Dictamen jurídico

EX-2.8659.201-DGTALET-2020.-

DIRECCIÓN GENERAL TÉCNICA ADMINISTRATIVA Y LEGAL

ENTE DE TURISMO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Vienen las presentes actuaciones a la Procuración General a fin de que se emita dictamen con relación a la viabilidad de la realización de acciones de promoción turística internacional por parte del Ente de Turismo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en virtud de la creación del Ente Público No Estatal "VISIT BUENOS AIRES" a través de la sanción de la Ley N° 6.278.

I. ANTECEDENTES

En el orden 16 luce el acuerdo de colaboración suscripto entre el Ente de Turismo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante ENTUR) y el Ente Público No Estatal VISIT BUENOS AIRES (en adelante VISIT BA) para la promoción turística internacional.

Luce en el orden 20 el registro del citado acuerdo en la Escribanía General del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

En el orden 27 se encuentra vinculada la nota emanada del Director Ejecutivo transitorio de VISIT BA, mediante la cual solicita que se considere la firma de una adenda al acuerdo celebrado entre el ENTUR y VISIT BA para la promoción turística internacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En el orden 29 obra el Acta de Directorio de VISIT BA, de fecha 22/12/2020.

En el orden 31 luce un proyecto de adenda al acuerdo de colaboración suscripto entre el ENTUR y VISIT BA para la promoción turística internacional.

En el orden 32 se visualiza la intervención de la Gerencia Operativa de Legales de la Dirección General Técnica Administrativa y Legal del ENTUR.

En el orden 35 la Dirección General Técnica Administrativa y Legal del ENTUR remite las actuaciones a esta Procuración General a los fines consignados en el encabezamiento.

PROCURACION GENERAL

II. NORMATIVA APLICABLE

Se deja constancia de que las normas que se mencionan en el presente dictamen jurídico corresponden a la última actualización del Digesto Jurídico aprobada por la Ley N° 6347.

Resultan de aplicación al caso:

- Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires, cuyo art. 2º establece:

"Artículo 2º - Competencia del órgano. La competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aries, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia...".

- Ley Nº 600, por la que se declaró al turismo como una actividad socioeconómica de interés público y cultural para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

- Ley Nº 2627, por la que se creó el Ente de Turismo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como una entidad autárquica en el ámbito de la Secretaría General y de Relaciones Internacionales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o del organismo que en el futuro la reemplace, con la organización y competencias determinadas en dicha ley, y con el objeto de diseñar y ejecutar políticas y programas de promoción, desarrollo y fomento del turismo como actividad económica estratégica de la Ciudad.

- Ley Nº 6278, por la que se creó el Ente Público No Estatal "Visit Buenos Aires" como un ente de derecho público no estatal, sin fines de lucro, que tendrá a su cargo la definición, promoción y comunicación de la estrategia turística internacional de la Ciudad de Buenos Aires, en concordancia con las exigencias previstas en la Ley Nº 600.

III. ANÁLISIS

Tal como quedó expresado en el encabezamiento se solicita de este organismo asesor que emita dictamen con relación a la viabilidad de la realización de acciones de promoción turística internacional por parte del Ente de Turismo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en virtud de la creación del Ente Público No Estatal VISIT BA a través de la sanción de la Ley N° 6.278 (texto consolidado por Ley Nº 6.347).

a. Naturaleza jurídica del ENTUR

El ENTUR ha sido creado por Ley Nº 2627 como entidad autárquica en el ámbito de la Secretaría General y de Relaciones Internacionales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o del organismo que en el futuro la reemplace, con la organización y competencias determinadas en dicha ley, con el objeto de diseñar y ejecutar políticas y programas de promoción, desarrollo y fomento del turismo como actividad económica estratégica de la Ciudad.

Tratándose de un ente autárquico, integra la administración descentralizada de la Ciudad de Buenos Aires.

La descentralización aparece cuando se atribuye competencia a un nuevo ente, separado de la Administración central, dotado de personalidad jurídica propia y constituida por órganos propios que expresan la voluntad del ente (ver Gordillo, Agustín "Tratado de Derecho Administrativo" https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXIV.pdf).

A la descentralización funcional, por servicio o institucional se la concibe como un principio de organización consistente en transferir competencias decisorias de la Administración estatal a las demás personas jurídico-públicas. Estas personas jurídicas no constituyen ordenamiento en sentido propio, carecen de base sociológica y son sujetos del propio ordenamiento que las creó (DA-2003/2004, números 267-268. MIRIAM MABEL IVANEGA. "Principios de la organización administrativa", pág. 203).

La autarquía es la más clásica de las formas de descentralización administrativa, que implica el desprendimiento de una actividad del Estado del tronco común y la constitución, para atenderla, de una entidad separada que posee autoridades, poderes y responsabilidades propias, aunque unidas a la Administración central por vínculos más o menos fuertes, directos o indirectos, por lo cual el Estado es responsable y beneficiario final de todo lo que se realiza.

Al respecto, ha dicho la Procuración del Tesoro que el concepto de autarquía no encierra la noción de independencia absoluta del ente autárquico del Poder Administrador central, lo que importa la sujeción de ese ente, en el grado pertinente, a las medidas dispuestas por aquel Poder; por ende, el vínculo de subordinación se mantiene, ya que las entidades autárquicas integran la Administración Pública y, por ello, están obligadas a respetar los lineamientos y principios de conducta y política administrativa generales que se fijen para la Administración en su conjunto, con alcance para todas las ramas de esta (ver Dictámenes 239:026, 249:700, 282:137).

PROCURACIÓN GENERAL

Al decir de Marienhoff, para que exista autarquía se requiere la concurrencia simultánea de tres elementos esenciales: 1) "personalidad" del ente; 2) "patrimonio" afectado para el cumplimiento de sus fines; y 3) "fin público".

b. Naturaleza jurídica de VISIT BA

VISIT BA fue creado por Ley Nº 6278. Tiene a su cargo la definición, promoción y comunicación de la estrategia turística internacional de la Ciudad de Buenos Aires, en concordancia con las exigencias previstas en la Ley N° 600.

Se rige por las normas del derecho privado, por la Ley Nº 6278, y por sus normas de funcionamiento interno.

Es una persona de derecho público no estatal, con personalidad jurídica propia, que goza de autonomía orgánica y funcional para el cumplimiento de sus fines respecto de los órganos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Tiene por objeto la promoción jurídica internacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de la administración de sus recursos y, con el objetivo de maximizar las oportunidades del turismo internacional, potenciando el desarrollo económico y social en todo el territorio de la Ciudad.

En cuanto a las personas públicas no estatales se ha dicho que tienen características de derecho público (creación por ley, obligatoriedad de afiliación o de sostenimiento por las personas alcanzadas, injerencia estatal en la dirección y administración designando directores, contralor estatal intenso, ejecución de cometido público o de interés público). Tienen rasgos representativos (sus órganos representan los sectores interesados), su patrimonio es de origen privado (integrado con aportes directos o indirectos de los afiliados o incorporados), aunque pueden gozar de monopolios por ley, su personal se rige por el derecho laboral, sus actos no son administrativos, sus responsabilidades se rigen por el derecho privado y su régimen presupuestal será el que la ley de creación establezca." (ver Estela Sacristán: "LAS PERSONAS NO ESTATALES COMO INSTRUMENTO DE GOBIERNO", con cita de Sayagues Laso).

c. Situación actual de VISIT BA en el contexto de pandemia de COVID-19

Los recursos del VISIT BA dependen esencialmente de la recaudación del "Derecho de Uso Urbano" (DUU), que constituye un aporte especial por el derecho al uso y goce del espacio público de la Ciudad de Buenos Aires, el cual será

aplicable a los turistas no residentes en la República Argentina (artículos 7°, 8° y 9° de la Ley N° 6.278).

El monto de dicho ingreso varía en función de la característica del servicio turístico, la categoría del lugar de alojamiento y la cantidad de noches de hospedaje (artículo 8° de la Ley N° 6.278).

Según se hace saber mediante el informe del orden 35, dado el actual contexto de pandemia y emergencia sanitaria, VISIT BA se encuentra imposibilitado de hacerse de ingresos propios para su correcto funcionamiento y desarrollo de actividades.

d. Puntos de consulta formulados por la Dirección General Técnica Administrativa y Legal

d.1 Si el ENTUR podría ejercer competencias relativas a la promoción del turismo internacional, con su propio presupuesto, estructura y personal

En su redacción originaria la Ley Nº 2627 preveía funciones del ENTUR tanto con relación al turismo interno como al internacional.

Con la sanción de la Ley Nº 6278, por la que se creó VISIT BA, se modificó el art. 3º de la Ley Nº 2627, previendo en forma expresa funciones y facultades del ENTUR limitadas a la promoción del turismo interno.

La competencia puede ser considerada como principio de la organización administrativa y también como un requisito esencial del acto administrativo.

Cabe conceptualizársela como el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente ejercer, en razón de la materia, el territorio, el grado y el tiempo.

La Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires establece en el art. 2º que *"La competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aries, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia...".*

Con respecto a los alcances de la competencia existen diferentes posturas: a) la posición extrema según la cual la competencia de los entes estatales -a diferencia de lo que ocurre con las personas físicas- es de carácter excepcional y, por tanto, sólo podrían hacer lo que expresamente les estuviese permitido

PROCURACION GENERAL

por la norma; b) otra postura que establece que los entes estatales pueden hacer no sólo lo expreso sino lo razonablemente implícito y c) la posición en la que prima el principio de la especialidad aplicado a la determinación de la capacidad de las personas jurídicas privadas.

Un adecuado criterio de síntesis valorativa de las posturas reseñadas debe llevar a considerar que los entes estatales tienen aptitud legal para hacer todo lo que está expresamente permitido y razonablemente implícito en lo expreso, definiendo el contenido de este último ámbito, a la luz del principio de la especialidad (Cfr. PTN 246:364; 244:510).

En opinión de Comadira la competencia de un órgano o ente estatal se debe determinar sobre la base de la letra expresa de la norma, en los poderes implícitos que razonablemente deriven de ella y en la naturaleza o esencia del órgano o ente de que se trate. La especialidad es, en este enfoque, no un principio autónomo de atribución sino un criterio de interpretación de las normas que crean el ente o el órgano y, asimismo, de construcción o integración de la norma cuando esta no contempla la situación a resolver (Cfr. LOS CRITERIOS PARA DETERMINAR EL ALCANCE DE LA COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS Y LOS ENTES DEL ESTADO, por JULIO RODOLFO COMADIRA, 2005, "Organización administrativa, función pública y dominio público, pág. 31; Ediciones Rap; Id SAIJ: DACF140348).

En el caso, y con sustento en la doctrina citada, se entiende que las facultades para la realización de acciones de promoción turística internacional por parte del ENTUR, se encuentran razonablemente implícitas en las que le han sido conferidas en forma expresa por el art. 3º de la Ley Nº 2627 (texto consolidado por Ley Nº 6347).

Debe tenerse en cuenta al respecto que el ENTUR tiene por objeto diseñar y ejecutar políticas y programas de promoción, desarrollo y fomento del turismo como actividad económica estratégica de la Ciudad, sin formular distingos entre turismo interno e internacional (ver art. 1º de la Ley Nº 2627).

A mayor abundamiento debe tenerse en cuenta que según se hace saber mediante el informe del orden 35, dado el actual contexto de pandemia y emergencia sanitaria, VISIT BA se encuentra imposibilitado de hacerse de ingresos propios para su correcto funcionamiento y desarrollo de actividades.

Del mismo informe resulta que para el ejercicio presupuestario vigente se han asignado al ENTUR aproximadamente $ 35.000.000 para desarrollar acciones de promoción internacional del la Ciudad.

Se entiende, entonces, que el ENTUR podría ejercer competencias relativas a la promoción del turismo internacional, con su propio presupuesto, estructura y personal.

d.2. Si el ENTUR podría ejercer tales competencias, con su presupuesto y su propia estructura, sin que ello implique la necesidad de firmar un nuevo convenio de colaboración VISIT BA.

En virtud de lo expuesto en el punto d.1, y tratándose de facultades propias del ENTUR, no resultaría necesaria la firma de un convenio para su ejercicio.

Ello no obsta a que el ENTUR pueda evaluar la conveniencia de suscribir un convenio para el ejercicio de tales competencias, lo cual atañe al ejercicio de atribuciones de prudencia política, propias de la autoridad competente para decidir, que excede el marco de la incumbencia exclusivamente jurídica de esta Procuración General.

d.3. Posibilidad de que el ENTUR lleve a cabo la contratación de personal a los fines de que desempeñe funciones en VISIT BA, para permitir su correcto funcionamiento, con presupuesto propio del ENTUR, en atención a la escasez de recursos propios del VISIT BA.

Mediante el Acuerdo de Colaboración identificado como CONVE-2021-03814824-GCABADGTALET, el ENTUR y el VISIT BA acordaron acciones conjuntas para la gestión del Plan Transitorio de Promoción Internacional, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2020.

Según resulta del informe del orden 35 tanto el Director Ejecutivo del VISIT BA, como un pequeño equipo de recursos humanos, han sido contratados por el ENTUR, en el marco de dicho convenio.

Ahora bien, no existiendo previsiones legales al respecto, ni líneas presupuestarias aprobadas con esa finalidad, no aparece como viable la contratación de personal de VISIT BA con fondos del ENTUR.

d.4 Posibilidad de que los funcionarios que desempeñan funciones en las distintas reparticiones del ENTUR puedan ejercer acciones propias de VISIT BA, puntualmente funciones de fiscalización y control, que conforme la Ley N° 6.278 se encuentran reservadas a su Síndico y a su Oficial de Cumplimiento

VISIT BA está conformado por un Directorio como órgano

PROCURACIÓN GENERAL

colegiado de Gobierno, una Dirección Ejecutiva como órgano de administración y gestión, un Síndico como órgano de control de resultados y un Oficial de Cumplimiento a cargo del control de legalidad (art. 5º Ley Nº 6278).

El Síndico y el Oficial de Cumplimiento son designados y removidos por el Directorio.

Las funciones del Oficial de Cumplimiento y del Síndico se encuentran respectivamente previstas en los arts. 16 y 18 de la Ley Nº 6278.

Entre las formas de ingreso al cargo público Marienhoff trata la denominada accesión, la cual se produce respecto de aquellos funcionarios que, en razón de sus cargos, automáticamente integran otro u otros.

Refiere el autor citado que *"En nuestro país, así ocurría, por ejemplo, con el Procurador del Tesoro de la Nación, quien, por el hecho de serlo, resultaba al propio tiempo presidente del tribunal arbitral sobre unificación de impuestos internos (ley nº 14390, artículo 11); lo mismo sucede con los decanos de las facultades de las universidades nacionales quienes, en virtud de dicho cargo, integran el Consejo Superior de la Universidad (ley nº 17245, artículo 55)".*

Asimismo, advierte que la "accesión" no es, precisamente, una manera de ingresar a la "función pública: implica un modo de ingreso al "cargo" público, pues, para que ella tenga lugar, se requiere que el funcionario que por esa vía ingresa a un cargo público esté ya en ejercicio de otro cargo, o sea, que ya esté en ejercicio de la función pública.

Sobre la misma cuestión Sayagues Laso dice: *"Hay otras maneras de ingresar a las funciones públicas. Pero unas son de carácter excepcional, como la accesión, es decir, cuando a consecuencia de desempeñar determinado cargo automáticamente se ocupa otro cargo distinto..."* (ver Enrique Sayagues Laso: "Tratado de Derecho Administrativo I", 8ª edición puesta al día 2002 por Daniel Hugo Martins, pág. 276).

Con apoyo en la doctrina citada no existiría impedimento para la designación *ad honorem* de funcionarios del ENTUR en los roles de control y apoyo administrativo atento a la embrionaria existencia de VISIT BA.

A título de ejemplo, se señala que podría designarse como Síndico al auditor interno del ENTUR y como Oficial de cumplimiento, a su Dirección General Técnica Administrativa y Legal.

IV. CONCLUSIÓN

La expuesta en el punto III, apartados d.1, d.2, d.3 y d.4 es la opinión que merece de este organismo asesor la cuestió sometida a consulta.

AR

MC

DML

PROCURACION GENERAL

G O B I E R N O DE LA C I U D A D DE B U E N O S A I R E S
"2021 - Año del Bicentenario de la Universidad de Buenos Aires"

Hoja Adicional de Firmas
Dictamen jurídico

Número: IF-2021-11257114-GCABA-PG

Buenos Aires, Martes 13 de Abril de 2021

Referencia: EX-28659201-DGTALET-2020 (92831)

El documento fue importado por el sistema GEDO con un total de 9 pagina/s.

Digitally signed by Gabriel maria Astarloa
Date: 2021.04.13 13:05:33 ART
Location: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

GABRIEL ASTARLOA
Procurador General de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires
PROCURACION GENERAL
AREA JEFE DE GOBIERNO

Digitally signed by Comunicaciones Oficiales
DN: cn=Comunicaciones Oficiales
Date: 2021.04.13 13:05:44 -03'00'