

SEGUNDO ENCUENTRO  
FRAGMENTOS DE ACTUALIDAD  
EN DERECHO PÚBLICO



Martes 13 de noviembre de 2012 a las 18 hs. en el Salón Verde, Facultad de Derecho (UBA)

## Fragmentos de actualidad en Derecho Público

Segundo encuentro del ciclo de debates "Dr. Omar Dalmazzo", organizado por la Asociación de Docentes y el Departamento de Derecho Público II de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.



Auspicio: Revista Jurídica Lecciones y Ensayos.

Comité Académico: Marialma Berrino, Pablo Cayssials, Sergio G. Fernández, Mario Rejtman Farah y Alberto Spota.  
Presidente de la Jornada: Enrique M. Alonso Regueira.

Presidente del Comité Organizador: Ariel Cardaci Méndez.

Comité Organizador: Jonathan Brodsky, Luis Casarini, Guido J. Dubinski, Milton Fellay, Felipe Agustín Fuertes, Juan Martín Gavaldá y Leandro Martínez.

Moderadora: Magdalena Bulit Goñi

Expositores:

- Erica Gorbak, "*Mutaciones constitucionales por actos de los poderes públicos en el ejercicio diario de sus funciones. Problemática Actual*"
- Gonzalo Kodelia, "*Primeras aplicaciones del nuevo reglamento del régimen de contrataciones de la administración nacional: Riesgos y potencialidades*"
- María Gimena Olmos Sonntag, "*La protección cautelar contra los frenos a la importación. Los nuevos precedentes de la Corte y la Cámara en lo Contencioso Administrativo*".
- Juan S. Pasquier, "*Las servidumbres administrativas. El caso del servicio público de gas natural*".

❖ Entrega de certificados de asistencia solo con inscripción previa via correo electrónico [dpublidos@derecho.uba.ar](mailto:dpublidos@derecho.uba.ar)

Entrada libre y gratuita.



Juan S. Pasquier, María Gimena Olmos Sonntag, Enrique M. Alonso Regueira, Magdalena Bulit Goñi, Gonzalo Kodelia y Érika Gorbak.

MUTACIONES CONSTITUCIONALES  
POR ACTOS DE LOS PODERES PÚBLICOS  
EN EL EJERCICIO DIARIO DE SUS FUNCIONES.  
PROBLEMÁTICA ACTUAL  
(RESUMEN)

ÉRICA GORBAK

Estos últimos meses hemos estado presenciando a través de distintos medios de comunicación diversos debates acerca de una posible intención de reforma en nuestro sistema constitucional argentino. Muchos han presentado su postura a favor de ella, pero muchos otros su gran reticencia, básicamente en lo que se relaciona con la extensión del mandato de la figura presidencial como un acto contrario a los principios democráticos y republicanos que nos rigen, entre ellos la alternancia en el ejercicio del poder como uno de los pilares fundamentales que los sustentan.

Entonces me preguntaba acerca de los peligros que representaría o no una nueva reforma constitucional, pero me preguntaba más acerca de los daños que se le ocasiona a nuestra Nación más que con los intentos de reformas que ya en otras épocas hemos vivido, por las constantes mutaciones constitucionales dado el propio carácter movedizo y cambiante de las fuerzas sociales, políticas, económicas y culturales que se encuentran en permanente modificación y movimiento, llevadas a cabo por los propios poderes públicos.

Si bien es cierto que las constituciones son hechas para perdurar en el tiempo, no pueden ni deben entenderse como una ley eterna, inmutables por naturaleza y que por más depurada y perfecta que ella fuese, el Estado político y social no puede cristalizarse indefinidamente en un texto legislativo. En definitiva, la posibilidad de modificar la Constitución implica en sí misma la garantía de su permanencia y durabilidad, en la medida en que es un instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política, realizando así la síntesis dialéctica entre la tensión contradictoria de esas realidades.

Por lo tanto, cuando se habla de cambio constitucional, en la teoría del derecho constitucional se quiere aludir a los procesos de acomodación de las normas constitucionales a la realidad, pero claro está, no se incluye a las formas de rompimiento o de vaciamiento de la Constitución.

Así, sólo hay dos formas de realizar esta acomodación: la reforma constitucional o enmienda y la mutación constitucional, que revelan, respectivamente, procesos formales y procesos informales de modificación de la Constitución.

De este modo, si bien se ha estado hablando tanto de la reforma constitucional, poco o mejor dicho nada se menciona acerca de las mutaciones constitucionales que ocurren a diario y que tanto o más dañan a nuestra Nación; mutaciones constitucionales que son llevadas a cabo por los tres órganos-poderes del Estado y no por sólo uno de ellos, así como las que ocurren en el propio sistema de controles establecido con la última intención de garantizar el ejercicio y el respeto de los derechos individuales.

La presente ponencia tiene por finalidad analizar estos procesos y vincularlos con la constante problemática actual con la intención de llevar a la audiencia a un mejor entendimiento, reflexión y debate sobre los planos constitucional formal y material presentes en nuestra realidad, que impactan en el Derecho Público en su totalidad y en definitiva en nuestra libertad.

**PRIMERAS APLICACIONES  
DEL NUEVO REGLAMENTO DEL RÉGIMEN  
DE CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN  
NACIONAL: RIESGOS Y POTENCIALIDADES  
(RESUMEN)**

GONZALO KODELIA

1. El decr. 893/12 vino a cumplir el mandato del art. 39 del decr. delegado 1023/01. Más de 11 años después contamos, por fin, con una reglamentación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (RRCAN).

Pero además de saldar esa deuda, y como lógica consecuencia por referir a un régimen anterior, unificó en sus disposiciones la dispersión normativa de las contrataciones públicas, mediante una extensa derogación (art. 6), que incluyó no solamente la reglamentación anterior (decr. 436/00), sino la totalidad de las circulares de la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC), el Manual de Adquisiciones (res. SH 515/00), el Pliego Único (res. ex ME 834/00) y las normas aprobatorias de los distintos formatos estandarizados para las sucesivas etapas del procedimiento de contratación; al mismo tiempo que incorporó institutos antes regulados por normas diversas, como la contratación directa por trámite simplificado (decr. 1818/06) o la invitación a la imprenta del Congreso de la Nación en los procedimientos para contratar trabajos gráficos (decr. adm. 56/03).

De este modo, el decr. 893/12 simplifica el universo normativo de las contrataciones públicas en lo que respecta a su parte general, tornándolo más accesible y eficiente.

2. El carácter reglamentario de la norma aprobada, implica su necesaria sujeción al decr. delegado 1023/01, el cual fijó como regla general para la selección del cocontratante, al procedimiento de licitación pública (art. 24). Si bien esta regla es reproducida en el art. 15 del RRCAN, se atempera al indicarse que: “No obstante la regla general, en todos los casos deberá aplicarse el procedimiento que mejor contribuya al logro del objeto establecido en el art. 1 del decr. delegado 1023/01 y sus modificaciones y el que por su economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos sea más apropiado para los intereses públicos”.

Aunque todavía deba establecerse la articulación constitucional de este permiso y su relación con normas supranacionales como, entre otras, la Convención Interamericana contra la Corrupción, lo cierto es que, aludiendo a las

paradigmáticas 3E, el RRCAN interviene en el principio general posibilitando huir de la licitación pública, cuando el desempeño eficiente de la Administración y el logro de los resultados requeridos por la sociedad (art. 1, decr. 1023/01), así lo impongan.

3. Los decretos del 17 de julio de 2012 establecieron que las jurisdicciones y entidades del art. 8, inc. *a*) de la ley 24.156, deberán utilizar el procedimiento de contratación directa interadministrativa para el pago de haberes al personal mediante el Banco de la Nación Argentina (decr. 1187/12), adquisición de automotores con Nación Leasing S.A. (decr. 1188/12), combustibles y lubricantes con YPF S.A. (decr. 1189/12) y transporte aéreo con Aerolíneas Argentinas S.A., Austral Líneas Aéreas Cielos del Sur S.A. y Líneas Aéreas del Estado (LADE), mediante los servicios de compra de pasajes con Optar S.A. (decr. 1191/12).

Además, el decr. 1190/12 instruyó al Jefe de Gabinete de Ministros para que implemente la modalidad de Acuerdo Marco, en las contrataciones de las jurisdicciones y entidades referidas, respecto al servicio de telefonía celular móvil, radio y transferencia de datos; lo que implica una importante limitación al principio de descentralización operativa y de gestión (art. 23, inc. *b*) decr. 1023/01), consagrado en las competencias acordadas a las UOCs (Unidades Operativas de Contrataciones).

4. Estas normas parecieran indicar una reorientación del poder de compra del Estado hacia sus propias unidades, generando un circuito de oferta y demanda autoabastecida de productos y servicios que, en principio, encuentra buenas razones desde una visión que considera al Estado como actor relevante en la tarea de redistribución igualitaria de recursos.

Claro que los peligros de mayores costos y eventuales ineficiencias deben ser considerados, como así también que algunos de los cocontratantes seleccionados (YPF y los proveedores que resulten parte en los Acuerdos Marco del decr. 1190/12) están constituidos por empresas privadas que se verán altamente favorecidas mediante el aseguramiento de la importante demanda del Estado nacional.

Así, el RRCAN y sus primeras aplicaciones proveen una impronta que permite una disposición dirigida de la demanda pública, con sus consecuentes potencialidades y riesgos.

LA PROTECCIÓN CAUTELAR CONTRA  
LOS FRENOS A LA IMPORTACIÓN.  
LOS NUEVOS PRECEDENTES DE LA CORTE Y LA  
CÁMARA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
(RESUMEN)

MARÍA GIMENA OLMOS SONNTAG

Quiero sumar al debate un tema de actualidad, el hecho de que, para poder importar determinadas mercaderías, el Estado exige que se tramite un certificado o licencia de importación ante la Secretaría de Comercio, el cual debe ser presentado ante la Aduana, como requisito previo al libramiento a plaza de las mercaderías.

Como primer punto, hay que recordar que la posibilidad de recurrir a este tipo de medidas se encuentra expresamente regulado por la Organización Mundial del Comercio, en el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación (ley 24.425), donde se fijan los límites y procedimientos para su implementación.

De este modo, debe recurrirse a dicho acuerdo para delimitar el concepto de licencia de importación y definir los casos en que estas pueden calificarse como automáticas y cuando ellas deben considerarse “no automáticas”.

Se verá que esta distinción resulta relevante a los fines de establecer los procedimientos a los que el Estado debe someter su tramitación, sin embargo, dada la práctica que la Argentina ha adoptado en el tema, puede adelantarse que esta distinción no resulta trascendente a los fines de valorar la legitimidad de dicha práctica. Puesto que la Jurisprudencia ha entendido que, en cualquiera de los dos casos, el Estado se encuentra incumpliendo los procedimientos receptados en el citado Acuerdo.

A modo de ejemplo, puede tomarse la Resolución del Ministerio de Economía, 485/2005, donde se exige un Certificado de Importación de Juguetes (CIJ) como requisito previo al libramiento a plaza y exigible en las solicitudes de destinación de importación definitiva para consumo, respecto de las mercaderías comprendidas en las posiciones arancelarias de la Nomenclatura Común del MERCOSUR (NCM) allí detalladas.

La demora en la tramitación de dichos certificados ha originado una gran cantidad de juicios en los que se pretende en definitiva el despacho de la mercadería a plaza y la declaración de ilegitimidad de la exigencia previa de tramitar el referido certificado de importación. Los amparos y medidas cautelares iniciados se sustentan, en definitiva, en que tal exigencia y la demora en su trámite constituye una traba paraarancelaria a la importación y un perjuicio –que abarca principalmente los grandes costos de almacenaje de la mercadería en la aduana y las consiguientes pérdidas por las demoras en la comercialización de la misma y en el

recupero de la inversión y el flujo de sus negocios— todo lo cual, conlleva una violación a los derechos consagrados en los arts. 14 y 17 de la Constitución nacional.

Como respuesta a esta estos procesos, la totalidad de las Salas de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal ha hecho lugar a las medidas cautelares y amparos entablados. Uno de los primeros y más paradigmáticos precedentes fue “El Brujo” dictado por la Sala III. Allí se tuvo en cuenta los fundamentos y objetivos de la resolución M.E. 485/05, para concluir que la exigencia de la tramitación de un certificado adicional de importación de juguetes como requisito para el libramiento de la mercadería a plaza resultaba irrazonable, en tanto no existía justificación de hecho o de derecho para supeditar el ingreso de la mercadería, al libramiento del certificado allí previsto. Lo cual, erige al mentado certificado en una barrera para-arancelaria y una concreta restricción, cuanto menos temporal, a la importación de determinados artículos, viciando así la finalidad del acto, que persigue la obtención de información sobre flujos de importación del sector.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con remisión al dictamen de la señora Procuradora Fiscal, con fecha 4 de septiembre de 2012, revoco la sentencia por la cual se había declarado la inconstitucionalidad de la Resolución 485/2005 y entendió que el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación prevé el derecho de cada país a imponer licencias no automáticas para establecer restricciones cuantitativas a las importaciones, en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), y del Acta Final de Marrakech (GATT de 1994).

De tal modo, concluyó que los certificados exigidos por la res. 485/05 no son de dificultosa producción, por lo que no podía predicarse su irrazonabilidad. Asimismo, se manifestó a favor de la legitimidad de la finalidad perseguida por dicha norma y recordó que toda declaración de inconstitucionalidad implica un acto de suma gravedad institucional, que debe ser considerada como *ultima ratio* del orden jurídico, estando a cargo de quien invoca una irrazonabilidad, su alegación y prueba.

A modo de conclusión puede afirmarse que, sin perjuicio de los diversos alcances dados a las diferencias entre licencias automáticas y licencias no automáticas, las exigencias previstas para obtener la liberación de la mercadería importada deben ser analizadas en punto a la exigencia como requisito previo del despacho a plaza, y ello en el contexto de las facultades de la Administración General de Aduanas, en tanto órgano de control.

Es este contexto el que ha sido analizado en las sentencias que, con posterioridad al precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación citado, continuaron haciendo lugar a las medidas cautelares suspensivas de la exigencia de tales certificados.

## LAS SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS. EL CASO DEL SERVICIO PÚBLICO DE GAS NATURAL (RESUMEN)

JUAN SANTIAGO PASQUIER

El transporte y la distribución de gas natural en la Argentina constituyen un servicio público nacional de acuerdo con la ley 24.076. La producción de gas natural, que no constituye un servicio público, se encuentra regida por la ley 17.319, de Hidrocarburos, y por la ley 26.741, de Soberanía Hidrocarburífera, más conocida como la ley de expropiación de YPF.

Trasladar el gas natural desde las cuencas gasíferas, básicamente la cuenca neuquina, la austral y el gas proveniente del norte del país, requiere de un conjunto de complejas y costosas instalaciones, conformadas por gasoductos, plantas compresoras, estaciones de medición y regulación, válvulas de diferente tipo, “trampas de scraper”, sistemas de comunicación asociados, etc. Los gasoductos suelen estar enterrados aprox. a un metro de profundidad bajo tierra –técnicamente se habla de “tapada”–, en tanto que el resto de las instalaciones se encuentran sobre la superficie, conectadas a aquellos.

Esas instalaciones, absolutamente necesarias para asegurar el abastecimiento de gas natural a los hogares, comercios e industrias, se ubican dentro de inmuebles públicos o privados, siendo la servidumbre administrativa de gasoducto el derecho real que regula la cuestión.

La servidumbre administrativa ha sido definida como el derecho real administrativo constituido por el Estado –*lato sensu*– sobre un bien del dominio privado o del dominio público, con el objeto de que sea usado por el público en la forma que resulte del acto o del hecho constitutivo del gravamen. La servidumbre administrativa afecta el carácter exclusivo del dominio, limitando las facultades del propietario sobre él. Existe un claro interés público comprometido en este tipo de derecho real, aspecto que lo diferencia de las servidumbres privadas (reguladas directamente por el Código Civil, sin perjuicio de la aplicación analógica de ese código a las servidumbres administrativas).

En el caso del gas natural el art. 22 de la ley 24.076 establece que “los transportistas y distribuidores gozarán de los derechos de servidumbre previstos en los arts. 66 y 67 de la ley 17.319”, remitiendo de esa manera a la Ley de Hidrocarburos, la cual, a su vez, remite a los derechos acordados por el Código de Minería respecto de los inmuebles de propiedad fiscal o particular.

Sin perjuicio de lo anterior, el mismo art. 22 dispone que en caso de falta de acuerdo con los propietarios de los inmuebles en relación con el monto de

las indemnizaciones debidas, las transportistas y licenciatarias deberán acudir al ENARGAS para que este, mediante el procedimiento fijado por vía reglamentaria, fije el monto provisorio a los efectos de la Ley de Expropiaciones. Se trata, por lo tanto, de una regulación y competencia específica del ENARGAS, el cual, en ese marco, dictó la resolución 584/1998, normativa por excelencia a la hora de encauzar las diferencias entre las empresas y los propietarios en cuanto a la determinación del canon de servidumbre. Esta normativa propia a su vez tiene un reenvío a los decrs. 860/96 y 861/96, comúnmente denominados en la materia como los “decretos petroleros”, situación que en muchos casos genera diferencias de interpretación y aplicación, siendo un aspecto que debe ser corregido por el ENARGAS a los fines de evitar aquellas.

Los principales caracteres de la servidumbre de gasoducto son: i) es continua, en el sentido que no requiere del hecho actual del hombre para su ejercicio; ii) es perpetua, en los términos del art. 3009 del Cód. Civil, claro está, siempre y cuando exista una afectación al servicio público; iii) es onerosa, en principio, aunque también podría ser gratuita dado los acuerdos que se pueden arribar entre las prestatarias del servicio público y los propietarios afectados; iv) puede ser “aparente” o “no aparente”, en atención a si las instalaciones se manifiestan, o no, a través de signos exteriores visibles, aspecto este discutido a nivel doctrinario y jurisprudencial; y v) es “positiva” y “negativa”, dado que el propietario del predio sirviente tiene obligaciones de “dejar hacer” –permitir la ejecución de obras o tareas de inspección y mantenimiento de las instalaciones, por ejemplo–, “no hacer” –no construir ni plantar árboles a determinadas distancias mínimas de seguridad– y de “hacer” –dado que el propietario debe garantizar que no se turbe el normal ejercicio del derecho de servidumbre frente a hechos de terceros–.

Estas servidumbres son formalmente constituidas por el ENARGAS a través del dictado de una resolución administrativa de su máxima autoridad, acto que se apoya en los respectivos planos de mensura que ubican y grafican, inmueble por inmueble a lo largo de todo el país, la ubicación de los gasoductos y demás instalaciones en cada predio, planos que a su vez deben estar registrados ante las autoridades catastrales correspondientes a cada jurisdicción. La resolución, a su vez, debe ser inscripta en el Registro de Propiedad Inmueble de cada provincia, todo ello a los fines de dar publicidad frente a terceros del derecho real constituido. Las servidumbres se constituyen a favor de las empresas licenciatarias a cargo de la prestación del servicio público de transporte o distribución de gas natural, aunque una situación particular viene ocurriendo con las ampliaciones que están siendo ejecutadas a través de diferentes fideicomisos impulsados por el Estado nacional para ampliar la capacidad de transporte y/o distribución de gas natural.

Los permisos de paso para la ejecución de obras nuevas o tareas de operación y mantenimiento también constituyen una atribución particular encomendada por la ley 24.076 al ENARGAS, más allá de la participación posterior del Juez Federal del inmueble. Son, en los hechos, una forma de garantizar el efectivo ejercicio de la servidumbre administrativa de gasoducto frente a la negativa de los propietarios y/o superficiarios de permitir el ejercicio del derecho real constituido a favor de las licenciatarias, máxime cuando lo que está en juego es el interés público comprometido en la correcta, adecuada y oportuna prestación del servicio público.



Luis Casarini, Martín Cormick, Enrique M. Alonso Regueira, Santiago Maqueda, Nicolás Diana y Federico Thea.