salud u otros centros asistenciales. Ello así, sin perjuicio de que la actividad de las licenciatarias, respecto a la restricción o interrupción del despacho de gas, está sujeto a la revisión del ENARGAS, en su carácter de Autoridad Regulatoria del servicio público de transporte y distribución de gas natural.

En cuanto a esto último, corresponde poner de resalto lo informado en autos por el Ente regulador, en cuanto a que en supuestos como el sub examine las licenciatarias deben siempre adoptar las medidas extrajudiciales y/o judiciales que estimen pertinentes, en virtud de su responsabilidad como operadores del sistema de distribución de gas, a efectos de asegurar el abastecimiento de sus usuarios ininterrumpibles dentro de su área de servicio, conforme se desprende de la normativa aplicable.

A tales fines, reitera que resulta obligación de ese organismo, y de todos los sujetos obligados por el marco regulatorio,





velar por la protección integral de los sistemas de gasoductos, de manera tal que se encuentren en condiciones de operabilidad, seguridad y confiabilidad, así como garantizar y proteger los derechos de los usuarios, asegurando el abastecimiento de la “demanda no interrumpible”. Por ello, concluye que, toda vez que el bien jurídico que se pretende proteger es la confiabilidad del sistema y el abastecimiento a los usuarios ininterrumpibles, “...este organismo coincide con las medidas judiciales iniciadas por la amparista a los fines de cumplir con las reglas de la licencia”.

Lo informado por el Enargas en este punto es sumamente relevante a los fines de la procedencia de la medida solicitada, considerando que la misión de los entes reguladores es vigilar que el servicio o la actividad a cargo de sus regulados sea prestada en las condiciones que fijan las normas contractuales, reglamentarias y legales aplicables. Asimismo, los destinatarios de ese deber de vigilancia son los usuarios y los terceros en general, aun cuando sobre ellos no recaigan directamente los efectos de los actos u omisiones de los entes. Por cierto, no se trata aquí de intereses específicos de los usuarios como tales, sino de la tutela de la población en general, que puede resultar eventualmente perjudicada por el incumplimiento de las actividades a cargo del Ente (Cfr. CNCAF, Sala I, “C. C. y otro c/EN- M Economía-Secretaría de Transporte y otros s/ daños y perjuicios”, 5/11/20; y su cita: Bianchi, Alberto B., “La responsabilidad de los entes reguladores”, en “Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público”, Editorial Ciencias de la Administración, 2001, paginas 149/168).

En este contexto, teniendo en cuenta: 1) la naturaleza de los intereses y derechos que se encuentran en juego, dada la naturaleza del servicio público involucrado; 2) las facultades que el Marco regulatorio y su reglamentación conceden al licenciatario a los fines de asegurar la regularidad del servicio; 3) la posición favorable del ENARGAS a la pretensión de la actora; 4) la idoneidad que representa dicho Ente en la materia, que avala sus conclusiones acerca de la complejas situaciones fácticas como la presente, y su naturaleza eminentemente técnica, de las que sólo cabe apartarse -en





este aspecto fáctico- mediando razones de grave entidad (cfr. CSJN, doctrina de Fallos 301:1103); y 5) la subsistencia de las circunstancias denunciadas, que impedirían a la licenciataria llevar a cabo la medida de corte solicitada (según surge de la demanda e informes producidos), estimo que se encuentran reunidos los presupuestos excepcionales que ameritan, en el marco de este proceso, el dictado de la medida autosatisfactiva solicitada, referidos a la fuerte probabilidad de que lo pretendido por la requirente sea atendible, y la urgencia en prevenir un daño al sistema de transporte y distribución de gas.

A ello cabe añadir, dada la ausencia de regulación específica de medidas como la solicitada, que el ordenamiento procesal federal contempla la tutela urgente del interés público comprometido por actos, hechos u omisiones que amenacen, interrumpen o entorpezcan la continuidad y regularidad de los servicios públicos (cfr. art. 17 de la ley 26.854). A tales fines, debe recordarse que los servicios públicos participan de las mismas características que toda la actividad administrativa, exhibiendo notas específicas que permiten individualizar a esta particular forma de actividad pública, y que determinan las atribuciones de la Administración, los deberes de los prestadores y los derechos de los usuarios (Cfr. CNCAF, Sala II, “Ruiz, Héctor Luis c/EN-SE-Resol 1281/06 y otros s/proceso de conocimiento”, 24/04/12).

Por todo lo expuesto, considero que debe hacerse lugar a la medida judicial peticionada en autos por la actora, en los términos y plazo que prudencialmente fije VS. Así lo dictamino.

Solicito tenga a bien notificarme el resultado del proceso.





**República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional**  
Las Malvinas son argentinas

**Dictamen Jurídico**

**Número:**

**Referencia:** EX-2020-70790651- -APN-PYC#DNV

---

SEÑORA SUBSECRETARIA DE ASUNTOS LEGALES DE LA  
SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA DE LA PRESIDENCIA DE LA NACIÓN:

Se solicita la opinión de esta Procuración del Tesoro de la Nación sobre un Proyecto de Decreto (IF-2022-73245548-APN-DNV#MOP) a través del cual se instruye a la Dirección Nacional de Vialidad a promover una acción destinada a obtener la declaración judicial de nulidad de los Acuerdos Integrales de Renegociación Contractual (en adelante, los *AIRC*) de los Contratos de Concesión del Acceso Norte y del Acceso Oeste de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -celebrados con las empresas Autopistas del Sol Sociedad Anónima y Grupo Concesionario del Oeste Sociedad Anónima (en adelante, *AUSOL*, *GCO* o, en conjunto, las concesionarias)- y sus Decretos aprobatorios Nros. 607/18 (B.O. 3-7-18) y 608/18 (B.O. 3-7-18), respectivamente, con fundamento en la existencia de graves vicios que tornan dichos actos nulos de nulidad absoluta, por resultar lesivos al interés público comprometido.

-I-

**ANTECEDENTES NORMATIVOS**

Preliminarmente, para una mayor claridad en el análisis de la cuestión bajo estudio, efectuaré a continuación una reseña del marco normativo aplicable respecto de los actos aquí cuestionados.

1. La **Ley N.º 17.520** (B.O. 13-11-67) establece que el Poder Ejecutivo podrá otorgar concesiones de obra pública por un término fijo, a sociedades privadas o mixtas o a entes públicos para la construcción, conservación o explotación de obras públicas mediante el cobro de tarifas o peaje (v. art. 1º).

A su vez, dispone que la concesión podrá ser onerosa, o subvencionada y determina que, para definir la modalidad de la concesión, el Poder Ejecutivo deberá considerar: (i) el nivel medio de las tarifas que no podrá exceder al valor económico medio del servicio ofrecido y (ii) la rentabilidad de la obra, teniendo en cuenta el tráfico presunto, el pago de la amortización de su costo, de los intereses, beneficio y de los gastos de conservación y de explotación (v. arts. 2º y 3º).

Agrega que, si al definir la modalidad de la concesión a otorgar se optase por la gratuita o subvencionada por el Estado, o de participación del Estado en el supuesto de que los ingresos resulten superiores a los previstos (v. art. 3º, in fine).

En todos los casos el contrato de concesión deberá definir: su objeto; su modalidad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2º de la ley; el plazo; las bases tarifarias y procedimientos a seguir para la fijación y los reajustes del régimen de tarifas; el procedimiento de control contable y de fiscalización de los trabajos técnicos; las obligaciones recíprocas al término de la concesión; y las causales y las bases de valuación para el caso de rescisión (v. art. 7º).

2. La **Ley N.º 23.696** (B.O. 23-8-89) dispone que las concesiones que se otorguen de acuerdo con la Ley N.º 17.520, con las modificaciones introducidas por esta ley, deberán asegurar necesariamente que la eventual rentabilidad no exceda una relación razonable entre las inversiones efectivamente realizadas por el concesionario y la utilidad neta obtenida por la concesión (v. art. 57).

3. En tal contexto normativo se dictó el **Decreto N.º 2637/92** (B.O. 6-1-93), mediante el cual se dispuso que la construcción, mejoras, reparación, conservación, ampliación, remodelación, mantenimiento, administración y explotación de los accesos que integran la red de accesos a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sería dada en concesión bajo el régimen de concesión de obra pública establecido en la Ley N.º 17.520, con las modificaciones de la Ley N.º 23.696, y de conformidad a los lineamientos establecidos en dicho decreto.

4. A través de la **Resolución del entonces Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos N.º 1485/92** se llamó a Concurso Público Nacional e Internacional con base (tarifa tope) para la adjudicación de las Concesiones de Obra relativas a los Accesos a la Ciudad de Buenos Aires, aprobándose el Pliego de Bases y Condiciones conforme al cual se llevó a cabo la precalificación de empresas, calificación de consorcios y posterior selección de los postulantes en base a la mejor tarifa.

Según surge de las bases de la contratación, la concesión no contaría con beneficios impositivos, aportes, avales, ni compromisos financieros del Estado y **no se garantizarían beneficios de explotación, rendimientos económicos ni tránsitos mínimos. Las concesiones serán a todos los efectos, contratos de riesgo** (cfr. artículo 6º de la Resolución N.º 1.485/1992).

5. Mediante el **Decreto N.º 1167/94** (B.O. 19-7-94) se aprobó la adjudicación por el sistema de Concesión de Obra Pública gratuita para la construcción, mejoras, reparación, conservación, ampliación, remodelación, mantenimiento, administración y explotación de los Accesos Norte, Oeste y Ricchieri de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (v. art. 1º).

Se enmarcó la contratación en el régimen de la Ley N.º 17.520 y de la Ley N.º 23.696 y -en lo que aquí interesa- se adjudicó la concesión del Acceso Norte a la empresa *AUSOL* y el Acceso Oeste a la firma *GCO* (v. art. 2.º y Anexo I).

Asimismo, se aprobaron los contratos de concesión respectivos, los que regirían la relación entre el concedente y los concesionarios (v. art. 4º).

6. Por medio del Decreto N.º 82/01 (B.O. 30-1-2001) y de la Resolución OCCOVI N.º 10/01 (B.O. 19-2-2001) las concesionarias fueron autorizadas a realizar la explotación de servicios accesorios y aprovechamiento y uso de predios remanentes de expropiación.

7. En el año 2002 se sancionó la **Ley N.º 25.561** (B.O. 7-1-02), a través de la cual se declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando en el Poder Ejecutivo Nacional -entre otras- la facultad de reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario, instituido como consecuencia del abandono del régimen de convertibilidad (v. art. 1º).

Asimismo, en referencia a las obligaciones originadas en los contratos

de la Administración regidos por normas de derecho público, la citada ley dispuso que *...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 dólar estadounidense (U\$S 1) (v. art. 8°).*

Por su parte, se autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a *...renegociar los contratos comprendidos en lo dispuesto en el Artículo 8°... estableciéndose que, ...en el caso de los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos, deberán tomarse en consideración los siguientes criterios: 1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) la rentabilidad de las empresas (v. art. 9°).*

A su vez, la norma citada estableció que *Las disposiciones previstas en los artículos 8° y 9° de la presente ley, en ningún caso autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones (v. art. 10).*

8. Posteriormente, a través de la **Ley N.° 25.790** (B.O. 22-10-03), **se extendió el plazo para llevar a cabo la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuesto por el artículo 9° de la Ley N.° 25.561, plazo éste que fue sucesivamente prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2017** (conf. Leyes Nros. 25.820 -B.O. 4/12/03-, 25.972 - B.O. 17/12/04-, 26.077 -B.O. 10/1/06-, 26.204 -B.O. 20/12/06-, 26.339 - B.O. 4/1/08-, 26.456 -B.O. 10/12/08-, 26.563 -B.O. 22/12/09-, 26.729 - B.O. 28/12/11-, 26.896 -B.O. 22/8/13- y 27.200 - B.O. 4/11/15).

Asimismo, la Ley N.° 25.790 especificó que la renegociación podría abarcar a determinados sectores de servicios públicos o a determinadas contrataciones en particular (v. art. 1°).

Especificó, además, que los acuerdos de renegociación podían abarcar aspectos parciales de los contratos de concesión o licencia, contemplar fórmulas de adecuación contractual o enmiendas transitorias del contrato, incluir la posibilidad de revisiones periódicas pautadas, así como establecer la adecuación de los parámetros de calidad de los servicios. **En el caso de enmiendas transitorias, las mismas debían ser tenidas en consideración dentro de los términos de los acuerdos definitivos** a que se arribe con las empresas concesionarias o licenciatarias (v. art. 3°).



Finalmente, estableció que el Poder Ejecutivo Nacional deberá remitir las propuestas de los acuerdos de renegociación al Honorable Congreso de la Nación, en cumplimiento de la intervención de la Comisión Bicameral de Seguimiento prevista por el artículo 20 de la Ley N.º 25.561, debiendo expedirse dicho órgano dentro del plazo de 60 (sesenta) días corridos contados a partir de la recepción de la propuesta. Cumplido dicho plazo sin que se hubiese expedido, se tendría por aprobada la misma. En el supuesto de rechazo de la propuesta, el Poder Ejecutivo Nacional debería reanudar el proceso de renegociación del contrato respectivo (v. art. 4º).

9. Mediante los **Decretos Nros. 296/06** (B.O. 17-3-06) **y 298/06** (B.O. 20-3-06) fueron aprobados los Acuerdos de Renegociación Contractual (en adelante, el/los *ARC de 2006*) celebrados el 16 de diciembre de 2005 con las empresas *AUSOL* y *GCO*, respectivamente, por imperio de la manda contenida en el artículo 9º de la Ley N.º 25.561 y como consecuencia de las modificaciones normativas señaladas.

En los citados documentos se establecieron los términos y condiciones acordados, entre el concedente y el concesionario, con los alcances que detallaré más adelante.

10. A través del **Decreto N.º 367/16** (B.O. 17-2-16) se disolvió la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (en adelante, *UNIREN*) y, a los efectos de concluir los procesos de renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuestos por el artículo 9º de la Ley N.º 25.561, se instruyó a los Ministerios, a cuyas órbitas correspondiesen los respectivos contratos sujetos a renegociación, a proseguir los procedimientos que se encontraban en trámite de sustanciación en el ámbito de la mencionada Unidad.

Asimismo, se facultó a los ministerios competentes, **en forma conjunta con el ex Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas** a suscribir acuerdos parciales de renegociación contractual y adecuaciones transitorias de precios y tarifas que resultasen necesarios para garantizar la continuidad de la normal prestación de los servicios respectivos hasta la suscripción de los acuerdos integrales de renegociación contractual, los que se efectuarían a cuenta de lo que resulte de la Revisión Tarifaria Integral.

Los acuerdos integrales de renegociación contractual, en los que se estipulasen las condiciones en las que concluirían los procesos de renegociación, luego de la intervención del órgano de regulación y control que en cada caso correspondiese, serían enviados a la Procuración del Tesoro de la Nación para su intervención y sometidos a consideración de la Sindicatura General de la Nación, previo a su firma

por el Ministro con competencia específica en función de la materia **en forma conjunta con el Ministro de Hacienda y Finanzas Públicas**, la que se efectuará ad referendum del Poder Ejecutivo Nacional.

11. Finalmente, por medio del **Decreto N.º 607 del 2 de julio de 2018**, se aprobó el *Acuerdo Integral de Renegociación Contractual del Contrato de Concesión del Acceso Norte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* suscripto entre el Ministerio de Transporte y la empresa AUSOL el 26 de junio de 2018 (CONVE-2018-31347565-APN-MTR y su Anexo IF-2018-31348355-APN-MTR).

Asimismo, a través del **Decreto N.º 608 del 2 de julio de 2018**, se aprobó el *Acuerdo Integral de Renegociación Contractual del Contrato de Concesión del Acceso Oeste de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* suscripto entre el Ministerio de Transporte y la empresa GCO el 26 de junio de 2018 (CONVE-2018-31340848-APN-MTR) y su Anexo IF-2018-31342712-APN-MTR).

Los mencionados acuerdos (en adelante, el/los AIRC), según lo expresado en sus consideraciones preliminares, tuvieron por objeto: (i) concluir el proceso de renegociación contractual dispuesto por el Artículo 9º de la Ley N° 25.561; (ii) efectuar las adecuaciones que resulten necesarias a efectos de cumplir los compromisos asumidos por el Estado Nacional; y (iii) garantizar la continuidad de la normal prestación de los servicios, de modo de preservar y asegurar los derechos de los usuarios.

-II-

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

Efectuada la reseña precedente, referida al marco normativo en el cual se desarrollaron los hechos, corresponde ahora detallar estos últimos.

1. Oportunamente, el ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos dispuso el llamado a Concurso Público Nacional e Internacional con base (tarifa tope) para la adjudicación por el sistema de Concesión de Obra Pública de -entre otros- el Acceso Norte y Acceso Oeste de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Así pues, el 15 de julio de 1994, se aprobó la adjudicación por el sistema de Concesión de Obra Pública gratuita para la construcción, mejoras, reparación, conservación, ampliación, remodelación,

mantenimiento, administración y explotación de los mencionados accesos, bajo el régimen de la Ley N.º 17.520 y de la Ley N.º 23.696. (v. Decreto N.º 1167/94).

Dicha adjudicación recayó en favor de las empresas *AUSOL* y *GCO*, respectivamente, y, a consecuencia de ello, se aprobaron los contratos de concesión correspondientes.

2. Con posterioridad se sancionó la ya mencionada Ley N.º 25.561, que introdujo cambios significativos en el sistema cambiario argentino, facultando así al Poder Ejecutivo Nacional a renegociar los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público que estuvieran alcanzados por las disposiciones de la ley.

Cabe recordar, especialmente, que, a partir de la sanción de la referida norma **quedaron sin efecto las cláusulas del Contrato de Concesión que establecían el valor de la tarifa básica en dólares y su actualización por el índice de precios al consumidor de los Estados Unidos de América**, quedando fijados los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas en pesos, a la relación de cambio equivalente a \$ 1 (un peso) igual a u\$s 1 (un dólar).

3. A consecuencia de ello, en el caso de las concesiones bajo análisis, se celebraron los *ARC de 2006*.

A través de los citados documentos el concedente y los concesionarios acordaron los términos y condiciones para adecuar los contratos de concesión.

Entre sus aspectos más relevantes, se destaca que:

- a. se modificó el plan de inversiones estableciéndose que **los valores monetarios consignados en el contrato original ...deben ser considerados como expresados en pesos constantes de septiembre de 1993** (v. cláusula tercera);
- b. los incumplimientos del concesionario respecto a las obligaciones comprometidas contractualmente y producidos a partir del mes de enero de 2002 como consecuencia directa de la situación de emergencia declarada, en las que hubiere incurrido por dicha causa, no serían pasibles de las penalidades previstas en el contrato de concesión. Por tal motivo, la Autoridad de Aplicación y el Órgano de Control procederían a dejar sin efecto los procesos en curso originados en actas de constatación, como así también las penalidades impuestas (v. cláusula cuarta);
- c. la tasa interna de retorno (en adelante, *TIR*) del nuevo plan económico financiero (en adelante, *PEF*) de la concesión para todo

el período de concesión *...será calculada en pesos constantes de septiembre de 1993*. Consecuentemente, **el concesionario renunció a exigir un PEF con una TIR calculada en dólares estadounidenses constantes de septiembre de 1993 tal como se encontraba fijada en el PEF del contrato original, estableciéndose que dicha TIR definida en oportunidad de la firma del contrato de concesión se mantendría calculada en pesos constantes de septiembre de 1993** (v. cláusula quinta);

- d. a fin de recomponer parcialmente la ecuación económica financiera del contrato de concesión se estableció un nuevo cuadro tarifario (v. cláusula sexta);
- e. se convino instaurar una *Instancia de Revisión* contractual, a fin de acordar la actualización del PEF de la concesión que regiría hasta la finalización del contrato y que permitiera recomponer la ecuación económico financiera del contrato de concesión de acuerdo a lo expresado en la cláusula quinta (v. cláusula séptima);
- f. las variaciones de precios que, eventualmente, pudieran producirse en los costos relacionados con la operación, mantenimiento e inversiones de la concesión a partir de la suscripción de los acuerdos serían consideradas a la luz de su incidencia dentro del PEF y en la TIR *...calculada en pesos constantes de septiembre de 1993* (v. cláusula octava);
- g. las garantías y seguros constituidos en dólares estadounidenses quedarían establecidos en pesos, al igual que la unidad de penalización (v. cláusula novena y décima);
- h. como condición previa para la entrada en vigencia del acuerdo, el concesionario debería comprometerse a suspender y/o a no iniciar, según sea el caso, cualquier tipo de presentación, reclamo o demanda fundado en la situación de emergencia establecida por la Ley N° 25.561 sobre el contrato de concesión, tanto en sede administrativa, arbitral o judicial de nuestro país o del exterior, *...debiendo obtener similares compromisos por parte de sus accionistas* (v. cláusula decimotercera);
- i. en el supuesto de que, aun mediando los referidos compromisos, se efectuase alguna presentación, reclamo o demanda de parte del concesionario o de sus accionistas fundado en la situación de emergencia establecida por la Ley N° 25.561 sobre el contrato de concesión, ya fuera en sede administrativa, arbitral o judicial, de nuestro país o del exterior, el concedente estaría facultado para exigir la inmediata retractación y retiro del reclamo formulado. En el caso que un accionista del concesionario que hubiese presentado los compromisos obtuviera alguna medida que consistiera en una reparación, compensación, o indemnización económica por la causa antes referida, tal medida **debería ser afrontada a entero costo por el concesionario y sin que ello diera derecho a aquél para efectuar reclamo alguno de compensación al concedente**. Los costos que debiera asumir el concesionario en tal supuesto, en ningún caso podrían trasladarse a los usuarios del servicio (v. cláusula decimotercera).

4. Así pues, dichos acuerdos contemplaron una recomposición *parcial* de la ecuación económico financiera del contrato de concesión, difiriendo la recomposición *total y final* a una futura *Instancia de Revisión*.

La mencionada *Instancia de Revisión* tenía por objeto acordar la actualización del *PEF* de la concesión que regiría hasta la finalización del contrato y que permitiría recomponer la mencionada ecuación económico financiera.

El plazo fijado en los *ARC de 2006* para concretar dicha *Instancia de Revisión* no fue cumplido, por lo que se acordaron sucesivas prórrogas, la última de las cuales expiró el **31 de enero de 2011** sin haberse concretado tal instancia.

5. *AUSOL* y *GCO* presentaron sendos reclamos administrativos, en los términos del artículo 30 y concordantes de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 (B.O. 27-4-72), ante el ex Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, con el objeto de que el Estado Nacional hiciese efectiva la recomposición de la ecuación económica del contrato de concesión.

Los mencionados reclamos administrativos previos tramitaron a través de los Expediente CUDAP S01:201370/2015, en el caso de *AUSOL* y CUDAP S01:0151116/2015, en el caso de *GCO*.

6. Por otra parte, Abertis Infraestructuras Sociedad Anónima (en adelante, *ABERTIS*) -principal accionista de *AUSOL*- inició un procedimiento de arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante, el *CIADI*) alegando la violación de Tratados de Protección Recíproca a las Inversiones de los que la República Argentina es parte (v. Caso *CIADI* N° ARB/15/48).

En dicho procedimiento, la citada empresa formuló un reclamo económico al Estado Nacional alegando los ingresos que las concesionarias dejaron y dejarán de percibir, con más sus accesorios, que, proyectados sobre la totalidad del capital de la empresa, arrojarían a su entender la suma de U\$S 1.135.000.000 (un mil ciento treinta y cinco millones de dólares), en el caso de *AUSOL* y de U\$S 1.793.000.000 (un mil setecientos noventa y tres millones de dólares), en el caso de *GCO*.

7. En tal contexto, el 4 de julio de 2016 el Órgano de Control de Concesiones Viales (*OCCOVI*) -por entonces organismo desconcentrado en el ámbito de la Dirección Nacional de Vialidad- dictó las Resoluciones

Nros. 886/16 y 1000/16, mediante las cuales invitó a AUSOL y GCO, respectivamente, a continuar con las tratativas tendientes a concluir un acuerdo integral que finalice el proceso de renegociación.

El plazo originariamente previsto para las tratativas fue extendido sucesivamente, hasta que, finalmente, el 26 de junio de 2018, se celebró el AIRC con AUSOL que fue aprobado por el Decreto N.º 607/18.

En la misma fecha, se celebró el AIRC con GCO que fue aprobado por el Decreto N.º 608/18.

Cabe señalar que los mencionados acuerdos fueron suscriptos por el Ministerio de Transporte y las firmas AUSOL y GCO, respectivamente; cabe señalar el ex Ministerio de Hacienda no refrendó esos documentos.

-III-

### LOS ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL

A través de los Expedientes EX-2018-00647608-APN-SIGEN y EX-2017-26635579-APN-SIGEN, tramitó la aprobación de los AIRC suscriptos con AUSOL y GCO (v. órdenes 103/5 y 101/3, respectivamente), en los que se acordaron -en lo que aquí interesa- los aspectos que se detallan a continuación, destacando que todos los resaltados en los párrafos transcriptos me pertenecen.

**1. Objeto:** *...concluir la Instancia de Revisión del CONTRATO DE CONCESIÓN, en virtud de lo dispuesto por la Cláusula Séptima del ACUERDO DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL... (...). En consecuencia, las PARTES acuerdan en el presente los términos y condiciones que regirán el ACUERDO INTEGRAL, redefiniéndose los derechos y obligaciones de las PARTES derivados del CONTRATO DE CONCESIÓN. (v. art. 2º).*

*El presente ACUERDO INTEGRAL constituye un todo único e inescindible.*

**2. Plazo de vigencia:** *El plazo de la CONCESIÓN se extiende hasta el 31 de diciembre de 2030. (v. art. 3º). Al respecto, cabe aquí aclarar que los plazos de vigencia de los contratos de concesión que nos ocupan debían expirar, previamente a los AIRC, el 31 de diciembre de 2020, en el caso de AUSOL, y el 31 de diciembre de 2018, en el caso de GCO.*

*Sin embargo, la CONCESIÓN se extinguirá antes del fin del plazo previsto (...) cuando el CONCESIONARIO hubiese percibido totalmente la INVERSIÓN NETA (...) y no existiere, a la fecha de tal terminación, INVERSIÓN NO AMORTIZADA (v. punto 3.2.).*

De acuerdo al significado asignado en el glosario, la Inversión Neta se encuentra constituida, en el caso del AIRC celebrado con AUSOL, por ...la suma de cuatrocientos noventa y nueve millones de DÓLARES (**U\$S 499.000.000**) que resulta de deducir el total de las MULTAS APLICADAS de la INVERSIÓN BRUTA y, en el caso del AIRC celebrado con GCO, por ...la suma de doscientos cuarenta y siete millones de DÓLARES (**U\$S 247.000.000**) que resulta de deducir el total de las MULTAS APLICADAS de la INVERSIÓN BRUTA (v. art. 1°).

A su vez, la Inversión No Amortizada se compone de la inversión neta reducida por los fondos percibidos por el concesionario en concepto de (i) amortización de la inversión neta, (ii) pago de sumas devengadas e impagas, (iii) cancelación anticipada de Inversión Neta y (iv) fondos de la cuenta de remanente, todo ello aumentado por el total de las sumas devengadas pero no abonadas correspondientes al pago del ocho por ciento (8%) anual de interés sobre la inversión no amortizada.

3. **Tarifas:** Se establecen los cuadros tarifarios que como Anexo IX forman parte integrante del presente ACUERDO INTEGRAL... (v. art. 4°).

El CONCESIONARIO tendrá derecho a una REDETERMINACIÓN TARIFARIA anual que refleje la incidencia en el PLAN ECONÓMICO FINANCIERO y en la tasa interna de retorno... (v. punto 4.2., inc. a).

**A los efectos de cada REDETERMINACIÓN TARIFARIA, los índices utilizados para calcular los EGRESOS PRE-DETERMINADOS serán:** el Índice de Precios Internos al por Mayor ("IPIM"), Nivel General, y el Índice de la apertura Mano de Obra del Índice de Costo de la Construcción ("ICC"), ambos publicados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos ("INDEC") y ponderados en un Treinta por ciento (30%) y Setenta por ciento (70%) respectivamente.

**Sin perjuicio de la REDETERMINACIÓN TARIFARIA anual, el CONCESIONARIO tendrá derecho a que la tarifa se actualice mediante la aplicación del CER...** (v. punto 4.2., inc. c).

En caso de que, en virtud de una MEDIDA PÚBLICA, el CONCESIONARIO no fuere autorizado a aplicar plenamente las tarifas que surgen del régimen de este Artículo CUARTO y no pudiese cubrir totalmente el déficit con recurso a la CUENTA REMANENTE (pero sin afectar la RESERVA SUFICIENTE), mientras dicha situación persista el CONCEDENTE deberá abonarle, dentro de los treinta (30) días del fin de cada SEMESTRE, una suma igual al déficit resultante, **calculada en DÓLARES** al tipo de cambio establecido en el Anexo XII, según el cómputo que efectúe el AUDITOR EXTERNO (v. punto 4.9).

**4. Plan Económico Financiero:** Se establece un nuevo PLAN ECONÓMICO FINANCIERO para la CONCESIÓN, que reemplaza tanto el plan económico financiero previsto en el TEXTO CONTRACTUAL ORIGINARIO como el previsto en el ACUERDO DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL. (v. art. 5°).

El nuevo PLAN ECONÓMICO FINANCIERO consiste en un **mecanismo de compensación** destinado a la recuperación, dentro del PLAZO DE VIGENCIA, de la INVERSIÓN NETA... Dicha recuperación se operará mediante el pago del importe mínimo que asegure que desde la ENTRADA EN VIGENCIA se haya amortizado un monto acumulado que, en promedio, arroje un valor no menor al Siete con Sesenta y Nueve centésimos por ciento (7.69%) anual de dicha INVERSIÓN NETA, mediante los flujos de fondos previstos en el Anexo XII, debiendo la INVERSIÓN NO AMORTIZADA remunerar anualmente al CONCESIONARIO un **interés del Ocho por ciento (8%)**, y por consiguiente implicando una **tasa interna de retorno del Ocho por ciento (8%)** (v. punto 5.3).

Todo ello de acuerdo a las siguientes reglas: ...de los INGRESOS COMPUTABLES, el CONCESIONARIO deducirá, bajo su responsabilidad, los EGRESOS COMPUTABLES y el IMPUESTO A LAS GANANCIAS COMPUTABLE (...) el saldo que arroje la operación de resta (...) será aplicado, en el orden siguiente: (i) al pago del Ocho por ciento (8%) anual de interés sobre la INVERSIÓN NO AMORTIZADA; (ii) al pago de la amortización de la INVERSIÓN NETA, por el importe mínimo que asegure que desde la ENTRADA EN VIGENCIA se haya amortizado un monto acumulado que, en promedio, arroje un valor no menor al Siete con Sesenta y Nueve centésimos por ciento (7,69%) anual de dicha INVERSIÓN NETA; (iii) al pago de las sumas devengadas e impagas en virtud de los conceptos previstos en los sub-incisos (i) y (ii) precedentes, en relación con AÑOS anteriores; (iv) a la devolución al CONCESIONARIO de los fondos y costos asociados que haya debido destinar a la financiación de las OBRAS PREVISTAS en un determinado AÑO, conforme lo previsto en el inciso (c) de la Cláusula 6.2, si los hubiere; (v) a las OBRAS PREVISTAS; (vi) a constituir la RESERVA SUFICIENTE y, en su caso, reintegrar su monto; y (vii) el saldo, de existir, según decida la AUTORIDAD DE APLICACIÓN: (1) a la incorporación de nuevas tecnologías; y/o (2) a la financiación de TRAMOS NUEVOS y/u OBRAS ADICIONALES; y/o (3) a la cancelación anticipada, total o parcial, de la INVERSIÓN NETA, en el porcentaje que determine el CONCEDENTE, por encima del Siete con Sesenta y Nueve centésimos por ciento (7,69%) anual; y/o (4) a la CUENTA REMANENTE. (...) A los efectos de los cálculos el CONCESIONARIO aplicará el **tipo de cambio** establecido en el Anexo XII. (v. punto 5.3, inc. a), b) y c).

Si ... existiera INVERSIÓN NO AMORTIZADA al extinguirse la CONCESIÓN por cualquier causa a que tal extinción se debiera (incluyendo el caso de rescate o terminación de la CONCESIÓN por razones de interés público), dicha INVERSIÓN NO AMORTIZADA, juntamente con la cantidad que resulte, en su caso, de la aplicación de la Cláusula 5.6, **deberá ser pagada por el CONCEDENTE al CONCESIONARIO en DÓLARES y como condición previa a la toma de posesión de la CONCESIÓN por el CONCEDENTE.** (v. punto 5.5).



Los cambios legislativos, regulatorios y/o jurisprudenciales que afecten significativamente el equilibrio económico financiero del CONTRATO DE CONCESIÓN serán tenidos en cuenta en el PLAN ECONÓMICO FINANCIERO a los fines de la readecuación de dicho equilibrio (v. punto 5.12).

**5. Penalidades y otras actuaciones:** ...las MULTAS APLICADAS serán soportadas económicamente por el CONCESIONARIO mediante la **reducción de la INVERSIÓN BRUTA** por el monto total de las MULTAS APLICADAS (incluidos intereses devengados hasta la FECHA DE INICIACIÓN DEL TRÁMITE). Sin perjuicio de ello, el CONCESIONARIO mantiene a ese respecto todos sus argumentos jurídicos (incluyendo los planteos de prescripción oportunamente formulados)(v. art. 8°).

**Quedan sin efecto y, en consecuencia, dispónese la terminación y cierre de los expedientes respectivos, todas las Actas de Constatación y demás actos y actuaciones del OCCOVI, y en su caso, del ÓRGANO DE CONTROL, iniciados con respecto a alegados incumplimientos del CONCESIONARIO, de causa anterior a la FECHA DE INICIACIÓN DEL TRÁMITE, incluyendo las que se detallan en el Anexo XIV, y los correspondientes a multas decididas pero no notificadas al CONCESIONARIO antes de la FECHA DE INICIACIÓN DEL TRÁMITE, sin que quepa imponer sanción alguna con relación a los hechos implicados en dichas Actas o actuaciones. Dichos procedimientos y los hechos o alegaciones en que éstos se hayan basado no constituirán precedente alguno en contra del CONCESIONARIO (v. punto 8.2).**

**6. Renuncia de acciones del concesionario y sus accionistas:** ...el CONCESIONARIO se obliga a desistir y/o a no iniciar, según sea el caso, cualquier tipo de procedimiento, reclamo o demanda contra el CONCEDENTE y/o la AUTORIDAD DE APLICACIÓN, de causa anterior a la fecha del presente, y todo otro reclamo resarcitorio o indemnizatorio de causa anterior a la fecha del presente, fundados en la situación de emergencia invocada en la Ley N° 25.561 y/o en el incumplimiento del ACUERDO DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL y/o en otros incumplimientos o actos relacionados con el desarrollo del CONTRATO DE CONCESION, de causa anterior a la fecha del presente, tanto en sede administrativa, arbitral o judicial de nuestro país o del exterior. Se incluyen expresamente en esta Cláusula los reclamos y demandas que se listan en el Anexo XVII-A, las que el CONCESIONARIO declara y garantiza constituyen la totalidad de los reclamos antedichos promovidos por el CONCESIONARIO existentes a la fecha de firma del presente ACUERDO INTEGRAL (v. art. 15).

El CONCESIONARIO deberá obtener de los ACCIONISTAS PRINCIPALES su compromiso de, sujeto a la ENTRADA EN VIGENCIA y de acuerdo a los términos del presente Artículo, desistir y/o no iniciar y/o mantener

cualquier tipo de reclamo o demanda de causa anterior a la fecha del presente, con base en su carácter de accionistas del CONCESIONARIO y fundado en la situación de emergencia invocada en la Ley N° 25.561 y/o en el incumplimiento del ACUERDO DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL y/o en otros incumplimientos o actos relacionados con el desarrollo del CONTRATO DE CONCESION de causa anterior a la fecha del presente, tanto en sede administrativa, arbitral o judicial en el país o en el exterior. El CONCESIONARIO declara y garantiza que la lista completa de tales reclamos y demandas de los ACCIONISTAS PRINCIPALES existentes a la fecha del presente es la que se incluye como Anexo XVII-B (v. punto 15.3).

El CONCESIONARIO deberá mantener indemne al CONCEDENTE de todo reclamo o demanda en su contra, de causa anterior a la FECHA DE INICIACIÓN DEL TRÁMITE, fundados en la situación de emergencia invocada en la Ley N° 25.561 y/o en el incumplimiento del ACUERDO DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL y/o en otros incumplimientos o actos relacionados con el desarrollo del CONTRATO DE CONCESION de causa anterior a la FECHA DE INICIACIÓN DEL TRÁMITE, que ACCIONISTAS EXTRANJEROS del CONCESIONARIO que revistan tal carácter a la FECHA DE INICIACIÓN DEL TRÁMITE, distintos de los ACCIONISTAS PRINCIPALES, pudieren presentar en el exterior con invocación en tratados bilaterales de protección de inversiones, como así también de cualquier compensación que pudiere disponerse a favor de dichos ACCIONISTAS EXTRANJEROS en virtud de los referidos reclamos o demandas. (...)Esta indemnidad (i) no comprende los gastos y honorarios correspondientes a los abogados del CONCEDENTE devengados en la defensa del reclamo o demanda comprendido en la indemnidad; (ii) sólo podrá ser exigible mientras el presente ACUERDO INTEGRAL se esté cumpliendo de acuerdo con sus Cláusulas y no exista ninguna MEDIDA PÚBLICA que impida transitoria o definitivamente su implementación; y (iii) sólo cubrirá los reclamos o demandas presentados durante la vigencia del presente ACUERDO INTEGRAL (v. punto 15.4, inc. b).

Las obligaciones asumidas y/o desistimientos y/o renunciaciones que el CONCESIONARIO y sus ACCIONISTAS PRINCIPALES presenten de conformidad a los términos del presente Artículo, tendrán plena validez y exigibilidad si, y sólo si, el presente ACUERDO INTEGRAL entra en vigor. De lo contrario, así como en el supuesto previsto en la Cláusula 18.3 [esto es, que el 31 de julio de 2018 no hubiere entrado en vigencia], **el CONCESIONARIO y/o sus accionistas podrán reclamar bajo el derecho local y/o internacional, según corresponda, sus derechos preexistentes a la firma del presente ACUERDO INTEGRAL, sin limitación alguna proveniente de dicha firma.** Esta condición deberá hacerse constar en los instrumentos respectivos (v. punto 15.6).

En forma concordante con las obligaciones y compromisos asumidos en el presente Artículo por el CONCESIONARIO, y los que este ACUERDO INTEGRAL prevé que asumirán sus ACCIONISTAS PRINCIPALES, el CONCEDENTE, la AUTORIDAD DE APLICACIÓN y el ÓRGANO DE CONTROL reconocen y declaran

que, una vez entrado en vigencia el presente ACUERDO INTEGRAL, **nada tendrán por reclamar al CONCESIONARIO ni a sus ACCIONISTAS PRINCIPALES y demás accionistas por supuestos incumplimientos del CONTRATO DE CONCESIÓN de causa anterior a la fecha del presente ACUERDO INTEGRAL** (v. punto 15.7).

7. **Arbitraje:** Todas las controversias entre las PARTES derivadas del CONTRATO DE CONCESIÓN o que guarden relación con éste, incluyendo la revisión de las sanciones que se impongan al CONCESIONARIO y de cualquier otro acto o medida que dicte el CONCEDENTE, la AUTORIDAD DE APLICACIÓN o el ÓRGANO DE CONTROL, serán resueltas definitivamente mediante arbitraje, conducido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ("CCI"). La sede de arbitraje será Buenos Aires, Argentina y se aplicará el derecho argentino (v. punto 16.1, inc. a).

La interposición de impugnaciones administrativas es facultativa para el CONCESIONARIO, que no estará obligado a agotar la instancia administrativa (v. punto 16.1, inc. c).

El procedimiento estará sujeto a las siguientes normas: ... (iii) la decisión arbitral será escrita, final y obligatoria, y no será susceptible de ser apelada o recurrida ante ninguna jurisdicción salvo los supuestos previstos expresamente en el artículo 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ... con los alcances allí establecidos; (iv) las PARTES renuncian a promover cualquier impugnación o cuestionamiento del laudo que implique perseguir una revisión de la apreciación o aplicación de los hechos del caso y del derecho aplicable, respectivamente ... (v. punto 16.3).

Se deberán acatar las decisiones que adopte la CCI en materia de competencia, recusación y nombramiento de árbitros y demás aspectos del trámite arbitral, decisiones que las PARTES renuncian a cuestionar ante la Justicia Argentina (v. punto 16.5).

La PARTE que de cualquier modo impida la constitución del tribunal, la fijación de los puntos de controversia o el normal funcionamiento del tribunal, deberá abonar a la otra una suma equivalente al Uno por ciento (1 %) del valor de la controversia, en el supuesto de que éste fuera determinado, o del equivalente en PESOS de MIL DÓLARES (US\$ 1.000) si se tratare de una controversia no susceptible de apreciación pecuniaria, por día, mientras dure la situación creada (v. punto 16.6).

Este Artículo sustituye las Cláusulas 17.9.4 y concordantes, y 23 del TEXTO CONTRACTUAL ORIGINARIO (v. punto 16.7).

Lo previsto en este Artículo DÉCIMO SEXTO y en la Cláusula 19.5 es sin perjuicio de los derechos de los ACCIONISTAS EXTRANJEROS del

CONCESIONARIO bajo el derecho internacional y los tratados aplicables, sin que ello implique el derecho a recibir doble compensación por el mismo daño (v. punto 16.8).

Sin perjuicio de lo previsto en la Cláusula 16.8, los ACCIONISTAS EXTRANJEROS podrán, sin limitación, someter toda disputa o controversia que surja o se relacione con las obligaciones del CONCEDENTE bajo el presente Artículo Décimo Noveno, a arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI"). En este supuesto, la disputa o controversia será resuelta en forma definitiva de acuerdo a las disposiciones del Convenio CIADI por un tribunal compuesto por tres árbitros, con sujeción a las Reglas de Arbitraje del Convenio CIADI. Las estipulaciones de la presente Cláusula 19.5 constituyen estipulaciones a favor de los ACCIONISTAS EXTRANJEROS. Tendrán carácter irrevocable y se considerarán aceptadas por los ACCIONISTAS EXTRANJEROS con la sola ENTRADA EN VIGENCIA. Los derechos emergentes de tales estipulaciones podrán ser transmitidos libremente a los sucesores y derecho habientes de los ACCIONISTAS EXTRANJEROS. Por la presente las PARTES reconocen que el presente ACUERDO INTEGRAL es una inversión a los fines del Convenio CIADI (v. punto 19.5.).

8. **Otras disposiciones:** Se deja sin efecto la prohibición establecida en la Cláusula 5.3 del TEXTO CONTRACTUAL ORIGINARIO con respecto a la posibilidad de que una misma persona jurídica pueda ser accionista del CONCESIONARIO y de otra empresa titular de concesiones viales otorgadas por el CONCEDENTE (v. art. 17).

9. **Rescisión por evento disruptivo:** El CONCESIONARIO tendrá derecho a dar por terminado el presente ACUERDO INTEGRAL si se produjera un EVENTO DISRUPTIVO y éste persistiera durante dos SEMESTRES consecutivos o tres SEMESTRES alternados (v art. 19).

De acuerdo a la definición contenida en el glosario, el evento disruptivo Es toda MEDIDA PÚBLICA que: (i) resulte en la aplicación de tarifas inferiores a las que resultarían del RÉGIMEN TARIFARIO, y que, luego de computada la compensación efectivamente pagada por el CONCEDENTE según se prevé en la Cláusula 4.9, arroje un defecto de más del Diez por ciento (10%), acumulado desde la ENTRADA EN VIGENCIA del ACUERDO INTEGRAL, con respecto al monto que resultaría de la aplicación plena del RÉGIMEN TARIFARIO; y/o (ii) tenga por efecto suspender la vigencia del presente ACUERDO INTEGRAL (v. art. 1º).

En caso de que la terminación del presente ACUERDO INTEGRAL se produjera por aplicación del derecho del CONCESIONARIO (...) serán de aplicación las siguientes reglas: (a) Se aplicarán las Cláusulas 5.5 y

5.6. (b) El pago al CONCESIONARIO del monto total que así resulte deberá ser efectuado, **en DÓLARES**, dentro de los ciento veinte (120) días de notificada por el CONCESIONARIO al CONCEDENTE la terminación del presente ACUERDO INTEGRAL. En caso de mora en el pago previsto, se devengará durante la mora una **tasa de interés del Doce por ciento (12%) anual.**(c) Si el CONCEDENTE no pagara los montos previstos en los incisos (a) y (b) precedentes dentro del plazo allí establecido, y se iniciare un arbitraje por el CONCESIONARIO (...) y/o por los ACCIONISTAS EXTRANJEROS (...), y se obtuviere laudo favorable, entonces el respectivo tribunal arbitral le adicionará, a los montos de capital e intereses que, según el laudo de que se trate, corresponda pagar por aplicación de los precedentes incisos (a) y (b), una **compensación adicional consistente en el pago de una suma en DÓLARES equivalente** (i) al Treinta y cinco por ciento (35%) de la INVERSIÓN NO AMORTIZADA, si el ejercicio del derecho del CONCESIONARIO (...) tuvo lugar antes de haberse amortizado el Veinticinco por ciento (25%) de la INVERSIÓN NETA; o (ii) al Veinticinco por ciento (25%) de la INVERSIÓN NO AMORTIZADA, si el ejercicio del derecho del CONCESIONARIO (...) tuvo lugar después haber amortizado el Veinticinco por ciento (25%) de la INVERSIÓN NETA pero antes de haberse amortizado el Setenta y Cinco por ciento (75%) de la INVERSIÓN NETA; o (iii) al Diez por ciento (10%) de la INVERSIÓN NO AMORTIZADA, si el ejercicio del derecho del CONCESIONARIO (...) tuvo lugar después de haberse amortizado el Setenta y Cinco por ciento (75%) de la INVERSIÓN NETA, respectivamente (v. punto 19.2).

En caso de que el CONCESIONARIO comunique al CONCEDENTE el ejercicio del derecho estipulado (...), el CONCEDENTE deberá tomar posesión de la CONCESIÓN dentro de los ciento veinte (120) días de notificada por el CONCESIONARIO al CONCEDENTE la terminación del presente ACUERDO INTEGRAL. En caso de no tomar la posesión de la CONCESIÓN dentro del plazo fijado, se devengará **una multa diaria** equivalente al Cinco Diez Milésimos por ciento (0,05%) de la INVERSIÓN NETA, **pagadera en DÓLARES** (v. punto 19.3).

**10.** Conforme surge del Considerando del referido documento, para arribar al acuerdo que plasman las cláusulas precedentes y las demás que integran los AIRC, se tuvo particularmente en cuenta que:

**10.1** ...la circunstancia de que no se haya prorrogado la situación de emergencia dispuesta por la Ley N° 25.561 más allá del **31 de diciembre de 2017**, no impide al PODER EJECUTIVO NACIONAL finalizar el proceso de renegociación iniciado para reajustar las condiciones que se vieron afectadas por las disposiciones de dicha Ley N° 25.561 y sus normas modificatorias y complementarias, y así poner fin a todas las controversias vigentes entre la CONCESIONARIA y sus accionistas con el ESTADO NACIONAL, velar por su adecuada ejecución del CONTRATO DE CONCESIÓN y satisfacer, simultáneamente, las necesidades de servicio de los usuarios de la autovía.

**10.2.** A los fines de posibilitar una solución amigable, el CONCESIONARIO limita sus pretensiones a la recuperación de lo invertido y no amortizado, cuyo valor, además, ha aceptado, todo ello sujeto a los términos del presente, reducir de una suma que, a la FECHA DE INICIACIÓN DEL TRÁMITE (...), estima en la suma de [novecientos noventa y cinco millones de DÓLARES (...)] (U\$S 995 millones), en el caso de AUSOL, y de cuatrocientos cincuenta y dos millones de DOLARES (...) (U\$S 452 millones), en el caso de GCO] que arroja el Registro de Inversiones llevado por el CONCESIONARIO e informado oportunamente al OCCOVI, a la cifra, acordada con el CONCEDENTE, de [quinientos cuarenta millones quinientos veintidós mil doscientos sesenta y nueve con cincuenta y dos centésimas de DÓLARES (U\$S 540.522.269,52), en el caso de AUSOL, y de doscientos setenta y dos millones seiscientos veintiún mil quinientos setenta DOLARES (U\$S 272.621.570), en el caso de GCO] a la ENTRADA EN VIGENCIA (...), renunciando asimismo, sujeto a los términos del presente, a reclamar un mayor resarcimiento por el incumplimiento del CONTRATO DE CONCESIÓN y del ACUERDO DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL.

**10.3.** Ya al 31 de diciembre de 2001 el ÓRGANO DE CONTROL había reconocido la existencia de inversiones realizadas por el CONCESIONARIO por un monto expresado en valores al 31 de diciembre de 2016 de [novecientos veintisiete millones de DÓLARES (U\$S 927.000.000), en el caso de AUSOL, y de trescientos veinticuatro millones de DOLARES (U\$S324.000.000), en el caso de GCO].

**10.4.** Considerando que el vencimiento de la CONCESIÓN opera al [31 de diciembre de 2020, en el caso de AUSOL y 31 de diciembre de 2018, en el caso de GCO] resulta impracticable recomponer sólo a través de incrementos tarifarios, en niveles razonables en términos de beneficio al usuario como los que se establecen en el presente ACUERDO INTEGRAL, su ecuación económico-financiera para compensar en ese lapso lo no percibido durante el plazo de dieciséis años antes referido (o sea durante tres cuartas partes del plazo original de la CONCESIÓN), tornándose imprescindible adoptar otras medidas a tal fin, como es el caso de la **extensión del plazo de duración de la CONCESIÓN en el lapso necesario para permitir tal recomposición**, posibilidad ésta que ya fue aplicada con anterioridad por las PARTES en oportunidad de introducir adecuaciones al CONTRATO DE CONCESIÓN y se encuentra además expresamente prevista en la [Quinta Adecuación, en el caso de AUSOL, y Cuarta Adecuación, en el caso de GCO] del CONTRATO DE CONCESIÓN suscripta por la Autoridad entonces competente con el CONCESIONARIO...

Por ello, resulta conveniente extender el plazo de la CONCESIÓN para de ese modo posibilitar distribuir en el tiempo el recupero de la inversión, evitando así la aplicación de mayores aumentos de tarifas a cargo del público usuario.

**10.5.** En consecuencia, en el presente ACUERDO INTEGRAL se establece un nivel de tarifas y mecanismos de recupero para el CONCESIONARIO a fin de que éste sea efectivamente compensado por la INVERSION NETA, y que

el CONCESIONARIO realice importantes obras.

De ese modo se alcanza la recomposición de la ecuación económico-financiera del CONTRATO DE CONCESION a una tasa interna de retorno significativamente menor a la establecida en el TEXTO CONTRACTUAL ORIGINARIO.

**10.6.** Conforme a los objetivos trazados para la presente renegociación contractual, se ha incorporado un nuevo Plan de Inversiones para el ACCESO por un monto superior a [siete mil trescientos doce millones de PESOS (AR\$ 7.312.000.000), en el caso de AUSOL, y tres mil novecientos sesenta millones (AR\$ 3.960.000.000), en el caso de GCO].

Dichas inversiones se pueden dividir en tres grandes grupos: inversiones en infraestructura vial; inversiones en obras e inversiones en actualización de sistemas y operación.

**10.7.** Además de la recomposición de la ecuación económico-financiera de la CONCESIÓN, uno de los puntos que corresponde tratar en el presente ACUERDO INTEGRAL se refiere a las **penalidades aplicadas** a partir de la sanción de la Ley N° 25.561 y que a la fecha no se encuentran firmes por haber sido recurridas por el CONCESIONARIO, como así también a los procedimientos sancionatorios en curso en los cuales no ha recaído aún decisión por parte de las autoridades competentes y en los que el CONCESIONARIO ha expresado las razones por las cuales considera improcedente la aplicación de toda sanción.

Al respecto, y como ya ha ocurrido en otros casos, por razones de elemental justicia, ya aplicadas en el ACUERDO DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL, **corresponde liberar de responsabilidad al CONCESIONARIO por los incumplimientos invocados relacionados con obligaciones de inversión**, los que encuentran causa en la reducción de ingresos del CONCESIONARIO por debajo de los que hubiera obtenido de haberse cumplido lo previsto en el CONTRATO DE CONCESIÓN y en la alteración de las principales variables económicas originales de la CONCESIÓN.

El CONCESIONARIO, sujeto a la ENTRADA EN VIGENCIA y con el fin de facilitar un acuerdo y sin reconocer la procedencia de las MULTAS APLICADAS (...) ni renunciar a los argumentos jurídicos invocados (incluyendo los planteos de prescripción oportunamente formulados), **acepta soportar económicamente el pago de las MULTAS APLICADAS mediante la reducción de la INVERSIÓN BRUTA.**

**10.8.** A partir de la incompleta actualización tarifaria **desde la pesificación del año 2002 no se realizaron en la CONCESIÓN obras fundamentales para el desarrollo vial del Gran Buenos Aires.** Todo esto privó a los usuarios de contar con un mejor servicio, conforme a las condiciones del contrato original.

Conforme a los cálculos basados en el Registro de Inversiones, en la

tasa interna de retorno del negocio, en el cálculo financiero de los ingresos no percibidos y en la pretensión de uno de los accionistas del CONCESIONARIO en el CIADI, el monto de la obligación generada por la inversión no amortizada supera el reconocimiento efectuado en el presente ACUERDO INTEGRAL. Hubiera sido impracticable aumentar las tarifas en los pocos años que quedan de la CONCESIÓN para cubrir este importe.

10.9. Adicionalmente la tasa interna de retorno en DÓLARES del CONCESIONARIO, que originariamente era del [15,83%, en el caso de AUSOL , y 13,06% en el caso de GCO] se reduce al 8%.

-IV-

#### RESEÑA DE LAS PRESENTES ACTUACIONES

Efectuado el detalle de los antecedentes de hecho y de derecho que dieron lugar a la suscripción de los AIRC, corresponde llevar a cabo una reseña de los informes producidos en las presentes actuaciones.

#### **1. La revisión de los AIRC. El Informe Inicial de la Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones de la Dirección Nacional de Vialidad**

El Administrador General de la Dirección Nacional de Vialidad instruyó a la Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones a dar inicio a una instancia de evaluación y análisis de los AIRC celebrados entre el Estado Nacional y las concesionarias de los Accesos Norte y Oeste de la Ciudad de Buenos Aires, aprobados mediante los Decretos Nros. 607/18 y 608/18 (v. NO-2020-11286347-APN-DNV#MOP).

La mencionada **Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones** se expidió mediante el *Informe Inicial* (IF-2020-50502279-APN-PYC#DNV) agregado en el orden 43, destacando que se trata de un informe liminar, exploratorio y de simpleza y cohesión técnica, que constituye una primera instancia evaluatoria y previa, que debería dar lugar a una acabada comprobación de los aspectos resaltados, lo cual requeriría de un proceso de análisis más complejo, cuyo impulso corresponde a las autoridades superiores y competentes, por lo cual propició su remisión al Ministerio de Obras Públicas para su conocimiento e intervención (v. NO-2020-52642871-APN-PYC#DNV).

El mencionado informe fue puesto en conocimiento del Ministro de Obras Públicas a través de la Nota NO-2020-53284304-APN-DNV#MOP.



## 2. La instrucción del titular del Ministerio de Obras Públicas. La ampliación del análisis de los AIRC

El titular de la mencionada cartera ministerial expresó que, del análisis practicado, se concluye que el Señor Administrador General debería considerar cumplida esta primera instancia evaluatoria previa (v. Orden 2).

Indicó que ello conllevaba dar inicio a una acabada comprobación de los aspectos resaltados, que requería de un proceso de análisis más complejo, cuyo impulso correspondía a las autoridades competentes.

Para tal fin, recomendó que se diera formal intervención a la Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones de la Dirección Nacional de Vialidad, con el objeto de que iniciase los procedimientos pertinentes, con la finalidad de revisar los AIRC de las Concesiones de los Accesos Norte y Oeste de la Ciudad de Buenos Aires.

Puntualizó que, para el inicio de un procedimiento en tales términos, se deberían adoptar todas las medidas necesarias, teniendo como horizonte preciso y concreto, dilucidar la verdad material objetiva, dar las intervenciones correspondientes, y, por sobre todo, garantizar el debido proceso adjetivo (art. 1º, apartado f), de la Ley N.º 19.549).

## 3. El informe ampliatorio de la Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones de la Dirección Nacional de Vialidad

La citada **Gerencia Ejecutiva** procedió a elaborar el informe de firma conjunta obrante en el Orden 4, a fin de exponer el análisis técnico, económico y financiero de las obligaciones y derechos, más relevantes, previstos en los AIRC referenciados.

Del mencionado informe cabe destacar los siguientes puntos:

**3.1. Objeto del contrato:** Puntualizó que los contratos de concesión aprobados por el Decreto N.º 1167/94 poseían como objeto la construcción, mejoras, reparación, conservación, ampliación, remodelación, mantenimiento, administración y explotación de los Accesos Norte, Oeste y Ricchieri, por el sistema de Concesión de Obra Pública gratuita.

Remarcó que, en pos de la concreción de tal objeto, quedaron definidas las obras que el concesionario estaba obligado a ejecutar durante todo el plazo de concesión. Se definió, también, en qué momento surgiría la necesidad y obligación de ejecutar cada obra y cuáles eran los lineamientos básicos de cada una de ellas.

Indicó que dicho objeto fue sostenido en el tiempo, incluso en los ARC

de 2006. Sin embargo, los AIRC poseen por objeto principal la cancelación de una deuda, identificada en el acuerdo como **Inversión Bruta no amortizada**.

Dicha *Inversión Bruta no amortizada*, corresponde al monto total comprometido como deuda por parte del Estado Nacional en ambos contratos, el que ascendería a la suma de U\$S 813.143.839,52 - ochocientos trece millones ciento cuarenta y tres mil ochocientos treinta y nueve dólares estadounidenses con 52/100- (U\$S 540.522.269,52 para el caso de AUSOL y U\$S 272.621.570 para el caso de GCO).

Asimismo, en el acuerdo se resolvió deducir de dicha suma, las multas firmes, que constan en el Anexo V de los AIRC que, considerando capital e intereses, ascendían a un total de \$ 1.074.301.429,36 -mil setenta y cuatro millones trescientos un mil cuatrocientos veintinueve pesos con 36/100- (\$ 664.356.312,33 para el caso de AUSOL y \$ 409.945.117,03 para GCO). De acuerdo a lo indicado en dicho Anexo V, para deducir las multas del monto de la *Inversión Bruta*, éstas se convirtieron a dólares utilizando el "TIPO DE CAMBIO BANCO NACIÓN - VENDEDOR (DIVISAS) AL 18/05/2017: AR\$ 16".

De este modo se obtiene, lo que en los AIRC se denominó *Inversión Neta*, que fue de U\$S 746.000.000 -setecientos cuarenta y seis millones-(US\$ 499.000.000 para el caso de AUSOL y US\$ 247.000.000 para GCO).

Señaló que, a lo largo de ambos acuerdos, se advierte la **transmutación del objeto contractual**, siendo de especial relevancia lo dispuesto por el artículo quinto, apartado 5.3., que establece: *El nuevo PLAN ECONÓMICO FINANCIERO consiste en un mecanismo de compensación destinado a la recuperación, dentro del PLAZO DE VIGENCIA, de la INVERSIÓN NETA...* (el destacado me pertenece).

Remarcó, además, que ambos acuerdos expresan que *...Dicha recuperación se operará mediante el pago del importe mínimo que asegure que desde la ENTRADA EN VIGENCIA se haya amortizado un monto acumulado que, en promedio, arroje un valor no menor al Siete con Sesenta y Nueve centésimos por ciento (7,69%) anual de dicha INVERSIÓN NETA, mediante los flujos de fondos previstos en el Anexo XII, debiendo la INVERSIÓN NO AMORTIZADA remunerar anualmente al CONCESIONARIO un interés del Ocho por ciento (8%), y por consiguiente implicando una tasa interna de retorno del Ocho por ciento (8%)...*

En tal sentido, efectuó una representación tentativa, de las erogaciones que debería realizar el Estado Nacional para cancelar las obligaciones reconocidas a través de los AIRC, la que supone el compromiso de abonar como mínimo U\$S 1.161.292.387 -mil ciento sesenta y un millones doscientos noventa y dos mil trescientos ochenta y siete dólares estadounidenses-, libre de impuestos, a percibir por las concesionarias. Ello, sin perjuicio de destacar que, si no se cumple con el cronograma antes indicado, el importe a pagar anualmente será

mayor, debido a la capitalización de los intereses no abonados, más los intereses correspondientes al período sobre el capital no amortizado.

Agregó que el Estado, además de obligarse al pago de la suma indicada a ambas concesionarias, en concepto de capital e intereses, también se obligó a que dichas sumas se abonasen libres del impuesto a las ganancias, el que ascendería, en conjunto, a U\$S 619.444.523 - seiscientos diecinueve millones cuatrocientos cuarenta y cuatro mil quinientos veintitrés dólares estadounidenses- (U\$S 414.346.940 en el caso de *AUSOL* y U\$S 205.097.583 en el de *GCO*) que también debería abonar el Estado Nacional.

Por lo tanto, precisó que el importe final reconocido como deuda, considerando lo anterior, asciende a la suma de -por lo menos- U\$S 1.780.736.910 -mil setecientos ochenta millones setecientos treinta y seis mil novecientos diez dólares estadounidenses-, suponiendo que no quedasen saldos pendientes de pago del período anterior, ya que los intereses se capitalizan en el siguiente año, generando así que sea necesario obtener como ingresos un importe mayor al estimado inicialmente para saldar conceptos adeudados, lo que a su vez genera un impuesto a las ganancias mayor al estimado precedentemente.

Adicionalmente, subrayó que, a fin de posibilitar el pago de la deuda reconocida, el plazo de vigencia de la concesión fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2030 -más de 10 años-.

Con relación a las obras, en los *AIRC* se incluyó un Nuevo Plan de Inversiones discriminado en: a) obras previstas, b) obras previstas prioritarias, c) obras previstas de expansión, d) obras RAE y e) obras adicionales.

**3.2. Determinación del importe reconocido como Inversión Bruta:** Manifestó que, tal como surge de las consideraciones preliminares de los *AIRC*, el Estado Nacional reconoce, a partir del *Registro de Inversiones* llevado por el concesionario **-sin la debida validación prevista en el contrato original-**, una deuda como *Inversión Bruta* que será pagada con la operación de la concesión, mediante la extensión de su plazo de vigencia contractual, a fin de que el Estado Nacional cancele la obligación reconocida.

Al respecto, destacó que el *Registro de Inversiones* fue concebido, en los contratos originales, con la única finalidad de ser aplicado en los casos de extinción de la concesión contemplados en la cláusula décimo séptima de dichos contratos.

Además, remarcó que el *Registro de Inversiones* debía ser aprobado mediante un acto administrativo emanado del Órgano de Control, y para tal fin -conforme los términos del contrato de concesión- se debían cumplir una serie de procedimientos de controles previos, que luego culminaban con una Resolución del ex OCCOVI.

Indicó que, para el caso de *AUSOL*, mediante la Resolución OCCOVI N.º 444, de fecha 30 de diciembre de 2002, se resolvió *Aprobar a los efectos de su inclusión en el Registro de Inversiones referido en los considerandos de la presente, las inversiones efectuadas por la Concesionaria AUTOPISTAS DEL SOL S.A. al 31 de diciembre de 2001 por un monto total de PESOS SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO (\$ 788.149.978).*

A su vez, para el caso de *GCO*, el Registro de Inversiones se aprobó mediante Resolución OCCOVI N.º 144/03, reconociendo *...las Inversiones efectuadas por la Concesionaria GRUPO CONCESIONARIO DEL OESTE S.A al 31 de diciembre de 2001, por un monto total de PESOS DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS (\$ 275.246.370) -sic-.*

Aclaró que **no existían constancias en esa Gerencia, de un acto administrativo que aprobase los importes a incluir en el Registro de Inversiones, en una fecha posterior a las indicadas en las resoluciones citadas precedentemente.**

Resaltó que las mencionadas resoluciones indicaban que el *Registro de Inversiones* se constituye en pesos, sin embargo, con relación a la propuesta efectuada por la concesionaria, la misma fue expresada en dólares estadounidenses.

Precisó que, conforme surge de la documentación que consta en los expedientes, **los montos definitivos del acuerdo fueron incorporados sin la intervención previa del ex OCCOVI.**

Por último, en referencia a la mención contenida en los *AIRC* respecto a la existencia de un procedimiento de arbitraje ante el *CIADI* iniciado por *ABERTIS* a través del cual formuló un reclamo económico a raíz de los ingresos que el concesionario dejó y dejará de percibir, con más sus accesorios, indicó que tampoco surgían antecedentes en las actuaciones a través de las cuales tramitó la aprobación de los *AIRC* del importe reclamado ante el *CIADI*, ni se tiene conocimiento de constancias de documentación adicional que permita arribar al mismo.

**3.3. Importes dolarizados:** Expresó que **el Estado Nacional se compromete a cancelar el pago de la deuda -Inversión Neta no amortizada-, en dólares estadounidenses** de acuerdo al mecanismo de pago acordado. Sin embargo, como fue desarrollado en el punto anterior, a diferencia de lo manifestado en los *AIRC*, **el Registro de Inversiones de los contratos de concesión se llevaba en pesos.**

Resaltó que **la utilización de la moneda dólares estadounidenses se observa en los AIRC como un elemento fundamental dentro de los derechos acordados a favor de las empresas concesionarias y, en contrapartida, como la principal obligación a afrontar por el concedente.**

Puntualizó que la moneda mencionada no solo toma una trascendencia importante en el reconocimiento de la *Inversión Neta*, reconocida como deuda, sino también para otros ítems del contrato como, por ejemplo, el *Flujo Resultante* establecido en el Anexo XII o la *Reserva Suficiente*.

Recordó que, de manera previa a los *AIRC*, la Ley N° 25.561 declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, dejando sin efecto las cláusulas de ajuste en dólares o en otras divisas extranjeras.

Precisó que, en consecuencia, con posterioridad a la sanción de dicha ley, de conformidad con ella, y luego de varias instancias de negociación, se arribó a los *ARC* de 2006 en los cuales se estableció la *TIR* del nuevo *PEF* en pesos constantes de septiembre de 1993 y **el concesionario renunció expresamente a exigir una *TIR* calculada en dólares estadounidenses**, tal como se encontraba fijada en el contrato original.

Asimismo, indicó que las variaciones de precios que eventualmente pudieran producirse en los costos relacionados con la operación, mantenimiento e inversiones de la concesión a partir de la suscripción de los *ARC* de 2006 serían consideradas a la luz de su incidencia dentro del *PEF* y en la *TIR*, calculada en pesos constantes de septiembre de 1993.

Agregó que, si bien en los *AIRC* se aclaró en repetidas oportunidades que los mismos se celebraban en función de lo determinado por la Ley N.° 25.561, **no se han encontrado constancias o antecedentes que respalden los motivos para realizar la renegociación en dólares, reconocer un crédito a favor de las concesionarias en dicha moneda y determinar que la mayoría de las obligaciones para el Estado Nacional respecto de dichas empresas también se encuentren valorizadas en tal divisa.**

Se explayó en tal sentido, al decir que tampoco surgían de los Expediente EX-2018-00647608-APN-SIGEN y EX-2017-26635579-APN-SIGEN, donde tramitaron las aprobaciones de los *AIRC* de *AUSOL* y *GCO* respectivamente, fundamentos para el reconocimiento de una deuda y la *TIR* en dólares estadounidenses.

Por otra parte, destacó que el principal ingreso a computar en el *PEF*, es el proveniente de la tarifa de peaje -abonada por los usuarios- en pesos. De tal forma, conforme a los *AIRC*, la mencionada tarifa deberá ser suficiente para costear los gastos operativos en pesos y luego valuados en dólares, el interés sobre la *Inversión Bruta No Amortizada*, el pago de la amortización de la *Inversión Neta* y la constitución de la *Reserva Suficiente*.

En tal sentido, estimó que la tarifa que deberían abonar los usuarios

durante la vigencia de la concesión (2018-2030), de acuerdo al *PEF* 2019, estaría destinada al pago de las deudas asumidas en un 59% en el caso de *AUSOL* y en un 51% en el caso de *GCO* (Composición en USD + Impuesto a las Ganancias), siempre que se abonasen los saldos contemplados en el *PEF* 2019 para cada período, caso contrario sería mayor aún.

Por otra parte, estimó que se destinaría un 41% en el caso de *AUSOL* y un 49% en el caso de *GCO* a gastos operativos y obras.

A tal fin, indicó que el flujo resultante en pesos deberá convertirse en dólares, de acuerdo a lo establecido por el Anexo XII - apartado 3.6. Sin embargo, mediante el Decreto N.º 609/19 (B.O. 1-9-19), y la Comunicación A 6770 del Banco Central de la República Argentina, las personas jurídicas encuentran restringida su capacidad para comprar dólares para atesorar. Por consiguiente, a partir del 1º de septiembre de 2019, para la determinación del flujo de fondos en dólares, comenzó a utilizarse el *Tipo de Cambio Implícito* definido por el *AIRC*, normalmente conocido como *Contado con Liquidación (CCL)*.

Así, al incluir en el *PEF* conceptos a abonar al *Tipo de Cambio Implícito*, la tarifa deberá ser suficiente para cubrir las variaciones que se producen en el poder adquisitivo de la moneda nacional a los fines de adquirir los dólares necesarios para cumplir con las obligaciones determinadas por el *AIRC*, en dicha moneda.

Indicó que, al flujo de fondos determinado para los primeros dos años, deberá incluirse la suma de U\$S 24.950.000 (veinticuatro millones novecientos cincuenta mil dólares estadounidenses) en el caso de *AUSOL* y U\$S 12.350.000 (doce millones trescientos cincuenta mil dólares estadounidenses) para *GCO* en concepto de *Reserva Suficiente*. Ello implicaría una suma en conjunto de U\$S 37.300.000 (treinta y siete millones trescientos mil dólares estadounidenses) adicional a los importes en dólares necesarios para cubrir la deuda y los intereses.

Precisó que la situación de estrés en el flujo de fondos que se produce antes de constituir la *Reserva Suficiente*, se ve agravada en los primeros períodos cuando se obliga a incorporar este concepto en la línea de ingresos a asegurar con tarifa. **Ello podría dar lugar a una tarifa excesiva, cuyo costo superaría el beneficio recibido por los usuarios que recorren el tramo concesionado.**

Aclaró que dicha situación fue analizada a través del Estudio del Beneficio del Usuario para los Accesos Norte y Oeste, efectuado por un consultor especializado, siendo el aumento tarifario solicitado por la concesionaria un 276% en el caso de *AUSOL* y 303% en el caso de *GCO*, superior al valor económico medio del servicio ofrecido.

Por lo tanto, **los AIRC, al determinar la metodología de actualización tarifaria, no habían considerado la Ley N.º 17.520, artículo 3º, en**

cuanto refiere a que *...el nivel medio de las tarifas no podrá exceder al valor económico medio del servicio ofrecido.*

Considerando que la tarifa necesaria para equilibrar la ecuación económica financiera es considerablemente mayor al tope máximo de tarifa establecido por la Ley N.º 17.520, para poder cumplir con el pago de la deuda reconocida en el plazo otorgado a la concesión de acuerdo a los AIRC, el Estado se vería obligado a realizar transferencias de dinero -en dólares- a los concesionarios. Por el contrario, si el Estado no hiciese efectivo el pago de las diferencias, que surgiera como consecuencia de la cancelación a través de la deuda con la metodología establecida por los AIRC, la extensión del plazo de concesión otorgado no sería suficiente para saldar la deuda.

Finalmente, la citada Gerencia efectuó los cálculos numéricos de los saldos negativos y positivos informados por las concesionarias al 31/12/2019 y de la constitución de *Reserva Suficiente* y los proyectó para el ejercicio 2020, estimaciones éstas a las cuales cabe remitirse en honor a la brevedad.

**3.4. Tasa Interna de Retorno del 8%:** Recordó que en los *ARC de 2006* las concesionarias renunciaron a percibir la *TIR* en dólares estadounidenses, tal como estaba prevista en el texto original del contrato, y adoptaron en su lugar el cálculo de la misma en pesos constantes a septiembre de 1993, determinándose una *TIR* de 11,8775% en el caso de *AUSOL* y de 7,95% en el caso de *GCO*, en ambos casos en pesos.

Puntualizó que en los AIRC las concesionarias renunciaron a exigir la *TIR* prevista en el texto contractual originario, volviendo a la moneda norteamericana como unidad de medida y estableciendo que *...la INVERSIÓN NO AMORTIZADA remunerar[á] anualmente al CONCESIONARIO un interés del Ocho por ciento (8%), y por consiguiente implicando una tasa interna de retorno del Ocho por ciento (8%)... en dólares.*

A este respecto, remarcó que conforme surge de los expedientes EX-2018-00647608-APN-SIGEN y EX-2017-26635579-APN-SIGEN, donde tramitó la aprobación del AIRC de *AUSOL* y *GCO*, respectivamente, **no se advierten actuaciones tendientes a fundamentar este cambio, no se mencionan las renunciaciones manifestadas por las concesionarias en los ARC de 2006, no se justifica el tratamiento de una tasa del mismo valor para ambas concesiones, ni obra un análisis técnico que respalde la determinación de la *TIR* en un 8% en dólares.**

Destacó que en la oferta original, las empresas presentaron en sus proyectos una *TIR* del 15,83% para *AUSOL* y de 13,06% para *GCO*, no obstante dicha rentabilidad no se encontraba asegurada por el Estado Nacional, es decir no se aseguraba tránsitos mínimos ni ingresos determinados a los fines de asegurar rentabilidad, por lo que se trataba de un proyecto a riesgo de las previsiones que pudiera hacer el empresario.

Sin embargo, a partir de la vigencia de los *AIRC*, se asegura el pago de un importe de amortización mínimo de deuda del 7,69% (siete con sesenta y nueve por ciento) anual de la *Inversión Neta*, así como una remuneración anual al concesionario de un interés del 8% (ocho por ciento) -conf. cláusula 5.3-.

Como consecuencia de ello, expresó que el Estado pasa a asegurar que los ingresos reales de la concesionaria sean suficientes para el pago de los intereses y de la deuda, estableciendo un orden de prioridad sobre erogaciones a cubrir, mediante los flujos de fondos previstos, en los que se prioriza el pago de la rentabilidad.

Aclaró que, si por alguna razón, el concesionario no pudiera aplicar las actualizaciones tarifarias previstas, el Estado Nacional se compromete a abonar el importe correspondiente al déficit. De acuerdo a lo descrito, el Estado Nacional queda obligado a mantener en el *PEF* una *TIR* del 8% (ocho por ciento), para asegurar a las concesionarias los ingresos necesarios a fin de cumplir con los egresos pautados en dicho *PEF*, sin perjuicio de que ellos tengan su origen en la tarifa pagada por los usuarios o, en su defecto, en pagos en dólares aportados por el Estado.

Puntualizó que, debido a que no fue posible realizar las actualizaciones tarifarias de acuerdo a los procedimientos determinados por los *AIRC*, las concesionarias realizaron sucesivas presentaciones, a los fines de solicitar la compensación o pago por parte del Estado de los importes reclamados, los que ascienden, en conjunto, para el período 2019-2020, a la suma de U\$S 254.933.576 (doscientos cincuenta y cuatro millones novecientos treinta y tres mil quinientos setenta y seis dólares estadounidenses).

**3.5. Metodología para la cancelación de la *Inversión Bruta*:** Reiteró que la deuda reconocida asciende a la suma de a U\$S 813.143.839,52 - ochocientos trece millones ciento cuarenta y tres mil ochocientos treinta y nueve con 52/100 dólares estadounidenses- (U\$S 540.522.269,52 para el caso de *AUSOL* y U\$S 272.621.570 para el caso de *GCO*). Asimismo, en los acuerdos se resolvió deducir de dicha suma, las multas firmes, por lo que el importe neto resultante quedó en U\$S 746.000.000 - setecientos cuarenta y seis millones de dólares estadounidenses- (U\$S 499.000.000 para el caso de *AUSOL* y U\$S 247.000.000 para *GCO*).

También, se acordó que su cancelación, sería mediante la **extensión de los plazos de concesión para *AUSOL* y para *GCO***. Como consecuencia de dicha extensión, el plazo de concesión para ambas empresas finalizará el 31 de diciembre de 2030.

Además, el Estado Nacional se compromete a cancelar el pago de la deuda con los ingresos obtenidos de la concesión en pesos, principalmente con la tarifa de peaje pagada por los usuarios de ambos accesos, sin computar los ingresos provenientes de las áreas de servicios.



Este esquema se debe repetir todos los años hasta que, al final de la concesión, la sumatoria de los importes de amortización mínima abonada cancele la deuda neta reconocida de U\$S 746.000.000 (setecientos cuarenta y seis millones de dólares estadounidenses).

A fin de cumplir con el mencionado esquema, las empresas concesionarias deben presentar anualmente un *PEF* que expone el *Flujo de Fondos* disponible para el pago de la deuda. Es decir, que en caso de que los ingresos no resultaran suficientes para cubrir las erogaciones que constan en el *PEF*, se debe determinar una tarifa tal que permita lograr el equilibrio de la ecuación económica financiera de la concesión, asegurando además fondos suficientes para la cancelación de la deuda reconocida en los *AIRC*.

**3.6. Actualizaciones Tarifarias:** Expresó que desde el inicio de la concesión hasta el momento en que se firmaron los *AIRC*, se configuraron diferentes metodologías para actualizar la tarifa.

Indicó que, en el texto original del contrato de concesión, la actualización estaba prevista por el *Régimen Tarifario* -cláusula octava-, la cual debía aplicarse anualmente y para ello se establecía que: a) A la tarifa básica inicial -en dólares- se le aplicaba la variación porcentual habida en el Índice de Precios al Consumidor - todos los rubros - (Consumer Price Index - All Items) de los Estados Unidos de América; b) La tarifa de peaje que la concesionaria percibía de los usuarios era expresada en pesos. Al resultado del párrafo anterior se lo convertía mensualmente utilizando la paridad dólar/peso según la cotización promedio del tipo comprador/vendedor del Banco de la Nación Argentina de cinco días anterior a su aplicación; c) Al valor resultante de b) se le adicionaba el IVA, según la tasa vigente; d) El resultado obtenido, sería redondeado en más múltiplos de 10 centavos.

Recordó que durante el período de vigencia de dicho contrato regía la Ley de Convertibilidad N.º 23.928.

Posteriormente, en los *ARC de 2006*, suscriptos de conformidad con la Ley de Emergencia N° 25.561, **las concesionarias renunciaron a la TIR en dólares, aceptando en su lugar que la misma fuera expresada en pesos a moneda constante de septiembre de 1993.**

Se acordó que la tarifa sería cobrada y calculada en la moneda nacional, y las próximas actualizaciones tarifarias se harían aplicando la actualización de un *PEF*, y de acuerdo a lo dispuesto por la cláusula octava -Adecuación de tarifas por variación de precios-, serían consideradas a la luz de su incidencia dentro del *PEF* de la concesión y en la *TIR* del contrato, calculada en pesos constantes de septiembre de 1993. A partir del 1º de marzo de 2006 el concesionario podría solicitar al Órgano de Control (OCCOVI) una redeterminación tarifaria, si y sólo si, tomando como índice base el correspondiente al mes de diciembre de 2004, la variación en el valor medio del índice de Precios

Internos al por Mayor (IPIM) y el índice de la apertura Mano de Obra del índice de Costo de la Construcción (ICC), ambos publicados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), superara el 15% (quince por ciento).

Resumió el procedimiento que se debía seguir al efecto, a cuyo detalle cabe remitirse en honor a la brevedad.

Recordó que, de acuerdo a su Anexo II, los mencionados *ARC de 2006* se calcularon con una *TIR* de 11,8775% (once con ocho mil setecientos setenta y cinco por ciento) en el caso de *AUSOL* y de 7,95% (siete con noventa y cinco por ciento) en el caso de *GCO*.

Destacó que, sin embargo, a partir de la entrada en vigencia de los *AIRC* **se produjo un cambio significativo en los procedimientos de actualización tarifarias**, conforme a lo establecido en el artículo cuarto.

La redeterminación tarifaria tendrá lugar en forma anual, inmediatamente después del fin de cada año. Sin perjuicio de ello, **el concesionario tendrá derecho a que la tarifa se actualice mediante la aplicación del CER**. A esta actualización se hará lugar en las siguientes oportunidades: (i) al final del primer semestre de cada año, cualquiera sea la variación operada en el CER durante ese semestre; y (ii) cuando la variación antedicha, computada desde la fecha de la última actualización tarifaria o redeterminación tarifaria, supere el 10% (diez por ciento). Estas actualizaciones tarifarias serán a cuenta de la respectiva redeterminación tarifaria anual.

Al respecto recordó que, de acuerdo al apartado 4.9, cuando en virtud de una medida pública no se pudieren aplicar las tarifas que surgen del mencionado artículo cuarto, el concedente deberá abonarle a la concesionaria, dentro de los 30 días de finalizado cada semestre, una suma igual al déficit resultante.

Por lo tanto, mediante las sucesivas presentaciones efectuadas por las concesionarias éstas reclaman por el período 2019 importes mayores a los saldos impagos de deuda e intereses, que surgieron de los *PEF* 2019 presentados. Para el período 2020 los reclamos por compensación fueron de U\$S 102.709.419 (ciento dos millones setecientos nueve mil cuatrocientos diecinueve dólares estadounidenses) en el caso de *AUSOL* y U\$S 79.851.332 (setenta y nueve millones ochocientos cincuenta y un mil trescientos treinta y dos dólares estadounidenses) en el caso de *GCO*.

**De acuerdo a la metodología determinada por el AIRC, se modifican sustancialmente los regímenes de actualización tarifaria, estableciéndose dos procedimientos complementarios y coexistentes de incremento de tarifas, en caso de corresponder. Se establecen actualizaciones tarifarias parciales, en períodos menores al año, y una redeterminación tarifaria anual por déficit en el PEF, lo que genera,**

como mínimo, tres trámites de actualizaciones tarifarias por cada año calendario, sin perjuicio de destacar que, si se producen variaciones mayores al 10% (diez por ciento) del CER en períodos menores al semestre, serán más de tres actualizaciones.

Resaltó que dichas actualizaciones, generan tareas adicionales a realizar por el Órgano de Control, respecto del régimen anterior; sin embargo no se contemplan plazos adicionales para el cumplimiento de las mismas.

Por último, considerando la metodología a aplicarse para determinar el *PEF*, al que se refiere la redeterminación tarifaria establecida, ésta difiere de manera significativa respecto de los procedimientos utilizados para determinar el *PEF* en los *ARC de 2006*.

**3.7. Plan Económico Financiero:** Afirmó que de acuerdo a lo establecido en los *AIRC* -apartado 5.3.- **se define al *PEF* como un mecanismo de compensación destinado a la recuperación, dentro del plazo de vigencia de los *AIRC*, de la Inversión Neta.** Por lo tanto, el *PEF* es el instrumento que permite el cumplimiento del objetivo del contrato, ya que a través del mismo se establecerán la tarifa o los importes necesarios a ser transferidos por parte del Estado Nacional, a los fines de cancelar la deuda reconocida.

Efectuó un pormenorizado análisis de los diferentes conceptos incluidos en el *PEF* con la finalidad de exponer los procedimientos establecidos para su registración, los antecedentes que surgen de los expedientes que dieron origen a los *AIRC* (Exptes. DNV N.º EX0018043-2016 de *AUSOL* y EX0018042-2016 de *GCO*) y la diferencia con la metodología utilizada de manera previa en los *ARC de 2006*.

De acuerdo a lo establecido por el artículo cuarto -*Tarifas*- apartado 4.2., inciso a), el *PEF* deberá confeccionarse de acuerdo a la variación de los factores indicados en el Anexo XII y en función de la metodología que allí se explicita. Por lo que desarrolló la metodología prevista en el mencionado Anexo, a cuyo detalle cabe remitirse.

En apretada síntesis, cabe puntualizar que:

**3.7.1.** Respecto de los ingresos computables, indicó que si la concesionaria lograra reducir el porcentaje de exentos gestionables (calculado sobre el tránsito total, de acuerdo al Anexo VI) a un valor inferior al dispuesto en el Anexo XI, obtendría ingresos adicionales cuyo destino sería: el 30% (treinta por ciento) a favor de las concesionarias y el 70% (setenta por ciento) a favor del concedente.

En virtud de lo mencionado, cuantificó que solamente en el período 2019 las concesionarias contarán, en su conjunto, con ingresos adicionales que ascienden a la suma de U\$S 756.855 (setecientos cincuenta y seis mil ochocientos cincuenta y cinco dólares estadounidenses) libre de

impuesto a las ganancias, que **no se computarán en el PEF, y por lo tanto, no serán destinados a cancelar la Inversión Neta reconocida, ni sus intereses.**

El 70% (setenta por ciento) que corresponde al Estado Nacional en dicho período, el cual asciende a la suma de U\$S 1.766.065 (un millón setecientos sesenta y seis mil sesenta y cinco dólares estadounidenses), **deberá ser destinado al pago de los conceptos adeudados**, por imperio de lo establecido en el artículo séptimo, apartado 7.4.

En este aspecto, recordó que **el recupero de la deuda reconocida y sus intereses siempre tiene una prioridad de cobro en el contrato**, ya que, si bien la concesionaria puede disponer de los fondos resultantes de las mencionadas eficiencias, el concedente sólo podrá hacerlo en el caso que no existan saldos adeudados.

**3.7.2.** Ingresos por peaje bonificado. Destacó que las concesionarias percibirán, **para sí y en su propio beneficio**, los ingresos reales y efectivamente percibidos de las tarifas diferenciales abonadas por los vehículos bonificados.

**3.7.3.** Ingresos por explotación de servicios accesorios y aprovechamiento de predios remanentes. Precisó que se incluyen como *Ingresos Computables* el 40% (cuarenta por ciento) de los ingresos resultantes de la explotación de servicios accesorios y del aprovechamiento y uso de predios remanentes de expropiación, en los términos del Decreto N.º 82/01 (B.O. 30-1-01) y de la Resolución del OCCOVI N.º 10/01.

Aclaró que dichos ingresos no incluyen los ingresos por áreas de servicio.

Advirtió que la mayoría de los cánones están establecidos por contrato hasta el período de finalización de la concesión y son en dólares. Por dichos conceptos, GCO percibirá U\$S 22.561.217 (veintidós millones quinientos sesenta y un mil doscientos diecisiete dólares estadounidenses) y AUSOL percibirá de U\$S 123.693.433 (ciento veintitrés millones seiscientos noventa y tres mil cuatrocientos treinta y tres dólares estadounidenses) y \$ 569.896.014 (quinientos sesenta y nueve millones ochocientos noventa y seis mil catorce pesos), ambas en el período 2018-2030.

**3.7.4.** Aplicación de fondos de la *Cuenta Remanente*. En resumen, expresó que solo si quedara saldo en la *Cuenta Remanente*, luego de cubrir todos los importes en el orden previsto por el artículo quinto, apartado 5.3, y no quedaran conceptos adeudados, el Estado podrá decidir la aplicación de los mismos a morigerar tarifas, o a cubrir temporalmente *Obras Previstas*. Por lo tanto, si las concesionarias no llegasen a disponer de fondos suficientes para financiar las *Obras Previstas*

(mediante los Fondos de RAE transferidos) y en virtud de una medida pública no se aplicarían las actualizaciones tarifarias, las concesionarias no podrían utilizar los fondos de la *Cuenta Remanente* para financiar las *Obras Previstas* y si, además, constan conceptos adeudados, **las concesionarias podrán suspender la realización de las mencionadas obras.**

Destacó que, como puede observarse, **el computo de ingresos en el PEF, establecido en los AIRC, adquiere una mayor complejidad comparada con los ARC de 2006.**

Recordó que en los *ARC de 2006* se mantenía el volumen de tránsito que figuraba en los mismos, como así también la composición porcentual por categorías del tránsito de vehículos, y a los fines de determinar los ingresos correspondientes al año en cuestión, se actualizaba la tarifa percibida por el concesionario en el período.

A partir de la entrada en vigencia de los *AIRC*, no sólo comienzan a registrarse los ingresos en función del tránsito e ingresos nominales percibidos de la concesionaria, sino que también, se modifica la clasificación del tránsito y se agregan ajustes a realizar al mismo, a los fines de determinar los *Ingresos Computables* en el *PEF*, lo que requiere para el Órgano de Control el manejo de mayor detalle de datos de tránsito e ingresos que antes no era necesario a los fines de la redeterminación tarifaria.

Sin embargo, remarcó, **no consta en los expedientes en los que tramitaron tales acuerdos actuaciones donde se contemplen antecedentes que justifiquen el cambio de metodología enunciado.**

**3.7.5.** Respecto de los egresos indicó que, de acuerdo a la nueva metodología establecida en los *AIRC*, en el *PEF* se computan dos grandes rubros de egresos: *Egresos Predeterminados* y *Egresos a Determinar* y la suma de ambos integran los *Egresos Computables*. Ambos egresos representan principalmente la operación y mantenimiento de la concesión y revisten importancia porque representan en su conjunto un 30% (treinta por ciento) de los ingresos computables en el caso de *AUSOL* y un 38% (treinta y ocho por ciento) en el caso de *GCO*.

Remarcó que, conforme los términos de los *AIRC*, si los *Egresos Corrientes*, es decir el importe de egresos real computado en el período bajo análisis, fuera menor a los *Egresos Predeterminados*, **las concesionarias obtendrán ingresos adicionales -que no se computarán en el PEF- equivalente al 50% (cincuenta por ciento) de la diferencia.**

Resaltó, asimismo, que los *Egresos a Determinar* se computan de acuerdo a importes reales, por lo que además de verificar la veracidad de los mismos, es necesario depurar aquellos egresos que no están relacionados con los *Ingresos Computables* en el *PEF*.

En cuanto a los egresos determinados, precisó que se le reconoció a GCO la suma de \$ 744.514.047 (setecientos cuarenta y cuatro millones quinientos catorce mil cuarenta y siete pesos) y a AUSOL \$ 1.001.682.814 (mil un millones seiscientos ochenta y dos mil ochocientos catorce pesos), al 31/12/16 **en base a balances que en el momento de la firma de los AIRC no se encontraban auditados o aprobados por la firma de auditores, y por ende por los organismos de contralor pertinentes.** Aclaró que a dichos importes se les debe adicionar un monto correspondiente a *Mayores gastos de Conservación y Mantenimiento.*

En otro orden, señaló que **los ingresos por Áreas De Servicio no constituyen Ingresos Computables en el PEF,** pero es una actividad incluida en los *Ingresos y Gastos* de los *Estados Contables.* Sin embargo, **no surge de los expedientes aclaraciones o indicaciones sobre deducciones donde se contemplen las situaciones antes descritas referidas a los importes a computarse como Egresos Determinados.**

Por otra parte, indicó que, si la concesionaria lograra que los *Egresos Corrientes* fueran menores a los *Egresos Predeterminados* actualizados a un período determinado, obtendría ingresos adicionales, que **no serían computados en el PEF y por ende para el pago de la deuda, ni intereses.** Por aplicación de lo enunciado, ambas concesionarias informaron ahorros por la suma total de \$ 87.369.228 (ochenta y siete millones trescientos sesenta y nueve mil doscientos veintiocho pesos), lo que convertido al tipo de cambio del período equivale a U\$S 1.678.147 (un millón seiscientos setenta y ocho mil ciento cuarenta y siete dólares estadounidenses), lo que significó, para ambos accesos, un aumento de aproximadamente el 1,89% (uno con ochenta y nueve por ciento) respecto de los *Egresos Corrientes,* con lo cual se reducen adicionalmente los ingresos disponibles para la cancelación de la deuda, pero **generando ingresos adicionales para las concesionarias.**

Agregó que, en virtud de los ahorros informados por las concesionarias, ellas contarán, en su conjunto, con ingresos de U\$S 522.458 (quinientos veintidós mil cuatrocientos cincuenta y ocho dólares estadounidenses) libres de impuestos, que **no computarán en el PEF, y por lo tanto no serán destinados a cancelar la Inversión Neta reconocida, ni sus intereses.**

Con respecto a la metodología utilizada, puntualizó que, de manera previa a registrar gastos de la misma naturaleza en el *PEF,* en los *ARC de 2006* el asesor financiero calculó los índices de gastos a aplicar a los períodos base, determinados en la cláusula octava, a los fines de determinar los egresos correspondientes al año en cuestión. Sin embargo, a partir de la entrada en vigencia del *AIRC* el método de registración es más complejo, ya que coexisten dos metodologías de manera conjunta para la registración de las erogaciones: los *Egresos Predeterminados,* para los que se establecieron los valores del año base (2016) y se actualiza a moneda constante del año en consideración utilizando los índices expuestos en el Anexo XII, ajustados en función

de los *Egresos Corrientes* y los *Egresos a Determinar* que se computan sobre bases reales e informadas por las concesionarias, a lo que posteriormente, hay que aplicar los procedimientos de control a fin de verificar los importes referidos a los egresos como consecuencia de los *Ahorros y Eficiencias*.

Destacó que **no consta en las actuaciones en las que tramitaron los mencionados AIRC antecedentes donde se analice el cambio de metodología mencionado.**

**3.7.6.** Impuesto a las ganancias. Recordó que el reconocimiento de este impuesto es significativo, ya que de acuerdo a las estimaciones expuestas el mismo asciende a, por lo menos, un importe de U\$S 619.444.523 (seiscientos diecinueve millones cuatrocientos cuarenta y cuatro mil quinientos veintitrés dólares estadounidenses).

**3.7.7.** En relación a los ingresos informados por las concesionarias como *Áreas de Servicios* para todo el período de la concesión (2018-2030) y los ahorros y eficiencias pertenecientes al concedente, estimó -según datos actuales- que **ambas concesionarias percibirán durante la vigencia de los AIRC, ingresos adicionales** por U\$S 148.311.217 (ciento cuarenta y ocho millones trescientos once mil doscientos diecisiete dólares estadounidenses) y \$ 569.896.014 (quinientos sesenta y nueve millones ochocientos noventa y seis mil catorce pesos).

**3.7.8.** En otro aspecto del análisis, destacó que los *Evasores de Peaje* no son considerados a los fines de elaborar el *PEF* que define la tarifa que equilibraría la ecuación económica del contrato de concesión. Al suprimirse en el cómputo de los ingresos en el *PEF* los evasores de peaje y computarse exclusivamente el tránsito real pagante, **se elimina para la concesionaria el riesgo que generan los vehículos evasores. De esta forma, ya no se castiga en el PEF la falta de efectividad en el cobro de peaje en dichos casos, ni se motiva a la concesionaria a disminuirlos** (para así obtener mayores ingresos que no integrarían el *PEF*). De este modo, **las concesionarias no se ven afectadas por el aumento de evasores**, toda vez que, si bien incidiría en los ingresos de la concesión, se compensaría con un mayor aumento de tarifa que permitiera cancelar la deuda reconocida.

**3.7.9.** Indicó que los *Egresos Predeterminados* se fijaron en base a los Estados Financieros de 2016 de ambas concesionarias, sumándole importes adicionales. Al ser datos fijos que se redeterminan por índices, no tienen una correcta correlación con los ingresos nominales o reales de cada período. Por ejemplo, una disminución en el tránsito significaría un menor ingreso y por ende menores gastos asociados. Esto no se encuentra contemplado al tratar los *Egresos Pre Determinados*, y daría como resultado la existencia de ahorros por menores gastos aun cuando no responden a una gestión eficiente. Ahorros que, además, **resultan ingresos adicionales para las concesionarias y que no pueden ser computados para cancelar capital ni intereses.**

Puntualizó que, durante el primer período completo (2019), ambas concesionarias declararon ahorros por realizar erogaciones inferiores a las previstas como *Egresos Pre Determinados*. Esto generó ingresos adicionales a *AUSOL* por la suma de \$ 31.327.479 (treinta y un millones trescientos veintisiete mil cuatrocientos setenta y nueve pesos) que al tipo de cambio utilizado en el *PEF* 2019 representan U\$S 601.757 (seiscientos un mil setecientos cincuenta y siete dólares estadounidenses) y a *GCO* por la suma de \$ 12.357.135 (doce millones trescientos cincuenta y siete mil ciento treinta y cinco pesos) que al tipo de cambio utilizado en el *PEF* 2019 son U\$S 237.363 (doscientos treinta y siete mil trescientos sesenta y tres dólares estadounidenses).

Precisó que **la falta de claridad en los rubros involucrados en las tareas que deben considerarse como *Egresos Pre Determinados*, genera desacuerdos para el correcto cómputo de los mismos**. Esto podría suceder en el caso de los *Capex Operativo*.

**3.7.10.** En relación a éstos últimos, recordó que los *Capex Operativos* son tareas de seguridad vial, actualización, equipamiento y remodelaciones que deben realizar las concesionarias, que al no encontrarse detalladas podrían confundirse con otras actividades que les reportarían ahorros a las concesionarias.

Expresó que, a pesar de ser tratadas como *Obras* por los *AIRC*, **no existen constancias de presentaciones por parte de las concesionarias de proyectos, planes, programas o contrataciones destinados a ejecutar dichas tareas, de manera que el Órgano de Control pueda establecer previamente si efectivamente son inversiones que se corresponden con los *Capex Operativos***.

**3.8. Plazo de control limitado.** Destacó que a lo largo de los *AIRC* **se verifican cláusulas que dificultan el debido control durante la gestión del contrato**, principalmente en lo que respecta al *PEF* de la concesión y a la modificación tarifaria. Se aparta del mecanismo fijado en las cláusulas "octava" de los *ARC* de 2006 donde los plazos eran de 30 días para la intervención del Órgano de Control y 120 (ciento veinte) días para la intervención de la Autoridad de Aplicación y el posterior dictado del Decreto por el Poder Ejecutivo Nacional. Ahora, el plazo se redujo a 10 (diez) días hábiles administrativos (conf. apartado 4.3.).

Recordó que en los términos contractuales originales los aumentos se daban por aplicación de índices, para los cuales el plazo de 10 (diez) días hábiles administrativos aparecía como razonable. En cambio, en el caso de la redeterminación tarifaria prevista en los *AIRC*, se debe comprobar la tarifa que refleje la incidencia en el *PEF*, para lo cual debe evaluarse éste, así como los componentes que lo integran.



#### **4. La intervención de la Gerencia Ejecutiva de Asuntos Jurídicos de la Dirección Nacional de Vialidad**

El servicio jurídico permanente de la Dirección Nacional de Vialidad elaboró el informe agregado en el Orden 6, a efectos de tomar intervención en el análisis de la cuestión planteada en torno a la legitimidad de los AIRC y la eventual defensa de los intereses del Estado que, en principio y por los motivos que expuso, aparecerían vulnerados.

Preliminarmente, destacó que los AIRC no fueron suscriptos por el ex Ministro de Hacienda y Finanzas Públicas, toda vez que, al momento de su intervención, la Secretaría Legal y Técnica de dicho Ministerio expresó que siendo que *...la renegociación bajo examen excede el alcance de la conclusión de una renegociación basada en la Ley 25.561 se entiende que esta cartera carecería de competencia para participar por tratarse de un contrato ajeno a su órbita.*

Destacó además que, de las constancias obrantes en el trámite administrativo de los AIRC, no surgiría la intervención de la Comisión Bicameral de Seguimiento del Honorable Congreso de la Nación creada por el artículo 20 de la Ley N.º 25.561.

Realizó un análisis de los antecedentes del caso -en especial en lo atinente a la suscripción de los ARC de 2006 y al reclamo formulado ante el CIADI por la empresa ABERTIS- para, posteriormente, señalar que, del texto de los informes elaborados por la Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones, surge que, en relación a las cuestiones económicas, financieras y técnicas **no obran antecedentes y/o constancias dentro de los expedientes por los cuales tramitaron los AIRC, que avalen y/o respalden lo expuesto en ellos, incluyendo -además- un cambio de metodología con respecto a los contratos de concesión originarios.**

A continuación, enumeró las causales que -a su juicio- podrían alterar el orden jurídico. En tal sentido, puntualizó:

##### **4.1. Alteración de las potestades de la administración:**

Advirtió que, en principio, se encontrarían mermadas en favor de las concesionarias las facultades de la Administración, configurándose así un acuerdo de voluntades en el ámbito exclusivo del derecho privado y no del derecho público, apartándose de las potestades de la Administración en materia de contratación administrativa por razones de interés público.

A modo de ejemplo, citó la cláusula 14.1. de los AIRC a través de la cual se establece el compromiso del concedente de respetar el plazo de vigencia de los contratos que haya celebrado y celebren las concesionarias con terceros, aun cuando se produzca, por cualquier

causa, la extinción de la concesión o un nuevo concesionario se haga cargo de la operación de los accesos.

También refirió a la cláusula 13.2., dado que en ella se limitan las facultades del Estado al descartar la posibilidad de establecer un adicional tarifario, con o sin afectación específica, por ejemplo para recaudar o crear un mecanismo a fin de ejecutar obras, que no sea percibido por las concesionarias si no es en su propio beneficio.

Otro ejemplo que puntualizó, fue el señalado por la Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones, en cuanto a que el Organismo de Control sólo puede observar las redeterminaciones y actualizaciones por errores de cálculo, excluyendo la posibilidad de hacerlo por otros motivos y autorizando la aplicación inmediata del aumento tarifario en todo aquello que no hubiere sido observado.

#### **4.2. Alteración del objeto y plazo de vigencia sin llamado a nueva licitación:**

Puntualizó que el objeto de los AIRC se aparta del concepto de concesión en los términos de la Ley N.º 17.520, y de lo establecido en los contratos originales, produciendo un cambio significativo en el objeto principal al incorporar en el texto la compensación y el pago de la presunta deuda a las concesionarias.

Resaltó que la deuda reconocida en dichos acuerdos, y sin perjuicio de las acciones a seguir en el marco de su revisión para el caso que exista, se encuentra expresada en dólares, siendo que **en los ARC de 2006 las concesionarias, en el marco de la Ley N.º 25.561, desistieron de reclamar cualquier deuda en dicha moneda.**

Respecto de la cancelación de una deuda reconocida, identificada en los AIRC como *Inversión Bruta*, se remitió al análisis realizado en dicho sentido por la Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones.

Sin perjuicio de ello, destacó que **con la inclusión del cobro de la deuda como objetivo principal de los acuerdos se estaría desvirtuando el objeto del contrato, que fue determinado conforme a los pliegos que rigieron la licitación.**

Por otro lado, remarcó que el pago de la deuda -para el caso de que ésta existiera- debería efectuarse a través de las normas presupuestarias vigentes y no con el funcionamiento de la concesión, mediante la extensión de su plazo de vigencia.

#### **4.3. Alteración de las bases y condiciones de la licitación:**

Recordó que el contrato de concesión de los Accesos Norte y Oeste surge de una licitación pública llevada a cabo oportunamente por el Estado Nacional a través de los organismos competentes, donde participaron diferentes oferentes y resultó adjudicatario quien ofreció la oferta

más conveniente y admisible desde los aspectos técnicos, económicos y jurídicos. Por lo cual, el contrato reflejó la oferta presentada conforme a los Pliegos de Bases y Condiciones que rigieron el procedimiento de selección.

En tal sentido, reiteró que **alterar el objeto introduciendo en el contrato el pago de una deuda vulnera los principios de la licitación, más específicamente, los de igualdad, concurrencia, transparencia y el de inmodificabilidad de la oferta.**

Invocó la doctrina según la cual se quiebra el principio de igualdad si, después de adjudicado el contrato, se alteran las bases de la licitación y se introduce una variante que implique beneficiar al que resultó adjudicatario, al margen de las condiciones generales de la licitación.

En base a lo expuesto, concluyó que podría interpretarse que los AIRC se desvían no sólo de las bases y principios de la licitación, sino de la normativa vigente, convirtiendo al contrato de concesión de obra pública celebrado en los términos de la Ley N.º 17.520, en un acuerdo de compensación y repago de una presunta deuda, asimilándose a un contrato en el marco del derecho privado.

#### **4.4. Reconocimiento por parte de la concesionaria de la deuda en pesos a partir de los acuerdos parciales de 2006 (conforme pesificación Ley N.º 25.561 y sus concordantes):**

En este punto, recordó que en los ARC de 2006 se acordaron los siguiente hitos: 1) las concesionarias renunciaron a exigir un PEF de la concesión con una TIR calculada en dólares estadounidenses; 2) la adecuación de tarifas por variación de precios fue considerada a la luz de su incidencia dentro del PEF y en la TIR del contrato de concesión calculada en pesos constantes de septiembre de 1993; 3) la unidad de penalización pasó de U\$S 0,50 (dólares cero coma cincuenta) a \$ 0,75 (pesos cero coma setenta y cinco); y 4) los montos en dólares estadounidenses previstos en el contrato de concesión en concepto de garantías de ejecución de obras, mantenimiento, reparación, conservación, explotación y administración de la concesión y de los seguros sobre bienes afectados al servicio y de responsabilidad civil quedaron establecidos en pesos, a la relación de cambio un dólar (u\$ 1) = un peso (\$1).

Remarcó que, en el Informe Inicial, la Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones calificó a este tema como una irregularidad y que, en su informe posterior, destacó que **no se advierten actuaciones que fundamenten el cambio adoptado respecto al valor de la TIR, ni se mencionan las renunciaciones manifestadas por las concesionarias en los ARC de 2006.**

En igual sentido, recordó que dicha Gerencia destacó que ...la

utilización de esta moneda (dólares estadounidenses) se observa en los AIRC como un elemento fundamental dentro de los derechos acordados a favor de las Empresas Concesionarias, y en contrapartida, como la principal obligación a afrontar por el Concedente. Entonces, la moneda mencionada no solo toma una trascendencia importante en el reconocimiento de la "INVERSION NETA" (reconocida como deuda) sino también para otros ítems del contrato.

#### **4.5. Ajustes tarifarios violatorios de las normas vigentes en materia de prohibición de indexación:**

Comenzó por señalar que, conforme lo dispuesto por el artículo 7° de la Ley N.° 23.928, en ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor.

En ese sentido, destacó que el mecanismo de actualización tarifaria prevista en los AIRC, así como las compensaciones que prevén, de operatividad automática, tendría un resultado de imposible cumplimiento en el tiempo. Ello, atento a que en la actualidad, la tarifa sería difícil de abonar por parte de los usuarios, ya que, de acuerdo a lo manifestado por la Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones, **la tarifa necesaria para equilibrar la ecuación económico financiera es considerablemente mayor al tope máximo de tarifa establecido por la Ley N° 17.520, para poder cumplir con el pago de la deuda reconocida en el plazo fijado por los AIRC.**

Recordó, asimismo, que la referida Gerencia cuestionó también la metodología de actualización y redeterminación tarifaria establecida en los AIRC, *...lo cual modificó sustancialmente el régimen de actualización tarifaria establecido en los contratos de concesión originarios, disponiendo procedimientos complementarios y coexistentes (sic) de actualización (algunos parciales), estableciendo, además, compensaciones por parte del Estado a las concesionarias en el supuesto de no cumplimentar con el monto de tarifa pretendido.*

Concluyó que, conforme a lo expuesto, cabe considerar que, en relación a las tarifas y al régimen general, la cuestión dista bastante de lo establecido en la materia, atento que las tarifas deben ser justas y razonables, resultando aplicables los lineamientos establecidos en el reciente fallo *CEPIS* (Centro de Estudio para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad) en cuanto a la preservación de los principios del régimen tarifario tales como la gradualidad, previsibilidad, razonabilidad y no confiscatoriedad, evitando que la determinación de las mismas impongan restricciones arbitrarias o desproporcionadas a los derechos de los usuarios.

Finalmente, abonó su criterio recordando que el Decreto N° 2637/92, a través del cual se fijaron las bases para el proceso de selección que luego devinieron en los contratos de concesión, determinó en su

artículo 9° que *La tarifa que debe pagar el usuario, en ningún caso podrá superar el valor económico medio de los servicios prestados.* A ello agregó que el artículo 3°, inciso 1, de la Ley N° 17.520, dispone que *...el nivel medio de las tarifas no podrá exceder al valor económico medio del servicio ofrecido.*

**4.6. Eliminación de la prohibición establecida en el contrato original respecto a la posibilidad de que una misma persona jurídica pueda ser accionista del concesionario y de otra empresa titular de concesiones viales otorgadas por el concedente:**

Afirmó que la eliminación de la prohibición referida, podría favorecer la posición dominante en los términos de las normas de defensa de la competencia y además alterar los principios licitatorios a los cuales se hizo referencia precedentemente.

**4.7. Supresión de la instancia de revisión originaria (la justicia Contencioso Administrativo Federal):**

Recordó que los contratos de concesión originarios fijaban la prórroga de jurisdicción en tribunales arbitrales, pero haciendo una distinción entre aquellos casos que serían resueltos por los Tribunales Contencioso Administrativos Federales -instancia de revisión originaria- y aquellos que podrían ser resueltos por vía arbitral, resultando que solo podrían someterse a arbitraje los conflictos no derivados del ejercicio del Poder de Policía que se susciten entre las partes.

**En los AIRC todas las controversias deberán ser sometidas a arbitraje, dejando de lado el fuero Contencioso Administrativo Federal y estableciendo, incluso, que es facultativo para las concesionarias el agotamiento previo de la vía administrativa para cualquier reclamo ante el Estado, violando así la normativa vigente en la materia.**

Afirmó que, de tal forma, se estaría modificando por acuerdo de partes lo previsto en una ley como requisito destinado a posibilitar a la Administración la revisión de sus propios actos, permitir el control por parte de los órganos superiores de la actividad de los inferiores y crear espacios de conciliación entre el Estado y el particular.

Respecto al sometimiento de las controversias a Arbitraje, indicó que esta Procuración del Tesoro advirtió en su Dictamen IF-2017-34134193-APN-PTN, obrante en los expedientes por los cuales tramitaron los AIRC que *...Independientemente de que dicha posibilidad responda a prácticas arbitrales habituales, y que han sido receptadas por el régimen de los Contratos de Participación Público Privadas (Ley N.º 27.328 y su reglamentación), lo cierto es que, en ese nuevo régimen de contrataciones, la exigencia legal que lo habilita está satisfecha por la propia ley que regula esa forma de contratar; extremo ausente en el caso sujeto a análisis...*

También se dijo, en el citado dictamen, que *...lo pactado -dada su aparente extensión para la resolución de todo conflicto contractual y/o regulatorio entre las partes- podría exceder los límites de la razonabilidad que debe presidirlo si se considerase que con ello vacía las facultades o herramientas del regulador; aun cuando pueda resultar afín a la solución jurisdiccional prevista en el régimen dispuesto recientemente por la Ley N° 27.328.*

#### **4.8. Otros aspectos objetables:**

Además, puntualizó otras cuestiones que pueden considerarse o resultar complementarias a los puntos antes descriptos:

**4.8.1. Obras.** Indicó que, de la lectura del artículo referido a las obras, y tal como fuera expuesto por la Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones, surge que **éstas dejan de ser una prioridad en el contrato de concesión**, teniendo un impacto mucho menor en la ecuación económico financiera, frente al pago de la presunta deuda, desvirtuando aún más lo establecido en el contrato original. Se modifica, además, el riesgo asociado al financiamiento de las obras, así como la fuente de los fondos para ejecutarlas.

**4.8.2. Penalidades.** En relación a las sanciones por incumplimientos contractuales, y sin perjuicio de las compensaciones por las multas adeudadas, señaló que el procedimiento de constatación y de aplicación de las penalidades establecidas en los AIRC difiere ampliamente de lo previsto en el Contrato originario, desvirtuándolo, también, en este aspecto.

**4.8.3. Riesgo empresario.** Preciso que **los AIRC eliminan el riesgo de las concesionarias, contrariando así lo previsto en el acto administrativo que dio inicio a la licitación de estos contratos.** En tal sentido, la Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones, destacó que en los contratos de concesión originarios el Estado no aseguraba tránsitos mínimos, ni ingresos determinados a los fines de asegurar rentabilidad, es decir que era un proyecto a riesgo de las previsiones que pudiera hacer el empresario. Sin embargo, a partir de los AIRC, se asegura a las concesionarias el pago de un importe de amortización mínimo de deuda del 7,69% anual de la inversión neta, así como una remuneración anual del 8% en concepto de interés, eliminando de esa manera el riesgo empresario.

**4.8.4. Silencio positivo.** Subrayó que los AIRC prevén en materia de redeterminaciones y actualizaciones tarifarias y en aprobación de proyectos de obras la aplicación del silencio positivo cuando transcurre cierto lapso -en general contado en días corridos y con plazos muy acotados en lo que a este tipo de trámite significa-, fijando así la posibilidad de la aprobación tácita y contrariando lo dispuesto en la Ley N° 19.549.

**4.8.5. Limitación a las funciones de control del órgano.** Puntualizó que distintas cláusulas de los AIRC limitan o impiden el control durante la gestión del contrato, principalmente en lo que respecta al PEF de la concesión, las adecuaciones tarifarias y algunas obras, impactando así en las funciones de control previstas en el contrato originario y en las atribuciones de control que la normativa asigna al concedente.

**4.8.6. Plan Económico Financiero.** Afirmó que pareciera desvirtuarse la naturaleza del PEF prevista en el contrato de concesión, atento que conforme los AIRC **el nuevo PEF consiste en un mecanismo de compensación destinado a la recuperación, dentro del plazo de vigencia, de la Inversión Neta.** Así, conforme a lo expuesto por la Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones el PEF se constituye en el instrumento que permite el cumplimiento del objetivo del contrato, ya que a través del mismo se establecerá la tarifa o los importes necesarios a ser transferidos por parte del Estado Nacional, a los fines de cancelar la deuda reconocida, en los términos de AIRC.

**4.8.7. Impuesto a las ganancias y tipo de cambio.** Con relación al reconocimiento de este impuesto y al análisis referido a los tipos de cambio considerados en los AIRC, se remitió al análisis realizado por la Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones.

**4.8.8. Servicio a los usuarios.** Abonando al cambio de objeto del contrato, advirtió la modificación de los servicios complementarios que deberían brindarse al usuario conforme el contrato original, evaluando el servicio que se presta a cambio del pago de tarifa y velando por la seguridad de los mismos.

#### **4.9. La conclusión del servicio jurídico permanente de la Dirección Nacional de Vialidad:**

Finalmente, con las consideraciones vertidas, recomendó el análisis de las acciones administrativas y/o judiciales que pudieran corresponder a criterio de la superioridad.

### **5. La intervención del titular de la Dirección Nacional de Vialidad**

El Administrador General de la Dirección Nacional de Vialidad elevó, a consideración del Ministro de Obras Públicas, los dos informes reseñados precedentemente, a fin de que se evalúen las intervenciones que pudieran corresponder de distintos Organismos, así como el análisis de las eventuales acciones administrativas y/o judiciales (v. Orden 8).

### **6. La intervención de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Obras Públicas**

El **servicio jurídico permanente** de la referida cartera ministerial se expidió a través de la providencia obrante en el Orden 12.

Esa Dirección General expresó que de los informes elaborados por la Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones y por la Gerencia Ejecutiva de Asuntos Jurídicos de la Dirección Nacional de Vialidad, surge la posible existencia de vicios tanto en el proceso de elaboración de la voluntad estatal que concluyó con el dictado de los Decretos Nros. 607/18 y 608/18, como en el texto de los Acuerdos por ellos aprobados.

Resaltó que, conforme se desprende del informe emitido por la mencionada Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones, en relación a las cuestiones económicas, financieras y técnicas, no obran antecedentes y/o constancias dentro de los expedientes por los cuales tramitaron los AIRC, que avalen y/o respalden lo expuesto en los mismos, incluyendo además un cambio de metodología respecto de los contratos de concesión originarios.

Destacó asimismo que, del informe elaborado por la Gerencia Ejecutiva de Asuntos Jurídicos -a cuyos términos se remitió-, surgen las causales que podrían implicar una alteración del orden jurídico.

Afirmó que, frente a la posibilidad de encontrarnos ante un acto administrativo afectado de nulidad absoluta, surge la necesidad de adoptar los cursos de acción que contribuyan al restablecimiento de la juridicidad.

En tal sentido, toda vez que el acto se encuentra firme y consentido y ha generado derechos subjetivos que se están cumpliendo, propició instar la acción de lesividad en sede judicial como único procedimiento válido para intentar su extinción y evitar que continúen produciéndose sus efectos lesivos.

Remarcó que la decisión de promover una acción de lesividad tiene aspectos de oportunidad, mérito y conveniencia, que son resorte exclusivo del órgano con competencia decisoria.

A tal fin, indicó que, para realizar esa evaluación y, desde el punto de vista procedimental, asegurar una diligente dirección del trámite administrativo, debía considerarse dar previa intervención a los potenciales afectados para que pudieran ser oídos en salvaguarda de sus derechos, de conformidad con lo previsto en artículo 1º, inciso f), de la Ley N.º 19.549.

## **7. La instrucción del titular de la cartera de Obras Públicas**

El **Ministro de Obras Públicas**, a través de la Providencia PV-2021-67869945-APN-MOP del 28 de junio de 2021, compartió los informes



obrantes en las actuaciones y las consideraciones vertidas por la Dirección General de Asuntos Jurídicos, por lo que instruyó a ésta para que le confiera vista a las concesionarias de la totalidad de los informes y providencias obrantes en el presente expediente, a fin de que -en el término de diez días hábiles administrativos- formulen las presentaciones administrativas que estimen corresponder (v. Orden 15).

#### **8. Las presentaciones efectuadas por AUSOL y GCO**

En el orden 24 obra la presentación realizada por la firma AUSOL (Nota Dir. Legal N.º 181/21) y en el orden 26 la que efectuara la empresa GCO (Nota GALGCO/CGGEPC/150/21), ambas recepcionadas el 13 de agosto de 2021.

En sendas presentaciones las concesionarias plantearon la nulidad de las actuaciones por prejuzgamiento al haberse adelantado públicamente opinión sobre las cuestiones que constituyen el objeto de este procedimiento. Subsidiariamente, plantearon la recusación y peticionaron la inmediata excusación del Ministro de Obras Públicas, del Director Nacional de Vialidad, del Procurador del Tesoro de la Nación y de los demás funcionarios que se encuentren incursos en la misma causal de prejuzgamiento, a fin de que se abstengan de intervenir en lo sucesivo en estas actuaciones o en otras que pudieran desarrollarse en el futuro a estos mismos efectos.

Asimismo, solicitaron que, en base a los argumentos que expusieron, se rechacen las alegaciones formuladas en los documentos en todo cuanto se pretende cuestionar la legitimidad de los AIRC.

Además, impugnaron la providencia que individualizaron como MOP 28.07.2021 (en rigor, PV-2021-67869945-APN-MOP, agregada en el orden 15), a través de la cual el Ministro de Obras Públicas expresó que *De conformidad con los informes obrantes en estas actuaciones y las consideraciones vertidas por esa Dirección General de Asuntos Jurídicos, cuyos términos se comparten, corresponde conferirle vista de las actuaciones a los concesionarios de la totalidad de los informes y providencias obrante en el presente expediente administrativo. Lo expuesto con el fin que, en el término de diez días hábiles administrativos, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 1º inciso 4) apartado e) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nro. 19.549, formulen las presentaciones administrativas que estimen corresponder.*

En tal sentido indicaron que para el caso en que se interprete que el Sr. Ministro comparte los términos de los informes obrantes en las actuaciones y que esa manifestación constituye un acto administrativo propiamente dicho, que se expide sobre lo que es materia de este procedimiento, plantearon recurso de reconsideración con jerárquico en

subsidio contra la citada providencia.

Liminarmente señalaron que los AIRC son el resultado de un proceso que se extendió a lo largo de 16 años y que contó con la intervención de todos los organismos de control competentes, la realización de audiencias públicas y la aprobación del Congreso de la Nación y del Poder Ejecutivo Nacional. Así, según sus dichos, los AIRC permitieron concluir un hito pendiente del proceso de renegociación impuesto en el año 2002 por la Ley N.º 25.561 y establecer las condiciones para la recomposición definitiva de la ecuación económico-financiera del contrato de concesión, a la que el Estado Nacional se había comprometido expresamente en los ARC de 2006, a la vez que posibilitaron poner término a las disputas de orden local e internacional suscitadas, las que representaban una contingencia de enorme significación para el Estado Nacional.

En tal sentido, expresaron que el entendimiento alcanzado tiene carácter transaccional, en tanto involucró importantes concesiones y renunciaciones por parte de las concesionarias y sus accionistas, representando para éstas una significativa reducción de sus pretensiones originarias y la renuncia y el desistimiento de reclamos y pleitos en curso.

Destacaron que el impacto económico, derivado de la omisión de concretar la *Instancia de Revisión* prevista en los ARC de 2006 y de restablecer la ecuación económico financiera del contrato de concesión, se vio agravado por el paralelo incumplimiento de la concedente de la obligación de ajustar las tarifas en función de la incidencia de las variaciones de precios en los costos de la concesión.

Indicaron que, a fin de recomponer el equilibrio económico financiero del contrato de concesión, en los AIRC se reconoció un monto, en concepto de inversión realizada en la concesión, que no había podido ser amortizada a partir de 2002 en virtud del impacto de las medidas dispuestas por la Ley N.º 25.561. Destacaron que dicho monto resulta significativamente inferior al reconocido por la UNIREN en el informe que sirvió de base a los ARC de 2006 y a los montos que arrojaban otras posibles variables de determinación del monto indemnizatorio identificadas en el informe financiero producido en el ámbito de la Dirección Nacional de Vialidad por el Lic. Emiliano Bizzari, con fecha 20 de marzo de 2018, a la vez que remarcaron la aceptación de multas aplicadas que no se encontraban firmes.

De esta manera, indicaron, el monto establecido en los AIRC constituye la compensación acordada por los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento del contrato de concesión por parte del Estado Nacional a partir del dictado de la Ley N.º 25.561, siendo ésta percibida mediante la explotación de la concesión, la que se amplió en su plazo de vigencia hasta el 31 de diciembre de 2030 de modo de posibilitar en ese lapso el recupero de la *Inversión Neta* mediante los ingresos

futuros previstos en los *AIRC* a generarse por el cobro de la tarifa de peaje a los usuarios de los accesos.

De lo expuesto, concluyen que los términos y condiciones pactados en los *AIRC* implicaron la concesión al Estado Nacional de una importante quita respecto de las pretensiones que podían sustentarse, así como en una significativa espera a los fines de la obtención del repago de la *Inversión Neta*.

Subsidiariamente, plantearon la improcedencia del procedimiento de revisión de los *AIRC* y de los argumentos dirigidos a cuestionar su legitimidad.

Resaltaron que la deuda tiene su causa en la propia concesión, al haber mediado incumplimientos del concedente que impidieron a las concesionarias la amortización de la inversión realizada. Por ello, sostienen que, la actualización del *PEF* en la forma establecida en los *AIRC* no sólo no altera el objeto del contrato de concesión, ni lo desvirtúa, sino que se corresponde con la propia naturaleza del contrato de concesión y con los derechos allí reconocidos al concesionario.

Agregaron que la ampliación del plazo del contrato de concesión es consecuencia del mecanismo de repago de la inversión no amortizada decidido por el Estado Nacional, como así también de la falta de cumplimiento oportuno del compromiso de recomposición de contrato asumido por el concedente en los *ARC de 2006*.

Remarcaron, en tal sentido, que la ampliación del plazo de la concesión no viola ningún principio licitatorio, porque estuvo fundada en razones de interés público sobrevinientes y de orden objetivo, de modo que cualquiera hubiera sido el adjudicatario del contrato de concesión, en la situación que se planteaba, la solución habría sido la misma.

En otro orden, reafirmaron la improcedencia de la revisión de los *AIRC*, destacaron el carácter transaccional de éstos, justificaron la dolarización de la deuda y los mecanismos de actualización tarifaria previstos, la fijación de una *TIR* del 8% anual y la reformulación del *PEF*, entre otros aspectos relevantes.

Finalmente, ofrecieron prueba documental e informativa, reiteraron el pedido de vista y suspensión del trámite e hicieron reserva de ampliar los términos de sus presentaciones. Asimismo, dejaron planteado el Caso Federal.

## **9. Las ampliaciones de fundamentos formuladas por AUSOL y GCO**

Con posterioridad, luego de haberse incorporado a este expediente administrativo diversas actuaciones que no habían sido agregadas

oportunamente (v. orden 61), las mencionadas empresas ampliaron sus argumentos -Notas Dir. Legal N.º 222/21 y GALGCO/CGCEPC/194/21- (v. orden 77 y 78).

En tal sentido, mantuvieron y reiteraron el planteo de nulidad de estas actuaciones, como así también todos los planteos, salvedades, manifestaciones y reservas realizadas en sus presentaciones anteriores, a la vez que reafirmaron la improcedencia del procedimiento de revisión de los AIRC.

Indicaron que los informes fueron producidos y tramitados en forma irregular, sin canalizarse en un procedimiento ni materializarse en un expediente, a fin de mantener las actuaciones ocultas y a espaldas de las concesionarias, lo que -a su juicio- revela un actuar ilegítimo y reñido con los principios liminares aplicables a los órganos administrativos, lo cual conlleva el carácter írrito del procedimiento y la consecuente ilegitimidad de cualquier acto adverso a sus derechos.

Se quejaron, así, de no haber tenido vista y acceso a todos los informes y actuaciones que ahora conocen y del hecho de que no se haya suspendido el trámite en la forma solicitada, razón por la cual impugnan la providencia que denegó tal suspensión.

En cuanto al fondo de la cuestión, se agraviaron de lo que consideraron la falta de todo sustento de los elementos invocados para fundar la ilegitimidad de los acuerdos.

Alegaron el carácter preliminar e incompleto del Informe Inicial, los errores y omisiones en que incurre y la falta de sustento de las alegaciones intentadas. En tal sentido, se remitieron a los argumentos vertidos en sus presentaciones anteriores.

Cuestionaron la falta de rigor en la consideración del Informe del Beneficio del Usuario y la pretensión de extraer conclusiones improcedentes, amén de la "deliberada" omisión de las distorsiones causadas por los incumplimientos del concedente y los mecanismos que prevén los AIRC para morigerar ajustes tarifarios.

Reiteraron, una vez más, lo que consideran que constituye un prejuzgamiento por parte de los funcionarios que llevan a cabo el trámite, a la vez que remarcaron la incompatibilidad del procedimiento que tramita por estas actuaciones con garantías constitucionales.

A modo de síntesis, reafirmaron las conclusiones a las que arribaron en sus presentaciones anteriores, esto es, los múltiples defectos que presenta la tramitación de estas actuaciones, el carácter deliberado de tales irregularidades, la violación del debido proceso, el prejuzgamiento en que incurrieron los funcionarios que dirigen y controlan el trámite y la improcedencia formal y sustantiva de los cuestionamientos intentados contra la legitimidad de los AIRC.

Enfatizaron en que tales hechos determinan la nulidad absoluta de las actuaciones y la falta de sustento jurídico de la pretensión de desconocer y desbaratar derechos adquiridos.

Reiteraron que los AIRC son acuerdos de naturaleza contractual bilateral, resultante de un proceso de renegociación del contrato de concesión, es decir, de un entendimiento que es producto del consenso alcanzado entre concedente y concesionario de carácter transaccional, en tanto involucró importantes concesiones y renunciaciones por parte de los concesionarios y sus accionistas.

Calificaron como indubitable que los AIRC constituyen una situación jurídica consolidada y firme y que los derechos adquiridos y sus actos de ejecución y cumplimiento se encuentran amparados constitucionalmente.

Desde esta perspectiva, consideraron que cualquier decisión que pretenda desconocer o poner en tela de juicio la legitimidad de los AIRC, además de vulnerar los derechos de las concesionarias, estaría en pugna con los principios de inviolabilidad de los derechos adquiridos, la estabilidad de los actos administrativos y los contratos, la unidad de acción y continuidad jurídica del Estado, la prohibición de volver sobre los propios actos y los principios de jerarquía, legalidad y seguridad jurídica.

Finalmente, ofrecieron pruebas, reiteraron pedido de vista, solicitaron la suspensión del trámite, hicieron reserva de ampliar los términos de sus presentaciones y mantuvieron y ampliaron el planteo del Caso Federal.

#### **10. El asesoramiento de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Obras Públicas**

El referido **servicio jurídico ministerial** recordó que, en miras a salvaguardar el principio del debido proceso adjetivo previsto en el apartado f) del artículo 1º de la Ley N.º 19.549, se ha otorgado vista de los actuados a las concesionarias, al efecto de posibilitarles la exposición de sus posiciones y pretensiones, la presentación de las opiniones que estimen pertinentes y el aporte de todo elemento de juicio que entiendan necesario, para un mejor análisis de la cuestión, en honor al principio de verdad material y de transparencia (v. orden 81).

No obstante, toda vez que la autoridad de aplicación de los AIRC -y, por ende, de los contratos de concesión- resulta ser la Dirección Nacional de Vialidad (según se desprende incluso de los citados acuerdos), consideró prudente girar estos actuados a su consideración, dado que son los organismos con competencia específica en la cuestión

analizada los que se presumen con conocimiento especializado en las materias de su incumbencia, resultando de mucho valor el estudio del asunto por contar éstos, por su mayor inmediatez, con los antecedentes y elementos necesarios para la elucidación de las cuestiones a examinar.

#### **11. La nueva intervención de la Gerencia Ejecutiva de Asuntos Jurídicos de la Dirección Nacional de Vialidad**

La referida **asesoría jurídica** expresó que, analizadas las presentaciones de las concesionarias, se observaba que no surgían nuevos elementos que permitieran apartarse de lo oportunamente informado. No obstante, aconsejó la intervención de la Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones de dicho organismo (v. orden 85).

#### **12.- La conclusión de la Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones de la Dirección Nacional de Vialidad respecto de los planteos de AUSOL y GCO**

En sentido coincidente, la citada **Gerencia Ejecutiva** manifestó que, habiendo evaluado los descargos efectuados por las concesionarias de los Accesos Norte y Oeste, respecto de los informes emitidos por esa dependencia, en su carácter de Órgano de Control, correspondía informar que no surgían nuevos elementos que condujeran a conclusiones diferentes de aquellas a las que arribó esa Gerencia en el marco de las presentes actuaciones (v orden 88).

#### **13.- La nueva intervención del titular de la Dirección Nacional de Vialidad**

El **Administrador General de la Dirección Nacional de Vialidad**, compartiendo lo manifestado por las citadas Gerencias Ejecutivas, elevó las actuaciones al Ministerio de Obras Públicas a efectos de considerar el inicio de las acciones administrativas y/o judiciales tendientes a la declaración de lesividad de los AIRC y sus actos aprobatorios (v. orden 90).

#### **14.- Las nuevas presentaciones de AUSOL y GCO**

Posteriormente, a raíz de la nueva vista que tomaron de las actuaciones (v. órdenes 92 y 93), **las concesionarias** ampliaron los fundamentos de

sus presentaciones anteriores (v. órdenes 94 y 95).

En esencia mantuvieron y reiteraron el planteo de nulidad de estas actuaciones por las razones desarrolladas en sus anteriores presentaciones y por los motivos adicionales que ahora exponen, a la vez que reafirmaron la improcedencia del llamado procedimiento de revisión de los AIRC por su "notoria ilegitimidad", carencia de fundamentos que los sustenten y por poner en tela de juicio y desconocer derechos adquiridos al amparo de situaciones jurídicas consolidadas y firmes.

Alegan la inexistencia de un debido proceso adjetivo, lo que reafirma -según su criterio- el carácter "írrito e irregular" del procedimiento de revisión, destacando que la intervención que se le ha dado a las concesionarias carece de efectividad y utilidad, ya que el procedimiento se encuentra direccionado a formalizar la conclusión que los funcionarios ya han anticipado y reiterado en declaraciones públicas, incurriendo en prejuzgamiento.

Argumentaron que las nuevas providencias y notas agregadas al expediente, luego de sus presentaciones anteriores, evidencian la inexistencia de un análisis sobre los planteos y defensas jurídicas efectuadas, lo que -a su criterio- viene a corroborar el carácter sesgado e irregular del procedimiento de revisión de los AIRC, la ausencia de elementos que justifiquen desconocer los derechos adquiridos a su amparo, la falta de todo análisis responsable y serio sobre los planteos y defensas presentados y, en definitiva, de los hechos relevantes y del derecho aplicable.

Básicamente se quejan de la falta de tratamiento y análisis, por parte de las áreas competentes de la Dirección Nacional de Vialidad, de las argumentaciones vertidas en sus presentaciones anteriores.

Adicionalmente, reiteraron la solicitud de que se disponga la agregación a estas actuaciones de diversos expedientes que individualizan y mantienen el planteo del Caso Federal.

#### **15. El nuevo informe de la Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones de la Dirección Nacional de Vialidad**

La aludida **Gerencia Ejecutiva** señaló que las concesionarias, en sus nuevas presentaciones, se limitaron a reiterar lo expuesto en sus descargos anteriores y a reafirmar la improcedencia del procedimiento de revisión que se está llevando a cabo, y la falta de rigor de las consideraciones expuestas en los informes elaborados, sosteniendo que no hubo un análisis sobre los planteos y defensas articuladas (v. orden 109).

Sin perjuicio de ello, repasó los argumentos esgrimidos por las

concesionarias y recordó que los contratos de concesión aprobados por el Decreto N.º 1167/94, tenían como objeto la adjudicación por el sistema de Concesión de Obra Pública gratuita la construcción, mejoras, reparación, conservación, ampliación, remodelación, mantenimiento, administración y explotación de los Accesos Norte, Oeste y Riccheri. Sin embargo, tal como fuera expuesto oportunamente **en los AIRC se desvirtuó el objeto principal del contrato de concesión, el que pasó a ser la cancelación de una deuda identificada en el acuerdo como Inversión Bruta no amortizada.** Prueba de ello, resulta la Cláusula 3.2 de los AIRC en donde se establece que los contratos de concesión pueden extinguirse anticipadamente en caso de cancelarse la presunta deuda, más allá de que los mismos AIRC establecen compensaciones por parte del Estado en caso de no cumplir con la tarifa. A su vez, y a los fines de asegurar definitivamente el pago, en los AIRC se establecieron, además, compensaciones por parte del Estado Nacional a las concesionarias en los supuestos de no cumplimentar el monto de la tarifa pretendida.

Destacó que otra de las cuestiones a considerar, es que por la Resolución del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos N.º 1485/92 se dispuso que la concesión no contaría con beneficios impositivos, aportes, avales, ni compromisos financieros del Estado, ni se garantizarían beneficios de explotación, rendimientos económicos ni tránsitos mínimos, sino que serían contratos a riesgo. Por ello, en el proceso licitatorio se consideró la tarifa básica en dólares propuesta por cada oferente y el tránsito teórico según el cual se fijaba aquella, así como la tasa interna de retorno esperada, de conformidad con lo previsto en el artículo 57 de la Ley N.º 23.696, por la cual se estableció que las concesiones que se otorgaran de conformidad con la Ley N.º 17.520 debían asegurar necesariamente que la eventual rentabilidad no excediera una relación razonable entre las inversiones efectivamente realizadas por el concesionario y la utilidad neta obtenida por la concesión. **Así, el PEF resultaba en los contratos originales una herramienta para el seguimiento de la eventual rentabilidad, a diferencia de lo establecido en los AIRC en los que se dispone, en la Cláusula 5.3, que el nuevo PEF consiste en ...un mecanismo de compensación destinado a la recuperación, dentro del PLAZO DE VIGENCIA, de la INVERSIÓN NETA...**

Recordó que esa Gerencia, en su Informe IF-2021-48540295-APN-PYC#DNV obrante en el orden 4, efectuó un análisis exhaustivo del PEF y su funcionamiento -al cual corresponde remitirse- y concluyó que "el PEF es el instrumento que permite el cumplimiento del objetivo del contrato, ya que a través del mismo se establecerá la tarifa o los importes necesarios a ser transferidos por parte del Estado Nacional, a los fines de cancelar la deuda reconocida, en los términos de ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACION CONTRACTUAL (AIRC) ratificados por los decretos 607/2018 y 608/2006, para AUSOL S.A. Y G.C.O, respectivamente" . Es decir, que **en los AIRC se desvirtuó la naturaleza del PEF, toda vez que dejó de ser una herramienta de seguimiento de la rentabilidad**



**para convertirse en una que la asegure.**

Indicó, con relación a los importes dolarizados de los *AIRC*, que **el Estado Nacional se comprometió a cancelar el pago de una deuda (Inversión Neta no amortizada) expresada en dólares estadounidenses**, de acuerdo al mecanismo de pago acordado. Según lo descripto en los considerandos de los acuerdos, el antecedente utilizado para el reconocimiento en dólares allí fijado sería el Registro de Inversiones, previsto en los contratos originales (v. Extinción de la Sociedad - Cláusula Décimo Séptima). Sin embargo, **a diferencia de lo manifestado en los *AIRC*, el Registro de Inversiones de los contratos de concesión se registraba en pesos**. En relación a este punto, se remitió a lo expuesto oportunamente mediante el citado Informe IF-2021-48540295-APN-PYC#DNV.

Resaltó que **la utilización de la moneda dólar estadounidense en los *AIRC*, aparece como un elemento fundamental dentro de los derechos acordados a favor de las empresas concesionarias**, y como la principal obligación a afrontar por el concedente. Entonces, la moneda mencionada no solo toma una trascendencia importante en el reconocimiento de la *Inversión Neta* (reconocida como deuda), sino también para otros ítems del contrato.

Recordó también que, en los *ARC* de 2006, las concesionarias renunciaron a exigir el *PEF* con una *TIR* en dólares estadounidenses, la Adecuación de Tarifas por Variación de Precios considerada a la luz de su incidencia dentro del *PEF* y la *TIR* del contrato de concesión fue calculada en pesos constantes de septiembre de 1993, la unidad de Penalización pasó de U\$S 0,50 (dólares cero coma cincuenta) a \$ 0,75 (pesos cero coma setenta y cinco), los montos en dólares estadounidenses previstos en el contrato de concesión en concepto de garantías de ejecución de obras, mantenimiento, reparación, conservación, explotación y administración de la concesión y de los seguros sobre bienes afectados al servicio y de responsabilidad civil quedaron establecidos en pesos, a la relación de cambio un dólar (u\$S 1) = un peso (\$1), entre otras cuestiones.

En tal contexto, puntualizó que **no se han encontrado constancias o antecedentes que respalden los motivos para realizar la renegociación en dólares**, donde se reconoce un crédito a favor de las concesionarias en dicha moneda, y se determina que la mayoría de las obligaciones para el Estado Nacional respecto de dichas empresas también se encuentren valorizadas en tal divisa.

Por otra parte, destacó que debe tenerse presente que el principal ingreso a computar en el *PEF*, es el proveniente de la tarifa de peaje, abonada por los usuarios en pesos argentinos (conforme los términos de los *AIRC*) y no se computan como ingresos en el *PEF* los generados por la explotación de las Áreas de Servicios, cuyos montos resultan muy significativos. Por la tanto, conforme los *AIRC*, la mencionada tarifa

deberá ser suficiente para costear en primer lugar, los gastos operativos en pesos y luego valuados en dólares, el interés sobre la Inversión No Amortizada, el pago de la amortización de la Inversión Neta y la constitución de la Reserva Suficiente. Con relación al análisis de esta cuestión, se remitió al informe oportunamente elaborado por esa Gerencia.

A su vez, destacó -haciendo referencia a su informe anterior que *...la utilización de esta moneda (dólares estadounidenses) se observa en los AIRC como un elemento fundamental dentro de los derechos acordados a favor de las Empresas Concesionarias, y en contrapartida, como la principal obligación a afrontar por el Concedente. Entonces, la moneda mencionada no solo toma una trascendencia importante en el reconocimiento de la "Inversión Neta" (reconocida como deuda) sino también para otros ítems del contrato.*

En otro orden de cosas, expresó que la **tarifa necesaria para equilibrar la ecuación económico financiera y poder cumplir con el pago de la deuda reconocida en el plazo fijado por los AIRC, es considerablemente mayor al tope máximo de tarifa establecido por la Ley N° 17.520 y el que surge del estudio del Beneficio del Usuario.**

Finalmente, concluyó que, habiendo evaluado los descargos efectuados por las concesionarias de los Accesos Norte y Oeste desde el punto de vista técnico y económico financiero, no surgen nuevos elementos que permitan apartarse de lo oportunamente analizado por esa Gerencia en el marco de las presentes actuaciones mediante el IF-2021-48540295-APN-PYC#DNU agregado en el orden 4.

#### **16. El nuevo dictamen de la Gerencia Ejecutiva de Asuntos Jurídicos de la Dirección Nacional de Vialidad**

En un nuevo análisis de la cuestión, **esa asesoría jurídica** se remitió al examen oportunamente efectuado en los órdenes 6 y 85 de las presentes actuaciones (v. orden 111).

Sin perjuicio de ello, y en adición a lo expuesto por la Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones, desde el punto de vista legal, destacó que, del análisis de los AIRC y de las argumentaciones vertidas por las concesionarias, tal como fuera expuesto por esa Gerencia oportunamente, las facultades de la Administración se encontrarían mermadas a favor de las empresas.

**Con relación a la naturaleza transaccional de los AIRC que le asignan las concesionarias, indicó que no pueden transigirse derechos en los que está comprometido el orden público, ni derechos irrenunciables.**

Coincidió con la Gerencia preopinante en que el objeto de los AIRC se aparta del objeto establecido en el contrato de concesión originario y

del concepto de concesión en los términos de la Ley N° 17.520, incorporando a la compensación y pago de una presunta deuda como objeto principal. Así, **con la inclusión del cobro de la deuda como objetivo principal de los acuerdos, se desvirtuaría el objeto del contrato**, el cual fue suscripto conforme la selección de la mejor oferta en competencia con otros oferentes, respetando los términos de los Pliegos que rigieron la licitación, en base a los principios de igualdad y concurrencia, entre otros. Por ello, concluyó que, para el caso de que existiera eventualmente una presunta deuda, debería efectuarse dicho pago de conformidad con la normativa presupuestaria vigente.

En tal sentido, recordó que la doctrina ha sostenido que: *...Se quiebra, pues, dicha igualdad si después de adjudicado el contrato, se alteran las bases de la licitación y se introduce una variante que implique beneficiar, al margen de las condiciones generales de la licitación, al que resultó adjudicatario (...) a veces, las modificaciones que se hicieren de las bases de la licitación o de las condiciones contenidas en la oferta aceptada, aunque no fueren impugnadas por los licitadores u oferentes como agraviantes al principio de "igualdad" que debe regir en la licitación, pueden serlo directamente por la propia Administración Pública, como dañosas para el interés público, pues ello habría determinado la "ilicitud" de la adjudicación o del respectivo contrato formalizado...* (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo Perrot, 1974, Bs. As., T. III-A, N.° 641, págs. 205 y 207 ).

Por lo demás, puso de resalto que en los ARC de 2006, las concesionarias renunciaron a exigir el PEF con una TIR en dólares.

En relación a los procedimientos de aumentos tarifarios, recordó que **el artículo 7° de la Ley N.° 23.928, establece que en ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas**, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor. Con relación a este punto, se remitió al estudio de Beneficio del Usuario realizado por un consultor especializado, del cual surge que la tarifa necesaria para equilibrar la ecuación económico financiera es considerablemente mayor al tope máximo de tarifa establecido por la Ley N° 17.520, para poder cumplir con el pago de la deuda reconocida en el plazo fijado por los AIRC.

Por su parte, con relación a los procedimientos tarifarios establecidos en los acuerdos, reiteró que la cuestión dista bastante de lo establecido en la materia, atento que las tarifas deben ser justas y razonables, y a las cuales le resultan de aplicación los lineamientos generales establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Fallo *CEPIS* (Centro de Estudio para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad).

Por otro lado, señaló -respecto a lo esgrimido por las concesionarias en sus presentaciones de los órdenes 96 y 97, en rigor 94 y 95- que en

el procedimiento llevado adelante se dio cumplimiento acabadamente con lo establecido por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, el artículo 18 de la Constitución Nacional y el debido proceso adjetivo, toda vez que se les dio intervención a dichas empresas para que pudieran ser oídas, mencionasen o destacasen aspectos o hechos que podrían haberse soslayado y expusieran las razones que hicieran a sus derechos, de conformidad con lo previsto en artículo 1º, inc. f), de la Ley N.º 19.549. Prueba de ello, son las diferentes presentaciones realizadas por las concesionarias, como también las vistas que les fueran otorgadas tanto por el Ministerio de Obras Públicas como por la Dirección Nacional de Vialidad, conforme las constancias agregadas al presente expediente.

Por todo lo expuesto, y considerando que las argumentaciones de las concesionarias no aportan elementos nuevos que permitan apartarse de lo expuesto por esa Gerencia en el citado Informe IF-2021-63523039-APN-AJ#DNV obrante en el orden 6, propició la remisión de las presentes actuaciones al Ministerio de Obras Públicas para su intervención, lo que aconteció en el orden 113.

#### **17. El dictamen de la Gerencia Ejecutiva de Asuntos Jurídicos de la Dirección Nacional de Vialidad sobre el proyecto de Decreto que tramita en estas actuaciones**

Posteriormente, una vez elaborado el proyecto de decreto en ciernes, **ese servicio jurídico** hizo un nuevo análisis de los actuados (v. orden 141).

Remarcó que los *...Acuerdos Integrales de Renegociación Contractual se encuentran a la fecha en ejecución...* y destacó, tal como fuera expuesto, *...la DIRECCION GENERAL DE ASUNTOS JURIDICOS del MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS, por las PV-2021-67794089-APNDGAJ# MOP y PV-2021-90563611-APN-DGAJ#MOP, consideró que frente a la posibilidad de encontrarnos ante un acto administrativo afectado de nulidad absoluta, surge la necesidad de adoptar las medidas que contribuyan al restablecimiento de la juridicidad, concluyendo que el único procedimiento válido para intentar su revocación y evitar que continúen produciendo sus efectos es la acción de lesividad en sede judicial, toda vez que los actos cuya revocación se persigue, conforme el Artículo 17 de la Ley N° 19.549, por ser actos firmes y consentidos, generadores de derechos subjetivos que se están cumpliendo.*

**17.1.** Recordó que, de la lectura de las previsiones de los AIRC, se desprende un **apartamiento del objeto y finalidad** en los términos de la Ley N° 17.520, de la Ley N° 25.561 (sus modificatorias y complementarias Leyes N° 25.790, 25.820, 25.972, 26.077, 26.204, 26.339, 26.456, 26.563, 26.729, 26.896 y 27.200) y de lo establecido en el contrato original; produciendo un **cambio en el objeto principal del**

**contrato** al incorporar la compensación y pago de una presunta deuda a las Concesionarias.

**17.2.** Por su parte, **en relación a la causa**, señaló que en los acuerdos existiría una **alteración de las bases de la licitación y las bases contractuales**.

En tal sentido, puntualizó que, conforme surge de los informes elaborados, se desvirtuó el objeto de los contratos originales los cuales surgieron de un procedimiento licitatorio, en cumplimiento de los principios de igualdad y concurrencia que rigen en materia de contrataciones públicas, convirtiéndose los acuerdos en vehículos financieros destinados a compensar presuntas deudas, cuya existencia, monto y exigibilidad no habrían sido verificadas, aprobadas ni reconocidas, lo cual -además- contraría el espíritu de la Ley N° 17.520.

Precisó que, en definitiva, y tal como argumenta la Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones, de las constancias obrante en los expedientes en los que tramitaron los *AIRC*, **no surge elemento alguno, que permita acreditar la existencia de deuda ponderada, la TIR aplicada ni la tasa de interés acordada, así como tampoco que fundamente el mecanismo tarifario establecido.**

Remarcó, específicamente con relación a ello, que la Gerencia citada destacó como irregularidad la dolarización de los Contratos de Concesión, en colisión con la pesificación dispuesta por el artículo 8° de la Ley N.° 25.561, así como, con relación a los mecanismos tarifarios, la violación del 7° de la Ley N.° 23.928, en cuanto a la imposibilidad de efectuar actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa.

Agregó que, según surge de los informes de beneficio al usuario agregados en estos actuados, producidos por la Gerencia referida, los mecanismos de modificación tarifaria, tal como se encuentran previstos en los *AIRC*, superan los límites fijados en las bases de los Contratos de Concesión, y violan las prescripciones del Decreto N.° 2.637/92 y el artículo 3° de la Ley N.° 17.520.

Asimismo, destacó que **tampoco existe documentación respaldatoria que otorgue certeza de los importes reclamados por *ABERTIS* ante el *CIADI***, consignados expresamente en los Considerandos de los Acuerdos, que fueron uno de los fundamentos centrales que motivaron la suscripción de dichos Acuerdos.

Indicó que **la transgresión a las previsiones de la Ley N.° 23.928 fue observada en el propio proceso de aprobación de los Acuerdos por la Sindicatura General de la Nación (*SIGEN*)**, quien sostuvo que *...se ha establecido el derecho del concesionario a actualizar anualmente la*

Tarifa por aplicación del CER, aspecto que debiera examinarse en orden a las previsiones de los artículos 7 y 10 de la ley N° 23.928, modificados por el artículo 4 de la Ley N° 25.561.

Recordó que, tal como fuera oportunamente expuesto por esa Gerencia, y conforme los informes técnicos y económico financieros producidos, en los Acuerdos se advierten diferentes **cuestiones que alterarían el orden jurídico, tales como la alteración de las potestades de la Administración, la alteración del objeto y plazo de vigencia sin llamado a nueva licitación, la alteración de las bases y condiciones de la licitación, el reconocimiento por parte de la concesionaria de la deuda en pesos a partir de los acuerdos parciales de 2006, los ajustes tarifarios fijados los cuales resultarían contrarios a las normas vigentes en materia de prohibición de indexación, la eliminación de la prohibición establecida en el contrato original respecto a la posibilidad de que una misma persona jurídica pueda ser accionista de las Concesionaria y de otra empresa titular de concesiones viales otorgadas por el Concedente, la supresión de la instancia de revisión originaria que es la justicia en lo contencioso administrativo federal, la eliminación del riesgo empresario, la modificación del régimen de penalidades, la limitación en las funciones del Órgano de Control, el respeto a los procedimientos previstos para la conclusión de la instancia de renegociación fijados en el Decreto N° 367/16, entre otras** (el destacado me pertenece).

**17.3. Respecto de la finalidad**, puso de resalto que la Ley N° 19.549 prohíbe que la Administración persiga otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto.

Con relación a ello, advirtió que el pago de una presunta e inexistente deuda como objetivo principal de los Acuerdos, se aparta de la finalidad pública de todo Contrato de Concesión de Obra Pública.

**17.4.** En el marco de lo expuesto, concluyó que, ante la existencia de un acto administrativo viciado de nulidad en algunos de sus requisitos esenciales, el principio de legitimidad que debe ostentar la actividad de la Administración Pública prima sobre el principio de estabilidad de los actos administrativos, impidiendo así que pueda tolerarse la existencia de dichos actos cuando los mismos contrarían el ordenamiento jurídico.

**17.5.** Con relación a la competencia para emitir el acto, señaló que en los términos del Artículo 3° de la Ley N° 19.549, la Constitución Nacional, las Leyes y los reglamentos dictados en su consecuencia, el Poder Ejecutivo Nacional es quien aprobó los Acuerdos Integrales de Renegociación, y es quien en consecuencia se encuentra facultado para el dictado del acto administrativo propiciado en virtud de lo dispuesto en los artículos 7°, 14 inciso b) y 17 de la Ley N° 19.549, la Ley N.° 17.520, el Decreto N° 1167/94 y el artículo 99 inciso 1 de la Constitución Nacional.

En virtud de lo expuesto, ese Servicio Jurídico no encontró objeciones de índole legal que oponer al proyecto de acto propiciado, sin perjuicio de las intervenciones que estime corresponder la superioridad en las presentes actuaciones.

### **18. El dictamen de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Obras Públicas sobre el proyecto de Decreto que tramita en las presentes actuaciones**

Tras realizar un meticuloso detalle de los antecedentes del tema en cuestión, **el servicio jurídico ministerial** expresó que resulta menester analizar el objeto de la medida en comentario. A tales efectos, destacó que se propicia obtener la declaración judicial de nulidad de los Decretos Nros. 607/18 y 608/18 -aprobatorios de los AIRC-, instruyéndose a la Dirección Nacional de Vialidad a promover la acción pertinente (v. orden 149).

**18.1.** Siendo ello así, recordó que el instituto de la lesividad surge de lo previsto en la segunda parte del artículo 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19.549, en tanto no resulta procedente revocar en sede administrativa actos afectados por los vicios que prevé el artículo 14 de la señalada norma, que se encuentren firmes, consentidos y generadores de derechos subjetivos en cumplimiento, debiéndose obtener necesariamente la declaración judicial de nulidad con el fin de eliminar del mundo jurídico las medidas de que se trate.

En tal sentido, expresó que, de las constancias obrantes en estos actuados, surge con meridiana claridad que se han generado derechos subjetivos que están cumpliéndose, en favor de *AUSOL* y *GCO*, a través de los AIRC aprobados por los citados decretos. Dichos actos se encuentran, a su vez, firmes y consentidos.

Resaltó que, con carácter previo a solicitar la declaración judicial de nulidad, se entendió pertinente darle previa intervención a los potenciales afectados para que pudieran ser oídos, mencionen o destaquen aspectos o hechos que podrían haberse soslayado y ofrezcan las razones que hagan a sus derechos, de acuerdo a los criterios sostenidos por esta Procuración del Tesoro en la materia. Tal fue el accionar en instancia administrativa, brindándole a las concesionarias una instancia de presentación de descargos a los efectos de exponer sus consideraciones acerca de la revisión integral de los AIRC.

En paralelo, remarcó que las dependencias de la Dirección Nacional de Vialidad habían abordado los argumentos planteados en los descargos de las concesionarias (a través de las opiniones obrantes en los órdenes 85, 88, 109 y 111), afirmando que tales consideraciones en nada modifican el temperamento adoptado en los informes precedentes.

**18.2.** Por otra parte, recordó que la Ley N.º 19.549, luego de enunciar en los artículos 7 y 8 los elementos esenciales y de validez del acto administrativo (competencia, causa, objeto, procedimiento, motivación, finalidad y forma) que deben concurrir simultáneamente de acuerdo con lo requerido por el ordenamiento jurídico, menciona en su artículo 14 las causales de nulidad absoluta e insanable, previendo en el artículo 17, las consecuencias jurídicas que se derivan de tal situación. Y, en esa inteligencia, detalló los vicios que afectan a los AIRC.

**18.2.1.** Destacó que, conforme surge de los informes producidos por las distintas dependencias de la Dirección Nacional de Vialidad, el **vicio en el elemento causa** se evidencia en los AIRC toda vez que la renegociación contractual integral celebrada no cuenta con norma alguna que autorice una alteración de las bases contractuales en los términos plasmados finalmente en los AIRC.

Agregó que, sumado a ello, **el segundo párrafo del artículo 3º de la Ley N.º 25.790 requirió que los ARC de 2006 fueran tenidos en consideración ...dentro de los términos de los acuerdos definitivos a que se arribe con las empresas concesionarias o licenciatarias...**, lo cual, según han afirmado las áreas técnicas de la Dirección Nacional de Vialidad, no ha acontecido.

Por otra parte, puntualizó, con relación al supuesto de hecho, que de las constancias obrantes en los expedientes en los que tramitaron las renegociaciones que culminaron con la aprobación de los AIRC, **no surgen elementos que permitan acreditar la existencia de deuda en los términos ponderados en tales acuerdos.**

Además, destacó que en el Considerando de los AIRC se plasmaron los respectivos montos que *ABERTIS* habría reclamado ante el Tribunal Arbitral, sin que existiese documentación respaldatoria que otorgase fuerza probatoria concluyente e irrefutable a tales pretensiones.

Precisó que, conforme se desprende de los informes elaborados por la Dirección Nacional de Vialidad, **los importes expresados en el Considerando de los AIRC (que corresponden a presentaciones provisorias) no habían sido validados**, ni aplicadas las amortizaciones correspondientes, de modo que no resultaban computables en esa instancia para ser incorporados al Registro de Inversiones, toda vez que los mismos debían ser analizados y sometidos a los procedimientos de control, validación y aprobación previstos.

Afirmó que de las distintas piezas y actuaciones que motivaron la suscripción y posterior aprobación de los AIRC **no surgían elementos que otorgasen certeza sobre la existencia de la deuda** esgrimida como uno de los fundamentos centrales para la celebración de los AIRC. Por otra parte, siendo el cobro de la deuda allí reconocida -de manera infundada e ilegítima- el objetivo principal de los AIRC, no solo se desvirtúa el objeto de los contratos originales, los cuales surgieron de un



procedimiento de contratación mediante el cual se seleccionó la oferta más conveniente en base a los términos de los Pliegos de Bases y Condiciones, cumpliendo con los principios de igualdad y concurrencia que rigen en materia de contrataciones públicas, sino también con las previsiones y obligaciones impuestas por la Ley 25.561.

**18.2.2.** En lo que refiere al **objeto del acto**, indicó que conforme surge de los informes técnicos obrantes en las presentes actuaciones, el objeto de los Decretos Nros 607/18 y 608/2018 se apartó de los términos que habían sido acordados en los *ARC de 2006*, encuadrados en la Ley N.º 25.561, cuyas previsiones debían formar parte de los *AIRC*.

En particular remarcó que, dentro de las transgresiones a la ley, derivadas de dicho apartamiento, **se destaca la dolarización de los contratos de concesión, en franca colisión con la pesificación dispuesta por el artículo 8º de la Ley N.º 25.561.**

Por su parte, consideró que la renegociación plasmada en los *AIRC* contraría las renunciaciones expresas formuladas por las mismas concesionarias en los *ARC de 2006*, oportunidad en la que desistieron de reclamar cualquier deuda en dicha moneda.

Agregó que, conforme se desprende del apartado 4.2 de los *AIRC*, se fijó un mecanismo de actualización tarifaria automática semestral, más una actualización en cada oportunidad que el índice Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) supere el diez por ciento (10%), **que transgrede las previsiones de la Ley N.º 23.928.**

Por otra parte, señaló que según surge de los informes técnicos producidos por el Órgano de Control, los mecanismos de modificación tarifaria, tal como se encuentran previstos en los *AIRC*, comenzaron a superar los límites fijados en las bases de los contratos de concesión.

Recordó, en ese orden de ideas, que el Decreto N.º 2.637/92 -que estableció las pautas fundamentales que regirían el procedimiento de selección que culminó en la concesión de los Accesos de referencia-determinó en su artículo 9º que la tarifa que debía pagar el usuario en ningún caso podía superar el valor económico medio de los servicios prestados. En paralelo, mediante el inciso 1 del artículo 3º de la Ley N.º 17.520 se determinó que el nivel medio de las tarifas no podía exceder al valor económico medio del servicio ofrecido.

Expresó que, sin embargo, de acuerdo a lo manifestado en los informes técnicos vinculados al expediente de la referencia, *...la tarifa necesaria para equilibrar la ecuación económico financiera para poder cumplir con el pago de la deuda reconocida en el plazo fijado por los AIRC, es considerablemente mayor al tope máximo de tarifa establecido por la Ley N° 17.520 y el que surge del Estudio del beneficio del usuario (v. orden 109).*

**Subrayó que alteraciones de tal dimensión, magnitud y entidad cualitativa constituyen -en rigor- una nueva contratación,** de acuerdo a la reiterada doctrina de esta Procuración del Tesoro según la cual los actos poseen la denominación que corresponde a su naturaleza y no la que le atribuyen las partes (v. Dictámenes 118:102; 187:104; 211:470; 242:494), circunstancia que transgrede la normativa vigente en materia de concesiones de obra pública, en particular, lo consignado en el artículo 4° de la Ley N.° 17.520.

Por otra parte, agregó que la eliminación de la prohibición establecida en los contratos originales respecto a la posibilidad de que una misma persona jurídica pueda ser accionista del concesionario y de otra empresa titular de concesiones viales otorgadas por el concedente altera los principios de las contrataciones públicas.

En otro orden de ideas, remarcó que según se desprende de la compulsas de los expedientes en los cuales tramitaron los AIRC, lo acordado en dicha instancia se entendió como un *acuerdo transaccional* (conforme fuera afirmado por las concesionarias en sus presentaciones del 12 de agosto de 2021) tendiente a restablecer el equilibrio financiero. Sin embargo, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1644 del Código Civil y Comercial de la Nación, **no puede transigirse sobre derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables** -como lo son las prerrogativas y/o facultades de la Administración-.

Y tal sentido, citó la cláusula 16 de los AIRC a través de la cual se prevé que toda controversia que resulte de los contratos de concesión debe ser sometida a arbitraje, dejando totalmente de lado el fuero Contencioso Administrativo Federal, jurisdicción natural para la resolución de controversias en las que el Estado es parte. De esta manera se vulnera una de las prerrogativas esenciales del Estado Nacional como lo es la de fijar la jurisdicción.

**18.2.3.** Manifestó que, en el caso bajo análisis, el **vicio en el procedimiento** que torna nulos los AIRC se encuentra en la falta de rúbrica del Ministro de Hacienda y Finanzas Públicas.

Recordó que dicha cuestión fue requerida expresamente por la SIGEN, la cual señaló que *...resta incorporar al expediente la intervención del Ministerio de Hacienda con los informes técnico-económicos y dictámenes jurídicos propios de las dependencias de la cartera con incumbencias en la materia* (conf. IF-2017-328770452-APN-SIGEN del 14 de diciembre de 2017 del Expediente EX-2017-26635579- -APN-SIGEN (v. orden 9), e IF-2018-05661294-APN-GAJ#SIGEN del Expediente EX-2018-00647608- -APN-SIGEN (v. orden 15). Sin embargo, la negativa de la Secretaría Legal y Administrativa del Ministerio de Hacienda a la suscripción de dicho acto, no se sustentó en dictamen jurídico alguno que abordara la cuestión.

Agregó que, asimismo, el procedimiento se encuentra afectado por cuanto el Poder Ejecutivo, en virtud de la manda prevista en el artículo 4° de la Ley N.° 25.790, debía remitir las propuestas de los Acuerdos de Renegociación al Honorable Congreso de la Nación, dando intervención a la Comisión Bicameral de Seguimiento de acuerdo a lo previsto en el artículo 20 de la Ley N.° 25.561. Pese a ello, afirmó, de la compulsa de los expedientes por los cuales han tramitado los AIRC no surge que se haya dado cumplimiento a dicho precepto ni al plazo previsto en dicha norma.

**18.2.4.** En cuanto a la **motivación del acto** manifestó que, del informe económico financiero elaborado en el ámbito de la Dirección Nacional de Vialidad, surge que: (i) no existe constancia en los trámites administrativos efectuados en las actuaciones donde tramitaron los AIRC, que permita verificar la existencia de una deuda, en tanto no resulta posible verificar de qué forma se arribó a la suma consignada como Inversión Bruta, ni cuáles fueron los criterios para fijar la tasa de interés del ocho por ciento (8%) anual capitalizable; (ii) no se justificó el motivo por el cual los mencionados créditos se fijaron en dólares estadounidenses; (iii) no existe documentación respaldatoria que otorgue certeza de los importes reclamados por *ABERTIS* ante el CIADI que, pese a ello, se encuentran expresamente consignados en el Considerando de los AIRC como uno de los fundamentos centrales que motivaron la suscripción de dichos Acuerdos.

Destacó que aun cuando en los AIRC se expresa que las concesionarias limitan sus pretensiones a los montos mencionados, los informes emitidos en las presentes actuaciones **dan cuenta del reconocimiento de diversos ingresos adicionales que no computan para cancelar la deuda reconocida**. En ese sentido, el ingreso más trascendente no considerado en el PEF es el correspondiente a las Áreas de Servicio, que representan, para el plazo remanente de concesión, la suma de U\$S 22.562.271 (veintidós millones quinientos sesenta y dos mil doscientos setenta y un dólares estadounidenses) para la firma *GCO*, y de U\$S 123.693.433 (ciento veintitrés millones seiscientos noventa y tres mil cuatrocientos treinta y tres dólares estadounidenses) para la empresa *AUSOL*, la cual, en paralelo, también posee por este concepto ingresos por la suma de \$ 569.896.014 (quinientos sesenta y nueve millones ochocientos noventa y seis mil catorce pesos).

Afirmó que **estos mayores ingresos, de acuerdo a las piezas producidas en la revisión, tampoco se encuentran justificados en el trámite de aprobación de los AIRC**, y representan el 9% (nueve por ciento) y el 25% (veinticinco por ciento), respectivamente, del monto consignado como capital en los mismos (Inversión Neta).

Sumado a ello, remarcó que los informes en los cuales se justificaría la razonabilidad de los montos se presentan como hipótesis de trabajo basadas en pautas que no consideraron la totalidad de los elementos que inciden sobre la ecuación económico-financiera de las concesiones. A su

vez, en ninguna de estas hipótesis de trabajo se explica o consigna el motivo por el cual el PEF dejó de ser una herramienta de seguimiento de la rentabilidad para convertirse en una que la asegure, eliminando el riesgo empresario.

**18.2.5.** En referencia a la **finalidad del acto** expresó que de las circunstancias que han rodeado la tramitación de los AIRC se desprende, de conformidad con los elementos vertidos en estas actuaciones, que **ha mediado desviación de poder**, toda vez que si bien el *...objetivo principal de esta Renegociación Contractual es restablecer el equilibrio económico financiero del CONTRATO DE CONCESIÓN para que el CONCESIONARIO pueda recuperar su inversión y ejecutar obras fundamentales para mejorar la transitabilidad del ACCESO...* (conf. Considerando de los AIRC), de la revisión efectuada surge que, en realidad, **el verdadero objeto de los AIRC ha sido decidir, por carriles improcedentes, el pago de una presunta deuda no constatada fehacientemente**, alejándose de la finalidad pública que todo Contrato de Concesión de Obra Pública tiende a satisfacer.

Precisó que, aun si como hipótesis se tomara como cierto que el objeto de los AIRC consiste en restablecer el equilibrio de la ecuación económico-financiera de los contratos de concesión, las medidas adoptadas para lograrlo no resultan proporcionalmente adecuadas a dicha finalidad, como exige el inciso f) in fine del artículo 7° de la Ley 19.549, dado que, como se ha expuesto, teniendo en miras la finalidad antedicha, las medidas adoptadas han transgredido el ordenamiento jurídico vigente.

**18.3.** En otro orden de cosas, destacó que la medida que aquí se impulsa no posee naturaleza de acto administrativo en sentido estricto, en tanto -según se desprende del articulado del proyecto de decreto- su suscripción no producirá efectos directos sobre las concesionarias involucradas, limitándose a promover, a través de la Dirección Nacional de Vialidad, la pertinente acción judicial de nulidad. En ese orden de ideas, no se afectará la situación jurídica de GCO y/o de AUSOL, ni sus derechos subjetivos.

Afirmó que, en tal sentido, no asiste razón a las concesionarias al alegar que se habría producido una *...flagrante violación del debido proceso adjetivo y el derecho constitucional de defensa (...)* que *determina la nulidad de estas actuaciones*; en efecto, en sus presentaciones del 12 de agosto de 2021 las propias concesionarias afirmaron que *...el Estado Nacional declararía judicialmente la nulidad del Acuerdo Integral...*, lo cual es incompatible con el planteo referido a la vulneración del debido proceso porque es en dicha instancia en la que se analizará la invalidez de los AIRC y sus decretos aprobatorios, con todas las garantías correspondientes.

Precisó que, al no constituir un acto administrativo en sentido estricto, la medida en comentario no resulta impugnabile a través de los

carriles recursivos previstos en la Ley N.º 19.549, lo cual no obsta, como se ha señalado, a que se respete y asegure la plena vigencia del derecho de defensa en oportunidad de sustanciarse el proceso judicial.

En igual sentido, recordó que ese Servicio Jurídico sostuvo que, contrariamente a lo afirmado por las concesionarias, en la presente instancia ninguna autoridad ha incurrido en prejuzgamiento porque, conforme a la línea argumentativa sostenida, la invalidez de los Decretos Nros. 607/18 y 608/18 será resuelta en sede judicial.

**18.4.** En virtud de lo expuesto, concluyó que existen elementos suficientes a los efectos de promover la pertinente acción judicial de nulidad de los AIRC.

**18.5.** Sentado ello, se expidió sobre la competencia del Poder Ejecutivo Nacional para el dictado de la medida.

En tal sentido, manifestó que **es el Poder Ejecutivo quien resulta competente para declarar lesivos al interés público los actos que ha emitido, aprobatorios de los AIRC**, e instruir, de igual forma, a la promoción de la acción de lesividad pertinente, con el objeto de obtener la declaración judicial de nulidad de los mencionados decretos, la cual, una vez obtenida, producirá por derivación lógica la nulidad de los acuerdos que tales actos aprobaron.

Resaltó que, apelando al denominado principio de paralelismo de las formas y de las competencias, la autoridad que tiene competencia para emitir un acto, también la tiene -implícitamente- para modificarlo o extinguirlo (conf. Dictámenes 302:522, 303:23, entre otros) y, en el caso que nos convoca, instruir para que se persiga su extinción en sede judicial. Por ello, le asiste competencia al señor Presidente de la Nación para disponer que se promueva, a través de la Dirección Nacional de Vialidad, la acción mencionada.

Concluyó afirmando que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, entiende que no existen óbices que formular a la medida bajo trato en tanto expresión de la permanente observancia del ordenamiento jurídico a la cual está llamada a sujetarse la Administración.

#### **19. La opinión de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Subsecretaría Legal de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación**

Tras efectuar una reseña de lo actuado, **ese servicio jurídico** precisó que mediante el expediente de la referencia tramitó una instancia de análisis y evaluación en sede administrativa, llevada a cabo por las áreas técnicas y jurídicas con competencia primaria en la materia, que evaluaron las presentaciones de las concesionarias como un elemento de juicio en la conclusión del procedimiento de revisión, no habiéndose

dictado actos que modifiquen su situación jurídica (v. orden 169).

Resaltó, particularmente, que la Gerencia Ejecutiva de Asuntos Jurídicos de la Dirección Nacional de Vialidad informó que, a la fecha de emisión de su dictamen, los acuerdos bajo análisis se encuentran vigentes y en ejecución, motivo por el cual resultan generadores de derechos y obligaciones para las partes. Además, evaluó, en el marco de lo dispuesto por el artículo 17 segundo párrafo de la Ley N.º 19.549 las acciones que pudieran corresponder.

**19.1.** Agregó que, con fundamento en los informes técnicos y dictámenes jurídicos obrantes en el expediente, el Administrador General de la Dirección Nacional de Vialidad -en su carácter de autoridad de aplicación- elevó el proyecto de decreto sub examine (v. orden 138) en el cual -por tratarse de la autoridad con competencia primaria en la materia- reseñó en la parte expositiva de la iniciativa los fundamentos técnicos y jurídicos que consideró sustanciales a fin de motivar el dictado del acto en trámite, atento los análisis pormenorizados realizados por las áreas técnicas y jurídicas del mencionado organismo.

**19.2.** En relación a la acción de lesividad destacó que dicha acción tiene por objeto esencial el restablecimiento del imperio de la juridicidad vulnerada por un acto viciado de nulidad absoluta pero que, por haber generado prestaciones que están en vías de cumplimiento, su subsistencia y efectos sólo pueden enervarse mediante una declaración judicial.

Remarcó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación -en Fallos 336:2364- consideró que no resultaría exigible el dictado de un acto administrativo por parte del organismo administrativo que declare la lesividad del acto precedente como recaudo indispensable para el planteamiento judicial de la acción respectiva, atento que la Ley N.º 19.549 no contiene esa exigencia, y que tal requisito no puede considerarse implícito.

Subrayó que el interés público comprometido en el caso *sub examine* es el restablecimiento del imperio de la juridicidad vulnerada por los actos viciados de nulidad absoluta pero que, como se señaló, por haber generado prestaciones que están en vías de cumplimiento, su subsistencia y efectos sólo pueden enervarse mediante declaración judicial en tal sentido. Ello, para restituir la legalidad con relación a los Accesos Norte y Oeste a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, preservar el erario público y los derechos de los usuarios.

**19.3.** En lo referente a la autoridad competente para dictar el acto en trámite, resulta aplicable el principio de paralelismo de las formas y las competencias, respecto del cual esta Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que *"...conforme el denominado principio de paralelismo de las competencias, la autoridad que tiene competencia para emitir el acto, también la tiene -implícitamente- para modificarlo*

o extinguirlo" (v. Dictámenes 302:522, 320:700).

Entendió, por consiguiente, que la autoridad que dictó el acto, implícitamente, también tiene la competencia para emitir la instrucción para promover la acción judicial que persiga su extinción en sede judicial. En este caso, la autoridad competente para dictar el acto en trámite es el Poder Ejecutivo Nacional, habida cuenta que dictó los Decretos Nros. 607/18 y 608/18, aprobatorios de los AIRC en cuestión.

**19.4.** Finalmente, reiteró que los términos de la medida fueron establecidos por el Administrador General de la Dirección Nacional de Vialidad, con la conformidad del Ministro de Obras Públicas (v. órdenes 138 y 157) y en mérito de lo expuesto, analizados estrictamente los aspectos jurídicos involucrados en la presente iniciativa, consideró que el proyecto de decreto en cuestión no merece observaciones desde el punto de vista legal.

## **20.- La remisión de las actuaciones a este Organismo Asesor. Incidencias procedimentales previas**

En ese estado del trámite fueron recibidas las presentes actuaciones en este Organismo Asesor para su dictamen (v. orden 173).

**20.1.** En dicha oportunidad, la Dirección Nacional de Dictámenes advirtió que las concesionarias plantearon, entre otros aspectos, (i) la nulidad de estas actuaciones en virtud del prejuzgamiento en que habrían incurrido los funcionarios que conducen y controlan el trámite; subsidiariamente, plantearon la recusación y petitionaron la inmediata excusación del Ministro de Obras Públicas, del Director Nacional de Vialidad, del Procurador del Tesoro de la Nación y de los demás funcionarios que se encuentren incursos en la misma causal de prejuzgamiento, a fin de que se abstengan de intervenir en lo sucesivo en estas actuaciones o en otras que pudieran desarrollarse en el futuro a estos mismos efectos; y (ii) la impugnación de la Providencia PV-2021-67869945-APN-MOP del 28 de junio de 2021 mediante los recursos de reconsideración y jerárquico en subsidio, en los términos de los artículos 84, 89 y concordantes del *Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 - T.O. 2017* (B.O. 2-11-17)

**20.1.1.** Ante tal circunstancia, las autoridades recusadas presentaron sus informes al respecto (v. órdenes 187, 193 y 195), y el Poder Ejecutivo Nacional resolvió tal incidencia rechazando la recusación impetrada a través del Decreto N.º 562/22 -B.O. 31/8/22- (v. orden 205).

**20.1.2.** Por su parte, los recursos de reconsideración planteados contra la Providencia PV-2021-67869945-APN-MOP fueron resueltos mediante las Resoluciones Nros. 300/22 y 301/33 del Ministerio de Obras Públicas (v.

órdenes 220 y 221). Por medio de dichos actos, tal como surge de sus considerandos y de su parte resolutive, el citado organismo rechazó los respectivos recursos de reconsideración, y desestimó por inadmisibles los recursos jerárquicos subsidiariamente interpuestos.

**20.2.** Con los elementos incorporados, me encuentro condiciones de expedirme sobre el tema traído en consulta.

-V-

#### EL PROYECTO DE DECRETO

Mediante el proyecto del decreto agregado en el orden 138 se dispone:

a) *Instrúyase a la DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD a promover la acción destinada a obtener la declaración judicial de nulidad de los Acuerdos Integrales de Renegociación Contractual de los Contratos de Concesión del Acceso Norte (CONVE-2018-31347565-APN-MTR) y del Acceso Oeste (CONVE-2018-31340848-APN-MTR) a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y sus Decretos aprobatorios Nros. 607 y 608, ambos del 2 de julio de 2018, respectivamente, con fundamento en la existencia de graves vicios que tornan dichos actos nulos de nulidad absoluta, por resultar lesivos al interés público comprometido.*

b) *Comuníquese la presente medida a la OFICINA ANTICORRUPCIÓN, a la PROCURADURÍA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS, a la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, a la AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN, al MINISTERIO DE ECONOMÍA, al MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, y a la DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD.*

-VI-

#### ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

##### **1. Alcances del presente asesoramiento**

A fin de analizar la procedencia de la medida en ciernes es necesario evaluar la legalidad de los AIRC celebrados con AUSOL (CONVE-2018-31347565-APN-MTR y su Anexo IF-2018-31348355-APN-MTR) y con GCO (CONVE-2018-31340848-APN-MTR y su Anexo IF-2018-31342712-APN-MTR), aprobados por Decretos Nros. 607/18 y 608/18, respectivamente; los que, en virtud de los graves vicios que presentan, adelanto desde ya, están afectados de nulidad absoluta e insanable que amerita su anulación en sede



judicial, en virtud de lo normado por los artículos 14 y 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19.549 (en adelante, indistintamente, LNPA).

Por tales fundamentos normativos, el presente asesoramiento se limitará al estudio de las cuestiones estrictamente jurídicas involucradas y no tratará aspectos técnicos, ni económicos, ni se referirá a cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia, por ser materias ajenas a la competencia de esta Procuración del Tesoro de la Nación (v. Dictámenes 204:47 y 159; 207:578; 243:663; 251:541 y 851, entre otros).

En esa inteligencia, comparto en lo sustancial los análisis jurídicos llevados a cabo por las instancias asesoras que me han precedido.

## **2. Caracterización de los contratos administrativos**

Con el alcance descripto, cabe recordar, en primer lugar, que la Corte Suprema de Justicia ha señalado desde antaño que los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los "contratos", caracterizados por los siguientes elementos esenciales: (i) una de las partes interviniente sea una persona jurídica estatal, (ii) su objeto esté constituido por un fin público o propio de la Administración y/o (iii) lleven insertas implícitas o explícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado (Fallos 313:376, in re "Dulcamara"; 316:212, in re "Cinplast"; 318:1518, in re "S.A. Organización Coordinadora Argentina"); o bien se hallen en general sujetos a un régimen exorbitante del derecho común (Fallos 306:731, in re "López").

El máximo Tribunal ha sentenciado, además, que, cuando el Estado en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el Derecho Público. En consecuencia, los contratos de esa índole entre un particular y la Administración Pública deben celebrarse mediante los mecanismos previstos en las normas pertinentes del Derecho Administrativo (Fallos 329:809, in re "Punte").

Asimismo, el Tribunal Cívero ha dicho que en los contratos en los que la Administración es parte, su validez y eficacia queda supeditada al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación, entre los que se encuentra la licitación pública (Fallos 308:618, in re "Hotel Internacional Iguazú"; 311:2831, in re "Radeljak"; 316:382, in re "Vicente Robles").

Por otra parte, determinó que la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho

contrato queda legalmente perfeccionado.

Cuando la legislación aplicable exige una formalidad específica para la conclusión de un determinado contrato, dicho recaudo que hace a su validez debe ser respetado pues se trata de un requisito esencial de su existencia. No es posible admitir la acción basada en obligaciones que derivarían de un supuesto contrato que, de haber sido celebrado, no lo habría sido con las formalidades establecidas por el derecho administrativo local para su formación (Fallos 323:1515, in re "Mas Consultores"; 323:3924, in re "Ingeniería Omega").

De los criterios expuestos por el Máximo Tribunal de Justicia queda claro que los AIRC bajo análisis constituyen verdaderos contratos administrativos -por reunir las apuntadas notas esenciales que los caracterizan como tales- y que su validez, eficacia y existencia se encuentra supeditada al cumplimiento de las formas y procedimientos pertinentes; y, a la vez, se halla sujeta a la observancia de las normas sustantivas de Derecho Público que resulten aplicables.

### **3. La aplicación directa del Título III de la LNPA a los contratos administrativos**

En tal contexto, corresponde mencionar que los contratos que celebran las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se rigen por sus respectivas leyes especiales -en el caso las Leyes N.º 17.520 y N.º 23.696-, sin perjuicio de la **aplicación directa**, en cuanto fuere pertinente, de las normas del Título III de la LNPA, en especial -en lo que aquí interesa- los requisitos esenciales del acto, la forma, la fuerza ejecutoria, la nulidad y su revocación (v. arts. 7º, 8º, 12, 14 y 17 de la citada ley).

### **4. La actuación administrativa debe sujetarse al principio de legalidad**

#### **4.1. Orígenes y fundamentos del principio de legalidad**

Dicho principio es una de las conquistas fundamentales del constitucionalismo contemporáneo, pues exige que medie una norma para que el Estado pueda expresar válidamente su voluntad, en especial, aunque no exclusivamente, a través del Poder Administrador.

De este modo, el aludido principio resulta una emanación evidente del concepto de "Estado de Derecho", acuñado por juristas alemanes de la primera mitad del siglo XIX, especialmente por Robert VON MOHL en *Die Polizei-Wissenschaft* de 1832 (v. LINARES QUINTANA, Segundo V., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Plus ultra, Buenos Aires, 2ª.

edición, 1976, pág. 82).

En base a esa noción se ha concebido un tipo de organización estatal que se desenvuelve de acuerdo con la ley y que, en las relaciones con los particulares, se somete a un conjunto de reglas que, a la par de reconocer los derechos de éstos, limita su accionar en orden a la consecución de sus fines.

En esa línea, Adolf MERKL ha distinguido al Estado-Policía que se presenta como aquel cuya Administración se halla *legalmente incondicionada*, del Estado de Derecho que ofrece una Administración *condicionada legalmente* (v. *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, pág. 92).

En estos términos, el Derecho Administrativo se desarrolla desde la idea de que la Administración se halla sometida ("*condicionada jurídicamente*") a la ley, entendida esta última en sentido lato, comprensivo de la Constitución, de los Tratados, de las leyes e incluso de los actos de alcance general emanados del propio Poder Administrador.

Al respecto se ha dicho, incluso, que el principio de legalidad se erige como un postulado derivado del principio de separación de poderes y división de funciones, que formulara MONTESQUIEU (v. GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 12ª. edición, Volumen I, pág. 63; CASSAGNE, Juan C., *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, 2009, pág. 48).

En ese orden de ideas, el principio de legalidad del obrar estatal puede extraerse razonadamente de varias disposiciones de la Constitución Nacional, como los artículos 14, 16, 17, 18 y 19.

En esa línea se ha dicho que "*El principio de legalidad responde al concepto de despersonalización del poder o impersonalidad del poder y al de legitimidad racional. No se trata de que el poder no sea ejercido por [personas humanas] -lo cual es inevitable- sino de que [quienes] ejercen el poder lo hagan ajustándose al orden jurídico establecido en las normas legales. O sea que el mando no se basa en la voluntad arbitraria o caprichosa de los (...) que gobiernan, sino en lo que la ley predetermina como debido o prohibido (...) a) la razón del principio de legalidad estriba en que la obediencia que los individuos prestan a los gobernantes se funda racionalmente en la creencia de que ellos mandan en nombre de la ley y conforme a sus normas, b) la finalidad del principio de legalidad es afianzar la seguridad individual de los gobernados. La ley predetermina las conductas debidas o prohibidas, de forma que [todos] pueden conocer de antemano lo que tienen que hacer u omitir, y quedar exentos de decisiones sorpresivas que dependen solamente de la voluntad ocasional de quien manda*" (v. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*,

Ediar, Buenos Aires, 1992, Tomo I, pág. 225).

Y también que "el principio de legalidad consagrado en el art. 19 tiene sus aplicaciones específicas en el art. 18 -proceso penal- y en materia de impuestos y contribuciones arts. 4º, 16, y 17 de la Norma Fundamental" (v. CAYUSO, Susana G., *Constitución de la Nación Argentina. Claves para el estudio inicial de la norma fundamental. Comentada*, La Ley, Buenos Aires, 1º edición, 2007, pág. 128).

Ese principio se proyecta, de igual modo, en la esfera de las contrataciones administrativas, pues ellas están "de ordinario, subordinadas a una legalidad imperativa" (Fallos 321:174, in re "S.A. Organización Coordinadora Argentina").

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "el sometimiento del Estado moderno al principio de legalidad, lo condiciona a actuar dentro del marco normativo previamente formulado por ese mismo poder público que, de tal modo, se autolimita. El ejercicio de tal poder, por ende, no puede desvincularse del orden jurídico en que el propio Estado se encuentra inmerso..." (Fallos, 315: 2771, in re "Bauhoffer").

Así, el principio de legalidad permite configurar el sistema jurídico de un modo tal que posibilita que no sólo la actividad administrativa, sino también la legislativa y judicial sean llevadas a cabo conforme al derecho vigente, limitando formalmente el accionar del Estado (v. ZARINI, Helio J., *Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2ª. edición, 1999, pág. 431; GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 4ª. edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo I, pág. 331).

En lo que respecta a la Administración, las manifestaciones de su accionar (fundamentalmente a través de reglamentos y actos administrativos de alcance particular) deben hallar fundamento y confines en la ley. De modo tal que, el principio de legalidad, por un lado, habilita a la Administración a actuar en determinadas esferas según la competencia asignada y, por el otro, le impone límites a ese accionar; los que, de ser traspasados, darán lugar a la invalidación de lo actuado.

Dicho, en otros términos, la ley habilita para obrar al Poder Ejecutivo y a los órganos y entes administrativos que lo secundan en el ejercicio de la función administrativa. Pero estas habilitaciones por sí solas no bastan; la Administración debe, además, respetar el resto del ordenamiento jurídico, es decir, no sólo la ley habilitante de su competencia, sino todas aquellas leyes que integran el ordenamiento jurídico, a partir de una vinculación positiva con este último.

Como con acierto se ha precisado, "La función ordenadora y conformadora propia del Derecho exige que toda la actuación administrativa esté

sometida al ordenamiento jurídico. El Derecho regula las relaciones de la Administración con su entorno y, hacia adentro, con su propia organización. Legítima, disciplina y hace eficaz la actuación administrativa" (v. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pág. 55).

#### **4.2. Razones por las cuales los AIRC no se ciñen al principio de legalidad**

Seguidamente expondré por qué los AIRC, aprobados mediante los Decretos Nros. 607/18 y 608/18, no se han sujetado al principio de legalidad del obrar administrativo; y han violado los límites que les imponían el artículo 9.º de la Ley N.º 25.561, así como el artículo 7.º, incisos a), b), c), d), e) y f) de la LNPA.

Baste adelantar aquí que la vía escogida implicó la asunción de una deuda en dólares y la prórroga de la concesión por 10 (diez) y 12 (doce) años, en una flagrante vulneración de los procesos de selección del contratista del Estado, y la consecuente violación a los principios de igualdad, concurrencia y transparencia.

En la especie se advierte la modificación del objeto, el plazo, la moneda de pago, el plan de obras, la tasa interna de retorno, las facultades de control, entre otros aspectos que alteran de manera sustancial el vínculo originario que emergía del Concurso Público Nacional e Internacional realizado oportunamente.

Nótese que se han visto alterados, en gran medida, los elementos de los contratos de concesiones de obra pública enunciados en el artículo 7º de la Ley N.º 17.520, a saber: ... *el objeto de la concesión; (...)el plazo; las bases tarifarias y procedimientos a seguir para la fijación y los reajustes del régimen de tarifas; (...)el procedimiento de control contable y de fiscalización de los trabajos técnicos; las obligaciones recíprocas al término de la concesión; las causales y las bases de valuación para el caso de rescisión.*

En tal sentido, no resulta posible admitir una alteración sustancial de los contratos -aun cuando ésta fuere consensuada- por cuanto ello importa una vulneración al principio de legalidad, obteniéndose por resultado una contratación distinta a la prevista en el llamado a Concurso originario. En otros términos, convalidar tal hecho equivaldría a otorgar un *nuevo contrato* en forma directa, con una ostensible e intolerable violación a los procedimientos establecidos para la selección del contratista del Estado.

#### **4.3. La interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

A mayor abundamiento, es dable recordar que el Alto Tribunal ha expresado que, en materia de contratos públicos, así como en los demás

ámbitos en que desarrolla su actividad la Administración Pública, ésta se halla sujeta al principio de legalidad cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes para someterla a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas a disponer sin expresa autorización legal (Fallos 316:3157 in re "Espacio").

En tal sentido, el Máximo Tribunal ha entendido que *...el principio de la autonomía de la voluntad de las partes se relativiza en el ámbito de los contratos administrativos, pues aquéllas están, de ordinario, subordinadas a una legalidad imperativa...*, toda vez que *...aunque en principio pueda resultar indiferente a la ley el modo como los particulares arreglan sus propios negocios, no lo es la manera en que los funcionarios administran los asuntos públicos* (Fallos 321:174 in re "S.A. Organización Coordinadora Argentina").

La entidad de tales apartamientos respecto del orden jurídico aplicable determina que los AIRC y sus Decretos aprobatorios Nros. 607/18 y 608/18 se encuentren gravemente afectados en varios de sus requisitos esenciales; lo cual apareja que esos actos resulten insanablemente nulos, y que deban ser eliminados del mundo jurídico para el restablecimiento de la legalidad (conforme artículos 14, inciso b), y 17 de la ley citada).

Cabe señalar que las aseveraciones realizadas por las concesionarias en sus diversas presentaciones no conmueven la conclusión a la que arribo, toda vez que no logran desvirtuar la existencia de los graves vicios que se constatan a lo largo de estas actuaciones.

## **5. Los vicios que presentan los acuerdos alcanzados**

Estimo necesario adelantar desde ahora que, teniendo en cuenta los informes técnicos producidos en estas actuaciones, se evidencia que los AIRC contienen distintos vicios que acarrearán su nulidad absoluta y, en consecuencia, la de los decretos que los aprobaron, la que deberá solicitarse por vía judicial conforme surge de los artículos 14, inciso b) y 17 de la LNPA.

En efecto, la referida norma, luego de enunciar en los artículos 7.º y 8.º cuáles son los requisitos esenciales del acto administrativo (competencia, causa, objeto, procedimiento, motivación, finalidad y forma), menciona en su artículo 14, inciso a), los vicios de la voluntad (error, dolo, violencia, simulación) y, en su inciso b), los defectos en los elementos esenciales antes aludidos (incompetencia, falta de causa, violación de la ley, de las formas esenciales o de la

finalidad), que conducen a su nulidad, para aludir más tarde a las consecuencias jurídicas que se derivan de tal situación (v. art. 17).

Me referiré, pues, a los vicios que afectan a los AIRC que nos ocupan, siguiendo el esquema normativo que surge de la LNPA.

### **5.1. Vicio en la competencia.**

El inciso a) del artículo 7.º de la LNPA establece como uno de los elementos esenciales del acto administrativo: a) *ser dictado por autoridad competente*.

La competencia es el conjunto de atribuciones y funciones que un órgano o un ente público pueden ejercer legítimamente. Así, el concepto de competencia brinda el alcance de los cometidos que corresponden a cada órgano o ente de la Administración, de acuerdo al ordenamiento jurídico. La competencia es, en definitiva, la aptitud legal de obrar de los órganos o entes estatales pertenecientes a la Administración descentralizada, una distribución de cometidos o bien una regla que determina, en primer lugar, las materias que entran en la esfera propia de cada autoridad.

La competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según el caso, de la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia, según expresa el artículo 3º de la LNPA y conforma el elemento subjetivo del acto, pues señala el conjunto de reglas que rigen la actuación y facultades del órgano administrativo y la consiguiente aptitud del funcionario para ejercer dichas potestades y ser titular de ellas.

Como tiene dicho este Organismo Asesor, la competencia reviste un carácter objetivo, en tanto requiere de una norma constitucional, legal o reglamentaria que la atribuya (v. Dictámenes 311:244).

Las competencias de las instituciones estatales representan los límites dentro de los que deben actuar los órganos administrativos y las personas jurídicas públicas. Por eso se señala que toda atribución de competencia representa, al mismo tiempo, una autorización y una limitación.

La competencia, además de constituir un elemento esencial del acto administrativo, es junto a la jerarquía, uno de los principios rectores de la organización administrativa. Las funciones públicas, en efecto, se distinguen por la competencia, criterio diferenciador e inequívoco para individualizarlas y sin el cual, sería inconcebible un actuar administrativo organizado.

Para que ese conjunto de órganos que realizan la acción administrativa cumpla eficazmente con los fines asignados, es necesario que se hallen ordenados y regulados, de modo tal que estén dirigidos y sujetos al contralor de otros, formando líneas y núcleos de órganos activos que partan de un centro que es el Poder Ejecutivo y converjan en aquél.

De tal modo, la regla directriz fundamental del accionar de la organización administrativa es la subordinación jerárquica en virtud de la cual cada órgano funcional administrativo obra en ejercicio de sus propias atribuciones (competencias), bajo la dirección y vigilancia de un órgano superior (jerarquía). La asignación de competencias entre los órganos que componen la Administración Pública centralizada y las personas jurídicas públicas estatales que integran la Administración Pública descentralizada, constituye un principio básico de la organización administrativa, pues se trata de la distribución de tareas o funciones para cumplir con los fines estatales.

Ello no sólo debe justificarse en el principio metajurídico de división del trabajo, sino también en la raíz misma del Estado de Derecho que, en tanto garante de los derechos de los particulares, asegura tal protección delimitando el campo de actuación de los órganos y entes públicos.

En la especie que nos ocupa, resulta relevante destacar que **la competencia puede ser otorgada por un tiempo determinado**. Así pues, la competencia en razón del tiempo se refiere a los casos en que un órgano tiene determinadas facultades concedidas sólo durante un lapso prefijado. A consecuencia de ello, si el plazo constituye un límite al ejercicio de potestades administrativas, **su transgresión vicia el acto y corresponde la sanción de nulidad**.

En nuestro caso, el análisis debe ser efectuado, a la vez, teniendo en cuenta que la competencia de los órganos también encuentra límites en razón de la materia; es decir, aquella que se refiere *al conjunto de poderes, facultades y atribuciones que les corresponden a un ente u órgano, en razón de la naturaleza de sus funciones o los cometidos asignados* (Dictámenes 312:407).

En el caso bajo análisis, los AIRC y los Decretos aprobatorios de ambos se encuentran viciados de incompetencia en razón del tiempo .

En tal sentido, como ya fuera expuesto *supra*, la Ley N.º 25.561 le otorgó al Poder Ejecutivo Nacional la facultad de renegociar los contratos de la Administración regidos por normas de Derecho Público.

Dicha atribución, conferida originariamente hasta el 10 de diciembre de 2003, fue sucesivamente prorrogada hasta el **31 de diciembre de 2017** (conf. Ley N.º 27.200).

De tal forma, tanto los AIRC en análisis, suscriptos el **26 de junio de**



**2018**, como los Decretos Nros. 607/18 y 608/18 ambos del **2 de julio de 2018** que los aprueban, padecen de un vicio en la competencia en razón el tiempo, *toda vez que las atribuciones del PEN para renegociar contratos administrativos se había extinguido a ese entonces.*

Por otra parte, una vez fenecida la delegación de facultades conferida por el artículo 9.º la Ley N.º 25.561, la Administración excedió el marco de su competencia en razón de la materia al celebrar con las concesionarias acuerdos que incluyeron la **"redolarización" de la moneda del contrato y cláusulas de ajuste de carácter indexatorio.**

No escapa a un simple examen de los fundamentos de los Decretos Nros. 607/18 y 608/18, que ambas medidas invocan como sustento la Ley N.º 25.561 y sus prórrogas. En particular, aluden a la Ley N.º 27.200, que prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2017 la vigencia de la Ley N.º 26.204 -que a su vez había extendido el plazo de vigencia de la similar N.º 25.561-; y mencionan también la Ley N.º 27.345, que extendió hasta el 31 de diciembre de 2019 la vigencia de la precedente 27.200 pero sólo en lo atinente a la *emergencia social*.

Es decir que, como se anticipó, a las fechas de suscripción de los AIRC y del dictado de los decretos aprobatorios, **había caducado la habilitación legislativa conferida al Poder Ejecutivo Nacional para renegociar contratos de esta índole** (conf. arts. 8º y 9º de la Ley N.º 25.561).

Ello explica que el entonces Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas, convocado a tomar intervención en el trámite, se expidiera manifestando que *...la Ley N° 25.561, en cuyo marco el art. 4º del Decreto N° 367/16 preveía la suscripción por el actual Ministerio de Hacienda (...) no fue prorrogada*, lo que motivó que la Secretaría Legal y Administrativa de dicha cartera expresara que *En tanto la renegociación bajo examen exceda el alcance de la conclusión de una renegociación basada en la ley 25.561 se entiende que esta cartera carecería de competencia para participar por tratarse de un contrato ajeno a su órbita* (v. órdenes 58 y 65 del EX-2018-00647608-APN-SIGEN y órdenes 55 y 62 del EX-2018-26635579-APN-SIGEN).

En ese orden, de la lectura de los expedientes surge que las áreas competentes del referido ministerio advirtieron que el marco jurídico instituido por el artículo 9º de la Ley N.º 25.561 y el reglamentario establecido por el Decreto N.º 367/16, carecía de virtualidad para sustentar la causa de la intervención de dicha cartera, prevista en el artículo 4º del citado decreto.

En tal sentido, resulta también llamativo que en el Considerando de los Decretos Nros. 607/18 y 608/18 se aluda al Decreto N.º 367/16, a través del cual el Poder Ejecutivo Nacional reglamentó los procedimientos a observar para la conclusión de los procesos de renegociación de los contratos alcanzados por los artículos 8.º y 9.º de la Ley N.º 25.561.

En sendos Considerandos se hace mérito, precisamente, del cumplimiento de recaudos procedimentales previstos en el referido Decreto (los atinentes a las intervenciones previas previstas en esa reglamentación).

Hemos visto ya que el plazo de vigencia de la facultad conferida al Poder Ejecutivo por el citado artículo 9° de la Ley N.° 25.561 había expirado, por lo que la mera invocación de la disposición procedimental no podía sustentar el ejercicio de una competencia asignada en una norma sustantiva que había perdido vigencia; con lo cual, también la norma reglamentaria destinada a aplicarla había perdido vigor.

Y aún en la hipótesis que señalan los Decretos Nros. 607/18 y 608/18 - que por cierto no se comparte, en razón de lo antes señalado-, en el sentido de que subsistió la vigencia del Decreto N.° 367/16, debe hacerse notar que ni siquiera el procedimiento contemplado en esa reglamentación fue cabalmente observado.

Es que los AIRC no fueron suscriptos por el ministro con competencia específica en función de la materia -en el caso, el de Transporte- **en forma conjunta con el entonces Ministro de Hacienda**, según lo requería dicho Decreto N.° 367/16.

Cabe adicionar que esa omisión tampoco fue subsanada con una intervención del titular de la cartera de Hacienda plasmada en el refrendo de los decretos.

No se advierte, para ello, otra explicación que la posición asumida por ese Ministerio, en cuanto a que ya no se hallaba en vigor la norma de fondo invocada para la renegociación y su ulterior aprobación. La advertencia formulada en ese sentido, en las respectivas actuaciones, permite incluso visualizar que aquellos actos fueron emitidos a pesar de que existían señalamientos expresos que advertían sobre la incompetencia de la Administración para obrar según lo hizo a través de los AIRC y sus actos aprobatorios.

De lo expuesto se desprende, en consecuencia, la existencia del vicio de incompetencia en la firma de los Acuerdos, y en el dictado de los decretos que les dieron aprobación, que los tornan nulos de nulidad absoluta e insanable, en los términos del artículo 14 inciso b) de la LNPA, pues el Poder Ejecutivo Nacional aprobó las renegociaciones cuando carecía de competencia para hacerlo en virtud de la pérdida de vigencia de la Ley N.° 25.561.

Se ha puntualizado que el vicio en la competencia es denominado comúnmente como *exceso de poder* puesto que implica que el órgano administrativo ha incurrido, al emitir el acto, en un exceso de las facultades y atribuciones que constituyen su aptitud legal de obrar, defecto que genera la nulidad absoluta del acto (v. COMADIRA, Julio Rodolfo - MONTI, Laura (colab.), *Procedimientos Administrativos, Ley*

*Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada, t. I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 299).*

Asimismo, se advierte que la cláusula 13.2 de los AIRC establece que ... *el CONCEDENTE no establecerá en el futuro ningún adicional tarifario, con o sin asignación específica, que no sea percibido por el CONCESIONARIO para sí y en su propio beneficio.*

Adviértase que a través de dicha estipulación el Poder Ejecutivo Nacional asumió un compromiso para el cual no tenía competencia en razón de la materia, ya que, en los hechos, invadió una esfera de atribuciones propia del legislador. En efecto; en virtud de dicha cláusula el Poder Legislativo tendría vedado establecer, aún por ley, eventuales cargos adicionales a la tarifa de peaje; y, en caso de establecerlos -ya que una previsión convencional no podría inhibir el ejercicio de una atribución constitucional-, el Estado Nacional quedaría incurso en un hipotético incumplimiento de esa obligación contractual.

A la luz de las consideraciones efectuadas, resulta claro que tanto el órgano ministerial, como el ejecutivo actuaron más allá de sus facultades careciendo ambos, en forma manifiesta, de competencia en razón del tiempo y de la materia, para llevar a cabo todo este proceso de renegociación, circunstancia que determina la condición de actos nulos, tanto de los AIRC, como de sus decretos aprobatorios.

## **5.2. Vicio en la causa.**

**5.2.1.** El inciso b) del artículo 7.º de la LNPA, establece como uno de los elementos esenciales del acto administrativo que:(...) *b) Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable.*

La ausencia de antecedentes de hecho y de derecho que preceden y justifican el dictado del acto, así como la falsedad de los mismos, determinan su nulidad absoluta (v. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Bs. As., 3ª. edición, t. II, pág. 226; HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Astrea, Buenos Aires, 1985, t. I, págs. 152 y siguientes; COMADIRA, Julio R., *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, 2002, t. I, pág. 301; CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo. Teoría y Régimen Jurídico*, La Ley, Buenos Aires, 1.ª edición, 2012, pág. 325).

Esta Casa tiene dicho que la LNPA se enrola en una concepción

objetivista que considera causa del acto administrativo a los antecedentes de hecho o de derecho que, en cada caso, justifican su dictado (v. Dictámenes 191:182; 275:31).

Sobre el particular, el referido ordenamiento brinda una doble directiva.

Por un lado, al contemplar en su artículo 7.º, inciso b), como requisito esencial del acto, que el mismo ... *deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa*.

Por el otro, al sancionar con nulidad absoluta e insanable, en el artículo 14, inciso b), a los actos viciados por ... *falta de causa por no existir o ser falsos los hechos y o el derecho invocados*.

En la especie, los AIRC se sustentan en consideraciones fácticas y jurídicas falsas e inexistentes.

**5.2.2.** En este sentido, el antecedente primigenio de los acuerdos lo conforman los contratos de Concesión de Obra Pública gratuita para la construcción, mejoras, reparación, conservación, ampliación, remodelación, mantenimiento, administración y explotación de los Accesos Norte y Oeste de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, enmarcado en las Leyes Nros. 17.520 y 23.696.

Dichos contratos sufrieron adecuaciones a lo largo de su ejecución, pero la modificación más importante y relevante, a los efectos de este análisis, fue la que se produjo con la suscripción de los ARC de 2006, celebrados con el objeto de adecuar los contratos a las previsiones contenidas en la Ley N.º 25.561, a raíz de la modificación del régimen de convertibilidad.

Las características y principales modificaciones introducidas por los mencionados ARC de 2006 fueron detalladas en el capítulo II punto 3 del presente, a los cuales me remito en honor a la brevedad.

Siendo éstos los hechos y antecedentes que le sirvieron de causa a los AIRC bajo análisis, se percibe una clara incongruencia e inconsistencia entre aquellos presupuestos fácticos y el resultado perseguido -y en cierta forma alcanzado- por los convenios aprobados por los Decretos Nros. 607/18 y 608/18, lo cual vicia a estos últimos de manera palmaria.

Así pues, se advierte que mientras aquellos antecedentes tuvieron el propósito de establecer los derechos y obligaciones de las partes tendientes a la concreción de las obras adjudicadas, **los AIRC minimizaron y desnaturalizaron tal contenido transmutándolo en una suerte de catálogo de beneficios y derechos a favor de las concesionarias** que van desde el reconocimiento de una suma fija por una supuesta deuda no acreditada, hasta la exoneración de penalidades por incumplimientos contractuales, pasando por la fijación de una tasa de

retorno garantizada -en forma encubierta-, la eliminación del denominado riesgo empresario, la fijación de una tasa de interés en dólares, entre otros aspectos.

Como fue reseñado en los Antecedentes Normativos, las enmiendas transitorias -en el caso los ARC de 2006- debían ser tenidas en consideración en los acuerdos definitivos (conf. art. 3º, Ley N.º 25.790), lo que no ha sucedido en los documentos analizados que se apartan ostensiblemente de lo convenido en esos acuerdos.

En los AIRC se alega la necesidad de regularizar la ejecución de las obras previstas contractualmente. Así, se quiso justificar el incumplimiento por parte de las concesionarias de la realización de tales obras, reconocido expresamente en el propio Considerando de tales documentos al consignar que *...corresponde liberar de responsabilidad al CONCESIONARIO por los incumplimientos invocados relacionados con obligaciones de inversión...*

En tal sentido, también cabe recordar que en el Considerando de los AIRC se expresa que *...desde la pesificación del año 2002 no se realizaron en la CONCESION obras fundamentales para el desarrollo vial del Gran Buenos Aires. Todo esto privó a los usuarios de contar con un mejor servicio, conforme a las condiciones del contrato original.*

Tal argumentación intencionalmente omite considerar las siguientes circunstancias:

a. que por expresa disposición contenida en el artículo 10 de la Ley N.º 25.561, en ningún caso se autorizaba a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones.

b. que, desde antaño, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que para que proceda la excepción de incumplimiento contractual se debe probar una razonable imposibilidad de cumplir frente a la falta de pago de la Administración (Fallos 316:212, *in re* "Cinplast"), imposibilidad esta que no ha sido demostrada.

**5.2.3.** A lo dicho cabe agregar los escasos y limitados informes obrantes en los expedientes que dieron origen a los AIRC y a las apresuradas y tendenciosas conclusiones efectuadas en base a conjeturas e hipótesis no acreditadas.

En tal sentido, **se advierte la carencia de informes que den cuenta del cumplimiento -cuanto menos parcial-, de las obligaciones de reinversión que pesaban sobre las concesionarias y la orfandad de cálculos y análisis a través de los cuales se cuantificó el monto de la Inversión Bruta, de la Inversión Neta y de las penalidades pendientes;** a pesar de lo cual, injustificadamente, se reconoció un crédito a favor de las concesionarias, equivalente a la suma de u\$s 499.000.000 (cuatrocientos

noventa y nueve millones de dólares), en el caso de *AUSOL*, y de u\$s 247.000.000 (doscientos cuarenta y siete millones de dólares), en el caso de *GCO*.

**5.2.4.** En idéntica línea, no existe en las actuaciones en las que tramitaron los *AIRC* constancia alguna que dé cuenta del criterio utilizado para estimar la pertinencia y razonabilidad del monto reclamado ante el *CIADI* por *ABERTIS*, cantidad esta que, según se expresa en los *AIRC* ha sido tenida en cuenta para calificar el acuerdo como económicamente conveniente para el Estado Nacional.

Tampoco se encuentra documentalmente justificado ni consta un análisis pormenorizado del alegado desequilibrio de la ecuación económica financiera que se pretende reestablecer a través de los acuerdos. La expresión queda apenas limitada a meras manifestaciones genéricas, sin su debido correlato en evaluaciones jurídicas, técnicas, económicas y financieras que den sustento a tal aseveración.

**5.2.5.** Igual falencia se observa respecto de la *TIR* según la terminología utilizada en los Acuerdos.

En tal sentido, los *AIRC* textualmente expresan que *Las PARTES reconocen que la rentabilidad resultante de la recuperación de la INVERSIÓN NETA en los términos previstos en este Artículo QUINTO guarda una relación razonable con las inversiones efectivamente realizadas por el CONCESIONARIO y con el beneficio al usuario, de conformidad con el Artículo 57 de la Ley N° 23.696 (v. cláusula 5.11).*

Lo consignado en dicha cláusula no se encuentra respaldado en antecedente o informe alguno, que sustente la razonabilidad que se declama en la misma.

Queda claro, pues, que la inclusión de aquel enunciado no ha tenido otro propósito que el de intentar cumplir, aunque sin sustento alguno - a través de una motivación infundada-, la exigencia contenida en el artículo 57 de la Ley N.º 23.696, referida a la existencia de una relación razonable entre la inversión y la utilidad.

No puedo soslayar aquí que la alegada disminución de la rentabilidad invocada por las concesionarias es una afirmación dogmática, carente de sustento en las respectivas actuaciones. En efecto, las *TIR* establecidas en los contratos originales en favor de *AUSOL* y *GCO* fueron posteriormente modificadas en los *ARC* de 2006 a 11,8775% (once coma ocho mil setecientos setenta y cinco por ciento) y 7,95% (siete coma noventa y cinco por ciento), en el nuevo escenario contemplado por la Ley N.º 25.561, cuyo cálculo fue acordado **en pesos constantes de septiembre de 1993**. En cambio, el 8% (ocho por ciento) de rentabilidad ahora establecido a través de los *AIRC* es calculado en **dólares estadounidenses**.

**5.2.6.** Llegado a este punto, debo recordar que la causa que da origen al acto debe ser cierta, efectiva, sincera y no implicar una forma disimulada o encubierta de obviar tal recaudo legal.

Los hechos y las conductas que concurren para integrar y constituir el presupuesto de la causa de los actos, deben resultar verificables de modo cierto, exacto y correcto. La causa, en esta faz, debe responder a la verdad objetiva, exigencia que, como se ha visto, no se satisface en la especie.

En tal sentido, podría decirse que lo pactado en los acuerdos asume el carácter de una liberalidad destinada a abonar a las concesionarias -en forma encubierta- una suma supuestamente adeudada, que en modo alguno se encuentra acreditada en cuanto a su existencia y cuantía.

Pero lo que es más grave aún, se pretendió alegar un crédito a favor de un tercero -*ABERTIS*- para justificar un pago improcedente.

Por otra parte, en lo que concierne a la necesidad estatal de poner fin al proceso arbitral en sede supranacional, su sola mención no constituye por sí y sin más la expresión de causa que el acto requiere para ser válido (v. Dictámenes 236:091).

De todo lo expuesto se advierte, sin hesitación alguna, que los *AIRC* en estudio se hallan viciados por falta de causa, pues no tienen sustento en hechos ni antecedentes probados y, menos aún, en el derecho aplicable.

### **5.3. Vicio en el objeto**

**5.3.1.** El inciso c) del artículo 7.º de la LNPA, establece como uno de los elementos esenciales del acto administrativo que:(...) *c) el objeto debe ser cierto y física y jurídicamente posible, debe decidir todas las peticiones formuladas, pero puede involucrar otras no propuestas, previa audiencia del interesado y siempre que ello no afecte derechos adquiridos.*

De acuerdo con la doctrina, el vicio en el objeto del acto administrativo susceptible de ocasionar su nulidad se halla contemplado en el inciso b) del artículo 14 de la LNPA, interpretación que se sustenta en que tal defecto ha sido tradicionalmente llamado *violación de la ley*, en sentido material o sustancial (v. *MARIENHOFF*, Miguel S., ob. cit., págs. 527-529; *CASSAGNE*, Juan C., ob. cit., pág. 326).

Asimismo, se ha expresado que el objeto del acto puede definirse como el efecto jurídico concreto y determinado que directa e inmediatamente produce la declaración del órgano o ente -que despliega función

administrativa- sobre terceros (SAMMARTINO, Patricio, "La causa y el objeto del acto administrativo en el Estado constitucional", publicado en Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes de Derecho Administrativo, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, págs. 59 y ss.).

La inconstitucionalidad, la ilegalidad, la irrazonabilidad, la imposibilidad física o jurídica, y la inmoralidad del objeto, causan la invalidez del acto, por comportar, en todos los casos, una transgresión clara y manifiesta del orden público administrativo (v. CASSAGNE, Juan C., ob. cit., pág. 326).

Existe un vínculo estrecho entre la causa y el objeto que impide que este último, sea considerado en forma aislada en punto a su validez; y, por el contrario, reclama una correspondencia con los antecedentes de derecho que justifican el dictado del acto. De no configurarse esa consistencia se configurará el denominado *vicio de violación de la ley*.

En este aspecto cabe señalar que los AIRC y los decretos que los aprobaron han sido emitidos en violación al derecho aplicable y, en especial, **desprotegiendo tanto el interés público que debe gestionar el Estado, como los derechos de los usuarios garantizados por el art. 42 de la Constitución Nacional**, por lo que exhibe un objeto ilícito que determina su nulidad absoluta e insanable.

Tiene dicho este Organismo Asesor, que el acto que ha aplicado inadecuadamente las normas correspondientes resulta nulo, por encontrarse viciado su objeto (v. Dictámenes, 206: 141).

En otro asesoramiento, analógicamente aplicable en la especie, esta Casa expuso que *El objeto que persigue el instrumento resulta jurídicamente imposible en los términos del artículo 7, inc. c) de la Ley N.º 19.549 (...) Esa circunstancia vicia el instrumento de tal forma que lo torna nulo de nulidad absoluta e insanable en los términos del artículo 14, inc. b) de la Ley mencionada toda vez que falta uno de los requisitos esenciales que se requieren para la validez del acto administrativo, como es el de contar con un objeto jurídicamente posible, es decir, lícito. La ilicitud del objeto obliga a la Administración, custodia de la legitimidad de su propio accionar, a revocar la declaración efectuada* (v. Dictámenes 233:278).

También opinó esta Procuración del Tesoro que *El contenido u objeto del acto administrativo consiste en la resolución o medida concreta que mediante el acto adopta la autoridad. Sus atributos son: certeza, licitud, posibilidad física y moralidad. De allí que cuando en derecho administrativo se habla del vicio de violación de la ley se alude al que contraviene las reglas a que debe sujetarse el contenido u objeto del acto* (Dictámenes 236:91).



Y que ... la resolución en recurso ha sido dictada en violación al derecho aplicable; en consecuencia es nula por vicio en la causa y corresponde su revocación por razones de ilegitimidad -v. arts. 7 inc. b, 14 y 17 de la Ley de Procedimientos Administrativos- (Dictámenes 243:154).

**5.3.2.** El objeto de los AIRC debió estar constituido por el propósito de concretar la *Instancia de Revisión*, tantas veces postergada, con el objeto de dar por concluido el proceso de renegociación iniciado con motivo de la sanción de la Ley N.º 25.561.

Así lo disponían los ARC de 2006 al establecer la creación de una *Instancia de Revisión* ...a fin de acordar la actualización del PLAN ECONOMICO FINANCIERO (PEF) de la CONCESION que regirá hasta la finalización del CONTRATO DE CONCESION..

Y también así quedó plasmado en los AIRC cuando textualmente se expresó que los mismos tenían por objeto ...concluir la *Instancia de Revisión del CONTRATO DE CONCESIÓN*, en virtud de lo dispuesto por la *Cláusula Séptima del ACUERDO DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL* [ratificado por el Decreto N.º 296 de fecha 15 de marzo de 2006, en el caso de AUSOL y N.º 298 de la misma fecha, en el caso de GCO], lo dispuesto en el Decreto N.º 367/2016, y el Artículo 9º de la Ley N.º 25.561 (...).

No obstante tales premisas válidas, los AIRC exhiben un objeto ilícito al consignar que ...las PARTES acuerdan en el presente los términos y condiciones que regirán el ACUERDO INTEGRAL, **redefiniéndose los derechos y obligaciones de las PARTES derivados del CONTRATO DE CONCESIÓN.**

Así pues, los AIRC modificaron y desnaturalizaron el objeto contenido en el PEF, transformándose en un instrumento mediante el cual se introdujeron graves y profundas alteraciones sustanciales al objeto de los contratos de concesión originales -con las adecuaciones introducidas por los ARC de 2006-, al punto tal de poder calificárselos como nuevos contratos.

Si se hubiese considerado oportuno y conveniente mantener concesionados los Accesos Norte y Oeste, hubiera correspondido, en términos estrictamente jurídicos, convocar a un nuevo procedimiento de selección, respetando el principio de adjudicación por concurso público o licitación pública, en salvaguarda de las garantías de igualdad, concurrencia y transparencia, aspectos todos éstos que se vieron conculcados en la especie, lo cual de por sí acarrea la nulidad de los contratos (Fallos 310:2278, in re "Stamei").

**5.3.3.** Por lo demás, no es posible soslayar que una de las modificaciones más importantes introducidas por los AIRC fue la del cambio de moneda del contrato, establecida en **pesos** en los ARC de 2006 y constituida en **dólares estadounidenses** en los AIRC.

Es atinente recordar, en tal sentido, que la facultad del Poder Ejecutivo Nacional de renegociar los contratos de la Administración regidos por normas de Derecho Público emergía del artículo 9° de la Ley N.° 25.561 y, por tanto, su accionar se encontraba limitado a las disposiciones de dicha ley, que -entre otros aspectos- establecían que *...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 (U\$S 1).*

Es claro, pues, que una "redolarización" de la moneda del contrato hubiera exigido una autorización previa de rango legal, o en su caso una ratificación ulterior de la misma jerarquía normativa. Como ello no aconteció, la única conclusión posible es que los AIRC y los respectivos decretos aprobatorios resultan violatorios de la ley aplicable.

En tal sentido, es atinente recordar que la pesificación de las tarifas en contratos de obras y servicios públicos, y la prohibición de establecer cláusulas indexatorias establecida por la Ley N.° 23.928 - modificada por la Ley N.° 25.561-, es una previsión de orden público, como expresamente su texto lo declara (v. artículo 19 de la segunda de las normas mencionada).

Se ha dicho que la noción del orden público resulta de un conjunto de principios de orden superior, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de su organización (v. SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General*, actualizado por José María LÓPEZ OLACIREGUI, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964, T. I., pág. 245).

La doctrina, creación del Consejo de Estado francés (*moyens d'ordre public*), se basa en la consideración de que ciertas reglas jurídicas son tan fundamentales que su violación generalizada pondría en peligro el sistema jurídico (v. MAIRAL, Héctor, "Los vicios del acto administrativo y su recepción por la jurisprudencia", LL 1989-C, págs. 1014-1030, citando como ejemplo de esta postura lo decidido por la C.N. Fed. Cont. Adm. en "Escobar" del 27/10/1983, en el que se afirmó que la violación de la competencia en razón de la materia revestía carácter de orden público).

En este orden de ideas, se ha considerado que el bloque de legalidad o el principio de juridicidad que debe respetar la Administración al ejercer su actividad a través de sus órganos, integra el concepto de orden público (v. CARDINI, Eugenio O., *Orden Público*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, págs. 28-29).

Esta Procuración del Tesoro ha hecho mención al orden público en reiteradas oportunidades en las que consideró que las leyes

modificatorias de la jurisdicción y la competencia, aun en el caso de silencio de ellas, eran de inmediato aplicables en atención al carácter de orden público que les es propia, haciendo suyo el temperamento de nuestra Corte Suprema en *Fallos*, 233: 62, 234: 233, 246: 83, 247: 416 (*Dictámenes*, 217: 46, 236: 212, 243:029, entre otros).

También ha acudido a tal concepto jurídico para aludir a la aprobación de convenios internacionales suscriptos por la Nación y que responden a los criterios *...relativos a la salud y al orden y la moral públicas* (*Dictámenes*, 207: 037).

**5.3.4.** También advierto que los AIRC configuran el supuesto de violación de la ley aplicable en cuanto disponen que *Sin perjuicio de la REDETERMINACIÓN TARIFARIA anual, el CONCESIONARIO tendrá derecho a que la tarifa se actualice mediante la aplicación del CER...* (v. punto 4.2., inc. c).

Dicha previsión vulnera ostensiblemente la prohibición establecida por los artículos 7° y 10 de la Ley N.° 23.928, con las modificaciones introducidas por la Ley N.° 25.561.

En efecto, el mencionado artículo 7° establece -en lo que aquí interesa- que *En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto.*

Por su parte, el citado artículo 10 dispone que se mantienen *... derogadas, con efecto a partir del 1° de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional -inclusive convenios colectivos de trabajo- de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar.*

Tal violación a la ley aplicable fue advertida por la SIGEN, en oportunidad de analizar los proyectos de AIRC, al sostener que *...se ha establecido el derecho del concesionario a actualizar anualmente la Tarifa por aplicación del CER, aspecto que debiera examinarse en orden a las previsiones de los artículos 7 y 10 de la ley N° 23.928, modificados por el artículo 4 de la Ley N° 25.561* (v. orden 14 del EX-2018-00647608-APN-SIGEN).

Esta Procuración del Tesoro ha tenido oportunidad de expedirse, en Dictámenes 312:252, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido de que el régimen de la Ley de Convertibilidad *...es la expresión de la soberanía monetaria que adoptó el legislador para dar una solución a una grave patología, como lo es la inflación, que afecta la esfera de los derechos patrimoniales (v. Fallos 333:447). De este modo, la norma prohíbe de manera genérica la indexación, para evitar ...que el alza de los precios relativos correspondientes a cada uno de los sectores de la economía, al reflejarse de manera inmediata en el índice general utilizado al mismo tiempo como referencia para reajustar los precios y salarios de cada uno de los demás sectores, contribuya de manera inercial a acelerar las alzas generalizadas de precios y a crear desconfianza en la moneda nacional (v. Fallos 329:385 y 333:447).*

Asimismo, se afirmó que *...el Alto Tribunal confirmó la validez constitucional de la Ley N° 23.928, al indicar que las cláusulas de indexación, estabilización o repotenciación de deudas se encuentran vedadas en razón de una norma de orden público federal, que no puede ser modificada por la voluntad de las partes o de un órgano administrativo (v. Fallos CSJN 7/2007 (43-A)/CS1, sentencia Álvarez, Gladys Stella y otros c. EN CSJN-Consejo de la Magistratura-art. 110 s/Empleo público del 5-11-19).*

En efecto, ese Tribunal expresó que *...el valor de la moneda circulante con fuerza legal en todo el territorio de la Nación -que cumple la función de un bien económico insusceptible de ser regulado directa o indirectamente por la ley de la oferta y la demanda- se funda en la autoridad del Estado que es su creador y, por consiguiente, la perdurabilidad de ese valor como signo monetario de fuerza legal, en tanto no fuere alterado por el propio Estado de quien dimana, no puede estar a merced de las convenciones concertadas por los particulares entre sí (v. Fallos: 225:135 y arg.; 226:261; 315:992; 328:2567; 333:447).*

**5.3.5.** En otro aspecto, a través de los AIRC se dispuso que *...de los INGRESOS COMPUTABLES, el CONCESIONARIO deducirá, bajo su responsabilidad, los EGRESOS COMPUTABLES y el IMPUESTO A LAS GANANCIAS COMPUTABLE... (v. punto 5.3, inc. a). Asimismo, se indicó que Por tratarse del recupero de la INVERSIÓN NETA, los fondos a que tiene derecho el CONCESIONARIO (...) y los pagos previstos (...), se calcularán después de deducido el IMPUESTO A LAS GANANCIAS COMPUTABLE (v. punto 5.9).*

De tal forma, de acuerdo a lo expresado por la Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones de la Dirección Nacional de Vialidad, el Estado Nacional se obligó a que las sumas reconocidas como Inversión Neta se abonasen libres del impuesto a las ganancias, el que ascendería, en conjunto, a U\$S 619.444.523 -seiscientos diecinueve millones cuatrocientos cuarenta y cuatro mil quinientos veintitrés

dólares estadounidenses- (U\$S 414.346.940 en el caso de *AUSOL* y U\$S 205.097.583 en el de *GCO*).

En tal sentido, cabe destacar que el artículo 5° de la Ley N.° 22.016 (B.O. 22-6-79) prohíbe a las reparticiones y dependencias del Estado Nacional, sean centralizadas o descentralizadas, convenir cláusulas por las que tomen a su cargo gravámenes nacionales, provinciales y municipales (impuestos, tasas y contribuciones), que pudiesen recaer sobre la otra parte contratante o sus proveedores o subcontratistas, o por las que convengan en pagar tales gravámenes por cuenta de ellos o asuman la obligación expresa de abonarles un suplemento de precio para cubrir su importe o contraigan otros compromisos de alcance análogo..

Así pues, la previsión contenida en los *AIRC*, en relación al impuesto a las ganancias, resulta violatoria de la prohibición legal mencionada.

**5.3.6.** Por otra parte, debe destacarse que el Decreto N.° 1167/94, a través del cual se adjudicaron las concesiones, tenía un objeto claro y preciso: la realización de las obras incluidas en el proceso de selección.

Cabe recordar aquí, una vez más, que la citada norma resolvió la adjudicación del Concurso Público Nacional e Internacional con base (tarifa tope), por el sistema de Concesión de Obra Pública gratuita, para la construcción, mejoras, reparación, conservación, ampliación, remodelación, mantenimiento, administración y explotación de -entre otros- los Acceso Norte y Oeste de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Ahora bien, como fuera dicho, los *AIRC* dejaron de lado el aspecto más relevante de los contratos, esto es, la realización de las obras para dar satisfacción al interés público. Muy por el contrario, **su objeto transmutó en la implementación de un mecanismo de compensación para restablecer el supuesto quiebre de la ecuación económica financiera, lo cual constituye una clara desnaturalización del objeto de los contratos originales.**

Nótese al respecto, a sólo título ejemplificativo, que en el nuevo *PEF* surgido del rediseño del contrato, las *obras previstas* han quedado relegadas al 5° lugar de prioridad y los *tramos nuevos* y las *obras adicionales* al 7°, obviamente muy por debajo del pago de los intereses, las amortizaciones, la *Inversión Neta* y los fondos y costos asociados (v. *AIRC*, punto 5.3., apartado b).

Lo dicho aparece corroborado a poco que se aprecia la ampliación del plazo de la concesión por 10 (diez) y 12 (doce) años más, es decir hasta el 31 de diciembre de 2030, cuyo vencimiento se encontraba previsto en los *ARC de 2006* para el 31 de diciembre de 2020, en el caso de *AUSOL*, y para el 31 de diciembre de 2018, en el caso de *GCO*.

Es dable señalar, asimismo, que, en la ejecución de las obras públicas

regidas por la Ley N.º 13.064 (B.O. 28-10-1947), la ampliación del plazo puede surgir como una consecuencia necesaria de la modificación del proyecto, de ampliaciones u obras nuevas no previstas, de la demora en la iniciación de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, etc.

Sin embargo, en los acuerdos bajo análisis, la prórroga del plazo no sólo no se configuró por alguno de los supuestos mencionados, ni ningún otro atinente a las obras, sino que, por el contrario, se encontró motivado única y exclusivamente en el objetivo de asegurar la capacidad de repago de la *Inversión Neta* y su remuneración, conforme lo pretendido por las concesionarias y en su exclusivo interés.

**5.3.7.** Adicionalmente, es dable puntualizar que **no se ha cumplido con la manda contenida en el artículo 3º de la Ley N.º 25.790 según la cual ...En caso de enmiendas transitorias, las mismas deberán ser tenidas en consideración dentro de los términos de los acuerdos definitivos a que se arribe con las empresas concesionarias o licenciatarias.**

A raíz de todo lo visto, innecesario es resaltar a este respecto que **las cláusulas transitorias establecidas en los ARC de 2006 en nada han sido tenidas en consideración dentro de los términos de los AIRC**, sino que, al contrario, han sido deliberadamente ignoradas, omitidas o sustancialmente modificadas.

**5.3.8.** También el acuerdo revela la existencia del vicio de *violación de la ley*, comprendido -como se dijo- dentro de los vicios en el objeto, por cuanto dispone: *La interposición de impugnaciones administrativas es facultativa para el CONCESIONARIO, que no estará obligado a agotar la instancia administrativa* (v. punto 16.1, inc. c). *Este Artículo sustituye las Cláusulas 17.9.4 y concordantes, y 23 del TEXTO CONTRACTUAL ORIGINARIO* (v. punto 16.7).

Dicho en otras palabras, por vía convencional las partes han pretendido "derogar" el Título IV de la LNPA, que regula lo atinente a los recaudos procedimentales que los particulares deben observar para el agotamiento de las vías administrativas, como recaudo previo a la articulación de demandas contra el Estado Nacional.

Esa normativa es parte de un régimen procesal que incluye prerrogativas exorbitantes del derecho común que se reconocen a la Administración en su calidad de gestora del interés público.

Como tales, a diferencia de lo que acontece con los *derechos*, que en principio podrían ser renunciables, las prerrogativas exorbitantes conferidas al poder administrador no resultan derogables mediante acuerdos de voluntades.

En tal sentido, se ha expresado en doctrina que *Las "potestades" - inherentes a la supremacía estatal- son indispensables para que la*

*Administración Pública realice sus funciones de interés general. De ello resulta que las potestades no son renunciables, contrariamente a lo que ocurre con los "derechos" (v. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo I, N.º 206).*

**5.3.9.** *Quedó expuesto en los antecedentes que, entre sus estipulaciones, los AIRC contemplan que Todas las controversias entre las PARTES derivadas del CONTRATO DE CONCESIÓN o que guarden relación con éste, incluyendo la revisión de las sanciones que se impongan al CONCESIONARIO y de cualquier otro acto o medida que dicte el CONCEDENTE, la AUTORIDAD DE APLICACIÓN o el ÓRGANO DE CONTROL, serán resueltas definitivamente mediante arbitraje, conducido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ("CCI") ... (v. punto 16.1, inc. a).*

*A esos efectos, se exceptuó a los concesionarios AUSOL y GCO de las previsiones de la LNPA y su reglamentación, en lo atinente al agotamiento de las vías administrativas como requisito para la interposición de demandas contra el Estado Nacional (v. punto 16.1, inc. c).*

*Se contempló que las decisiones arbitrales no serán susceptibles de apelación o recurso alguno, salvo los supuestos previstos expresamente en el artículo 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ... con los alcances allí establecidos; y que las PARTES renuncian a promover cualquier impugnación o cuestionamiento del laudo que implique perseguir una revisión de la apreciación o aplicación de los hechos del caso y del derecho aplicable, respectivamente ... (v. punto 16.3).*

*A la vez, se convino que las PARTES deberán acatar las decisiones que adopte la CCI en materia de competencia, recusación y nombramiento de árbitros y demás aspectos del trámite arbitral, decisiones que las PARTES renuncian a cuestionar ante la Justicia Argentina (v. punto 16.5).*

*Esas estipulaciones carecen de respaldo normativo, ya que ninguna disposición de rango legal autorizó al Estado Nacional a pactar una cláusula compromisoria de tal índole.*

*Sobre el particular, adviértase que ese mecanismo arbitral de carácter convencional, destinado a la resolución de eventuales controversias entre el Estado Nacional y las concesionarias, no está amparado en los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones en general, ni en el Tratado constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), toda vez que AUSOL y GCO son sociedades argentinas no encuadradas en el concepto de inversores extranjeros.*

*Tampoco puede entenderse que de la facultad conferida al Poder Ejecutivo Nacional por el artículo 18 de la Ley N.º 23.982 (B.O. 23-8-*

1991), reglamentada por el artículo 33 del Decreto N.º 2140/91 (B.O. 25-10-1991), surja una atribución suficiente para acordar la cláusula compromisoria antes transcripta.

En efecto, la citada norma legal autorizó al Poder Ejecutivo Nacional o a los ministros que lo asisten para someter a arbitraje las controversias que mantengan con los particulares en sede administrativa o judicial, cuando los asuntos revistan significativa trascendencia o sea ello conveniente para los intereses del Estado. En el compromiso arbitral se pactarán las costas por su orden y se renunciará a todo recurso con excepción del previsto por el artículo 14 de la Ley N.º 48. Los medios para la cancelación de las obligaciones dinerarias emergentes del laudo serán los previstos por esta ley, salvo que existieren partidas presupuestarias específicas. El Poder Ejecutivo nacional reglamentará lo relativo al arbitraje a los fines de esta ley.

Resulta claro, entonces, que ese medio de solución de conflictos fue contemplado en relación a controversias que versaren sobre obligaciones alcanzadas por el régimen de consolidación instituido por la ley citada; situación que no se verifica en la especie.

En otro plano, cabe destacar que si bien el régimen de los Contratos de Participación Público - Privada contempla la posibilidad de someter a arbitraje los diferendos entre el Estado Nacional y sus co-contratantes (artículo 9º, incisos w] y x] de la Ley N.º 27.328, B.O. 30-11-2016 y su reglamentación aprobada por el Decreto N.º 118/17, B.O. 20-2-2017), los contratos de concesión de obra pública que vinculan al Estado y sus entidades con AUSOL y GCO son ajenos a ese marco jurídico de características especiales.

Por otra parte, adviértase que la cláusula arbitral solamente prevé la posibilidad de interponer los recursos contemplados por el artículo 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (aclaratoria y nulidad, este último fundado en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera del plazo, o sobre puntos no comprometidos); y no ha preservado el derecho del Estado de acudir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía del recurso extraordinario.

De tal modo, y según surge de manera expresa de la cláusula 16.3, el Estado ha renunciado a toda revisión judicial, incluso respecto de decisiones que apliquen erróneamente el derecho vigente. Esas estipulaciones resultan palmariamente lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva y sumen al Estado Nacional en una situación de indefensión, afectando gravemente al interés público en juego.

Al respecto, cabe aquí recordar que nuestro máximo Tribunal de Justicia tiene dicho que no pueden ser válidamente sometidas a procedimientos arbitrales las cuestiones que afecten el orden público o social, comprometan el ejercicio del poder público o los atributos del Estado



en tanto soberano (Fallos 178:293).

En ese orden de ideas, un calificado sector de nuestra doctrina ha sostenido que las cuestiones que involucren el orden público, la validez de actos administrativos, el ejercicio del poder de policía y de las potestades administrativas en general, o la forma que la Administración utiliza para controlar la gestión de sus co-contratantes, no son susceptibles de ser sometidas a arbitraje (BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Ed. La Ley S.A.E.I., Bs. As., 1966, T. V, pág. 689; FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2da. edición actualizada, T. II, pág. 680; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Ed. Plus Ultra, Bs. As., 1972, T. VI, pág. 157).

Resulta oportuno destacar aquí que esta Procuración del Tesoro, en oportunidad de emitir opinión sobre los proyectos de acuerdos a suscribir, advirtió -en lo que se refiere a la cláusula arbitral- *...que lo pactado -dada su aparente extensión para la resolución de todo conflicto contractual y/o regulatorio entre las partes- podría exceder los límites de la razonabilidad que debe presidirlo si se considerase que con ello vacía las facultades o herramientas del regulador; aún cuando pueda resultar afín a la solución jurisdiccional prevista en el régimen dispuesto recientemente por la Ley N.º 27.328 (Dictámenes 303:66 y 303:385, de fechas 17 de octubre y 21 de diciembre de 2017, respectivamente, emitidos en el Expediente N.º EX-2017-13194282-APN-DCTA-PTN).*

Posteriormente esta Casa señaló que el nuevo texto sometido a opinión introduce la Cláusula 19, *que regula una causal de rescisión asociada a un supuesto de incumplimiento específico y grave, denominado Evento Disruptivo*, en virtud de la cual se estipula que las controversias derivadas de esta cláusula sean sometidas al arbitraje local regulado en la citada Cláusula 16, o bien, a un arbitraje ante el CIADI. A ese respecto se indicó que ello *...supone una prórroga de jurisdicción que exige una ley que lo autorice como condición de validez; razón por la cual, sin perjuicio de la anterior observación, se advirtió ...un obstáculo de mayor relevancia en la posibilidad de sujetar las controversias a que refiere la Cláusula 19 a un arbitraje ante el CIADI sin la pertinente habilitación legal.*

Y en ese orden de ideas, resaltó que *... independientemente de que dicha posibilidad responda a prácticas arbitrales habituales, y que han sido receptadas por el régimen de los Contratos de Participación Público Privadas (Ley N.º 27.328) y su reglamentación), lo cierto es que, en ese nuevo régimen de contrataciones, la exigencia legal que lo habilita está satisfecha por la propia ley que regula esa forma de contratar; extremo ausente en el caso sujeto a análisis;* y que *... la actual versión del ACUERDO mantiene una cláusula similar a su anterior 15.6, inciso c) que, frente a una medida pública que afecte o condiciones la vigencia del ACUERDO, le otorga la facultad del concesionario y sus accionistas*

de reclamar bajo el derecho local o internacional sus **derechos preexistentes a la entrada en vigencia del ACUERDO, sin limitación alguna proveniente de su firma** (v. actual Cláusula 15.6.c), por lo que pese a lo expresado en el Acta Complementaria, **reitero mi anterior objeción en este aspecto** (Dictámenes 305:291 y 305:303 de fechas 29 de mayo y 30 de mayo de 2018, emitidos en los Expedientes Nros. EX-2017-26635579-APN-SIGEN y EX-2018-00647608-APN-SIGEN; el resaltado es del original).

Es decir que, oportunamente, en forma previa a la suscripción de los AIRC, este Organismo Asesor formuló, en el marco de sus competencias, advertencias respecto de la juridicidad de las cláusulas arbitrales contenidas en esos instrumentos; aunque omitiendo pronunciarse respecto del resto de los serios vicios que exhibían los proyectos de AIRC.

Ahora bien, a pesar de las referidas advertencias, las actuaciones siguieron su curso y derivaron en la firma de los AIRC y sus decretos aprobatorios, incluyendo las respectivas cláusulas arbitrales compromisorias, sin que se tuvieran en cuenta los señalamientos transcriptos.

En síntesis, de lo expuesto surge que las respectivas cláusulas compromisorias violan el orden público administrativo.

**5.3.10.** AUSOL y GCO invocaron que los AIRC tendrían naturaleza transaccional, pues habrían tenido por objeto extinguir obligaciones litigiosas o dudosas, mediante concesiones recíprocas entre las Partes.

Al respecto, se destaca que en el caso no nos encontramos ante un supuesto en el que se configuren los requisitos que habiliten para la utilización de este medio extintivo de las obligaciones (conf. artículo 1641 del Código Civil y Comercial).

Es que, como lo han señalado los servicios jurídicos preopinantes, el artículo 1644 del citado Código **prohíbe acordar transacciones ... sobre derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables.**

También en este caso me remito a lo señalado por dichas asesorías jurídicas y a lo destacado en anteriores acápite del presente dictamen, en cuanto a la existencia de cuestiones de orden público administrativo que quedaron involucradas en los AIRC, y que -como tales- no eran susceptibles de ser objeto transacción.

Tal el caso, por ejemplo, de la inclusión en esos Acuerdos de cláusulas que posibilitaron la "redolarización" de la moneda de los respectivos contratos y la incorporación de mecanismos indexatorios de las tarifas. Ello, en abierta transgresión de lo previsto en el artículo 8.º de la Ley N. 25.561 y en los artículos 7.º y 10 de la Ley N.º 23.928, modificada por la ley antes citada. Lo mismo acontece con la cláusula

compromisoria para la sujeción a arbitraje de diferendos sin restricción alguna en razón de la materia que fuera objeto de la eventual disputa -incluidas las potestades del Estado Nacional como concedente- y sin posibilidad de ulterior revisión judicial.

En lo específicamente referido a la faz procedimental cabe advertir que, si como hipótesis se admitiera el carácter transaccional de dichos Acuerdos, debería igualmente cuestionarse que fueron suscriptos sin sujeción a los recaudos de procedimiento exigidos para que la transacción se configure válidamente.

No surge de las actuaciones que se hubieran incorporado informes fundados y exhaustivos que respalden la conveniencia, desde la perspectiva del interés estatal, de la pretendida solución transaccional.

Y no consta la intervención de la Comisión Asesora de Transacciones creada por el artículo 55 de la Reglamentación aprobada por el Decreto N.º 1105/89 (B.O. 24-10-1989), cuyas funciones fueron luego mantenidas por el artículo 32 del Decreto N.º 2140/91; cuya opinión resultaba pertinente solicitar, aún cuando ella no fuera vinculante, en función de la significativa relevancia jurídica y económico-financiera de los acuerdos por entonces en trámite.

En síntesis, en el caso que nos ocupa, la utilización de la figura de la transacción no se ha ajustado a los requisitos sustanciales y de forma requeridos por el ordenamiento jurídico para su procedencia.

**5.3.11.** Las áreas con competencia técnica y jurídica que han preopinado en el trámite coincidieron en señalar que el método de actualización tarifaria contemplado en los AIRC, colisiona con la previsión del artículo 3.º de la Ley N.º 17.520 (régimen aplicable a las concesiones de obras públicas por peaje).

Es oportuno recordar que la norma exige considerar los siguientes parámetros:

- 1. Que el nivel medio de las tarifas no podrá exceder al valor económico medio del servicio ofrecido.*
- 2. La rentabilidad de la obra, teniendo en cuenta el tráfico presunto, el pago de la amortización de su costo, de los intereses, beneficio y de los gastos de conservación y de explotación.*

Al respecto, *brevitatis causae*, me remito a los señalamientos efectuados en los informes técnicos y dictámenes obrantes en las actuaciones, en cuanto sustentan la ya referida transgresión a la pauta legal citada.

**5.3.12.** Llegados a este punto, sólo es posible concluir que el objeto de los acuerdos suscriptos no reúne los recaudos necesarios para ser

considerado como requisito o elemento válido en los términos del artículo 7º, inciso c), de la LNPA. Ello así porque el contenido esencial de lo acordado en los AIRC resulta a todas luces ilegítimo.

Todas estas hipótesis, como señalé, se hallan subsumidas en el artículo 14, inciso b), de la LNPA, incluyendo a la denominada *violación de la ley aplicable*, por lo que acarrearán la nulidad absoluta e insalvable de los acuerdos y sus decretos aprobatorios.

#### **5.4. Vicio en el Procedimiento**

El artículo 7.º de la LNPA establece, en la primera parte de su inciso d), como otro de los elementos esenciales de todo acto administrativo, el Procedimiento:(...) *d) antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico.*

**5.4.1.** En primer término, debo reiterar aquí lo dicho en el acápite precedente en el sentido de que los AIRC, por el contenido de sus cláusulas, que modifican en forma sustancial los contratos de concesión originales -con las adecuaciones introducidas por los ARC de 2006-, **constituyen nuevos contratos, sin que para su concreción se hayan seguido los procedimientos de selección del contratista estatal.** En el caso, la licitación o el concurso público, por su carácter de contenido - regla en la materia.

Quedó dicho ya que **los contratos de concesión con GCO y AUSOL debían expirar el 31 de diciembre de 2018 y el 31 de diciembre de 2020, respectivamente.**

Como resultado de la firma de los AIRC sus plazos de vigencia fueron extendidos hasta el **31 de diciembre de 2030**, sobre bases jurídicas y económico - financieras sustancialmente disímiles de las que constituyeron las bases de las contrataciones primigenias y de los ARC celebrados en 2006.

De allí que corresponda caracterizar a los AIRC como contratos generadores de vínculos jurídicos nuevos y esencialmente distintos de los que los precedieron.

Esos nuevos contratos debían ser celebrados, por principio, **previa concreción del procedimiento de selección por licitación o concurso público, el que constituye la regla en esta materia** (conf. artículo 4.º de la Ley N.º 17.520; en igual sentido, artículo 9.º de la Ley N.º 13.064; artículos 4.º y 24 del Decreto N.º 1023/01, B.O. 16-8-2001).

Al respecto, me permito recordar, una vez más, la inveterada doctrina

de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la cual se establece que *...en los contratos de la Administración se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación, entre los que se encuentra la licitación pública* (Fallos 308:618 in re "Hotel Internacional Iguazú S.A.". En igual sentido, 311:2831 in re "Radeljak"; 316:382 in re "Vicente Robles").

Asimismo, el Máximo Tribunal ha expresado que *...es un principio uniformemente aceptado que la omisión de la licitación pública, cuando ella es requerida por la ley, vicia de nulidad absoluta el acto (...) y, por añadidura, el contrato celebrado con el contratista* (Fallos 310:2278, in re "Stamei S.R.L.")

Agregó que *La prescindencia del proceso previo de selección (...) no puede, obviamente, quedar librado al arbitrio del administrador ni extenderse a otros supuestos que no sean los que aquellos incisos prevén. Ello no responde, por otra parte, a una mera formalidad (...) si no que traduce el plausible propósito de asegurar un trato estrictamente igualitario de los oferentes, procedimiento que, en última instancia, tiende a crear condiciones que garanticen la selección de la propuesta más conveniente al interés general* (Fallos 310:2278, in re "Stamei S.R.L.").

En otros supuestos nuestro Máximo Tribunal ha considerado que la ausencia de licitación pública -cuando ella es exigible- determina la inexistencia de la contratación (v. Fallos 323:394, in re "Ingeniería Omega" y 329:5976, in re "Cardiocorp S.R.L.").

Desde cualquiera de esas ópticas, no puede atribuirse a los AIRC y a sus decretos aprobatorios efecto válido alguno.

**5.4.2.** Por último, es dable recordar que, por imperio del artículo 4° de la Ley N.º 25.790, el Poder Ejecutivo nacional debía remitir las propuestas de los acuerdos de renegociación al Honorable Congreso de la Nación, para la intervención de la Comisión Bicameral de Seguimiento prevista por el artículo 20 de la Ley N.º 25.561.

Al respecto, tal recaudo no se encuentra cumplido en la especie, a tenor de lo manifestado por la Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones de la Dirección Nacional de Vialidad.

**5.4.3.** Lo expuesto en los puntos precedentes, permite concluir que se halla viciado el procedimiento seguido para la suscripción de los AIRC.

## **5.5 Vicio en la motivación**

**5.5.1.** La LNPA exige en su artículo 7.º, inc. e), que el acto administrativo "*deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b)*" (que se refiere a la causa).

Si bien el artículo 14, inciso b) de la LNPA no la menciona expresamente, al tratarse de un requisito de forma esencial, la motivación aparece contenida en dicha previsión; y su ausencia genera la nulidad absoluta del acto (v. COMADIRA, Julio R., ob. cit., pág. 321).

La fundamentación fáctica, es decir, la explicación de cuáles son los hechos probados y cómo determinan la parte resolutive del acto, es un recaudo esencial que el acto debe satisfacer.

También debe verificarse una fundamentación normativa, ya que el acto debe explicitar en su motivación las razones por las cuales su objeto está en concordancia con el orden jurídico. La mera mención de normas jurídicas no establece su conexión con los hechos de la causa, por sí sola; eso debe demostrarlo la Administración (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, Russo, LL, 1988-A, pág. 96, entre otros).

La motivación es, pues, la exteriorización de los antecedentes de hecho y de derecho que lo preceden y de las razones o motivos en virtud de los cuales el Poder Ejecutivo lo dictó (Dictámenes 304:326).

La distinción entre causa y motivación estriba en que la causa está conformada por los antecedentes de hecho y de derecho que justifican el dictado del acto, mientras que la motivación comprende la obligación de expresar y consignar tales antecedentes en el texto del acto o contrato (v. Dictámenes 276:064).

Como bien se ha dicho, la motivación de la decisión de una autoridad pública debe considerarse inherente a la forma republicana de gobierno adoptada por la Nación argentina (CN, art. 1.º).

En nuestro Derecho existe, además, coincidencia en cuanto a la estrecha conexión que media con la finalidad, al punto que se interpreta que, más allá de la fórmula contenida en el artículo 7.º, inciso e) de la LNPA, la motivación no sólo es la exteriorización de la causa, sino también la de los fines del acto (v. FIORINI, Bartolomé, *La discrecionalidad en la Administración Pública*, Alfa, Buenos Aires, 1948, pág. 137; CASSAGNE, Juan C., ob. cit., págs. 243-244; COMADIRA, Julio R., *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 1ª. edición, 2003, pág. 43, HUTCHINSON, Tomás, ob. cit., pág. 161).

**5.5.2.** Ninguno de los recaudos necesarios para tener por configurada una *motivación suficiente* del acto, se verifican en los AIRC aprobados

por los decretos varias veces mencionados.

Así se observa de manera prístina la carencia de motivación en aspectos relevantes de la contratación tales como: la asunción de una supuesta deuda, cuya existencia y cuantía no aparecen debidamente justificadas en las actuaciones, el cambio de moneda (de pesos a dólares) de las obligaciones emergentes del contrato, el demérito de las obras por sobre los pagos, la inserción de cláusulas que impiden o limitan el control por parte del concedente, la ampliación del sistema de arbitraje como único medio para resolver las cuestiones atinentes a la interpretación y ejecución del contrato -aún las de menor relevancia-, entre otros.

En ese orden de ideas, en las actuaciones por las que tramitó la aprobación de los AIRC, no existen informes que justifiquen, de manera fundada, que los reclamos efectuados por los respectivos inversores extranjeros ante el CIADI tuvieran, en la realidad, algún sustento.

De igual modo, el área técnica competente de la Dirección Nacional de Vialidad -la Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones- puso de resalto de manera exhaustiva distintos aspectos referidos a la modificación de los PEF, todos ellos en beneficio de las concesionarias; así, por ej., la metodología adoptada para el cálculo de los ingresos computables en los respectivos PEF. Me remito, entonces, a dichos señalamientos de orden técnico, los que fueron enunciados en la reseña de los antecedentes efectuada en el presente.

En síntesis, no existen constancias de las circunstancias que justificaron la emisión de los actos aquí analizados (v. Dictámenes 199:88).

**5.5.3.** La Procuración del Tesoro ha sido, desde antaño, clara al respecto: *"La motivación de una decisión adoptada por una autoridad pública debe considerarse inherente a la forma de gobierno que nos rige. Es por ello que la falta de fundamentos permite -en ciertas circunstancias- calificar de acto arbitrario y, por lo tanto, susceptible de ser anulado"* (Dictámenes, 191:25, 84: 154, 103:105, entre otros).

Asimismo, dictaminó que *"el modo normal en que el Poder Administrador expresa la causa o motivo del acto es mediante su motivación, que no es más que la constancia de que en el caso concreto existen las circunstancias que justifican el dictado del acto administrativo"* (v. Dictámenes, 199: 98).

Esta Casa ha dicho que *"el cumplimiento del requisito de la motivación de los actos administrativos se relaciona con la observancia del principio de legalidad al que la Administración se encuentra sometida: éste obliga a dar razones que expliquen la necesidad de la medida adoptada, la que exterioriza su razonabilidad"* (Dictámenes, 233:278).

Y también ha señalado que "La motivación consiste en la fundamentación fáctica y jurídica mediante la cual la Administración intenta demostrar la legitimidad y oportunidad de su decisión, transformándose, además, en el principal punto de partida para el inicio del control de legitimidad" (v. Dictámenes, 236:91).

El acto bajo análisis, en consecuencia, no exhibe una motivación que exprese una fundamentación acorde a las exigencias que, en punto a la legitimidad, requiere el obrar de la Administración.

Existe una apariencia de motivación, sustentada en una argumentación que no guarda consistencia alguna con la situación fáctica y el marco jurídico aplicable. Ello acarrea, así, la nulidad absoluta de los actos cuestionados.

## **5.6. Vicio en la finalidad (desviación de poder)**

**5.6.1.** La desviación de poder presupone la actuación de un funcionario con una finalidad distinta de la perseguida por la ley aplicable. El acto administrativo debe cumplir siempre los fines establecidos por la ley; y es por eso que el artículo 7.º, inciso f), de la LNPA prohíbe que el administrador persiga otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. De lo contrario, se impone declarar la nulidad absoluta e insanable de un acto portador de un vicio de tal índole.

No escapa a mi apreciación que, en forma generalizada, se sostiene que la desviación de poder trasunta un contenido o elemento subjetivo, caracterizado por la voluntad de lograr un determinado objetivo incompatible con los fines de la ley aplicable a una determinada situación jurídica.

De allí su dificultosa constatación. Así, por ejemplo, se ha expedido nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente de Fallos 315:1361, in re "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la A.P.D.H." (aunque morigerando las exigencias probatorias para su acreditación).

Debe recordarse también que el vicio de desviación de poder, como en el presente caso, se presenta acompañado de otros vicios que permiten descubrirlo y potenciarlo, habida cuenta de la *sinergia* que se produce entre todos ellos (v. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 4ª. edición, Tomo 3, pág. IX-25).

Nuestra Corte Suprema de Justicia consideró que, si se ve afectado el elemento *finalidad* del acto, al no ejercerse la competencia de acuerdo



a los fines para los cuales fue atribuida, el vicio resultante (desviación de poder) apareja la nulidad del respectivo acto (Fallos, 321:174 in re "S.A. Organización Coordinadora Argentina").

En la citada causa, el Alto Tribunal concluyó que ... *la competencia para determinar el precio de las contrataciones que celebre el Estado debe ejercitarse conforme a la finalidad en mira a la cual fue atribuida, que es la de contrastar al precio más conveniente y razonable, por lo que, de acuerdo con el artículo 7° inc. f) de la ley 19.549 excede su poder el funcionario que lo fija con ánimo de liberalidad o a su mero arbitrio...* tal criterio resulta aplicable, por analogía, a la situación jurídica que nos ocupa.

**5.6.2.** No obstante, las circunstancias que han rodeado la tramitación de los AIRC, a la luz de los informes producidos por los órganos competentes que han preopinado en las actuaciones, me persuaden de que ha mediado desviación de poder, en tanto:

a) revelan una finalidad distinta de las enunciadas en sus textos, que sólo puede calificarse como de obtención de ilegítimos beneficios económicos a favor de las empresas particulares; y

b) contravienen la finalidad que la ley prevé, en forma reglada para estos actos, en cuanto no fundamenta razonablemente el interés público en juego, el que en este caso se vincula con los derechos de los usuarios que tutela el artículo 42 de la Constitución Nacional.

En efecto, recordemos que el artículo 9° de la Ley N.° 25.561 autorizaba al Poder Ejecutivo Nacional a renegociar los contratos comprendidos en lo dispuesto en el artículo 8° de la citada ley y, a consecuencia de ello, se celebraron los ARC de 2006 a fin de adecuar el contrato a la norma mencionada.

Sin embargo, los AIRC tuvieron por finalidad establecer ...*un mecanismo de compensación destinado a la recuperación, dentro del PLAZO DE VIGENCIA, de la INVERSIÓN NETA, la que se fija en la suma de [cuatrocientos noventa y nueve millones de DOLARES (US\$ 499.000.000), en el caso de AUSOL y doscientos cuarenta y siete millones de DOLARES (US\$ 247.000.000), en el caso de GCO] (v. AIRC, artículo 5°, apartado 5.3) y, a su vez, ...concluir la Instancia de Revisión del CONTRATO DE CONCESIÓN, en virtud de lo dispuesto por la Cláusula Séptima del ACUERDO DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL [ratificado por el Decreto N.° 296 de fecha 15 de marzo de 2006, en el caso de AUSOL y N.° 298 de la misma fecha, en el caso de GCO], lo dispuesto en el Decreto N° 367/2016, y el Artículo 9° de la Ley N° 25.561 (...)* (v. art. 2°).

En lo atinente al primer aspecto, esto es al establecimiento de un mecanismo de compensación de la Inversión Neta, no caben dudas que se ha desnaturalizado el propósito y finalidad de los contratos de concesión de obra pública celebrados oportunamente, ***persiguiendo***

**encubiertamente otros fines distintos de los previstos en la norma, en los términos del artículo 7º, inciso f), de la Ley N° 19.549.**

Resulta incontrastable el hecho de que la finalidad perseguida por los contratos de concesión de obra pública es, precisamente, la ejecución y explotación de las obras y que, de manera alguna, puede ser desvirtuada por una finalidad distinta de la que inspira el mencionado instituto jurídico, en el caso por el pago de una supuesta deuda, cualquiera fuera su origen y su monto.

Con referencia al segundo aspecto, como dije anteriormente, lo decidido a través del acuerdo analizado excedió con creces la *Instancia de Revisión* prevista en los ARC de 2006 para determinar el nuevo PEF y constituye, por lo tanto, una clara desviación del contenido de los mencionados ARC de 2006 y de las pautas establecidas en la Ley N.º 25.561.

De esa variación en la finalidad perseguida, se deriva, como anticipé, la alteración en el orden de prioridades entre la materialización de los pagos y la realización de las obras, las que como expresé anteriormente quedaron relegadas a un 5º y 7º lugar en el nivel de prioridades.

**5.6.3.** Muestra del favoritismo y ánimo de beneficiar a las concesionarias en desmedro del interés público involucrado en evitar la conformación de posiciones dominantes, es la lectura de la siguiente estipulación: *8. Otras disposiciones: Se deja sin efecto la prohibición establecida en la Cláusula 5.3 del TEXTO CONTRACTUAL ORIGINARIO con respecto a la posibilidad de que una misma persona jurídica pueda ser accionista del CONCESIONARIO y de otra empresa titular de concesiones viales otorgadas por el CONCEDENTE (v. art. 17).*

El acuerdo no tiene justificación plausible alguna, pero constituye un fuerte indicio revelador de la existencia de desviación de poder, tal como lo ha señalado la jurisprudencia.

**5.6.4.** A idéntica conclusión a la apuntada en 7.3. se arriba cuando se advierte la "reexpresión" de las inversiones (v. IF-2021-74205101 APN-DGD#MOP, citado en la pág. 21 del orden 24 por AUSOL). Dice *...el monto de Inversión Bruta es también inferior a los montos que arrojaban otras posibles variables de determinación del monto indemnizatorio identificadas en el informe financiero producido en el ámbito de la DNV por el Lic. Emiliano Bizzari, con fecha 20 de marzo de 2018, en el marco del procedimiento que precedió la celebración del Acuerdo Integral (el Informe Financiero DNV 2018).*

En otras palabras, se ha "dolarizado" el objeto del contrato, contraviniendo normativa de orden público sin otra finalidad que la de favorecer a las concesionarias, eliminando el riesgo empresario de ejecutar estos contratos en pesos.

**5.6.5.** En igual sentido, advierto que la prórroga de jurisdicción contemplada en los AIRC -que suplanta por un arbitraje la competencia del fuero Contencioso Administrativo Federal- configura, además de un vicio vinculado con el objeto de estos actos, un supuesto de desviación de poder.

**5.6.6.** La Gerencia Ejecutiva de Planeamiento y Concesiones de la Dirección Nacional de Vialidad hizo notar (v. informe obrante en el orden 4), la existencia de diversas previsiones a través de las cuales los AIRC contemplaron beneficios adicionales e injustificados a favor de las concesionarias, no previstos en los ARC de 2006.

Por ejemplo, los relacionados con ingresos adicionales por áreas de servicio, pero no contemplados para la cancelación de la supuesta deuda; la disminución del riesgo contractual para las concesionarias, resultante de no computar a los fines del cálculo del PEF la evasión del pago del peaje, de modo tal que se premia la no realización de acciones efectivas que disuadan de dicha práctica; y la reducción sustancial de los plazos establecidos en los ARC de 2006, destinados a que el concedente pudiera efectuar el debido control de la gestión a cargo de las concesionarias (de 30 a 10 días).

**5.6.7.** Por todo lo expuesto, considero que la finalidad de los actos en cuestión, se encuentra gravemente viciada, lo cual provoca la nulidad de los mismos.

- VII -

## CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE LOS VICIOS QUE AFECTAN

### A LOS AIRC Y A LOS DECRETOS QUE LOS APRUEBAN

#### **1. La nulidad de los Acuerdos**

En los correspondientes puntos del acápite precedente he detallado los vicios que, a mi entender, presentan los Acuerdos Integrales de Renegociación Contractual y los Decretos Nros. 607/18 y 608/18 que los aprueban, lo cual conduce inexorablemente a la nulidad absoluta e insanable de los mismos. Destaco, asimismo, que los AIRC constituyen un *todo único e inescindible*, según los respectivos artículos 2.º, apartados 2.2.; por lo que su declaración de nulidad importará la de todas sus cláusulas, no resultando dable admitir nulidades parciales (art. 16, LNPA).

La LNPA distingue entre actos nulos y anulables. Los vicios que dan lugar a la calificación de un acto como nulo aparecen enunciados en su artículo 14, sin establecerse criterio alguno para su determinación y

limitándose a prever, para esos casos, la sanción máxima.

Por su parte, el artículo 15 de la ley, dispone que el acto será anulable cuando presente un defecto que no llegue a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales.

Existen posturas que entienden que, el acto nulo, es aquel que aparece privado de alguno de sus elementos esenciales; mientras que en el anulable estos elementos presentan vicios (v. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., pág. 497; ESCOLA, Jorge, *Tratado General del Procedimiento Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1975, págs. 106-109).

Otros autores consideran que el acto es nulo cuando carece de alguno de sus elementos esenciales o padece en ellos de un vicio grave; y es anulable cuando todos sus elementos esenciales concurren, pero presentan un vicio leve o no fundamental (v. COMADIRA, Julio R., ob. cit., pág. 282).

Se ha postulado que la sistematización de los vicios del acto administrativo se basó en dos categorías de invalidez -nulidad y anulabilidad, o bien, nulidad absoluta o nulidad relativa- establecidas en función del grado de trasgresión del ordenamiento con diferentes consecuencias asignadas a cada especie de invalidez (CASSAGNE, ob. cit., pág. 960).

La opinión mayoritaria de la doctrina indica que la distinción finca en la mayor o menor importancia (*gravedad*) del vicio que se presenta; y, con ello, en la relevancia del incumplimiento del ordenamiento jurídico que el defecto representa.

Tal criterio se ha visto reflejado en la doctrina de esta Casa (v. Dictámenes, 283:436, entre otros).

Se ha querido ver también que la clasificación se encuentra relacionada con la violación al orden público administrativo (v. CASSAGNE, Juan C., ob. cit., pág. 669; GORDILLO, Agustín, ob. cit., pág. XI-3, BALBIN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2ª edición, 2015, t. III, pág. 176).

Nuestra Corte Suprema de Justicia así lo ha entendido (v. Fallos, 306: 1138, in re "*Sudamericana de Intercambio*").

A mi modo de ver, ambas notas no se autoexcluyen en tanto la gravedad del vicio es la que permite apreciar si ha mediado una violación al orden público administrativo, como la que, sin duda, se presenta en el caso.

Cabe recordar, en cuanto a los actos nulos, que:

a) la ley los considera afectados de *nulidad absoluta*; son irregulares y carecen de estabilidad, debiendo ser revocados en sede

administrativa, excepto si se encontraren firmes y hubieren generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, circunstancia en la que sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad (artículo 17 de la LNPA);

b) no son saneables por confirmación o ratificación;

c) la acción es imprescriptible, y cuando quien acciona es el Estado o alguna de sus entidades descentralizadas, no está sujeta al plazo de caducidad previsto por el artículo 25 de la LNPA (conf. artículo 27 de la ley citada); y

d) los efectos de la declaración de nulidad son retroactivos (*ex tunc*).

## **2. Procedencia de dar inicio a la acción de lesividad**

El artículo 17 de la LNPA dispone que *El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad* (el destaque me pertenece).

La acción de nulidad a la que se alude se trata, en rigor, de la denominada acción de lesividad que surge de la segunda parte del citado artículo 17 de la ley citada. Ella tiene por objeto esencial el restablecimiento del imperio de la juridicidad vulnerada por un acto viciado de nulidad absoluta pero que, por haber generado derechos que se estén cumpliendo, su subsistencia y efectos sólo pueden enervarse mediante una declaración judicial (v. Fallos; 314:322, in re "Furlotti Setien Hnos.", entre otros).

Entonces, el límite de la potestad anulatoria de la Administración por razones de ilegitimidad se encuentra marcado por la estabilidad del acto administrativo, que nuestra Corte Suprema de Justicia denomina *cosa juzgada administrativa*.

Al respecto, ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que este último es ... *un principio de vital significancia, que tiene su base constitucional en la garantía de la propiedad (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional), a través del cual se consolida uno de los pilares del ordenamiento jurídico, cual es el de la seguridad* (Fallos 310:1045, in re "Budano").

En ese orden de ideas cabe tener presente también que nuestro Máximo Tribunal ha dicho que ... *el principio general es el de la estabilidad de los actos administrativos y no el de "restablecer sin dilaciones el*

*imperio de la juridicidad". Tal como lo dijo esta Corte, "no existe ningún precepto de la ley que declare inestables, revisibles, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades, cuyo personal sufre mutaciones frecuentes por ministerio constitucional, legal o ejecutivo" (Fallos: 175:368, in re "Carman de Cantón, Elena").*

*Lo expuesto implica que la excepción -la facultad revocatoria de la administración ante la existencia de "un error grave de derecho"- debe interpretarse en forma restrictiva. De otro modo, se frustraría la finalidad de la regla, cual es la de proteger la propiedad y la seguridad jurídica (Fallos: 175:368 y 327:5356) (Fallos 338:212, in re "Kek").*

### **3. Las posibilidades de revocación del acto nulo en la LNPA**

Debe considerarse que, tratándose de un acto nulo y de acuerdo a la fórmula legal, tres son las posibilidades a las que se enfrentaría, en principio, su revocación:

- a) que el acto nulo no hubiera generado derechos subjetivos;
- b) que hubiese generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo; y
- c) que, pese a haberlos generado no se encontraren en vías de cumplimiento (v. GARCÍA, Cándido E., "Revocación y caducidad del acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, JA-1974, Sección Doctrina", pág. 884).

En el caso que nos ocupa, conforme surge de los informes incorporados a las actuaciones los AIRC han tenido principio de ejecución generando derechos subjetivos susceptibles de ser invocados por las concesionaras, adquiriendo por tanto estabilidad y limitando la posibilidad de su revocación en sede administrativa.

Así las cosas, la estabilidad se presenta como una *...garantía a favor del particular destinatario del acto administrativo favorable y, a la vez, límite a la prerrogativa* (SAMMARTINO, Patricio, "La estabilidad del acto administrativo", publicado en RDA 2019-125).

### **4. Los informes técnicos que sustentan la medida proyectada**

Este Organismo Asesor tiene dicho que los informes técnicos producidos por las áreas especializadas competentes merecen plena fe, siempre que sean suficientemente serios, precisos y razonables, no adolezcan de

arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor (v. Dictámenes 207:343; 233:525; 252:349; 253:167).

Los juicios técnicos o científicos deben descomponerse en dos aristas distintas en torno al papel que desempeñan como antecedente fáctico del acto.

Por un lado, se encuentran aquellos que ofrecen reglas técnicas uniformes y que, como tales, al ser receptados por el ordenamiento pasan a integrar el bloque reglado. Es el caso de los juicios proporcionados por las denominadas disciplinas duras (matemática, física, química, ingeniería, etc.). En estas hipótesis no existe valoración alguna del órgano y, por lo tanto, su actividad resulta mayormente reglada.

De otro, se presentan juicios técnicos, científicos o de experiencia, controvertidos, no unívocos o simplemente tolerables, ante los cuales se abre un mayor ejercicio de discrecionalidad por parte de la Administración (v. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel Madrid, 3.º edición, 2011, t. II, págs. 920-921).

Como ya ha expresado esta Casa, tratándose de cuestiones técnicas, no corresponde apartarse de la opinión de los expertos, siempre que ésta esté bien fundada en informes específicos y sea adecuada al objeto de estudio solicitado (v. Dictámenes 263:344; 200:116, entre otros).

En el mismo sentido, esta Procuración del Tesoro ha expuesto que *Excede la esfera de sus atribuciones abrir juicio sobre las cuestiones de carácter técnico y económico que otorgan fundamento a los proyectos que se ponen a su consideración, máxime si han sido objeto de análisis por las oficinas técnicas con competencia específica* (Dictámenes 244:466).

De acuerdo con los informes técnicos producidos en estas actuaciones, a los que he aludido en la reseña de los antecedentes del caso, se evidencia que los Acuerdos Integrales de Renegociación Contractual contienen distintos vicios graves que acarrearán su nulidad absoluta.

#### -VIII-

#### CONSIDERACIONES SOBRE EL PROYECTO DE DECRETO

Se comparten en general los lineamientos del texto proyectado.

Sin perjuicio de ello, estimo que correspondería tomar en consideración los siguientes señalamientos de carácter técnico y formal:

a) En el decreto (por ej. en la pág. 4 del proyecto individualizado en el exordio) debería ponerse especial énfasis en la pérdida de vigencia de las facultades conferidas por el artículo 9.º de la Ley N.º 25.561, a partir del 1.º de enero de 2018, en virtud de lo dispuesto por la Ley N.º 27.200. Ello, en función del análisis que he efectuado en el capítulo VI, apartado 5.1, el que tiene como correlato lo consignado en el apartado 5.3.3.

b) En tal sentido, deberá tenerse en cuenta que la pérdida de vigencia de la Ley N.º 25.561 trajo aparejada, en consecuencia, la de su reglamentación (Decreto N.º 367/16); ello conlleva la necesidad de reformular los considerandos que aluden a esta última (v. en especial págs. 16/17 del proyecto).

c) En la página 12 del texto (párrafo que inicia con "*Que de las constancias ...*" la expresión "*obrante*" debería ser utilizada en plural.

Y en el párrafo que comienza "*Que, pese a ello ...*", sería más adecuado utilizar el término "*ambos*" en lugar de "*sendos*"; igual criterio correspondería adoptar en otros párrafos en los que se empleó aquella expresión.

d) En la página 13, en el párrafo que comienza "*Que, en lo que atañe ...*", debería unificarse el criterio para la cita del año de dictado de los decretos allí mencionados.

e) En la página 21, última línea del primer párrafo, la expresión "*nula*" debería ser reemplazada por "*nulo*", pues se refiere a "*acto*".

En el párrafo que comienza "*Que de ningún modo ...*" sería conveniente sustituir "*ampararse*" por "*tolerarse*", y agregar en la parte final "*... y para los usuarios*".

En el párrafo que inicia "*Que, contrario a lo ...*", sería más adecuado emplear la expresión "*Que, a contrario de ...*".

El párrafo siguiente, debería ser alineado con lo previsto en el artículo 2º del proyecto, en cuanto a la intervención de los organismos allí individualizados.

f) En la parte dispositiva, artículo 1º, debería sustituirse "*Instrúyase*" por "*Instrúyese*".

Asimismo, ya que la instrucción para la promoción de la acción de lesividad será una consecuencia de la declaración del carácter lesivo para el interés público de los AIRC y sus decretos aprobatorios, esta última debería ser previa a dicha manda.



## CONCLUSION

En base a los antecedentes tenidos a la vista, a los fundados informes técnicos y asesoramientos jurídicos producidos en las actuaciones, y al análisis realizado a lo largo del presente dictamen, cabe afirmar que los Acuerdos Integrales de Renegociación Contractual del 26 de junio de 2018 y los Decretos Nros. 607/18 y 608/18 que les dieron aprobación, exhiben vicios graves e insanables determinantes de su nulidad absoluta.

Son actos emitidos:

- con incompetencia en razón del tiempo y la materia (capítulo VI, apartado 5.1, de este dictamen);
- carentes de causa, pues no tienen sustento en los hechos y el derecho que resulta aplicable (capítulo VI, apartado 5.2);
- viciados en su objeto pues incurren en violación a distintas normas que forman parte del orden público jurídico; vgr. Leyes Nros. 17.520, 19.549, 22.016, 23.928, 25.561, 25.790; Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1644 (capítulo VI, apartado 5.3);
- violatorios de las normas de procedimiento aplicables, en especial porque han dado nacimiento a nuevos vínculos contractuales, sustancialmente distintos -en sus elementos esenciales- a los contratos de concesión precedentes, sin que se hubiesen llevado a cabo los procedimientos de licitación o concurso públicos exigidos como regla para la selección de los co-contratantes estatales (capítulo VI, apartado 5.4);
- carentes de motivación pues no existen informes fundados que otorguen respaldo a los aspectos relevantes de los AIRC (capítulo VI, apartado 5.5);
- que no satisfacen el fin público que la Administración debió preservar en el caso, pues han tenido por efecto el otorgamiento de una serie de beneficios carentes de causa y de sustento normativo a las concesionarias AUSOL y GCO (capítulo VI, apartado 5.6).

De allí que, por aplicación de los artículos 7.º y 14 de la LNPA, corresponde calificar a los AIRC y a sus decretos aprobatorios como actos nulos de nulidad absoluta (capítulo VII, apartado 1).

Y en virtud de lo dispuesto por el artículo 17 de la ley citada, resulta procedente promover la pertinente acción de lesividad (capítulo VII, apartados 2 y 3).

Por ello considero apropiada la suscripción del proyecto de decreto en ciernes, con las salvedades de orden formal y técnico-jurídico efectuadas en el capítulo VIII del presente.



## ACUERDOS

### Decreto 633/2022

**DCTO-2022-633-APN-PTE - Decretos N° 607/2018 y N° 608/2018. Decláranse lesivos al interés general.**

Ciudad de Buenos Aires, 14/09/2022

VISTO el Expediente N° EX-2020-70790651-APN-PYC#DNU, las Leyes Nros. 13.064, 17.520, 23.696, 23.928, 25.561, 25.790 y 27.445, los Decretos Nros. 2637 del 29 de diciembre de 1992, 1994 del 23 de septiembre de 1993, 1167 del 15 de julio de 1994, 1221 del 22 de diciembre de 2000, 311 del 3 de julio de 2003, 296 y 298, ambos del 15 de marzo de 2006, 367 del 16 de febrero de 2016, 607 y 608 del 2 de julio de 2018, las Resoluciones Nros. 1485 del 30 de diciembre de 1992, 306 del 25 de septiembre de 1995, 810 del 21 de junio de 1996, 379 del 1° de noviembre de 1996, 1366 del 27 de noviembre de 1997, 886 del 27 de julio de 1998, todas del ex-MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS, y las Resoluciones Nros. 185 del 29 de junio de 2000 y 316 del 4 de octubre de 2000, ambas del ex-MINISTERIO DE INFRAESTRUCTURA Y VIVIENDA, y sus respectivas normas modificatorias y complementarias, y

### CONSIDERANDO:

Que por conducto del Decreto N° 2637/92 el PODER EJECUTIVO NACIONAL decidió otorgar bajo el régimen de concesión de obra pública la construcción, mejoras, reparación, conservación, ampliación, remodelación, mantenimiento, administración y explotación de los accesos que integran la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires, de conformidad con lo previsto en la Ley N° 17.520, modificada por la Ley N° 23.696, fijándose las pautas fundamentales a las que debían ajustarse.

Que a través de la Resolución N° 1485/92 el entonces MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS, de acuerdo a las competencias otorgadas por el precitado decreto y en su carácter de Autoridad de Aplicación de aquel, autorizó la convocatoria a Concurso Público Nacional e Internacional con base (tarifa tope) para la adjudicación de las Concesiones de Obra relativas a los Accesos a la Ciudad de Buenos Aires, aprobándose el Pliego de Bases y Condiciones conforme al cual se llevó a cabo la precalificación de empresas, calificación de consorcios y posterior selección de los postulantes sobre la base de la mejor tarifa.

Que a través del Acta de Comisión N° 57 del 10 de septiembre de 1993 resultó calificado definitivamente el Consorcio N° 2 (SIDECA AMERICANA Y OTROS) para ofertar por las concesiones de obra correspondientes a los Accesos Norte, Oeste y Riccheri.

Que mediante el Acta de Comisión N° 58 del 13 de septiembre de 1993 resultó calificado definitivamente el Consorcio N° 3 (BENITO ROGGIO Y OTROS) para ofertar por las concesiones de obra correspondientes a los Accesos Norte, Oeste y Riccheri.



Que por actos públicos del 27 y 28 de septiembre de 1993, de acuerdo a lo previsto en el artículo 6° del Pliego -según Resolución del ex-MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS N° 1485/92- y circulares modificatorias, resultaron Postulantes Seleccionados para el Acceso Norte y el Acceso Oeste el Consorcio N° 2 (SIDECA AMERICANA Y OTROS) y el Consorcio N° 3 (BENITO ROGGIO Y OTROS), respectivamente, los que procedieron a constituir las respectivas sociedades anónimas concesionarias.

Que el 21 de enero de 1994 AUTOPISTAS DEL SOL SOCIEDAD ANÓNIMA suscribió el pertinente Contrato de Concesión asumiendo todas las obligaciones, responsabilidades y derechos allí establecidos, así como la titularidad de todos los créditos y garantías gestionados y obtenidos por el Consorcio N° 2 (SIDECA AMERICANA Y OTROS), en su carácter de Concesionaria del Acceso Norte.

Que el 30 de mayo de 1994 el GRUPO CONCESIONARIO DEL OESTE SOCIEDAD ANÓNIMA suscribió el respectivo Contrato de Concesión asumiendo todas las obligaciones, responsabilidades y derechos allí establecidos, así como la titularidad de todos los créditos y garantías gestionados y obtenidos por el Consorcio N° 3 (BENITO ROGGIO Y OTROS), en su carácter de Concesionario del Acceso Oeste.

Que los señalados Contratos de Concesión fueron suscriptos “ad referendum” del PODER EJECUTIVO NACIONAL.

Que en esa inteligencia, y mediante el Decreto N° 1167/94, el PODER EJECUTIVO NACIONAL aprobó -entre otros- los Contratos de Concesión suscriptos con AUTOPISTAS DEL SOL SOCIEDAD ANÓNIMA y con GRUPO CONCESIONARIO DEL OESTE SOCIEDAD ANÓNIMA, en relación con el Acceso Norte y con el Acceso Oeste a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respectivamente.

Que el PODER EJECUTIVO NACIONAL, a través del reseñado acto, facultó al entonces MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS a efectuar las modificaciones que demanden los Contratos de Concesión, las que deberían ser congruentes con los documentos que rigieron el Concurso.

Que las concesiones fueron otorgadas por un plazo de VEINTIDÓS (22) años y OCHO (8) meses.

Que por conducto del Decreto N° 1994/93 se aprobó el “Reglamento Administrativo regulatorio de las prestaciones, la fiscalización y control y la protección al usuario y a los bienes del estado” -MARCO REGULATORIO de las Concesiones de Obra Pública- respecto de los accesos que integran la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires, del cual se desprende que las concesiones abarcadas por aquel se extinguirían por el vencimiento del plazo contractual, por rescisión o rescate, según lo establecido en los respectivos contratos. Asimismo, dicho reglamento establece que el PODER EJECUTIVO NACIONAL al término de la concesión se encontraba facultado a disponer su prórroga por DOCE (12) meses desde su extinción, cuando no existieran operadores en condiciones de asumir la prestación de los servicios.

Que los Contratos de Concesión establecían mecanismos de fijación de tarifa tope, previendo que esta se actualizaría según un índice extranjero, siempre que el valor medio así expresado no excediera el valor económico medio del servicio ofrecido a los usuarios, cuyo límite legal fija el inciso 1 del artículo 3° de la Ley N° 17.520.





Que según surge de las bases de la contratación, conforme el artículo 6º de la citada Resolución del ex-MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS N° 1485/92, la "...Concesión no contará con beneficios impositivos, aportes, avales, ni compromisos financieros del Estado. No se garantizarán beneficios de explotación, rendimientos económicos ni tránsitos mínimos. Las Concesionarias serán a todos los efectos, contratos de riesgo".

Que por tales motivos en el procedimiento de selección se evaluó la tarifa básica en dólares propuesta por cada oferente y el tránsito teórico según el cual se fijaba aquella, así como la tasa interna de retorno esperada.

Que ello resultaba conteste con lo previsto en el artículo 57 de la Ley N° 23.696, mediante la cual se estableció que las concesiones que se otorgaran de conformidad con la Ley N° 17.520 debían asegurar necesariamente que la eventual rentabilidad no excediera una relación razonable entre las inversiones efectivamente realizadas por el Concesionario y la utilidad neta obtenida por la Concesión.

Que, en este marco, el Plan Económico Financiero de este tipo de Concesiones resultaba ser la herramienta para el seguimiento de esa eventual rentabilidad.

Que con posterioridad a la entrada en vigencia de los Contratos de Concesión se aprobaron diferentes adecuaciones contractuales para ambas Concesiones.

Que mediante la Resolución N° 306/95 del ex-MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS se aprobó el Convenio modificatorio del Contrato de Concesión del Acceso Oeste. Por su parte, a través de la Resolución N° 810/96 del citado ex-Ministerio se aprobó el Convenio modificatorio del Contrato de Concesión del Acceso Norte.

Que por conducto de la Resolución N° 379/96 del referido ex-MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS se aprobó un nuevo Convenio modificatorio del Contrato de Concesión del Acceso Oeste. Asimismo, por la Resolución N° 1366/97 dicha ex cartera ministerial aprobó el Segundo Acuerdo Modificatorio del Contrato de Concesión del Acceso Norte.

Que a través de la Resolución N° 886/98 del ex-MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS se aprobó el Tercer Acuerdo Modificatorio del Contrato de Concesión del Acceso Norte. A su vez, por la Resolución N° 316/00 del ex-MINISTERIO DE INFRAESTRUCTURA Y VIVIENDA se aprobó la Tercera Adecuación del Contrato de Concesión del Acceso Oeste.

Que mediante la Resolución N° 185/00 del ex-MINISTERIO DE INFRAESTRUCTURA Y VIVIENDA se aprobó la Cuarta Adecuación del Contrato de Concesión del Acceso Norte.

Que a través del Decreto N° 1221/00 se aprobó la Quinta Adecuación del Contrato de Concesión del Acceso Norte.

Que por la Ley N° 25.561 se declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando en el PODER EJECUTIVO NACIONAL las facultades para dictar las medidas orientadas a morigerar la crítica situación.



Que por el artículo 8° de la mencionada ley se dispuso que en los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedaban sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio, y que los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas quedaban establecidos en pesos a la relación de cambio UN PESO (\$) = UN DÓLAR ESTADOUNIDENSE (USD 1).

Que por el artículo 9° de la referida ley se autorizó al PODER EJECUTIVO NACIONAL a renegociar los contratos comprendidos en lo dispuesto en el artículo 8° del mismo cuerpo normativo y se establecieron los criterios a tener en consideración para el caso de los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos.

Que la referida Ley N° 25.561, modificada y complementada a través de las Leyes Nros. 25.790, 25.820, 25.972, 26.077, 26.204, 26.339, 26.456, 26.563, 26.729, 26.896 y 27.200 estableció criterios a seguir en el marco del proceso de renegociación, tales como aquellos que meritúen el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; la seguridad de los sistemas comprendidos y la rentabilidad de las empresas.

Que en función de cumplimentar el mandato conferido por el HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN se desarrollaron los procesos de renegociación de los contratos con las Empresas Licenciatarias y Concesionarias de Obras y Servicios Públicos.

Que en el transcurso de dicho proceso, orientado por los criterios establecidos en el artículo 9° de la Ley N° 25.561, correspondía al ESTADO NACIONAL velar por el mantenimiento de las condiciones de accesibilidad, seguridad y calidad de los servicios públicos.

Que dicho proceso involucró a las Empresas Concesionarias de Obra Pública de los Accesos Norte y Oeste a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, denominadas AUTOPISTAS DEL SOL SOCIEDAD ANÓNIMA y GRUPO CONCESIONARIO DEL OESTE SOCIEDAD ANÓNIMA, respectivamente, conforme a la concesión que fuera aprobada por el Decreto N° 1167/94.

Que ello expresamente surge de lo establecido en el Decreto N° 311/03 mediante el cual se le encomendó a la ex-UNIDAD DE RENEGOCIACIÓN Y ANÁLISIS DE CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, actuante en el ámbito de los ex-MINISTERIOS DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN y DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS, la continuación de la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos, en cuyo inciso g) del artículo 4° se establecieron las concesiones viales con cobro a usuarios, incluidos los accesos a la Ciudad de Buenos Aires.

Que la citada ex-Unidad tenía asignadas, entre otras, las misiones de llevar a cabo el proceso de renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuesta por la Ley N° 25.561; suscribir acuerdos integrales o parciales de renegociación contractual con las empresas concesionarias y licenciatarias de servicios públicos "ad referendum" del PODER EJECUTIVO NACIONAL; elevar los proyectos normativos concernientes a posibles adecuaciones transitorias de precios o cláusulas contractuales relativas a los servicios públicos bajo concesión o





licencias, así como también efectuar todas aquellas recomendaciones vinculadas a los contratos de obras y servicios públicos y al funcionamiento de los respectivos servicios.

Que, asimismo, se estableció la obligación del PODER EJECUTIVO NACIONAL de remitir las propuestas de los Acuerdos de Renegociación al HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN, en cumplimiento de la intervención de la Comisión Bilateral de Seguimiento prevista en los artículos 20 de la Ley N° 25.561 y 4° de la Ley N° 25.790.

Que, en ese sentido, el 16 de diciembre de 2005, y como consecuencia de las renegociaciones tramitadas, se celebraron ambos ACUERDOS DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL (ARC) de los Contratos de Concesión del Acceso Norte y del Acceso Oeste entre la entonces UNIDAD DE RENEGOCIACIÓN Y ANÁLISIS DE CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS y las Concesionarias mencionadas.

Que en ejercicio de sus competencias, el PODER EJECUTIVO NACIONAL ratificó los mencionados ACUERDOS DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL a través de los Decretos Nros. 296/06 y 298/06.

Que conforme se establece en la Cláusula Quinta de dichos Acuerdos, las Concesionarias renunciaron a exigir un Plan Económico Financiero (PEF) con una Tasa Interna de Retorno (TIR) calculada en DÓLARES ESTADOUNIDENSES constantes de septiembre de 1993, tal como se encontraba previsto en el PEF de los Contratos originales, estableciéndose que dicha TIR se mantendría calculada en pesos constantes a dicha fecha.

Que a través de las Cláusulas Sexta y Octava de los mencionados Acuerdos se estableció un nuevo cuadro tarifario para las Concesiones y un mecanismo de readecuación de tarifas por variaciones de precios que eventualmente pudieran producirse en los costos relacionados con la operación, mantenimiento e inversiones de las Concesiones, debiendo considerarse la incidencia dentro del PEF y en la TIR, calculada en pesos constantes de septiembre de 1993.

Que, sumado a ello, conforme surge de la Cláusula Undécima de ambos Acuerdos de Renegociación Contractual se modificó la cláusula 17.9 de los Contratos de Concesión, con el fin de registrar las inversiones realizadas por el Concesionario hasta el 31 de diciembre de 2001, ajustándose el saldo en pesos registrado a dicha fecha con aplicación del coeficiente que surge de relacionar el valor índice utilizado para la reexpresión de dicho saldo, de moneda de diciembre de 2001 a moneda de 2004, tal como surge del Anexo V de los ARC, y el valor de las inversiones realizadas a partir de 2002 reexpresadas aplicando los coeficientes expuestos en los Anexos VI de los ARC.

Que según surge de la Cláusula Decimotercera de esos Acuerdos, como condición previa a la entrada en vigencia de los ARC las Concesionarias se comprometieron a suspender, o a no iniciar, cualquier tipo de presentación, reclamo o demanda fundado en la situación de emergencia establecida por la Ley N° 25.561 que guarde relación con los Contratos de Concesión, tanto en sede administrativa, arbitral o judicial de la REPÚBLICA ARGENTINA o del exterior, alcanzando dicho compromiso a las acciones entabladas o en curso al momento de la entrada en vigencia de los ARC.

Que en los señalados Acuerdos se previó una recomposición parcial de la ecuación económico financiera de los Contratos de Concesión, supeditando la recomposición total a una futura "instancia de revisión" de dicha ecuación





económico financiera.

Que a través del Decreto N° 367/16 se derogó el Decreto N° 311/03, por el que se creó la entonces UNIDAD DE RENEGOCIACIÓN Y ANÁLISIS DE CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS y, en consecuencia, se instruyó a los ministerios a cuyas órbitas correspondieran los respectivos contratos sujetos a renegociación –y de conformidad con sus propias competencias– a proseguir los procedimientos de renegociación a esa fecha, en trámite de sustanciación en el ámbito de la citada ex-Unidad.

Que, asimismo, mediante el citado decreto se estableció que los Acuerdos Integrales de Renegociación Contractual –en los que se debían establecer las condiciones en las que se concluirían los procesos de renegociación contractual– luego de la intervención del órgano de regulación y control que en cada caso corresponda serían enviados a la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN para su intervención y sometidos a consideración de la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN, previo a su firma por el titular de la Cartera con competencia específica en la materia del contrato de concesión de que se trate, en forma conjunta con el titular del entonces MINISTERIO DE HACIENDA Y FINANZAS, “ad referendum” del PODER EJECUTIVO NACIONAL.

Que los procesos de renegociación a los cuales hace referencia el decreto precitado, tramitados a través de los Expedientes EX-2018-00647608-APN-SIGEN (Acceso Norte) y EX-2017-26635579-APN-SIGEN (Acceso Oeste) culminaron con la suscripción de los Acuerdos Integrales de Renegociación Contractual (AIRC) de los Contratos de Concesión del Acceso Norte (CONVE-2018-31347565-APN-MTR y anexo IF-2018-31348355-APN-MTR) y del Acceso Oeste (CONVE-2018-31340848-APN-MTR y anexo IF-2018-31342712-APN-MTR) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, suscriptos entre el MINISTERIO DE TRANSPORTE y las Concesionarias de referencia, respectivamente.

Que dichos Acuerdos fueron aprobados por el PODER EJECUTIVO NACIONAL a través de los Decretos Nros. 607/18 y 608/18.

Que por las Resoluciones Nros. 1399 y 1400, ambas del 24 de julio de 2018, de la DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD se estableció que los referidos Acuerdos de los Accesos Norte y Oeste, respectivamente, entraron en vigencia a partir de la notificación de dichas normas.

Que de los considerandos de los mencionados ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL surge que la empresa ABERTIS INFRAESTRUCTURAS SOCIEDAD ANÓNIMA (CUIT: 30-70943932-0), alegando la violación de Tratados de Protección Recíproca a las Inversiones de los que la REPÚBLICA ARGENTINA es parte, inició un Procedimiento de Arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones del BANCO MUNDIAL (Caso CIADI N° ARB/15/48) reclamando como compensación la suma de DÓLARES ESTADOUNIDENSES MIL CIENTO TREINTA Y CINCO MILLONES (USD 1.135.000.000,00) en el caso del Acceso Norte (AUSOL) y DÓLARES ESTADOUNIDENSES MIL SETECIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES (USD 1.793.000.000,00) en el caso del Acceso Oeste (GCO), a julio de 2018.

Que en razón de haber arribado a un avenimiento, ABERTIS INFRAESTRUCTURAS SOCIEDAD ANÓNIMA desistió, en agosto de 2018, del proceso iniciado ante el CIADI y, en consecuencia, el señalado Tribunal Arbitral emitió una decisión notificada el 18 de septiembre del mismo año, cuya parte pertinente expresa “...en vista del





acuerdo de partes, y de conformidad con lo dispuesto en la regla 43 (1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Tribunal de Arbitraje por la presente deja constancia de la terminación del procedimiento...”.

Que, en consecuencia, dichos contratos se encuentran en ejecución, detectándose -en la génesis y aplicación de los mismos-, diversas inconsistencias que derivaron en un proceso de evaluación, análisis y revisión de índole técnica, económica y jurídica de los mismos.

Que en virtud de lo previsto en la Ley N° 27.445, la DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD es Autoridad de Aplicación de los Contratos de Concesiones Viales vigentes y de aquellos que se celebren en el futuro.

Que dicho organismo, en el ejercicio de las competencias que le son propias y como Autoridad de Aplicación por medio de su nota del 19 de febrero de 2020, instruyó a sus órganos dependientes a iniciar una instancia de evaluación y análisis de los mencionados Acuerdos, abarcativa de los aspectos técnicos, financieros y legales que dieron sustento a su celebración y del estado de cumplimiento por parte de las Concesionarias.

Que, al respecto, la DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD elaboró un “Informe Inicial Acuerdos Integrales de Renegociación Contractual de las Concesiones de los Accesos Norte (AUSOL) y Oeste (GCO) a la Ciudad de Buenos Aires” y lo remitió al MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, requiriéndole este último –por medio de Nota del 13 de septiembre de 2020- que a través de la GERENCIA EJECUTIVA DE PLANEAMIENTO Y CONCESIONES efectuase un análisis de mayor complejidad y una pormenorizada comprobación de los aspectos resaltados en aquel informe.

Que, en ese orden, la mencionada GERENCIA EJECUTIVA DE PLANEAMIENTO Y CONCESIONES, mediante informe del 31 de mayo de 2021, efectuó -con posterioridad al análisis preliminar del texto de los respectivos Acuerdos-, la profundización en los aspectos técnicos, económicos y financieros, de cuyas conclusiones se desprende la presencia de diversos vicios que nulifican de manera absoluta e insanable los ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL y sus decretos aprobatorios.

Que, por su parte, la GERENCIA EJECUTIVA DE ASUNTOS JURÍDICOS de la DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD concluyó, a través de su dictamen del 15 de julio de 2021, que los Acuerdos Integrales de Renegociación Contractual fueron suscriptos en contravención al ordenamiento jurídico vigente, habiéndose vulnerado las bases y condiciones que rigieron en el procedimiento de contratación como también la normativa de orden público aplicable (Ley N° 25.561) y restringiendo ilegítimamente las prerrogativas de la Administración Nacional en favor de las Concesionarias.

Que con el fin de observar el debido procedimiento adjetivo y, con ello, el derecho de defensa de los particulares, según lo dispuesto en los artículos 18 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL y 8° y 25 de la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS se les corrió vista de las actuaciones a las Concesionarias, en particular respecto de los mencionados informes, fijándoseles un plazo razonable para formular las consideraciones que estimasen pertinentes en relación con sus derechos.

Que las referidas empresas, en relación con cada una de sus concesiones, efectuaron presentaciones el 21 de septiembre de 2021, por medio de las cuales alegaron falta de rigor e improcedencia tanto en las consideraciones



como en las conclusiones vertidas en los aludidos informes.

Que las Concesionarias aseveraron que en los ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL se estableció un repago resultante de la falta de amortización de la inversión mediante una importante quita respecto del monto de la inversión realizada y no amortizada y en relación con otras posibles variantes indemnizatorias, así como una significativa espera, al fijarse al efecto un plazo de DIEZ (10) años hasta 2030, aduciendo que, en ambos casos, el beneficiario resultaba ser el ESTADO NACIONAL.

Que las empresas sostuvieron que en los referidos Acuerdos se reconocieron montos en carácter de Inversión Neta que representan "...solo una parte del monto total de la inversión realizada (...) para construir y operar la infraestructura del Acceso y que no pudo ser amortizada entre los años 2002 y 2018 en virtud de la violación por el Concedente del régimen tarifario del Contrato de Concesión".

Que, a su vez, afirmaron que el atraso tarifario generado y la consecuente ruptura del equilibrio contemplado en los ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL deriva de supuestos incumplimientos del Concedente y de un contexto de fuerte y sostenido proceso inflacionario.

Que, entre otras aserciones, las concesionarias sostuvieron que la supuesta distorsión a la que se hace referencia en los informes elaborados por la DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD "...no es el resultado de la ilegitimidad de las disposiciones del Acuerdo Integral (...) sino de las medidas, actos y omisiones deliberadamente adoptadas e instrumentadas por el propio Concedente, en violación de las obligaciones y compromisos asumidos en el Acuerdo Integral".

Que, en síntesis, las firmas sostienen que la revisión de los Acuerdos de que se trata encubre "...el reexamen del criterio adoptado por las anteriores autoridades nacionales y su pretendida revisión por la actual Administración del Gobierno lo que resulta manifiestamente improcedente, contrario a principios liminares que gobiernan la actuación de los órganos estatales y violatorio de derechos adquiridos (...) que gozan de protección constitucional".

Que, por otra parte, argumentan que las Concesionarias le otorgaron carácter transaccional a los ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL "...en tanto involucró importantes concesiones y renunciaciones...".

Que, adicionalmente, las Concesionarias entienden que la revisión de los Acuerdos respectivos deviene improcedente y que tal proceder se aparta por completo del marco constitucional comportando una violación inadmisibles al debido proceso y al derecho de defensa en juicio, una supuesta causa determinante de la nulidad e inconstitucionalidad absoluta e insanable del procedimiento de revisión.

Que, finalmente, las Concesionarias concluyeron que "...no existen razones que válidamente habiliten o justifiquen la, así llamada, 'revisión' del Acuerdo Integral y, mucho menos, el cuestionamiento de su legalidad..." y que, en caso de poner en tela de juicio la legitimidad de los respectivos Acuerdos se estará vulnerando la inviolabilidad de los derechos adquiridos, la estabilidad de los actos administrativos y los contratos, la unidad de acción y continuidad jurídica del Estado, la prohibición de volver sobre los propios actos y desentenderse de las consecuencias de las acciones de quienes obraron confiando y asumiendo la estabilidad de esos actos anteriores y





los principios de jerarquía, legalidad y seguridad jurídica.

Que, a su vez, GRUPO CONCESIONARIO DEL OESTE SOCIEDAD ANÓNIMA y AUTOPISTAS DEL SOL SOCIEDAD ANÓNIMA, mediante presentaciones de fechas 10 de noviembre de 2021 y 16 de noviembre de 2021, respectivamente, ampliaron los fundamentos previamente vertidos, reiterando el planteo de nulidad de las actuaciones, así como la supuesta improcedencia del procedimiento de revisión del acuerdo.

Que sin perjuicio de las argumentaciones esgrimidas por las Concesionarias, las que fueron analizadas, sopesadas y meritadas por la Autoridad de Aplicación, esta última concluyó que las mismas no alcanzaban a conmovir lo evaluado oportunamente mediante los informes y dictámenes elaborados.

Que conforme surge de los referidos informes, elaborados en el ámbito de la DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD, el objeto de los Acuerdos Integrales de Renegociación Contractual como culminación de un procedimiento iniciado en virtud de las disposiciones obrantes en la Ley N° 25.561 debió consistir en efectuar las adecuaciones necesarias a efectos de cumplir los compromisos asumidos por el Estado Nacional, restablecer la ecuación económico financiera y garantizar la continuidad de la normal prestación de los servicios, de modo de preservar y asegurar los derechos de los usuarios.

Que, sin embargo, de la lectura de las previsiones de los mencionados Acuerdos se desprende un apartamiento del objeto proyectado por las normas que motivaron la tramitación del mencionado procedimiento, desconociendo lo pactado en los ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL, aprobados por los Decretos Nros. 296/06 y 298/06, en el marco de la Ley N° 25.561, sus modificatorias y complementarias.

Que pese a lo dispuesto por el artículo 8° de la Ley N° 25.561 se estableció en dichos instrumentos un mecanismo de pago en favor de las mencionadas Concesionarias fijado en dólares estadounidenses y que, según aquellos, representaría la inversión no amortizada.

Que al monto consignado en los referidos Acuerdos, en concepto de “Inversión Bruta” no amortizada, se le descontó una parte de los incumplimientos detectados por el entonces ÓRGANO DE CONTROL DE CONCESIONES VIALES, en tanto que los restantes trámites administrativos de aplicación de penalidades por incumplimientos contractuales fueron archivados en virtud de lo dispuesto en dichos Acuerdos.

Que el resultado de la operación antes descripta constituye el concepto de “Inversión Neta”.

Que con la pretensión de justificar las condiciones previstas en los mencionados Acuerdos, en estos se puso de manifiesto que las sumas en concepto de “Inversión Neta” fijadas en los Acuerdos vigentes a dicho entonces eran imposibles de repagar a través de las tarifas de las Concesiones, toda vez que se encontraban próximas a vencer. Por tal motivo, mediante el artículo tercero de ambos Acuerdos se acordó una prórroga de las Concesiones por el término de DIEZ (10) años con la exclusiva finalidad de cancelar dichas deudas.

Que las modificaciones a los Contratos de Concesión de los Accesos Norte y Oeste a la Ciudad de Buenos Aires se aprobaron a través de los Decretos Nros. 607/18 y 608/18, a los cuales les resultan de aplicación las leyes especiales de la materia de que se trata, sin perjuicio de la aplicación directa –en lo pertinente– de las previsiones



de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549.

Que los citados decretos deben contemplar los elementos esenciales de todo acto administrativo, esto es ser emitido por autoridad competente, sustentado en los antecedentes de hecho y de derecho que le sirvan de causa; el objeto debe ser cierto y física y jurídicamente posible, ajustándose a los procedimientos expresos o implícitos de que se trate; debe estar debidamente motivado y su finalidad debe respetar aquella prevista en las normas que otorgan las facultades ejercidas.

Que de la lectura de la Ley N° 25.561 –norma que originó la renegociación de los respectivos Contratos de Concesión– se desprende que el legislador entendió que dichos Contratos se encontraban abarcados por normas de derecho público.

Que en lo relativo a la causa que todo acto debe contener, esta se encuentra constituida por los antecedentes o circunstancias de hecho y de derecho que justifican y llevan a producir su dictado, tal como lo ha expresado la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN (Dictámenes 197:182, 276:175, 304:326, entre otros).

Que la renegociación contractual integral celebrada no cuenta con norma alguna que autorice una alteración de las bases contractuales en los términos plasmados finalmente en los referidos ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL de los Accesos Norte y Oeste.

Que, incluso, el segundo párrafo del artículo 3º de la Ley N° 25.790 requirió que los Acuerdos de Renegociación Contractual celebrados en 2006 fueran tenidos en consideración “...dentro de los términos de los acuerdos definitivos a que se arribe con las empresas concesionarias o licenciatarias”, lo cual, según han afirmado las áreas técnicas de la DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD, no ha acontecido.

Que de las constancias obrantes en los expedientes en los que tramitaron las renegociaciones que culminaron con la aprobación de los ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL no surge elemento alguno que permita acreditar la existencia de deuda – términos ponderados en tales Acuerdos.

Que, pese a ello, en el Considerando de ambos Acuerdos se plasmaron los respectivos montos que ABERTIS INFRAESTRUCTURAS SOCIEDAD ANÓNIMA habría reclamado ante el mencionado Tribunal Arbitral, sin que exista documentación respaldatoria que otorgue fuerza probatoria concluyente e irrefutable a tales pretensiones.

Que, en definitiva, la utilización de los respectivos Acuerdos como vehículos financieros destinados a compensar presuntas deudas resulta incompatible con el espíritu de la mencionada Ley N° 17.520.

Que siendo el cobro de la deuda allí reconocida –de manera infundada e ilegítima– el objetivo principal de los ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL, no solo se desvirtúa el objeto de los Contratos originales, los cuales surgieron de un procedimiento de contratación mediante el cual se seleccionó la oferta más conveniente sobre la base de los términos de los Pliegos, cumpliendo con los principios de igualdad y concurrencia que rigen en materia de contrataciones públicas, sino también con las previsiones y obligaciones impuestas por la Ley N° 25.561.





Que con el fin de posibilitar el pago de la deuda reconocida en los citados Acuerdos, por conducto de su cláusula tercera se extendió el plazo de vigencia de la concesión hasta el 31 de diciembre de 2030. Sin perjuicio de ello, se estableció en la cláusula 3.2 de los mismos que los Contratos se extinguirían anticipadamente cuando los concesionarios hubieran percibido totalmente la Inversión Neta.

Que bajo esa tesitura, y a los fines de asegurar definitivamente el pago, en los Acuerdos de marras se establecieron, además, compensaciones por parte del ESTADO NACIONAL a las Concesionarias en los supuestos de no cumplimentar el monto de tarifa pretendido.

Que conforme se desprende de los informes elaborados por la DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD, los importes expresados en el Considerando de los ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL corresponden a presentaciones provisorias, los cuales no han sido validados, ni aplicadas las amortizaciones correspondientes, de modo que no resultaban computables en esa instancia para ser incorporados al Registro de Inversiones, toda vez que los mismos debían ser analizados y sometidos a los procedimientos de control, validación y aprobación previstos.

Que es doctrina reiterada de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN que los informes técnicos que motivan los actos administrativos merecen plena fe, siempre que sean suficientemente serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor (Dictámenes 169:199; 200:166; 245:24; 247:180; 252:349; 253:167; 254:77, entre otros).

Que conforme a lo consignado en los considerandos anteriores, los informes técnicos que brindaron sustento a los Acuerdos respectivos y, en particular, las hipótesis de trabajo aludidas, no reúnen dichos requisitos.

Que, en tal sentido, de las distintas piezas y actuaciones que motivaron la suscripción y posterior aprobación de dichos Acuerdos no surgen elementos que otorguen certeza sobre la existencia de la deuda esgrimida como uno de los fundamentos centrales para la celebración de los mismos.

Que en lo que atañe al objeto de los Decretos Nros. 607/18 y 608/18, el mismo se apartó abiertamente de los términos que habían sido acordados en los Acuerdos de Renegociación Contractual aprobados por los Decretos Nros. 296/06 y 298/06, a su vez encuadrados en la Ley N° 25.561, cuyas previsiones, como fuera consignado precedentemente, debían formar parte de los ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL.

Que, en ese sentido, dentro de las transgresiones a la ley, derivadas de dicho apartamiento, corresponde destacar la dolarización de los Contratos de Concesión, en franca colisión con la pesificación dispuesta por el artículo 8° de la Ley N° 25.561.

Que la renegociación plasmada en los ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL contraría las renunciaciones expresas formuladas por los mismos Concesionarios en los Acuerdos de Renegociación Contractual aprobados en 2006, oportunidad en la que desistieron de reclamar cualquier deuda en dicha moneda.

Que si bien del artículo 7° de la Ley N° 23.928 –texto según el artículo 4° de la Ley N° 25.561–se desprende que en ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de





deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en dicha ley, en los ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL se observa que la tarifa a cargo de los usuarios se encuentra destinada principalmente al pago de una supuesta deuda en DÓLARES ESTADOUNIDENSES más sus intereses, en la misma moneda, todo neto del impuesto a las ganancias, por lo que la misma sigue indefectiblemente la evolución de dicha divisa.

Que además de las redeterminaciones tarifarias anuales que siguen la dinámica antes mencionada, a los fines de garantizar la obtención de los fondos reconocidos a las Concesionarias, también se fijó en los referidos Acuerdos un mecanismo de actualización tarifaria automática semestral, más una actualización en cada oportunidad que el índice Coeficiente de Estabilización de Referencia supere el DIEZ POR CIENTO (10 %), conforme surge de del artículo 4.2 de dichos Acuerdos.

Que la transgresión a las previsiones de la Ley N° 23.928 fue observada en el propio proceso de aprobación de los respectivos Acuerdos por la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN (SIGEN), la cual expresamente sostuvo que "...se ha establecido el derecho del concesionario a actualizar anualmente la Tarifa por aplicación del CER, aspecto que debiera examinarse en orden a las previsiones de los artículos 7 y 10 de la ley N° 23.928, modificados por el artículo 4 de la Ley N° 25.561", conforme surge del Expediente N° EX-2018-00647608 -APN-SIGEN.

Que según surge de los informes técnicos producidos por el Órgano de Control, los mecanismos de modificación tarifaria, tal como se encuentran previstos en los ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL, comenzaron a superar los límites fijados en las bases de los Contratos de Concesión.

Que, en ese orden de ideas, mediante el artículo 9° del Decreto N° 2637/92 -por medio del cual se establecieron las pautas fundamentales que regirían el procedimiento de selección que culminó en la Concesión de los Accesos de referencia- se determinó que la tarifa que debía pagar el usuario en ningún caso podía superar el valor económico medio de los servicios prestados. En paralelo, mediante el ya citado inciso 1 del artículo 3° de la Ley N° 17.520 se previó que el nivel medio de las tarifas no podía exceder al valor económico medio del servicio ofrecido.

Que los Contratos de Concesión de los Accesos Norte y Oeste surgieron de un procedimiento de Concurso Público Nacional e Internacional llevado a cabo oportunamente por el ESTADO NACIONAL, a través de los órganos competentes, donde participaron diferentes proponentes, de los cuales resultó adjudicatario aquel que presentó la oferta más conveniente, la cual, a su vez, dio cumplimiento a los estándares técnicos, económicos y jurídicos previstos en la documentación contractual. Por tanto, el Contrato de Concesión reflejó, en cada caso, la oferta presentada conforme a los Pliegos de Bases y Condiciones que rigieron el procedimiento de selección.

Que si bien a las previsiones plasmadas en los ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL se les otorgó la calidad de reajustes, de acuerdo a la reiterada doctrina de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, los actos poseen la denominación que corresponde a su naturaleza y no la que le atribuyen las partes (Dictámenes 187:104; 211:470; 242:494) y, en ese sentido, alteraciones de tal dimensión, magnitud y entidad cualitativa constituyen –en rigor– una nueva contratación, lo cual transgrede la normativa vigente en materia de concesiones de obra pública, en particular, lo consignado en el artículo 4° de la Ley N° 17.520.



Que, al respecto, el Máximo Tribunal ha entendido que "...la omisión de la licitación pública, cuando ella es requerida por la ley, vicia de nulidad absoluta el acto de adjudicación y, por añadidura, el contrato celebrado con el contratista", siendo que "...las distintas formalidades de que se reviste dicho acto constituyen verdaderas garantías para los intereses en juego, tanto los públicos de la Administración como los privados de los proponentes" (Fallos: 310:2278).

Que la prescindencia del procedimiento previo de selección no puede quedar librado al arbitrio del administrador ni extenderse a otros supuestos que no sean las excepciones previstas en la normativa aplicable (Fallos 310:2278).

Que la eliminación de la prohibición establecida en los Contratos originales respecto a la posibilidad de que una misma persona jurídica pueda ser accionista del Concesionario y de otra empresa titular de Concesiones Viales otorgadas por el concedente favorece la posición dominante en los términos de las normas de Defensa de la Competencia y altera los principios de las contrataciones públicas.

Que, en esa inteligencia, tal modificación vulnera los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, reconocidos en el artículo 42 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, el cual establece que "...Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos (...) a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos...".

Que el artículo décimo sexto de los ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL prevé que toda controversia que resulte de los Contratos de Concesión debe ser sometida a Arbitraje. Así, se deja totalmente de lado el fuero Contencioso Administrativo Federal, jurisdicción natural para la resolución de controversias en las que el Estado es parte, por lo que se vulnera una de las prerrogativas esenciales del ESTADO NACIONAL como lo es la de fijar la jurisdicción.

Que, asimismo, se establece, en franca violación a lo previsto en el Título IV de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, que resulta facultativo para las Concesionarias el agotamiento previo de la vía administrativa para cualquier reclamo ante el ESTADO NACIONAL.

Que al respecto, y según se desprende de la compulsión de los expedientes en los cuales tramitaron los ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL, lo acordado en dicha instancia se entendió como un "acuerdo transaccional" tendiente a restablecer el equilibrio financiero. Sin embargo, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1644 del CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, no puede transigirse sobre derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables –como lo son las prerrogativas y/o facultades de la Administración–.

Que, por consiguiente, se modificó por acuerdo de partes lo previsto en la normativa vigente como requisito destinado a posibilitar a la Administración Pública la revisión de sus propios actos, sus decisiones, permitir el control por parte de los órganos superiores de la actividad de los inferiores y crear espacios de conciliación entre el Estado y el particular.



Que si bien las disposiciones del referido CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN son aplicables analógicamente en la esfera del Derecho Administrativo, ello es así con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia de este último (Fallos 190:142, 304:919 y 310:1578, entre otros).

Que en materia de contratos públicos, la Administración se encuentra sujeta al principio de legalidad, el cual desplaza la plena vigencia de la regla de la autonomía de las partes, en relación con el objeto de tales acuerdos, a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas a disponer sin expresa autorización legal (Fallos 316:3169).

Que, en paralelo, el Máximo Tribunal ha entendido que "...el principio de la autonomía de la voluntad de las partes se relativiza en el ámbito de los contratos administrativos, pues aquéllas están, de ordinario, subordinadas a una legalidad imperativa...", toda vez que "...aunque en principio pueda resultar indiferente a la ley el modo como los particulares arreglan sus propios negocios, no lo es la manera en que los funcionarios administran los asuntos públicos" (Fallos 321:174).

Que respecto a la prórroga de jurisdicción en tribunales arbitrales, si bien dicha posibilidad se incluyó en los Contratos de Concesión aprobados por el Decreto N° 1167/94, en ese entonces se distinguió entre controversias que serían resueltas en el fuero Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y aquellos que podrían ser resueltos en instancia arbitral, de acuerdo a lo previsto en los apartados 23.1. y 23.2. de la cláusula vigésimo tercera de los mencionados instrumentos.

Que además de resultar potestativo para las partes, solo podían someterse a arbitraje los "...conflictos no derivados del ejercicio del Poder de Policía...".

Que en los ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL se dispuso, sin fundamentación, que toda controversia entre las partes, derivada del Contrato de Concesión o que guarden relación con el mismo, sería resuelta definitivamente mediante un procedimiento arbitral, llevado a cabo de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, lo que significó la renuncia a la soberanía jurisdiccional del ESTADO NACIONAL.

Que el ex-MINISTERIO DE HACIENDA no rubricó los decretos en cuestión en orden a lo expresado por la SECRETARÍA LEGAL Y ADMINISTRATIVA de su jurisdicción, quien afirmó que en tanto "...la renegociación bajo examen exceda el alcance de la conclusión de una renegociación basada en la ley 25.561 se entiende que esta cartera carecería de competencia para participar por tratarse de un contrato ajeno a su órbita".

Que del artículo 4º de la Ley N° 25.790 surge que del PODER EJECUTIVO NACIONAL debía remitir las propuestas de los Acuerdos de Renegociación al HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN, en cumplimiento de la intervención de la Comisión Bicameral de Seguimiento prevista en el artículo 20 de la Ley N° 25.561.

Que, pese a ello, de la compulsas de los expedientes por los cuales han tramitado los ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL no surge que se haya dado cumplimiento a dicho precepto ni al plazo previsto en dicha norma.







Que en lo que concierne a la motivación de los Decretos Nros. 607/18 y 608/18 –esto es, la explicitación de las razones que inducen a emitir el acto– y que, de forma refleja permiten conocer tanto su causa, es decir los antecedentes de hecho y de derecho que lo sustentan, como la finalidad perseguida, se desprende de la lectura de los citados Acuerdos que el ESTADO NACIONAL se obligó a garantizar ingresos a las Concesionarias.

Que dichos ingresos, conforme surge del informe económico financiero elaborado en el ámbito de la DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD, ascienden a la suma de, al menos, DÓLARES ESTADOUNIDENSES MIL SETECIENTOS OCHENTA MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS DIEZ (USD 1.780.736.910).

Que no existe constancia alguna en los trámites administrativos efectuados en las actuaciones donde tramitaron los ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL que permita verificar la existencia de una deuda, de qué forma se arribó a la suma consignada como “Inversión Bruta”, ni cuáles fueron los criterios para fijar la tasa de interés del OCHO POR CIENTO (8 %) anual capitalizable, y menos aún se justificó de modo alguno el motivo por el cual los mencionados créditos se fijaron en DÓLARES ESTADOUNIDENSES.

Que de acuerdo a lo expresado con anterioridad, tampoco existe documentación respaldatoria que otorgue certeza de los importes reclamados por ABERTIS INFRAESTRUCTURAS SOCIEDAD ANÓNIMA ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones y que, pese a ello, se encuentran expresamente consignados en el Considerando de ambos ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL como uno de los fundamentos centrales que motivaron la suscripción de dichos Acuerdos.

Que aun cuando en los referidos Acuerdos se expresa que las Concesionarias limitan sus pretensiones a los montos antes mencionados, se les han reconocido diversos ingresos adicionales, que no computan para cancelar la deuda reconocida.

Que el ingreso más trascendente no considerado en el Plan Económico Financiero es el correspondiente a las Áreas de Servicio, que representan, para el plazo remanente de Concesión, la suma de DÓLARES ESTADOUNIDENSES VEINTIDÓS MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y UNO (USD 22.562.271) para la firma GRUPO CONCESIONARIO DEL OESTE S.A. y DÓLARES ESTADOUNIDENSES CIENTO VEINTITRÉS MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES (USD 123.693.433) para la empresa AUTOPISTAS DEL SOL S.A., la cual, en paralelo, posee en este concepto también ingresos por la suma de PESOS QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL CATORCE (\$569.896.014).

Que estos mayores ingresos tampoco se encuentran justificados en el trámite de aprobación de los ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL y representan el NUEVE POR CIENTO (9 %) y el VEINTICINCO POR CIENTO (25 %), respectivamente, del monto consignado como capital en los mismos (“Inversión Neta”).

Que conforme fuera expresado con anterioridad, los informes en los cuales se justificaría la razonabilidad de los montos se presentan como “hipótesis de trabajo” basadas en pautas que no consideran la totalidad de los elementos que inciden sobre la ecuación económico-financiera de las Concesiones; asimismo, en ninguna de





dichas hipótesis de trabajo se explica o consigna el motivo por el cual el Plan Económico Financiero dejó de ser una herramienta de seguimiento de la rentabilidad para convertirse en una que la asegure.

Que no existe sustento técnico que explique la eliminación del riesgo empresario, que acontece cuando, sin importar el mayor o menor tránsito, la tarifa igualmente debe asegurar la totalidad de ingresos que cancelen los montos fijados en los Acuerdos.

Que en lo que atañe a la finalidad prevista en los términos del inciso f) del artículo 7º de la Ley Nº 19.549, esta debe ser el resultado de las normas que otorgan las facultades pertinentes al órgano emisor.

Que, en tal sentido, la citada normativa prohíbe que el administrador persiga otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto, estableciendo la nulidad absoluta e insanable de todo acto portador de un vicio de tal índole.

Que, en ese orden, el pago de una presunta e inexistente deuda como objetivo principal, tal como surge expresamente de los Considerandos de los ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL -donde se establece que el "...objetivo principal de esta Renegociación Contractual es restablecer el equilibrio económico financiero del CONTRATO DE CONCESIÓN para que el CONCESIONARIO pueda recuperar su inversión y ejecutar obras fundamentales para mejorar la transitabilidad del ACCESO..."-, se aleja de la finalidad pública de todo Contrato de Concesión de Obra Pública.

Que en materia de contratos administrativos, el objetivo siempre debe orientarse al cumplimiento de la finalidad pública de la prestación acordada.

Que de la compulsión de los elementos producidos en la revisión de los Acuerdos de que se trata surge que los medios adoptados con el objeto de restablecer el equilibrio económico financiero de los Contratos de Concesión resultan desproporcionados con relación a ese fin, en tanto transgreden el ordenamiento jurídico vigente.

Que el HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN al sancionar la Ley Nº 25.790 tuvo en miras el respeto de las pautas originalmente previstas en los Contratos de Concesión, toda vez que estableció que toda enmienda transitoria relativa a aquellos que se aprobara, como los Acuerdos de 2006, debía tenerse en consideración dentro de los términos de los Acuerdos Definitivos a los que se arribare con las empresas concesionarias.

Que, asimismo, el propio PODER EJECUTIVO NACIONAL, en instancia de adjudicar los respectivos Contratos de Concesión, determinó que cualquier modificación a dichos instrumentos debía ser congruente con los documentos que rigieron el Concurso Público, en clara sintonía con los principios de congruencia, igualdad y transparencia, entre otros, que rigen los Contratos Administrativos.

Que, en igual sentido, las modificaciones introducidas por los Acuerdos de Renegociación Contractual -instrumentos que contemplaron las previsiones de la Ley Nº 25.561- también integran la documentación contractual y debían necesariamente formar parte de los ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL, dado que, conforme fuera expuesto precedentemente, la Ley Nº 25.790 así lo estableció.





Que conforme fuera manifestado en considerandos anteriores, de las diversas constancias e informes elaboradas por la Autoridad de Aplicación surge que la finalidad prevista en las normas reseñadas se ha desviado de los cauces legítimos, viciando los decretos aprobatorios en tal sentido.

Que la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha sostenido que "...el sometimiento del Estado moderno al principio de legalidad, lo condiciona a actuar dentro del marco normativo previamente formulado por ese mismo poder público que, de tal modo, se autolimita. El ejercicio de tal poder, por ende, no puede desvincularse del orden jurídico en que el propio Estado se encuentra inmerso..." (Fallos 315:2771).

Que, como consecuencia del mentado sometimiento, resulta indudable que la Administración debe velar por la plena observancia del ordenamiento jurídico y, de corresponder, por el restablecimiento de la legalidad lato sensu vulnerada, encontrándose facultada -de oficio o a pedido de parte- a revisar sus actos de conformidad con lo que dicta el principio de juridicidad que debe presidir la actuación administrativa (Dictámenes 244:648, 253:038, 275:241, entre otros).

Que, desde ese vértice, el Máximo Tribunal ha sostenido que si bien se presume que toda la actividad de la Administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico y que dicha presunción subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano pertinente (Fallos 319:1477); si dicha actividad es ilegal debe rectificarse, en primer término, por la propia Administración pública y, a falta de ella, por el órgano jurisdiccional competente (Fallos 315:2771).

Que, en esa misma línea, la potestad revocatoria de la Administración encuentra fundamento en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por la existencia de un acto afectado de nulidad absoluta y que, por esa razón, carece de la estabilidad propia de los actos regulares y no puede generar válidamente derechos subjetivos de los particulares frente al orden público interesado en la vigencia de la legalidad (Fallos 250:491 y 302:545, entre otros).

Que, sin embargo, solo se puede impedir la subsistencia de aquellos actos irregulares que se encuentren firmes y consentidos, y que sean generadores de derechos subjetivos en cumplimiento, "...requiriendo el auxilio judicial, mediante el proceso de lesividad a que se refieren los arts. 17 in fine y 26 de la Ley 19.549" (Fallos 314:322).

Que toda vez que la aprobación de los ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL, efectuada por el PODER EJECUTIVO NACIONAL a través de los mencionados Decretos Nros. 607/18 y 608/18, se encuentra firme y consentida y ha generado derechos subjetivos que se están cumpliendo, resulta necesaria la declaración de lesividad de los mencionados decretos y la consecuente promoción de la acción judicial a efectos de obtener su anulación y, por extensión, de los Acuerdos, en tal instancia.

Que en igual postura, tanto la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN como la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN entienden que la acción de lesividad tiene por objeto esencial el restablecimiento del imperio de la juridicidad vulnerada por un acto viciado de nulidad absoluta pero que, por haber generado prestaciones que están cumpliéndose, su subsistencia y efectos solo pueden enervarse mediante declaración judicial (Fallos 314:322, entre otros y Dictámenes 307:167).





Que, asimismo, el Máximo Órgano Asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL sostiene que los límites a la revocación de oficio del acto administrativo irregular que establece el ordenamiento jurídico –que haya generado prestaciones que se estén cumpliendo– son una “...limitación, prudente, a prerrogativas de la Administración, que deben ejercerse dentro del preceptivo carril de un procedimiento administrativo, al cabo del cual se dicte el acto que revoque de oficio el anterior (si así se dan las circunstancias), o bien lo declare lesivo al orden jurídico, suspenda sus efectos en ejercicio de lo normado en el artículo 12 de la misma Ley, e instruya para que se proceda al inicio de la acción judicial de nulidad” (Dictámenes 307:167).

Que, en consecuencia, precisó que ante un acto administrativo irregular estable se debe dictar una resolución que “...declare expresamente que la Administración considera nula y perjudicial al interés público la resolución cuya nulidad se propone demandar” (Dictámenes 307:167).

Que de ningún modo puede tolerarse la subsistencia de un acto irregular, máxime cuando este genera a favor de un particular un derecho subjetivo en violación al orden público administrativo, que se traduce en un perjuicio económico para el ESTADO NACIONAL y para los usuarios.

Que corresponde, entonces, el dictado de un acto administrativo que declare la lesividad de los decretos aprobatorios de los ACUERDOS INTEGRALES DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL y que instruya a la DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD, en su carácter de Autoridad de Aplicación de los contratos de concesión correspondientes a los Accesos Norte y Oeste a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la promoción de la respectiva acción judicial de nulidad.

Que, en efecto, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN entiende que son los organismos con competencia específica en la cuestión analizada los que se presumen con conocimiento especializado en las materias de su incumbencia (Dictámenes 200:21, 203:58, 208:16, 210:337) por contar estos, por su mayor inmediatez, con los antecedentes y elementos necesarios para la elucidación de las cuestiones a examinar (Dictámenes 205:160).

Que, contrariamente a lo sostenido por las Concesionarias, la presente medida no posee entidad suficiente para alterar por sí y ante sí los derechos subjetivos en cumplimiento que han generado los decretos firmes y consentidos, aprobatorios de los referidos Acuerdos. En efecto, el mecanismo idóneo para plantear la nulidad de los mencionados instrumentos es recurrir al auxilio de los estrados judiciales.

Que en virtud de lo precedentemente consignado, deviene pertinente comunicar el presente a la OFICINA ANTICORRUPCIÓN, a la PROCURADURÍA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS, a la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, a la AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN, al MINISTERIO DE ECONOMÍA, al MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS y a la DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD.

Que los Servicios Jurídicos Permanentes de la DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD y del MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS han tomado la intervención de su competencia.

Que la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN se ha expedido en las actuaciones.



Que la presente medida se dicta en el marco de las atribuciones conferidas por el artículo 99, inciso 1 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL y por los artículos 14, inciso b) y 17 de la Ley N° 19.549 y sus modificatorias.

Por ello,

EL PRESIDENTE DE LA NACIÓN ARGENTINA

DECRETA:

ARTÍCULO 1º.- Decláranse lesivos al interés general, en virtud de la existencia de graves vicios que afectan a su legitimidad, los Decretos Nros. 607 y 608 del 2 de julio de 2018, respectivamente, aprobatorios de los Acuerdos Integrales de Renegociación Contractual de los Contratos de Concesión del Acceso Norte (CONVE-2018-31347565-APN-MTR) y del Acceso Oeste (CONVE-2018-31340848-APN-MTR) a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en virtud de lo expuesto en el considerando de la presente medida.

ARTÍCULO 2º.- Instrúyese a la DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD a interponer, por conducto de sus órganos dependientes, la pertinente acción de lesividad con el objeto de obtener la declaración judicial de nulidad de los actos citados en el artículo 1º.

ARTÍCULO 3º.- Comuníquese la presente medida a la OFICINA ANTICORRUPCIÓN, a la PROCURADURÍA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS, a la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, a la AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN, al MINISTERIO DE ECONOMÍA, al MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS y a la DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD.

ARTÍCULO 4º.- Comuníquese, publíquese, dese a la DIRECCIÓN NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL y archívese.

FERNÁNDEZ - Juan Luis Manzur - Gabriel Nicolás Katopodis

e. 15/09/2022 N° 73431/22 v. 15/09/2022

**Fecha de publicación 15/09/2022**



# **La administración pública frente a la ley inconstitucional e inconvencional. Reflexiones. Interrogantes**

**Por LAURA M. MONTI**

¿Qué órgano del poder puede declarar la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de una ley para no aplicarla a un caso? El sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad interno de las leyes que adopta la Nación Argentina, si bien ello no surge expresamente de la Constitución Nacional, es jurisdiccional (conf. arts. 116 y 117 de la CN) y, según lo disponen los arts. 29 y 109 de la misma Constitución, está prohibido al Poder Ejecutivo conocer en causas judiciales (en las cuales, sin duda, se puede plantear y declarar la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de leyes y otras normas).

Es esta, además, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como veremos más adelante.

¿Cuáles son las características tradicionales del control de constitucionalidad? Ser difuso, reparador, además, la declaración de inconstitucionalidad o inconvencionalidad tiene efecto relativo, en cuanto afecta solo a quienes han intervenido en el juicio respectivo. Claramente,

solo pueden pedir que se declare la inconstitucionalidad e inconveniencia quienes están legitimados para hacerlo<sup>1</sup>.

¿Qué matices o novedades se han planteado, en las últimas dos décadas aproximadamente, sobre estos conceptos?

Uno de ellos es la irrupción de los procesos colectivos, en los cuales, si la sentencia declara la inconstitucionalidad e inconveniencia de una norma tiene, como principio, efectos *erga omnes*<sup>2</sup>. La primera pregunta que nos hacemos aquí es: ¿Genera esa sentencia efectos cuasi derogatorios de la norma o acto estatal declarado inconstitucional o inconveniente? Aun cuando admitamos esto, ¿qué pasa si la sentencia, que tendría efectos *erga omnes*, es de un tribunal que no sea la Corte? ¿Qué sucede (lo que torne el asunto aún más complicado), si hay sentencias contradictorias en distintos procesos colectivos sobre el mismo tema?

Otra de las nuevas vertientes del control es que, a partir del caso “Rodríguez Pereyra”<sup>3</sup>, ya no hay duda de que la mayoría de la Corte federal,

---

<sup>1</sup> Aunque la Corte ha abierto la legitimación en un caso en el que se procuraba defender la propia Constitución (Fallos: 338:249).

<sup>2</sup> Lo dijo así la CSJN en el conocido fallo “Halabi” (Fallos: 332:111). Respecto de un legitimado “anómalo” como el Defensor del Pueblo de la Nación, el Tribunal reconoció el mismo efecto a una sentencia en la que, a pedido de aquél, se declaró la ilegitimidad de un reglamento administrativo (causa “Defensor del Pueblo de la Nación”, del 11/8/09).

<sup>3</sup> Fallos: 335:2333.

y sin condiciones, ha impuesto el control de constitucionalidad y convencionalidad de oficio, en armonía con lo que decidió la CIDH respecto de este último, en el caso “Trabajadores cesados del Congreso”<sup>4</sup>.

Por último, también ha aparecido, en la jurisprudencia de la CSJN y otros tribunales, la consideración de las categorías sospechosas de inconstitucionalidad e inconvencionalidad, que implican que ciertas normas y, en consecuencia, sus actos de aplicación, portan una presunción en contra de su constitucionalidad o convencionalidad<sup>5</sup>. Esta presunción está sujeta a desvirtuación por medio de la argumentación defensiva y, eventualmente, por prueba, a cargo del Estado.

A partir de la reforma constitucional de 1994, el control de constitucionalidad y convencionalidad sigue a cargo del Poder Judicial de la Nación (a fin de no aplicar la norma cuestionada), y se ha establecido que algunos otros órganos del Poder , como el Congreso, ejercen ese control respecto de los reglamentos delegados y los de necesidad y urgencia (arts. 76 y 99, inc. 3º, párr. 2º, CN) y cierta doctrina plantea la posible "inaplicación de las leyes" por el PE o los gobernadores (lo cual ya tenía,

---

<sup>4</sup> CIDH, sentencia del 24/11/06, serie C, N° 158, p. 128.

<sup>5</sup> La sucesión de fallos sobre el tema comenzó en el caso “Hooft” (Fallos: 327:5118, vean allí la interesante disidencia del juez Belluscio).



como veremos, antecedentes en la doctrina y la jurisprudencia administrativa).

Respecto de esta última posibilidad, la pregunta es:

¿Cuál es la posición de los órganos estatales que no son parte del Poder Judicial respecto de las leyes que consideren inconstitucionales o inconvenientes, subordinación o control? ¿Los órganos administrativos (principalmente los titulares de los órganos ejecutivos), deben ser solo ejecutores de la ley, o pueden también controlar su inconstitucionalidad o inconveniencia y, en tal caso, inaplicarla? ¿Pueden otros órganos de la administración pública hacerlo? ¿Puede la Administración descentralizada? ¿Pueden otros poderes en ejercicio de función administrativa? Extremando los interrogantes: ¿Pueden hacerlo las personas públicas no estatales e incluso las personas privadas en ejercicio de cometidos estatales delegados?

¿Cuáles son las posturas que existen sobre el tema?<sup>6</sup>

En doctrina, los autores de derecho constitucional se inclinan por el control, más o menos restringido, y posible inaplicación de la ley, por parte

---

<sup>6</sup> Sigo en este recorrido, centralmente, a Comadira, Julio R. en su conocido trabajo "La posición de la Administración Pública ante la ley inconstitucional", REDA, 1989, p. 151.

del PE y otros órganos. Por su parte, los doctrinarios de derecho administrativo se dividen en cuanto al asunto<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Existe profusa bibliografía al respecto, que puede consultarse en el excelente y exhaustivo trabajo de Fabiana Duperut Morellato, "Control de constitucionalidad e inaplicación de normas inconstitucionales por la administración pública", REDA, vol. 87, p. 919, quien explica que, entre los constitucionalistas, el profesor Bidart Campos, quien sostenía que podía existir una "desobediencia razonada" frente a legislación groseramente inconstitucional y, entre los administrativistas, el profesor Juan Carlos Cassagne sostiene que también podría inaplicarse la ley inconstitucional o inconveniente en situaciones extremas, en que se hayan agotado los medios ordinarios; tiene en cuenta para ello, entre otras razones, lo dispuesto en el art. 31 de la CN.

No puede dejar de estudiarse, en este tema, al profesor de derecho procesal constitucional Néstor Sagüés, no solo en cuanto al control de constitucionalidad por la Administración sino, en general, en lo referente al control de constitucionalidad y convencionalidad. En principio, su idea es negativa en cuanto a que el PE tenga esa posibilidad, pero entiende que, como excepción, podría hacerlo cuando la ley es obvia y groseramente inconstitucional. Ver su artículo en <https://mail.yahoo.com/d/folders/32/messages/ADXInexVmTgkYSqvdQfvQKHGnMc/ADXInexVmTgkYSqvdQfvQKHGnMc:2?fullscreen=1>

De igual manera cabe destacar la obra de Loianno, Adelina, "El control de convencionalidad y la justicia constitucional: Retos", en Revista jurídica de Buenos Aires, UCES, vol. 18, ed. 2014, p. 157.

Otras obras que cabe citar (además de las que figuran en el artículo de Duperat Morellat), son: Gelli, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina", 3ª edición ampliada y actualizada, p. 826; Guillot, María Alejandra, "Administración y ley inconstitucional: El dilema", ED constitucional, 2009, p. 431; Comadira, Julio P., "El caso 'Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal y la administración frente a la ley inconstitucional o inconveniente'", en Máximos precedentes (Dir.: Juan Carlos Cassagne), LL, 2013, vol. II, p. 413 y "La administración pública frente a la ley inconstitucional o inconveniente en el procedimiento administrativo", en Pozo Gowland et al, "Procedimiento administrativo", LL, 2012, vol. II, p. 833; Durand, Julio, "La administración frente a la ley inconstitucional", en REDA, vol. 186, p. 602; Villarruel, María Susana, "La posición de la Administración Pública ante la ley inconstitucional", en Universidad Austral, El derecho administrativo hoy: 16 años después", RAP, 2013, p. 415; Muñoz, Ricardo (h.), "Control de convencionalidad por la administración pública", LL, vol. 2017 E, p. 879; Rubinstein, Guido, "El control constitucional ejercido por la administración pública: El caso de la ANSES", en Revista de Jubilaciones y Pensiones, Estudio Jáuregui, vol. XIV, 2005, p. 939; Dominique, Christian, "¿Es posible el control constitucional en la administración pública?", en REDA, vol. 135, p. 267; Buteler, Alfonso, <https://www.scielo.br/j/rinc/a/FSzJb6TLqhzNxtsDZD6vs9j/?lang=es&format=pdf>; Domingo, Hugo Luis, <https://www.mndabogados.com.ar/files/DOMINGO-Act-Adm-control-constitucionalidad.pdf>

Al tema también se refirió Patricio Sammartino, antes del dictado de los fallos "Gelman" y "Rodríguez Pereyra", en "Amparo y Administración en el Estado constitucional social de Derecho", Abeledo Perrot, Bs. As., 2012, tomo I, p. 463 a 469.

Quienes se pronuncian en contra de que el PE u otros órganos administrativos ejerzan este control y lleguen a inaplicar una ley por considerarla inconstitucional o inconvencional, se fundan en lo dispuesto en los arts. 29 y 109 de la CN, ya citados; en la presunción de legitimidad de las leyes (que haría crisis ante la presunción de ilegitimidad de las leyes que contengan categorías sospechosas y sus actos de aplicación, portadores de un vicio en la causa), y en el hecho de que la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma (y abstenerse de aplicarla al caso) es privativa y exclusiva de los jueces, y una postura contraria podría conducir a violar la división de poderes. En la jurisprudencia judicial, la CSJN ha adoptado esta posición. En efecto, en la causa "Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A."<sup>8</sup>, el Tribunal dijo que "... cualesquiera sean las facultades que corresponde reconocer al poder administrador para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no cabe —sin embargo— admitir que sea de su resorte el declarar la inconstitucionalidad de éstas. Ello así, porque aceptar semejante tesis importaría desconocer que el Poder Judicial es, en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo, y admitir, en consecuencia, la posibilidad de que el poder pueda residir y concentrarse en una sola

---

<sup>8</sup> Fallos: 269:243.

sede". Esta jurisprudencia la extendió a los decretos en la causa "Provincia de Mendoza c. Nación Argentina"<sup>9</sup>.

La jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación, en una primera etapa, también abrevó en estas aguas, al sostener que el PE no puede derogar las leyes ni declarar su inconstitucionalidad, pues está obligado a ejecutarlas y cumplirlas; sin embargo, puede y debe examinar la validez de la ley, y si considera que ella es inconstitucional, adoptar cualquiera de las siguientes actitudes: Ejercer el derecho de veto; plantear su inconstitucionalidad ante el Poder Judicial de la Nación en los casos y bajo los procedimientos judiciales establecidos (lo cual estaría obstaculizado por el hecho de que la Corte federal no admite esa posibilidad<sup>10</sup>), y proponer su derogación ante el Congreso de la Nación. Posteriormente, y por influencia de quien fue su titular, el profesor Miguel Marienhoff, viró a una postura que reconoció al Poder Ejecutivo la posibilidad de no aplicar una ley que juzgue inconstitucional<sup>11</sup>. En sucesivos

---

<sup>9</sup> Fallos: 298:511. Bueno es decir aquí que, si es el PEN el que considera que su propio decreto es inconstitucional o inconvencional, puede derogarlo, lo mismo sucede si se trata de otro tipo de reglamentos dictados por otros organismos administrativos (ellos pueden derogarlo).

<sup>10</sup> La doctrina de la CSJN veda a los entes estatales la posibilidad de poner en tela de juicio la validez constitucional de leyes emanadas del Congreso Nacional (arg. Fallos: 312:2075; 322:227, entre otros).

<sup>11</sup> Sin embargo, de la jurisprudencia de la Corte federal se deriva que no puede "inaplicarse" una ley si no se la declara, previamente, inconstitucional (confr. la jurisprudencia cit. en la nota 14).

dictámenes, el organismo asesor señaló que esa posibilidad podía darse frente a alguna de estas circunstancias: manifiesta e indudable violación legislativa de facultades constitucionales propias del Poder Ejecutivo, pronunciamientos de inconstitucionalidad producidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctrina judicial declarativa de inconstitucionalidad de la ley, proveniente de otros tribunales que no sean esa Corte. En los últimos años, la PTN ha emitido dos dictámenes en los que se refiere a la constitucionalidad/convencionalidad de normas<sup>12</sup>. En uno de ellos, opina que una resolución del BCRA es inconstitucional (resolución que, por su calidad de reglamento, puede ser derogada por el ente administrativo. No se presenta aquí un problema tan grave para la vigencia de las instituciones republicanas como cuando lo que está en juego es una ley). En el otro dictamen, el organismo intenta hacer una interpretación constructiva (que no sea represiva, es decir, que no deje de aplicar la norma), frente a dos leyes referentes al registro civil y a la identidad de género de una persona <sup>13</sup>.

### Conclusiones y dudas

---

<sup>12</sup> Dictámenes PTN 305:12 y 309:253.

<sup>13</sup> En el segundo caso ¿Podría suponerse que lo dictaminado tiene base en que la ley posterior (de identidad de género) deroga la ley anterior (de registro civil)?

La breve reseña precedente me conduce a expresar las siguientes conclusiones y dudas:

El Poder Ejecutivo y otros órganos que no sean el Poder Judicial (e incluso el Poder Judicial en función administrativa), si encuentran que una ley, aplicada literalmente, es inconstitucional o inconvencional, podrían, en ocasiones, realizar interpretaciones con todos los métodos que brinda la jurisprudencia y la doctrina, de modo de encontrar un cauce constitucional para su aplicación. Esto no será posible si la ley es taxativa y no admite ningún tipo de interpretaciones. En efecto: Si se trata de una ley, el órgano administrativo podría realizar, si cabe, una interpretación armónica del ordenamiento que no conduzca a la prescindencia del texto legal, en línea con la jurisprudencia de la Corte federal<sup>14</sup> y con la de la CIDH, cuando se refiere al control constructivo, no represivo, que obliga a interpretar en forma “armonizante” y “adaptativa” el derecho doméstico, de conformidad al Pacto y su interpretación.

Si la Administración pretende dictar, por ejemplo, un acto administrativo contrario a las normas que le dan fundamento, y encuentra

---

<sup>14</sup> Según su reiterada doctrina en el sentido de que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir del texto legal si no media debate y declaración de inconstitucionalidad de la norma, pues su exégesis, aun con el fin de adecuación a garantías y principios constitucionales, debe practicarse sin violación de su letra o de su espíritu.

que esas normas son inconstitucionales o inconvencionales, se enfrentaría al principio de interdicción de la derogabilidad singular del reglamento o aplicabilidad singular de las leyes o del ordenamiento jurídico <sup>15</sup>. Si se trata de un reglamento, antes de dictar el acto cualquier órgano, aquel del que emanó el reglamento puede modificarlo o derogarlo, porque los órganos administrativos deben decidir conforme al bloque de legalidad, que incluye a los reglamentos. Igualmente, en todos los casos deberá obtener, previamente a dictar ese acto, la derogación o modificación del reglamento, con lo cual si un órgano inferior en la escala jerárquica decidiera así obrar, y el reglamento emanare de un órgano superior, quizá se dificultaría la derogación o modificación previa. Esto nos conduce a reflexionar lo siguiente: Si un órgano administrativo no puede, por ejemplo, soslayar la existencia o no aplicar (por considerarlo inconstitucional o inconvencional) un decreto del PEN, ¿por qué podrá proceder de otra manera con una ley?

Ahora bien, si se admite que el PEN u otro órgano administrativo que considera inconstitucional o inconvencional una ley y, por lo tanto, no la aplique, nos enfrentamos a varios cuestionamientos, y podría generarse,

---

<sup>15</sup> Ver Bianchi, Alberto, "El caso Promenade y la llamada inderogabilidad singular de los reglamentos en un controvertido fallo", REDA 2, p. 377.

eventualmente, inseguridad jurídica y afectaciones de la igualdad entre los ciudadanos y en cuanto al uso legítimo de los recursos públicos.

Por ejemplo: Podría haber interpretaciones o evaluaciones de la ley distintas de diferentes organismos, o de órganos superiores e inferiores en la escala jerárquica administrativa. ¿Cómo jugaría en este caso el principio de jerarquía? ¿Cómo, la idea del precedente administrativo que, con sustento en la garantía de igualdad, impondría a la Administración resolver del mismo modo respecto de situaciones idénticas? Cada organismo (administración central, entidades autárquicas, etc. y, dentro de ellas, cada órgano) podría tener distintas posiciones, esgrimidas y utilizadas, además, en procedimientos en los cuales puede no haber derecho de defensa de las partes y de terceros afectados, y no existe una decisión de un órgano imparcial, como sí sucede en el ámbito judicial. Además, ¿quién puede afirmar que cierta interpretación, administrativa o judicial, de una ley, es la definitiva? Puede que una interpretación judicial sobre la que quiera asentar el organismo administrativo la inaplicación de la ley, o una efectuada por un organismo administrativo, con las limitaciones señaladas en el párrafo anterior en cuanto a los derechos de las partes y de terceros, varíe. ¿Cuál será la indicada, entonces? No hay derecho adquirido al



mantenimiento de una jurisprudencia judicial y tampoco a lo que se dice en una decisión administrativa en cuanto a la interpretación de una norma.

¿Qué sucede si la declaración judicial de inconstitucionalidad, incluso efectuada por la CSJN (en la que la administración quiera sustentarse para no aplicar la ley), se debe a que la aplicación de la ley, habida cuenta de las particularidades de determinado actor, se torna inconstitucional?<sup>16</sup>. Si se da ese tipo de decisiones, ¿pueden el PE u otros órganos no judiciales considerar que hay jurisprudencia de la Corte por la inconstitucionalidad o inconveniencia y dejar, por ello, de aplicar la ley? Respecto de la posibilidad de que la Administración no aplique una ley declarada inconstitucional por la Corte u otros tribunales, de nuevo, ¿cómo sabemos que esa declaración será inmutable?

En los procesos colectivos se agregan los problemas que señalamos antes, a saber: ¿tiene fundamento jurídico que la sentencia que se dicte tenga efecto cuasi derogatorio de la ley? ¿Puede usar este argumento la administración? ¿Qué pasa si la sentencia es de un tribunal anterior a la Corte y queda firme? ¿También tiene efecto cuasi derogatorio? Si respondemos que sí, ¿cuál de las sentencias lo tiene, si hay fallos contradictorios de diversos tribunales? Además, aunque la sentencia en un

---

<sup>16</sup> De ello es muestra la interesante sentencia registrada en Fallos: 316:779.

proceso colectivo tenga efectos *erga omnes*, si la ley sigue vigente (el Congreso no la deroga), ¿puede no aplicarla la Administración?

Frente a la existencia de categorías sospechosas, la norma se presume inconstitucional y se dicta sentencia caso por caso. Puede uno preguntarse para qué someter a los particulares a un juicio si ya hay declaraciones de inconstitucionalidad. Para responder negativamente a esta cuestión, deberíamos quizá reflexionar, en este caso, sobre los principios republicanos y, sin duda, en que no se puede dejar de contemplar qué pasa con los terceros que puedan verse repercutidos por la decisión administrativa (por ejemplo, los contendientes en un proceso de selección), a lo que se agrega que, en muchos de esos casos, la administración está disponiendo de recursos públicos, que no son propios sino de la comunidad, y debe actuar con suma prudencia cuando lo hace. El obrar o la omisión de la Administración sin considerar lo que dice una ley afectaría el principio republicano que, recordemos, se expresa en el art. 1° de la Constitución Nacional., pues si no aplica la ley, emanada de otro órgano del Poder, por considerarla inconstitucional o inconvencional, afectaría la Constitución misma. Si la Administración no puede ignorar ni sus propios reglamentos al actuar, ¿por qué podría hacerlo con la ley? Si se pretende “preservar” la

Constitución al no aplicar una ley, ¿no se la estaría afectando gravemente al violar su artículo 1°?

En general, y en cualquier caso, se impone contemplar el interés de la sociedad, por la posible afectación de sus derechos derivada del dictado de actos apartados de la ley, que quizá no tengan un legitimado para exigir su control judicial (por ejemplo, sectores carenciados privados de recursos públicos para salud, educación, etc.). Ello sucede muchas veces con los actos que otorgan beneficios. ¿Quién los impugnará, de modo que el Poder Judicial controle lo decidido por la Administración? ¿El beneficiado? Claramente, no. Incluso desde el punto de vista de este último, el otorgamiento de un beneficio que se aparte del texto de la ley lo dejará en una posición más que enclenque, pues su acto administrativo será pasible de revocación en cualquier tiempo, por aplicación de los arts. 17 y 18 de la LNPA y la jurisprudencia de la Corte federal<sup>17</sup>. Ni que hablar de ciertos beneficios previsionales, otorgados por un acto administrativo que es más fácilmente revocable aún, por aplicación de las normas respectivas (leyes especiales frente al régimen general de la LNPA).

En cuanto al control de convencionalidad, parte de la doctrina sustenta el otorgamiento de facultades cancelatorias de las leyes a la Administración en la doctrina de la CIDH a partir de la causa “Gelman”<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Fallos: 341:1679 y sus precedentes.

<sup>18</sup> CIDH, “Gelman”, sentencia del 24/2/11, serie C, N° 221.

Muy bien, pero leamos bien lo que allí dice la Corte internacional, en cuanto a que ese control lo deben hacer los órganos internos de cada país, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, lo cual demuestra que ella no está dando una “vía libre” para que cualquier órgano estatal deje de aplicar la ley, sino que considera que deben respetarse las competencias y vías establecidas en el ordenamiento jurídico de cada país para esa finalidad<sup>19</sup>.

Finalmente, si se admitiera la facultad de la administración pública para no aplicar la ley que considerare inconstitucional o inconvencional, ¿cuál sería el órgano administrativo que podría decidir la no aplicación de aquella?<sup>20</sup>. Quienes propugnan la postura de que un órgano de la administración pública pueda inaplicar la ley por considerarla inconstitucional o inconvencional sostienen, en general, que ese órgano debería ser el presidente de la Nación.

En cuanto al control de convencionalidad, ¿qué significa “autoridad pública” en los términos utilizados por la CIDH en la sentencia “Gelman”? ¿Cualquier órgano de la administración con poder de decisión? Esto último podría generar una serie indefinida de decisiones distintas, incluso contradictorias entre sí. El término “autoridad pública” se referiría no a cualquier órgano, sino a aquellos que poseen, precisamente, alguna

---

<sup>19</sup> Si les interesa este tema, no dejen de escuchar a quien introdujo, por primera vez, la idea de control de convencionalidad en un voto razonado, como juez de la CIDH, el profesor Sergio García Ramírez. <https://www.youtube.com/watch?v=BJed8Gb9LMo&t=4s2>

<sup>20</sup> No tratamos aquí el tema de los órganos administrativos con facultades jurisdiccionales ni el de los tribunales administrativos, que merecen un pequeño capítulo aparte.

autoridad. Pero ¿quiénes y cuántos son ellos? Considérese que órganos con autoridad poseemos muchos en la administración pública central y descentralizada.

Respecto del caso más extremo planteado, esto es, que la ley viole las competencias constitucionales del Presidente, ¿podría él impugnarla?<sup>21</sup>. La jurisprudencia le impide a ese órgano plantear la inconstitucionalidad de una ley, incluso si tiene ese contenido. Se trataría del Estado litigando contra sí mismo, órgano contra órgano. Existe un precedente de la CSJN en el que se evaluó la legitimación de un órgano de una persona estatal para impugnar la validez de un acto de otro órgano de la misma persona, por haber este último afectado las competencias legales del primero<sup>22</sup>. ¿Podría considerarse esta doctrina aplicable, *mutatis mutandi*, al caso de afectación de competencias constitucionales del PEN por medio de una ley?

Para justificar la inaplicación de leyes por la Administración, se ha sostenido, también, la operatividad de los derechos y garantías consagrados en los textos convencionales. Ahora bien, si existe una ley interna que reglamente ese derecho, y ésta es legítima, ¿se viola ese principio? Las convenciones internacionales no dejan sin efecto el derecho

---

<sup>21</sup> A la manera en que lo hace la Corte con las leyes que amplíen o restrinjan su competencia originaria, establecida en la CN. Ciertamente es que la Corte es un órgano judicial y realiza ese control para entender en causas judiciales.

<sup>22</sup> Fallos: 331:2257.

interno. Y si la ley violara o impidiera concretar un derecho o garantía de base convencional, ¿puede, con todas las observaciones que antes se efectuaron, quedar esa decisión en manos de cualquier autoridad estatal?

En definitiva, planteo estas cuestiones porque tienen relevancia institucional en nuestro sistema republicano de gobierno y en la protección, tanto del interés general de la sociedad, como de los derechos y garantías individuales.



Escuela del Cuerpo de  
Abogados del Estado



Procuración del Tesoro  
Argentina