

**Publicado en "El Derecho" Serie Administrativo, 09/10/13**

## **1. Introducción**

La reciente publicación en el Boletín Oficial de la resolución n° 12/20103 del Ministerio de Economía nacional, por el cual el Estado Nacional aprobó la adjudicación efectuada por la provincia de Santa Fe de la zona franca santafesina<sup>3</sup>, nos invita a evaluar nuevamente la figura de la zona franca en el derecho argentino.

Se trata de un régimen muy utilizado en el mundo, ya que conforme datos del Banco Mundial, existen a nivel global unas 3.000 zonas francas aproximadamente, que generan exportaciones por 851.032 millones de dólares<sup>4</sup>. Han tenido, además, un crecimiento exponencial en las últimas décadas ya que hacia 1970 existían sólo en 30 países, cuando en la actualidad aparecen en 130 naciones del planeta<sup>5</sup>, generando además, entre 63 y 68 millones de puestos de trabajo directos<sup>6</sup>. Siendo el caso más asombroso el del otrora pequeño pueblo pesquero de Shenzhen, en China, que en 30 años se ha convertido en una megalópolis de 30 millones de habitantes gracias a la creación allí de una *special economic zone*<sup>7</sup> o zona franca<sup>8</sup>.

Esta figura ha tenido un particular desarrollo en el sudeste asiático, medio oriente y Centroamérica. Al tiempo que en nuestro país, una decena de zonas francas están operativas al día de hoy, y varias se encuentran en proceso licitatorio.

## **2. Conceptualización de las zonas francas**

La zona franca constituye fundamentalmente una institución de naturaleza aduanera y se

<sup>1</sup> Este trabajo se basó en parte de los contenidos desarrollados en la tesina de maestría del autor presentada en la Universidad Austral, publicada bajo el título "Régimen administrativo de las zonas francas y de las competencias para regular su funcionamiento", Editorial RAP, Colección "Thesis", Buenos Aires, 2008; con más las actualizaciones del caso.

<sup>2</sup> Profesor Adjunto de Instituciones de Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Especial en la Pontificia Universidad Católica Argentina, sede Rosario.

<sup>3</sup> Previamente, dicha adjudicación había sido efectuada "sujeta a aprobación por la Autoridad de aplicación" mediante resolución n° 26/11 del Directorio del Ente Zona Franca santafesina y por decreto n° 1255/11 por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Santa Fe.

<sup>4</sup> Banco Mundial, datos de 2008.

<sup>5</sup> Conferencia de Temístocles Marontás, Ministro de Economía, Planificación y Desarrollo de la República Dominicana, en la "XIV Conferencia Latinoamericana de Zonas Francas", Bávaro, Punta Cana, República Dominicana, 27 al 29 de octubre de 2010.

<sup>6</sup> FAROLE, Thomas, *Special Economic Zones in Africa, comparing performance and learning from global experience*, The World Bank, Washington, pág. 42.

<sup>7</sup> EL PAIS SEMANAL n° 1753, Madrid, 2 de mayo de 2010, pág. 40.

<sup>8</sup> Según el economista Paul Romer, China quiso replicar allí el modelo de Hong Kong. Y precisamente de esa idea, surge el concepto -revolucionario y polémico- acuñado por Romer de crear "*charter cities*", "ciudades carta" (traducción libre) o "ciudades *charter*" como idea superadora de las zonas francas, ampliando los beneficios de la misma en el territorio y en el ámbito subjetivo. El autor manifiesta que la construcción de ciudades es la actividad económica más importante del mundo. Para crear una *charter city* se requieren los siguientes elementos: a) un espacio de terreno lo suficientemente grande, b) una carta que establezca previamente la regulación de la misma, c) compromiso de elección, respaldada por la entrada y salida voluntaria de las personas, d) el compromiso de trato igualitario a todas las personas que quieran habitar allí (las ciudades *charter* están abiertas a todas las personas del mundo). Y tres tipos de roles pueden asumir los países: a) *Host* (país anfitrión) que concede las tierras, b) *Source* (país fuente) que aporta los habitantes, y c) *Guarantor* (país garante) que asegura que la "carta" (o *chart*) sea cumplida, así como garantizar la aplicación de la misma a través de los años. Según Romer, la Constitución de Honduras ha sido reformada para ser país anfitrión, y la primera experiencia mundial está en vías de desarrollo. Conferencia de Paul Romer en *XV Conferencia Latinoamericana de Zonas Francas*, Antigua Guatemala, 26, 27 y 28 de octubre de 2010. Ver [www.chartercities.org](http://www.chartercities.org). El nombre de "charter" es tomado a partir del hecho que a la Constitución de los Estados Unidos se la conoce como la "*national charter*". Conf. FINE, Toni, *An introduction to the anglo-american legal system*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 19. Muchos critican el concepto de estas ciudades *charter* como una nueva forma de colonialismo. Por otro lado, esta noción se da de bruces con la idea del Estado moderno, retomando quizás el antiguo concepto de la ciudad-Estado.

encuentra regulada principalmente en la ley 24.331.

Han sido históricamente territorios separados o aislados (puertos o islas principalmente) que tenían un tratamiento aduanero diferenciado. Ello ha sido heredado por la ley argentina que establece que el área física que se declare zona franca será deslindada y cercada<sup>9</sup>.

Así la ley argentina define a esta institución como “un ámbito dentro del cual la mercadería no está sometida al control habitual del servicio aduanero y su introducción y extracción no están gravadas con el pago de tributos, salvo las tasas retributivas de servicios que pudieren establecerse, ni alcanzadas por prohibiciones de carácter económico”<sup>10</sup>.

Lo característico de la zona es el hecho de que la introducción y extracción de mercaderías, vale decir, la exportación e importación (conf. art. 593 Cód. Aduanero), desde de la zona está libre de gravámenes aduaneros.

La zona franca no forma parte del territorio aduanero general (T.A.G.), ni especial (T.A.E.). El primero es aquel donde es aplicable el sistema general aduanero<sup>11</sup>, y el territorio especial es aquél donde se aplica un sistema especial arancelario y de prohibiciones de carácter económico a las importaciones y exportaciones<sup>12</sup>.

Las zonas francas, configuran básicamente una derogación del régimen aduanero general<sup>13</sup>. Por ello, se ha dicho que la zona franca constituye un supuesto de "extraterritorialidad aduanera"<sup>14</sup>, o "franquicia territorial"<sup>15</sup>.

La doctrina ha interpretado que las especies previstas en el art. 6 de la ley de zonas francas son dos: a) *zona franca comercial*, en la que se pueden realizar actividades comerciales tales como reetiquetar, empaquetar, dividir y enajenar la mercadería; y b) *zona franca industrial*, en las cuales se pueden ingresar mercaderías desde el exterior bajo un régimen de arancel cero, industrializarlas dentro de la zona y el destino obligado de ellas es la exportación a terceros países, salvo que se trate de bienes de capital que no se produzcan en la Argentina.

Generalmente, el interlocutor se interroga si el régimen de zonas francas equivale al comúnmente conocido sistema de "*duty free shops*" o "tiendas libres". La primera respuesta que se impone es la negativa.

Las zonas francas argentinas son, como vimos antes, áreas destinadas a actividades de almacenaje, comerciales, de servicios e industriales; al tiempo que el art. 10 de la ley 24.331 prohíbe el

<sup>9</sup> Ley 24.331, art. 38.

<sup>10</sup> Art. 590 del Código Aduanero, conforme la remisión que hace la ley 24.331 art. 1 inc. a). Es de notar que el art. 590 del Código Aduanero define al "área franca", al tiempo que la ley 24.331 hace una equiparación entre ambos conceptos; siendo que en realidad, la zona franca configura una especie dentro del género área franca. Conf. BELLO KNOLL, Susy: *Zonas francas. Análisis de la ley 24.331*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pág.10.

<sup>11</sup> Conf. art. 2º inc. 2 del Código Aduanero. De tal modo, el territorio aduanero general no debe pensarse que coincide con el ámbito dentro del cual se ejerce la soberanía, debido a que aquél puede ser mayor que el territorio sobre el cual se ejerce soberanía ya que un Estado puede constituir un territorio aduanero junto con otro Estado. Conf. FERRO, Carlos A. y FERRO, Francisco M., *Código aduanero comentado*, Buenos Aires, Depalma, 1991, pág. 66/7. En un sentido concordante, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en autos "Los Cipreses SA v. Dirección General de Aduanas" (de fecha 12/12/2007, JA 2008-III-17) donde se dijo que "Si bien el Estado argentino tiene jurisdicción sobre la totalidad del territorio político y la legislación rige en todo ese ámbito...", "la determinación concreta del territorio aduanero se obtiene por exclusión de los ámbitos del territorio sometido a la soberanía nacional contemplado en el art. 3 (del Código Aduanero), pues no coincide con el territorio político".

<sup>12</sup> Conf. art. 2 inc 3) del Código Aduanero.

<sup>13</sup> BELLO KNOLL, Susy: *Zonas francas. Análisis de la ley 24.331*, op. cit., pág. 15.

<sup>14</sup> Conf. Dictámenes de la PTN 218:160, pág. 166. En igual sentido, MIRKO, Juan: "Cuestiones sobre un reglamento múltiple –autónomo, delegado y de urgencia- en materia tributaria (El caso Zofracor y los privilegios de la Zona Franca La Pampa)", La Ley 2003-C, pág. 41 y DENOY Christian, HOHENBERGER Anabel, EMLEK Pablo, ROSSI Guillermo y SOUTO Marcial: "Las zonas francas: ¿flexibilidad comercial, o facilitación de ilícitos?", J.A. 2006-IV, pág. 1437.

<sup>15</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III en autos "Los Cipreses SA -Buquebus- c. Subsecretaría de Finanzas Públicas", ED 187-477 -si bien referido a las tiendas libres a bordo-.

consumo de mercaderías dentro de la zona. Por otro lado, los *free shops* en aeropuertos internacionales están regulados por la ley 22.056, sin perjuicio de existir otros tipos (v.gr. *free shops* a bordo de buques, a bordo de aeronaves, en ferias internacionales)<sup>16</sup>.

Los *duty free shops* son locales de venta administrados por permisionarios autorizado por el servicio aduanero, que pueden funcionar en los aeropuertos internacionales que cuenten con el servicio permanente de aduanas<sup>17</sup>.

Sin embargo, tanto las zonas francas como los *duty free shops* son una especie del mismo género, el área franca del Código Aduanero<sup>18</sup>. Y si bien dijimos antes que la ley 24.311 iguala la zona franca al área franca, lo cierto es que la regulación jurídica de ambas -tienda libre y zona franca- es distinta.

De todos modos, la vinculación entre ambos se da por el art. 9 de la ley 24.331 que faculta al Poder Ejecutivo nacional a autorizar "operaciones de comercio al por menor en una zona franca en ciudades y pueblos fronterizos con países limítrofes que posean zonas francas en cualquier lugar de su territorio cuando las circunstancias así lo aconsejen". Así se ha autorizado el *retail* o venta minorista en la Zona Franca de Puerto Iguazú, en la ciudad homónima, provincia de Misiones.

### **3. Aspectos tributarios y aduaneros**

Encontramos aquí como principio previsto en la ley 24.331, la aplicación de la totalidad de las disposiciones de carácter impositivo, aduanero y financiero (incluidas las de carácter penal), con las salvedades previstas en el Artículo 590 del Código Aduanero y la propia ley.

Desde el punto de vista tributario y aduanero, la principal ventaja y característica de la zona

---

<sup>16</sup> Sobre las tiendas libres a bordo de buques son interesantes los antecedentes de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal respecto del servicio de transporte de pasajeros en buque desde Buenos Aires y Montevideo/Colonia (en el Uruguay). Así en autos "Los Cipreses SA -Buquebus- c. Subsecretaría de Finanzas Públicas" del 10/11/1997 (ED 187-477) por el cual se confirmó el fallo de primera instancia y rechazó la pretensión del actor que se le haga extensivo a las tiendas a bordo de sus buques del régimen de tiendas libres establecido para los aeropuertos por ley 22.056, concluyendo la Sala que hacer una interpretación extensiva del régimen sería contrario al principio de legalidad, y por otro lado, se trataba de una cuestión política fuera de la competencia judicial. Tiempo después en autos "Los Cipreses SA v. Dirección General de Aduanas" del 12/12/2008 (JA 2008-III-17), rechazando ahora el fallo de la instancia anterior, la misma Sala declaró la nulidad de los memorandos n° 13/1999 y 14/1999 del Departamento de Aduana de Buenos Aires (memos por los cuales se ordenó a las autoridades correspondientes comunicar a las empresas de transporte fluvial que los buques de bandera argentina no podía contar con tiendas libres a bordo y que los buques de bandera extranjera no podían efectuar ventas de tienda libre sobre aguas argentinas). La Sala concluye que la venta a bordo del buque antes de llegar a territorio aduanero no requiere autorización del servicio aduanero, y que por tanto, los referidos memorandos interfieren en el círculo vital de intereses del actor (art. 14 y 20 CN). Explica Barreira que los antecedentes del caso habían sido las investigaciones de la Justicia Penal Económica Federal por la supuesta comisión de delitos por la venta a bordo. BARREIRA, Enrique C., "Las 'tiendas libres a bordo' en los medios de transporte internacional", JA 2008-III-20.

<sup>17</sup> DE LEO, Walter Norberto, "Las tiendas libres o free shops en la Argentina", ED 187-477.

<sup>18</sup> Los *free shops* tienen como ley marco la n° 22.056 -aplicable a aeropuertos-. Funcionan en la "zona primaria aduanera" de los aeropuertos internacionales. DE LEO, Walter Norberto, "Las tiendas libres o free shops en la Argentina", ED 187-477. El artículo 5to del Código Aduanero define a la "zona primaria aduanera" como "aquella parte del territorio aduanero habilitada para la ejecución de operaciones aduaneras o afectada al control de las mismas, en la que rigen normas especiales para la circulación de personas y el movimiento y disposición de la mercadería"; "comprende, en particular: a) los locales, instalaciones, depósitos, plazoletas y demás lugares en donde se realizaren operaciones aduaneras o se ejerciere el control aduanero; b) los puertos, muelles, atracaderos, aeropuertos y pasos fronterizos; c) los espejos de agua de las radas y puertos adyacentes a los espacios enumerados en los incisos a) y b) de este artículo; d) los demás lugares que cumplieren una función similar a la de los mencionados en los incisos a), b) y c) de este artículo, que determinare la reglamentación; e) los espacios aéreos correspondientes a los lugares mencionados en los incisos precedentes". Al tiempo que la doctrina lo ha definido como la parte del territorio aduanero habilitada por la normativa para la realización de distintas operaciones, y donde el ingreso, permanencia, circulación y salida de personas y mercaderías, se efectúa con la previa autorización y supervisión de la Dirección General de Aduanas. Pudiendo el servicio aduanero -sin necesidad de orden judicial- controlar, revisar, interdictar y detener personas y mercaderías. CRUCIANI, Mario, "Evaluación de las zonas francas: A quince años de la ley 24.331", Separata Temática n° 8, Instituto de Estudios Tributarios, Aduaneros y de los Recursos de la Seguridad Social (AFIP), Buenos Aires, 2011, pág. 24. De igual modo, FAROLE, Thomas, *Special Economic Zones in Africa*, op. cit. pág. 7. En tal sentido, la zona primaria aduanera aparece como un ámbito espacial donde las potestades de la Administración se encuentran exacerbados.

franca es la posibilidad de ingresar a la misma mercaderías desde otros territorios aduaneros no alcanzadas por tributos aduaneros (derechos de importación) y exentas de los tributos interiores (impuesto al valor agregado e internos) que graven su importación para consumo, vigentes o a crearse, salvo las tasas retributivas de servicios efectivamente prestados.

De tal modo, las mercaderías que ingresen o salgan de la zona franca no se encuentran exentas, sino que se trata de un supuesto de "no imposición"<sup>19</sup>.

Las mercaderías que ingresan a la zona franca desde el territorio aduanero general o especial con el fin de recibir algún tratamiento industrial en ella para luego ser exportadas, se consideran "exportaciones suspensivas" y se hallan gravadas con derechos de exportación que deberán ser pagados cuando se perfeccione la exportación definitiva. En consecuencia, la doctrina ha interpretado que no se halla alcanzado con derechos de exportación el valor agregado generado en las zonas francas. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Cremer"<sup>20</sup> ha resuelto, por aplicación de la instrucción general 6/2004 de la Dirección General de Aduanas, que dicho valor agregado debe tributar derechos de exportación<sup>21</sup>.

Las ganancias obtenidas en la zona franca están alcanzadas por el impuesto correspondiente a las ganancias.

#### **4. Las zonas francas y el derecho internacional**

Las zonas francas no se encuentran específicamente mencionadas en ningún acuerdo de la Organización Mundial de Comercio. Sin embargo, en la nota al pie de página del artículo XVI del Acuerdo para los Subsidios y medias compensatorias excluye del término "subsidio" a los beneficios fiscales que usualmente ofrecen las zonas francas<sup>22</sup>. Al respecto, vale recordar que en la terminología de la OMC (y en particular el mencionado Acuerdo para los Subsidios) el concepto "subvención" coincide con el concepto de las ayudas públicas<sup>23</sup> del derecho español. Por otro lado, dicho acuerdo clasifica a las subvenciones en prohibidas, recurribles y no recurribles (categoría está que se considera derogada *ipso iure*)<sup>24</sup>. Con esto no queremos significar que las zonas francas no sean un instrumento de fomento, sino que no configuran una "subvención" prohibida (según la terminología de la OMC).

La Argentina ha aprobado por ley 24.425 los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales, las decisiones, declaraciones y entendimientos ministeriales y el acuerdo de Marrakech suscriptos en dicha ciudad del Reino de Marruecos el 15 de abril de 1994, por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y sus cuatro (4) anexos; donde en el primero de dichos anexos se menciona el "Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias" de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

<sup>19</sup> AMENDOLARA, Matías, "Los derechos de exportación en zona franca", en *Zonas francas de la República Argentina. Legislación y normativa vigente sobre la zona franca en la República Argentina*, Cuadernos del Instituto AFIP C17, Instituto de Estudios Tributarios, Aduaneros y de los Recursos de la Seguridad Social (AFIP), Buenos Aires, 2010, pág. 165.

<sup>20</sup> CSJN "Cremer y Asociados c. Estado Nacional", La Ley 12/08/2009, pág. 11.

<sup>21</sup> En contra de la interpretación efectuada por la CSJN, ver ALAIS, Horacio F., "Las actividades industriales en zona franca y los derechos de exportación", *El Derecho* 234, pág. 525; a favor, AMENDOLARA, Matías, "Los derechos de exportación en zona franca", op. cit., pág. 173 y ss. Con anterioridad, la Cámara Federal de Salta en autos "Cozofra c. AFIP" del 12/10/2006 (La Ley On Line) había desestimado la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta por el concesionario de una zona franca en Salta por carecer -al entender del tribunal- de legitimación activa para efectuar el planteo (en primer instancia el planteo había prosperado).

<sup>22</sup> CRESKOFF, Stephen & WALKENHORST, Peter, *Implications of WTO Disciplines for Special Economic Zones in Developing Countries*, The World Bank, 2009, pág. 9.

<sup>23</sup> DE LA RIVA, Ignacio M., *Ayudas públicas. Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pág. 438.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pág. 482

Y como conforme a la Constitución Nacional, los tratados internacionales (tanto con Naciones extranjeras como con organizaciones internacionales) tienen jerarquía superior a las leyes (conf. art. 75 inc. 22 CN). Configura por tanto un límite a las potestades del Congreso Nacional en materia de tributación al comercio exterior<sup>25</sup>.

La doctrina argentina ha considerado que las francas argentinas no están en abierta contradicción con los tratados internacionales asumidos por nuestro país<sup>26</sup>, por tanto, su regulación no resulta inconstitucional.

#### **4.1. La zona franca y el Mercosur**

A nivel regional encontramos que la Decisión N° 8/1994 del Mercosur dispone que, salvo disposición en contrario, aplicarán el arancel común a las mercaderías provenientes de zonas francas comerciales, industriales, de procesamiento de exportaciones, y áreas aduaneras especiales. Con lo cual, dichas mercaderías reciben un trato como si fueran “extrazona”.

Asimismo, permite el funcionamiento de las zonas francas que se encuentran operativas, como también aquellas que se instalen en virtud de la normativa vigente o en trámite parlamentario. Al tiempo que permite a las áreas francas de Manaos y Tierra del Fuego -la que tiene un régimen distinto al de la ley 24.331- operar bajo el régimen actual hasta el año 2013.

#### **5. Constitución Nacional y Zonas Francas**

Tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación han sostenido que las zonas francas se inscriben en el marco de la llamada "nueva cláusula del progreso", actual art. 75 inc. 19 de la CN, que atiende, entre otros objetivos, a "proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones"; siendo un instrumento idóneo para ello "las concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo" (art. 75 inc. 18 CN)<sup>27</sup>. Ello coincide con la caracterización de la zona franca como una técnica de fomento lo que explicaremos más abajo.

Ahora bien, ¿qué otra manda constitucional interesa al tema en estudio?

Así encontramos el art. 75 inc. 1 de la CN, donde se establece la atribución del Congreso Nacional para legislar en materia aduanera<sup>28</sup>. Prevé asimismo que los derechos de importación y exportación, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación<sup>29</sup>.

Ahora, bien, surge el inconveniente de que las zonas francas, por su misma naturaleza contrariarían dicho precepto de uniformidad. ¿Cómo solucionar tal inconveniente?

La CSJN definió el tema a favor de la constitucionalidad de éste tipo de instituciones en la causa “Maggi”<sup>30</sup>. Donde la mayoría de la Corte<sup>31</sup> entiende que no existe contradicción entre el régimen

<sup>25</sup> ALAIS, Horacio Félix, *Los principios de derecho aduanero*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, pág. 244.

<sup>26</sup> CRUCIANI, Mario, "Evaluación de las zonas francas: A quince años...", op cit., pág. 22.

<sup>27</sup> CSJN en autos: "Provincia de Santa Cruz c/ Estado Nacional", J.A. 2003-III-26, considerando tercero.

<sup>28</sup> Conf. BELLO KNOLL, Susy: *Zonas francas, idem*, pág. 51.

<sup>29</sup> Es decir, al decir de Germán Bidart Campos “debe existir una *doble uniformidad*: ser tales derechos iguales en todo el territorio, y ser también iguales las ‘evaluaciones’ sobre las que recaigan”. BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino. Tomo II. El derecho constitucional de la libertad*, Buenos Aires, Ediar, 1986, pág. 123.

<sup>30</sup> CSJN 09/12/1993 “Maggi, Esteban s/ presunto contrabando de importación”, J.A. 1994-II, pág. 427 y Fallos 316:2797. Allí la Corte revoca el fallo de la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia, que indirectamente había determinado que el régimen de franquicias establecido por la ley 19.640 importaría vulnerar principios constitucionales, tales como el art. 10, 11 y el entonces 67 (hoy 75) inc. 1° CN.

<sup>31</sup> Votan por la mayoría Barra, Cavagna Martínez, Boggiano y Moliné O'Connor, con el voto concurrente de Fayt y Petracchi. En disidencia votan Belluscio y Levenne.

de la ley 19.640 y la Constitución Nacional. Así consideran que el sistema previsto no implica conceder derechos diferenciales, y que el establecimiento de un “área franca” y un “área aduanera especial” “respetan el principio de igualdad proporcional en materia aduanera”<sup>32</sup>.

Encuentran el fundamento de la institución en una finalidad de fomento, cuyo sustento constitucional surge del entonces art. 67 inc. 16 CN (actual 75 inc. 18 CN) y consideran que las distinciones normativas (entre las distintas regiones del país) “son valederas en tanto no sean arbitrarias, es decir, no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido beneficio, sino a una causa objetiva para discriminar, aunque su fundamento sea opinable”<sup>33</sup>. Finalmente considera que del art. 9 CN surge la prohibición de establecer aduanas interiores o provinciales, mas ello no obsta a la realización de controles administrativos sobre la circulación de bienes<sup>34</sup>.

Luego, la CSJN en “Argentini, Héctor”<sup>35</sup>, -donde en cuanto al fondo realiza una remisión a “Maggi”-, encontramos en el voto concurrente de Vázquez la novedad de que al ser resuelto luego de la reforma constitucional de 1994, el ministro agrega al fundamento constitucional al trato diferencial no solo la cláusula del progreso (art. 75 inc. 18 CN), sino también la llamada “nueva cláusula del progreso” (art. 75 inc. 19 CN)<sup>36</sup>.

Ya estando vigente la ley 24.331, en autos “Zofracor S.A. c. Estado Nacional”<sup>37</sup> de la CSJN, se discutió la constitucionalidad de los privilegios excepcionales que el Estado Nacional había realizado a favor de la zona franca de General Pico La Pampa mediante el decreto de necesidad y urgencia del PEN n° 285/1999<sup>38</sup>. Vale decir, el fondo del asunto era no ya la existencia de zonas francas en sí (tema que se puede considerar cerrado con “Maggi”, si bien se discutía el régimen de la ley 19.640), sino la posibilidad de un trato diferencial de una zona franca respecto de otras.

El actor en el amparo era el concesionario de la zona franca de Córdoba, el que manifestaba que por la cercanía con La Pampa, las franquicias otorgadas le ocasionarían un perjuicio, impugnado -por lo demás- que se trataba de un decreto de necesidad y urgencia que avanzaba sobre materia prohibida como es la tributaria (conf. art. 99 inc. 3 CN). En el trascurso del proceso, se denuncia como hecho nuevo la ratificación legislativa de dichos privilegios mediante la ley de presupuesto del año 2000, art. 86 ley 25.237<sup>39</sup>.

La Corte admitió la posibilidad de un regulación diferencial de una zona franca en virtud del art. 75 inc. 19 CN<sup>40</sup>, haciendo sin embargo lugar parcialmente al amparo de Zofracor, al declarar la inconstitucionalidad del decreto 285/99 (por tratarse de materia prohibida) y rechazar el planteo de

<sup>32</sup> Considerando 10° del voto de la mayoría.

<sup>33</sup> Considerando 11° del voto de la mayoría.

<sup>34</sup> Consd. 14°.

<sup>35</sup> CSJN 2001/02/13, La Ley 2001-C, pág. 86. Donde nuevamente la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca había declarado la inconstitucionalidad del art. 31 de la ley 19.640. La mayoría de la Corte declara, en cuanto a lo formal, la nulidad de la concesión del recurso extraordinario federal

<sup>36</sup> Considerando 16° del voto de Vázquez.

<sup>37</sup> CSJN 20/09/2002, La Ley 2003-C, pág. 44 y Fallos 325:2394.

<sup>38</sup> ADLA 1999-B, pág. 1527. Tales beneficios consistían en: permitir que se destine al territorio aduanero general la totalidad de la producción anual de un mismo producto (art. 1) (estando ello prohibido por el art. 6 de la ley 24.331), eximición de la Tasa de Estadísticas (art. 2), reducción al 100 % de las contribuciones patronales de seguridad social (art. 5), invitación a los gobiernos provincial y municipal a eximir impuestos y tasas (art. 7 y 8) (en abierta contradicción al art. 31 de la ley 24.331).

<sup>39</sup> Primero lo inicia ante un Juzgado Federal de Córdoba y luego al admitirse la intervención como tercero de la provincia de La Pampa el juicio queda radicado en la competencia originaria de la Corte (CSJN 14/12/1999, in re “Zofracor S.A. c. Estado Nacional s/amparo” Fallos 322:3122). Al mismo tiempo, la provincia de Córdoba incoa una acción declarativa por el mismo tema ante la CSJN y logra el dictado de una medida cautelar suspendiendo los efectos del decreto de necesidad y urgencia 285/99 (en ese punto ya ratificado por el art. 86 de la ley 25.237 de presupuesto del año 2000). CSJN 21/11/2000 “Provincia de Córdoba c. Estado Nacional s/acción declarativa”, Fallos 323:3853.

<sup>40</sup> Considerando 13° del voto de Nazareno, Moliné O’Connor, Vázquez y coincidiendo en dicho considerando el voto de Belluscio y Bossert.

inconstitucionalidad del art. 86 de la ley 25.237<sup>41</sup>. De tal modo, la CSJN acepta el régimen de beneficios excepcionales a favor de la zona franca de General Pico, debiendo los mismos ser establecidos por ley del Congreso, y no admitiéndose efectos retroactivos a la “ratificación” legal del ilegítimo decreto de necesidad y urgencia<sup>42</sup>.

Finalmente, en autos "Zonas Francas Santa Cruz S.A c/ Estado Nacional s/daños y perjuicios"<sup>43</sup>, la Corte, rechazó la acción de daños incoada por el concesionario de dos zonas francas en la provincia de Santa Cruz por el dictado del decreto del PEN n° 1583/96 (derogatorio del decreto 520/95 que le había habilitado la venta minorista de mercaderías de origen extranjero en distintos puntos de la provincia), privilegio derogado por cuestión de oportunidad. De tal modo, el concesionario intenta una acción de daños por actividad lícita.

La CSJN rechaza la demanda, revocando el fallo de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que había admitido el planteo tanto por daño emergente como por lucro cesante<sup>44</sup>. Asimismo, ratifica el holding de "El Jacandá" en el sentido de que en casos de responsabilidad del Estado por actividad lícita no corresponde rechazar de modo apriorístico la posibilidad de indemnizar el lucro cesante; simplemente, considera no acreditado el daño<sup>45</sup>.

Otra consideración importante es que la Corte rechazó el planteo de falta de legitimación pasiva opuesta por el Estado Nacional, ya que pese a considerar probado la existencia de un contrato entre el concesionario y la provincia de Santa Cruz (de explotación de la zona), considera que al cuestionarse un decreto del PEN, correspondía integrar la litis con el Estado Nacional.

## **6. Zonas francas: su naturaleza jurídica**

Habiendo dicho que se trata de una institución básicamente aduanera, surge el interrogante de cómo calificarlas desde el punto de vista del derecho administrativo. Veamos distintas tesis al respecto.

### **6.1. ¿Constituye un servicio público?**

El primer interrogante que surge es: ¿configura la actividad del concesionario zona franca un servicio público?

A primer vista vemos que la regulación de las zonas francas en nuestra país guarda cierta semejanza con el régimen del servicio público.

Así encontramos que el plexo normativo comienza con la Constitución Nacional -como vimos más arriba-, luego la ley 24.331 que hace las veces de "marco", el reglamento de funcionamiento de la zona respectiva<sup>46</sup>, el pliego de bases y condiciones de la licitación de la explotación, el contrato de explotación, el reglamento interno<sup>47</sup>.

De igual modo, la terminología empleada en la ley nos acerca a la noción de servicio público, a

<sup>41</sup> Más allá de considerar la Corte como de pobre técnica legislativa el hecho de que la ratificación legal sea realizada en una ley de presupuesto.

<sup>42</sup> Con ya se había expedido la Corte en “Video Club Dreams” La Ley 1995-D, pág. 247 del 06/06/1995 y en “Verrocchi” La Ley 2000-A, pág. 88 del 19/08/1999.

<sup>43</sup> La Ley 03/07/2009.

<sup>44</sup> Acuerdo de fecha 7/12/2006, Cita: MJJ9812.

<sup>45</sup> Por lo demás, ver el comentario de VILLARRUEL, Susana, "Indemnización amplia en la responsabilidad por actividad lícita del Estado. Comentario al fallo 'Zonas Francas Santa Cruz S.A. c. Estado Nacional'", EDA, 2009-659.

<sup>46</sup> Elaborado por la Comisión de Evaluación, luego elevado y aprobado por el Ministerio de Economía de la Nación, en su carácter de Autoridad de Aplicación (confr. ley art. 13 y 14 inc. b ley 24.331). En caso de Santa Fe, el reglamento de funcionamiento y operación de la zona franca fue aprobado por Resolución 768/1996 del Ministerio de Economía.

<sup>47</sup> Dictado por el Concesionario de la zona y aprobado por el Comité de Vigilancia (conf. art. 20 inc. e, ley 24.331).

saber: existe un ente estatal que hace las veces de "regulador" (Comité de Vigilancia), hay un concesionario (privado o mixto), tarifas propuestas por el concesionario y aprobadas por el Estado, y existen usuarios (directos e indirectos). En un sentido similar, en la causa "Cereales Asunción SRL c/ Adm. Nac. de Navegación y Puertos de la Rep. del Paraguay" los letrados del demandado sostuvieron que se trataba de un servicio público<sup>48</sup>.

De todos modos, más allá del *nomen iuris* es menester indagar sobre la realidad de la institución para arribar a una conclusión acertada<sup>49</sup>.

En primer lugar, para verificar si existe un servicio público repasemos antes los datos caracterizantes del mismo. Así encontramos -siguiendo a Cassagne- que las notas esenciales del mismo son: a) la *publicatio*; b) los requisitos de igualdad, continuidad, regularidad, obligatoriedad, generalidad.

Si bien los requisitos esenciales del servicio público se encuentran presentes *a priori* en la regulación de la zona franca, no encontramos en la normativa aplicable la consagración legislativa (o *publicatio*). Por ello, considero que la actividad del concesionario de la zona franca no puede ser calificada como servicio público.

## **6.2. Fomento**

Como mencionáramos más arriba, la doctrina es conteste en caracterizar a la zona franca como una técnica de fomento<sup>50</sup>.

Ello debido a que históricamente el surgimiento de las zonas francas fue inspirado en la finalidad de promover el desarrollo comercial e industrial de áreas deprimidas<sup>51</sup>. Así hay quienes han trazado un paralelo entre las zonas francas y los parques industriales<sup>52</sup>.

Por lo demás, la propia ley 24.331 establece que las zonas "... tendrán como objetivo impulsar el comercio y la actividad industrial exportadora, facilitando que, el aumento de la eficiencia y la disminución de los costos asociados a las actividades que se desarrollan en ellas, se extiendan a la inversión y al empleo..".

El fundamento constitucional del fomento -en general- se encuentra en el artículo 75 inc. 18 CN, por el cual se autoriza al Congreso Nacional a otorgar privilegios y recompensas de estímulo en la persecución del bienestar general<sup>53</sup>. Y respecto a las provincias, su soporte constitucional se encuentra

<sup>48</sup> CSJN, *La Ley* 1999-B, pág. 490.

<sup>49</sup> En tal sentido la CSJN tiene dicho que "no importa la calificación que se utilice para denominar la realidad de las cosas, si se advierte que las instituciones jurídicas no dependen del nomen juris, que se le de o asigne por los otorgantes del acto o el legislador incluso, sino de su verdadera esencia jurídica económica...". CSJN *Fallos* 289:67 y *J.A.* 24-1974-244, considerando 11, donde se remite además a *Fallos* 21:498.

<sup>50</sup> Conf. BELLO KNOLL, Susy Inés: *Zonas Francas. Análisis de la ley 24.331*, *idem*, pág. 21; VIVES, María Luisa: *Las zonas francas*, Buenos Aires, Errepar, 2000, pág. 105; VAZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Juan José: *Los consorcios administradores de zonas francas. El consorcio de la Zona Franca de Vigo*, Atelier, Barcelona, 2004, pág. 52, 58/61; así como ÁLVAREZ, Carlos Raúl: *Las zonas francas. Formulas exitosas del comercio exterior*, La Plata, 1999, pág. 17. MASTROIANNI BERNASCONI, Álvaro y SUSENA BARDALLO, Emilio: *Zona franca de cara al Mercosur*, Montevideo – Buenos Aires, Julio César Faira Editor, 1993, pág. 17/19. TUSSI, Jorge Luis: *Las zonas francas y los mercados internacionales*, *La Ley*, Buenos Aires, 2000, pág. 3/4. Finalmente también, LEW, Leonardo J. y TREGOB, José G.: "Las exenciones impositivas en lugares determinados por leyes y tratados. Algunas consideraciones básicas sobre las zonas francas", *P.E.T.* N° 133.

<sup>51</sup> Conf. Senador León, párrafo 312 del debate parlamentario: "la promoción de la actividad económica en general y la industrial en particular, el aumento del empleo y de la inversión, la generación de condiciones favorables para la reactivación, son algunos de los objetivos básicos que se pretenden alcanzar con la radicación de una zona franca". *Antecedentes Parlamentarios*, *La Ley*, año II, N° 8, octubre de 1995, párrafo 312, pág. 116.

<sup>52</sup> TUSSI, Jorge Luis: *Las zonas francas y los mercados internacionales*, *idem*, pág. 3.

<sup>53</sup> LAPIERRE, José Augusto: "Regímenes de promoción económica", en AAVV *Servicio Público, policía y fomento*, Buenos Aires, RAP, 2004, pág. 588. En igual sentido se pronunciaron los Diputados Sánchez Galdeano y Topa durante la discusión parlamentaria (si bien siendo que todavía no se había realizado la reforma constitucional se referían al antiguo art. 67 inc. 16 CN), Conf. *Antecedentes Parlamentarios*, *La Ley*, año II, N° 8, octubre de 1995, pág. 74, párrafo 203. También MALJAR, Daniel Edgardo: *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998, pág. 265/6, quien conecta la "cláusula del progreso" con la mención de promover el bienestar general



en la similar disposición del art. 125 CN<sup>54</sup>, y en las constituciones provinciales.

Encontramos que dentro de la clasificación de los medios de fomento, considero que estamos frente a unos medios de tipo jurídico y económico. Jurídico en cuanto mediante la ley de creación 24.331 se otorga a los usuarios de la zona un privilegio que los coloca en una situación más favorable (la posibilidad de ingresar mercaderías a la zona libres de gravámenes aduaneros).

En cuanto al medio económico, se trata de una ventaja de tipo financiero, siendo un auxilio indirecto: el Estado no realiza un desembolso, sino que mediante un ficción considera que la zona “no pertenecen al territorio aduanero”<sup>55</sup>, con lo cual el Estado deja de percibir un ingreso. Es por ello que en realidad en el caso de las zonas francas, no se verifica un supuesto de exención impositiva -como dijimos más arriba-, sino que por efecto de aquella ficción de extraterritorialidad se trata lisa y llanamente de un caso de no imposición (o inexistencia del hecho imponible)<sup>56</sup>.

Finalmente, esta relación de fomento es “compleja”, ya que el concesionario de la zona franca no se encuentra en la posición de particular promocionado, sino que antes bien, es el “administrador” del sistema<sup>57</sup>. El beneficiario del incentivo será tanto el usuario directo como el indirecto.

### **6.3. Como establecimiento de utilidad nacional**

Los "establecimientos de utilidad nacional" se encuentran regulados en la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 30<sup>58</sup>, conforme a la redacción dada por reforma de 1994, disposición que puso fin a un diferendo doctrinario y jurisprudencial<sup>59</sup> en torno a las llamadas tesis “exclusivista”<sup>60</sup> y “finalista”<sup>61</sup>.

Así, considero que las zonas francas pueden ser encuadradas dentro de la figura de los establecimientos de utilidad nacional. También así lo han considerado la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía de la Nación<sup>62</sup> y de la Fiscalía de Estado de la provincia de Santa

---

del preámbulo de la Constitución Nacional.

<sup>54</sup> Conf. RODRIGUEZ, María José: “El fomento como forma de la intervención administrativa: la promoción industrial en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación”, en *AAVV Servicio Público, policía y fomento*, Buenos Aires, RAP, 2004, pág. 682. La llamada cláusula del progreso provincial.

<sup>55</sup> GALERA RODRIGO, Susana: *Derecho aduanero español y comunitario. La intervención pública sobre el comercio exterior de bienes*, Madrid, Civitas, 1995, pág. 419. En nuestro país, la “extraterritorialidad aduanera” del *área franca* (sinónimo de zona franca) está determinada expresamente por el art. 3º inc. b) del Código Aduanero. Conf. VIERA, Félix Mariano: “Las zonas francas argentinas y la normativa de aplicación”, *E.D.* 181-1364.

<sup>56</sup> Ello en virtud de que el art. 9º del Código Aduanero define a la importación como el ingreso de mercaderías a un territorio aduanero y en tanto las zonas francas no constituyen territorio aduanero general ni especial, es claro que no se verifica el hecho imponible (por ello es un caso de no imposición, más que de exención). Conf. GRANIERI, Oscar A.: “Aspectos impositivos a contemplar en las zonas francas”, *P.E.T.* 1998, pág. 84. En igual sentido *Dictámenes* PTN 218:160, pág. 166.

<sup>57</sup> Sobre el particular, pareciera que se configura una situación a medio camino de lo que De La Riva llama la “participación de sujetos privados en la gestión de ayudas públicas”, y las situaciones donde analizando el sujeto pasivo de la ayuda, se presenta un desdoblamiento del destinatario/beneficiario de la ayuda. Conf. DE LA RIVA, op. cit. pág. 146 y 158.

<sup>58</sup> Disposición que establece que corresponde al Congreso: “Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines”.

<sup>59</sup> Donde la jurisprudencia de la CSJN ha sido un tanto vacilante, previo a la reforma constitucional. Un análisis exhaustivo del derrotero de la jurisprudencia de la CSJN puede verse en BIANCHI, Alberto, “Los establecimientos de utilidad nacional en las provincias y el sistema federal de gobierno”, *El Derecho*, tomo 136, pág. 468.

<sup>60</sup> La “tesis exclusivista” tomaba la literalidad del art. 67 inc. 27, y sostenía que la potestad de la Nación sobre esos lugares era exclusiva y excluyente de todo poder provincial o municipal. BADILLOS, Ana: “Notas para el encuadre jurídico-institucional de los establecimientos de utilidad nacional”, *El Derecho* tomo 187, pág. 1071.

<sup>61</sup> Mientras que la denominada “tesis finalista” se pronunciaba por la posibilidad de la “existencia de competencia provincial en tanto su ejercicio no interfiera en la satisfacción del propósito de interés público que requiere el establecimiento de utilidad nacional”. *Ibem*, pág. 1072.

<sup>62</sup> Conf. DIRECCION GENERAL DE ASUNTOS JURIDICOS del Ministerio de Economía, Dictamen referido al “Reglamento de funcionamiento y operaciones de la Zona Franca de San Juan – Acuerdo 729/96”, de fecha 27 de junio de 1996, emitido por Armando J. Isasmendi.

Fe<sup>63</sup>. Ello por cuanto con las zonas francas se buscan objetivos de fomento de las economías regionales y de impulso de la industria que son propias del gobierno federal, conforme a la nueva cláusula del progreso (art. 75 inc. 19 CN), además de ser una institución propia del derecho aduanero (materia federal en virtud del art. 75 inc. 1º)<sup>64</sup>.

La profesora Ivanega manifiesta respecto de estos establecimientos que la jurisdicción federal no se verifica en razón del territorio ocupado por el establecimiento, sino en relación al objeto o al fin del mismo. Por ello, “ni es indispensable ese derecho de propiedad cuando el empleo del bien exige la jurisdicción nacional”<sup>65</sup>. Vale decir, no es tan importante la titularidad del predio, sino el destino que se le de, el (para que)<sup>66</sup>.

Así nuestra tesis consiste en sostener que lo fundamental para calificar un lugar como establecimiento de utilidad nacional es el destino y la afectación a la consecución de intereses nacionales (como se verifica en el caso de las zonas francas, donde se persiguen fines eminentemente nacionales<sup>67</sup>), no tanto un dato “formal” como la titularidad<sup>68</sup>.

La consecuencia jurídica de tal calificación será el hecho de que la competencia federal sobre la zona franca no será exclusiva, sino concurrente. De modo que las autoridades municipales y provinciales conservarán el poder de policía e imposición sobre dichos establecimientos en tanto no interfieran en el cumplimiento de los fines del Estado Nacional.

## **7. Organización administrativa y Zona Franca**

La ley 24.331 establece como autoridad de aplicación al Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación<sup>69</sup>, y prevé asimismo la creación de organismos provinciales.

### **7.1. Órganos provinciales.**

Entre las provincias que adhieran al régimen, la ley 24.311 establece que deben constituir dos órganos provinciales: a) la Comisión de Evaluación y Selección y, b) el Comité de Vigilancia, a los cuales la misma ley nacional atribuye directamente funciones, en lo que podríamos llamar una especie “asignación de cometidos”<sup>70</sup>.

<sup>63</sup> Conf. FISCALÍA DE ESTADO DE LA PROVINCIA DE SANTA FE Dictamen N° 1171/1997 (Expte. N° 00701-0029249-2), folio 1065 vta.

<sup>64</sup> Ha dicho la PTN que esta áreas gozan “de una especie de extraterritorialidad a los efectos aduaneros” *Dictámenes* PTN 218:160, pág. 166.

<sup>65</sup> IVANEGA, Miriam: “De nuevo acerca del poder de policía”, Suplemento La Ley Constitucional, del 15 de mayo de 2007 pág. 46.

<sup>66</sup> De igual modo, se había expedido la CSJN –todavía en el marco de la disputa entre las tesis exclusivista y finalista- en “Servicios Aéreos Cruzeiro do Sul c. Gobierno Nacional” del 24 de noviembre de 1949, donde dijo que la competencia federal no deriva del hecho de la adquisición o cesión de los lugares, *sino del destino de dichos establecimientos a los fines de “interés nacional”* (el destacado es nuestro). Si bien, es claro que la Corte pone el acento aquí en el destino, dentro del marco de la CN de 1853/60, la *adquisición o cesión* al Estado Nacional todavía era exigible, por la misma literalidad del entonces 67 inc. 27.

<sup>67</sup> Ello porque la ZF es “una institución de carácter típicamente aduanero” y como tal sometida según la distribución de competencias que hace nuestra CN, al orden Federal. Conf. Dictamen referido al “Reglamento de funcionamiento y operaciones de la Zona Franca de San Juan – Acuerdo 729/96”, de fecha 27 de junio de 1996, emitido por Armando J. Isasmendi. De tal modo, el Ente Zona Franca Santafesina es un ente público estatal provincial, que cumple “fines nacionales”. Conf. REYNA, Justo José: “Control de la administración pública de Santa Fe en el procedimiento administrativo- situación de creciente complejidad”, en AAVV *Control de la administración pública. Administrativo, legislativo y judicial*, Bs. As., RAP, 2003, pág. 445. Dichos “fines nacionales” serán aquellos que surgen del art. 4 de la ley 24.331 (de zonas francas).

<sup>68</sup> Además el requisito de que sea “adquirido o cedido” por las provincias al Estado Nacional que estaba incluido en la CN original (art. 67 inc. 27), no se encuentra en el actual 75 inc. 30 CN.

<sup>69</sup> Conf. Art. 13 ley 24.331.

<sup>70</sup> No podemos decir que se trata de una “delegación” en sentido técnico, ya que dentro de la inteligencia del derecho administrativo argentino no se concibe que pueda existir delegación entre un órgano de distintas esferas (v.gr. de un órgano nacional, hacia otro que actúa en el ámbito provincial). Sólo se admite la “delegación interorgánica”, no la intersubjetiva (la cual requiere la superación de la idea de la separación entre el Estado y los entes locales). Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, Tomo I, 5ta Edición actualizada, Buenos Aires, 1996, pág. 242-

### **7.1.1. Comisión de Evaluación y Selección**

Así la ley de zonas francas establece que se cree dentro de la órbita del poder ejecutivo provincial, en forma transitoria<sup>71</sup>, una Comisión de Evaluación y Selección<sup>72</sup>. Siendo la función principal del mismo el llamado a licitación y la adjudicación de la concesión de la zona franca con aprobación de la autoridad de aplicación. Asimismo debe elaborar y elevar para su aprobación (nuevamente por el Ministerio de Economía) el reglamento de funcionamiento y operación de la zona franca (que contiene el plazo, modalidad y condiciones de la explotación de la zona franca). De tal modo, este organismo tiene potestades tanto reglamentarias como de llevar adelante el trámite licitatorio.

Dada la transitoriedad que le otorga la ley 24.331 a ésta Comisión<sup>73</sup>, considero que lo más conveniente es que las provincias dispongan su creación como órganos desconcentrados<sup>74</sup> (ello para no alterar el organigrama provincial con un ente descentralizado destinado a desaparecer).

### **7.1.2. Comité de Vigilancia**

El otro organismo provincial que prevé la ley nacional es el Comité de Vigilancia -que puede constituirse como ente público o mixto-, y en el que deben estar representados los municipios del área de influencia de la zona, así como entidades empresariales y de la producción<sup>75</sup>. Entre las funciones previstas por la normativa, la principal será la recepción del canon de parte del concesionario de la zona franca (art. 16 inc. g ley 24.331) y las actividades de control sobre el mismo (art. 16 inc. e). De ello, surge que estamos ante un organismo con vocación de permanencia, lo cual torna más conveniente la constitución del mismo como ente autárquico (tal es el caso de la zona franca santafesina)<sup>76</sup>. Al respecto, se ha sostenido que el Comité de Vigilancia cumple funciones de fiscalización, así como reglamentarias y de promoción<sup>77</sup>.

El interrogante que podemos plantear al respecto es que sucedería si una vez perfeccionada la adjudicación de la zona franca a un concesionario, y disuelta la Comisión de Evaluación –debido a su carácter de transitoria y la culminación de sus funciones-, se revocase la adjudicación. Ante tal evento, considero que, haciendo aplicación del principio del “paralelismo de las competencias”, le sería lícito al ejecutivo provincial volver a crear el organismo que ejerza esa función<sup>78</sup>.

### **7.1.3. El Ente Zona Franca Santafesina**

En la provincia de Santa Fe se ha optado por la creación de una entidad autárquica, el Ente Zona

---

3. Asimismo IVANEGA, Miriam M., “Los principios de la organización administrativa”, en *Documentación Administrativa*, N° 267-268, INAP, España 2004. pág. 197. Por ello decimos que estamos ante una asignación de cometidos legislativamente establecida.

<sup>71</sup> Conf. Art. 14 primer párrafo Ley 24.331.

<sup>72</sup> Art. 14 Ley 24.331. Dicho Comité fue creado en Santa Fe por decreto provincial 202/95, con carácter transitorio.

<sup>73</sup> Lo establece el mismo artículo 14, cesa en sus funciones con la adjudicación perfeccionado, ya que la ley nacional no le otorga facultades después de ése punto.

<sup>74</sup> Donde la atribución de facultades decisorias no lleva consigo la creación de una entidad con personalidad jurídica propia. Conf. CASSAGNE, Juan Carlos: op. cit., pág. 249.

<sup>75</sup> Art. 15 ley 24.331.

<sup>76</sup> Donde el organismo provincial fue creado por ley provincial 11.731 (creación del Ente Zona Franca santafesina – Comité de Vigilancia), como una entidad autárquica de derecho público (art. 1).

<sup>77</sup> BERNABÉ, Enrique: “Zona franca. El rol actual de la autoridad de aplicación provincial”, [www.aduananews.com.ar](http://www.aduananews.com.ar), lunes 2 de abril de 2007.

<sup>78</sup> Ello por que si tuvo competencia la primera vez para crear la Comisión de Evaluación por vía de decreto, no habría inconveniente para que por la misma vía vuelva a atribuir competencia a otro órgano. Marienhoff manifiesta el principio de la siguiente manera: “es principio que la extinción del ente sea dispuesta por la autoridad que lo creó” MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, *idem*, pág. 419. En el mismo sentido MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo III-A, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, pag. 629 (aplicación del principio respecto de la revocación, rescate o caducidad de un concesión). Lo que aquí decimos implica ir un paso más allá: no sólo decimos que la autoridad que originariamente crea el ente lo puede disolver, sino que eventualmente podría disponer nuevamente su creación si las circunstancias lo ameritan.

Franca Santafesina, mediante la ley provincial 11.731, creado originalmente como Comité de Vigilancia (art. 1), el cual por medio del decreto provincial 1373/06 (artículo 3) ejerce también las competencias de la Comisión de Evaluación y Selección<sup>79</sup>. De tal modo, el Ente Zona Franca Santafesina es un ente público estatal provincial, que cumple “fines nacionales”<sup>80</sup>.

Así el mencionado Ente ejercerá las facultades que la ley 24.331 otorga al Comisión de Evaluación<sup>81</sup> durante el proceso licitatorio; y una vez concesionada la zona, ejecutará las potestades que el ordenamiento nacional prevé para la Comité de vigilancia<sup>82</sup>.

## **8. Procedimiento y proceso administrativo y zona franca**

Durante la constitución y funcionamiento de la zona franca aparecen una serie de procedimiento y actos administrativos, cuya naturaleza es necesaria desentrañar a los fines de determinar ante qué tribunales se podrán ventilar los mismos. Nuevamente la interacción entre Nación y provincia, y los entes que ésta debe crear, dificultan las respuestas que se puedan dar al tema.

### **8.1. Vía recursiva ¿provincial o federal?**

La posición que se tome al respecto hará variar la vía recursiva a transitar, y la posterior competencia judicial. Lo mismo sucede con los demás actos administrativos, previos y posteriores a la adjudicación.

Se presenta arduo determinar además no solo la competencia judicial, sino que procedimiento recursivo aplicar (si el nacional o el provincial).

El tema en este tramo es por demás de intrincado y con estas consideraciones no pretendo agotar el tema.

### **8.2. Competencia judicial frente a actos administrativos de los entes provinciales de las Zonas Francas**

El tema más complejo será determinar la competencia judicial frente a actos administrativos de los entes u órganos públicos provinciales que cumplen con los fines nacionales previstos por la ley 24.331. Evidentemente, este tema está vinculado con el agotamiento de la vía administrativa y la

<sup>79</sup> Ello en virtud de que la provincia había disuelto la Comisión de Evaluación en el proceso de adjudicación original antes de la rescisión del primer contrato de concesión. Ocurrida la rescisión del contrato, en lugar de crear una nueva Comisión de Evaluación, se decidió otorgar sus atribuciones al Ente ya creado.

<sup>80</sup> Conf. REYNA, Justo José, “Control de la administración pública de Santa Fe en el procedimiento administrativo-situación de creciente complejidad”, op. cit., pág. 445. Han existido otros ejemplos en el ordenamiento provincial de organismos o entes provinciales que cumplen cometidos nacionales, tales como el decreto 762/1985 que establecía que la Dirección General de Comercio era el organismo de aplicación de normas nacionales y provinciales en materia de comercialización (art. 1). Actualmente, lo mismo sucede con la aplicación de la ley de defensa del consumidor 24.240 (art. 45) en el interior del país donde organismos provinciales pueden aplicar la normativa nacional. Conf. DOMINGO, Hugo Luis, “Ley de defensa del consumidor. Procedimiento administrativo”, en PEYRANO Jorge W. (director), *Tutela procesal del consumidor y del usuario*, Santa Fe, Editorial jurídica Panamericana, Santa Fe, 2000, pág. 219. La CSJN en “Banco de la Nación Argentina c. Programa de Defensa de Consumidor Comercio y Cooperativas de la Provincia de San Luis” (La Ley 2006-A, pág. 635), 28/07/2005, a través del dictamen del Procurador General que la mayoría de la Corte hace propio, manifiesta que la autoridad de aplicación de la normativa en principio es la federal (en el caso de marras, ello se ve reafirmado por la materia de que se trata –poder de policía bancaria- y por el sujeto aforado –Banco de la Nación-), admitiendo sin embargo, a tenor de los art. 42 y 43 último párrafo de la ley 24.240 las potestades locales sobre el tema.

<sup>81</sup> Art. 14 ley 24.331, entre las cuales se encuentra: realizar la evaluación técnica y económica de los proyectos de los candidatos a la explotación de la zona, elaborara y elevar a aprobación el reglamento de funcionamiento y operaciones de la zona, realizar el llamado a licitación nacional e internacional para la explotación de la zona, adjudicar la explotación con aprobación de la autoridad de aplicación.

<sup>82</sup> Art. 16 ley 24.331, ellas son: a) Promover la radicación de actividades destinadas a la investigación y la innovación; b) Remitir toda información que requiera la autoridad de aplicación, y servir a la misma como órgano de consulta y asesoramiento permanente sobre las actividades de la zona franca; c) Fiscalizar la provisión de información estadística adecuada; d) Evaluar el impacto regional de la zona franca y articular su funcionamiento con los planes provinciales y municipales; e) Fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el concesionario a cargo de la explotación de la zona franca y en su defecto informar a la autoridad de aplicación sobre las mismas; f) Auditar periódicamente las medidas de vigilancia y control necesario de accesos y límites de la zona franca; g) Percibir del concesionario un derecho por la concesión bajo forma de un pago único o en un canon periódico; h) Garantizar la concurrencia de los usuarios en el acceso e instalación en la zona franca conforme al reglamento de funcionamiento y operación, y atender y dar respuesta a sus reclamos; i) Hacer cumplir las leyes y regulaciones aplicables, el reglamento de funcionamiento y operación, las normas internas de la zona franca y los acuerdos de concesión y operación; j) Velar por el cumplimiento de las normas sobre la conservación del medio ambiente, y en especial el tratamiento de los efluentes originados en la zona franca.

naturaleza jurídica de dichos actos administrativos. Es por ello que, si el agotamiento de la vía debe hacerse en la esfera provincial, la competencia judicial posterior, será también provincial (lo mismo si el agotamiento de vía sea en sede administrativa federal). En tal sentido, sería incongruente que haya que agotar vía en un orden, para luego acudir a la justicia de otra esfera. De todos modos, el mayor inconveniente es que las más de las veces no es claro si hay que agotar vía ante la Nación o la provincia. Veamos si podemos echar luz sobre el tema.

### **8.3. Actos de la Comisión de Evaluación (previos a la puesta en marcha de la Zona Franca)**

#### **8.3.1. Actos previos a la adjudicación.**

En el caso de actos administrativos dictados por la Comisión de Evaluación, antes de la adjudicación que ella realiza, considero que estamos ante un acto de naturaleza provincial, con lo cual el agotamiento de la vía será en sede provincial, lo que determinará a su vez la competencia judicial provincial para dirimir el conflicto. Un ejemplo de ello sería la impugnación del pliego de bases y condiciones (claro está siempre que se acepte tal pliego como un acto administrativo –en el caso de marras, de alcance general no normativo-).

#### **8.3.2. Procedimiento licitatorio: acto de adjudicación**

La explotación de la zona franca debe ser ofrecida mediante licitación pública nacional e internacional<sup>83</sup>. Dicha licitación culmina con la adjudicación que realiza la Comisión de Evaluación con la aprobación del Ministerio de Economía, en cuanto autoridad de aplicación<sup>84</sup>.

Se trataría entonces de un acto dispuesto por un organismo provincial, sujeto luego a aprobación por un Ministerio del Ejecutivo Nacional (con control en parte además, del Poder Ejecutivo provincial en el caso de Santa Fe).

Surge entonces la duda sobre la naturaleza jurídica de éste acto. ¿Estamos ante un acto complejo, completado con la voluntad conjunta de la Comisión y la Autoridad de aplicación? ¿O son ellos actos administrativos separados y perfectos cada uno de ellos? ¿O es un acto “ad referéndum”? ¿O sujeto a aprobación?

Personalmente, considero que se trata de un "acto de contralor sucesivo". Al respecto el italiano Zanobini manifiesta que existen “actos de contralor sucesivo”, donde el contralor “es ejercido después que el acto haya realizado en todo o en parte, sus efectos”<sup>85</sup>. Expresa que dicho acto se va a ver concretado en un acto que lleve el nombre de “visto” o de “aprobación”; expresiones que por lo general se refieren a un mero control de legalidad en el primer caso, y a un control también de oportunidad en el segundo<sup>86</sup>.

Este “acto de contralor sucesivo” va a ser en realidad un acto de aprobación, pero con la particularidad de que el acto original puede haber realizado en todo o en parte sus efectos y contará además con más de un control.

Además, el contralor sucesivo se manifiesta en el hecho de que, en el caso de Santa Fe, el Ente Zona Franca Santafesina debe gestionar primero una aprobación ante el Ejecutivo provincial, para luego elevar a la Nación en busca de la aprobación definitiva<sup>87</sup> por parte del Ministerio de Economía.

<sup>83</sup> Art. 14 inc. c) Ley 24.331.

<sup>84</sup> Art. 14 inc. d) Ley 24.331.

<sup>85</sup> ZANOBINI, Guido, *Curso de derecho administrativo, Volumen I, Parte General*, Buenos Aires, traducción de la 5ª edición (1949) italiana por Héctor Masnatta y actualizada con la 6ª edición (1950), por Francisco Humberto Picone, Ediciones Arayú, 1954, pág. 366. Este acto de “contralor sucesivo” se opone al de “contralor preventivo”, el cual puede preceder la formación misma de la disposición, o bien solamente a su ejecución.

<sup>86</sup> ZANOBINI, Guido, *Curso de derecho administrativo*, op. cit., pág. 366.

<sup>87</sup> Conf. DIRECCIÓN DE ASUNTO JURÍDICOS del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Industria y Comercio,

De igual modo la Fiscalía de Estado de la provincia de Santa Fe, ha interpretado que estamos ante un “acto de contralor sucesivo”, dónde se ejerce un contralor que se “ejerce en medidas ya dispuestas, con el efecto de permitir o impedir su ejecución y eficacia”<sup>88</sup>.

Relativo al control que realizan las provincias sobre lo obrado por la Comisión en el proceso de adjudicación, se trata de una “aprobación” que produce efectos respecto a lo vinculado con el ejercicio de las atribuciones provinciales por parte de la Comisión. Dichas atribuciones provinciales surgen del art. 75 inc. 30 de la Constitución Nacional<sup>89</sup>, y de las competencia que la ley nacional 24.331 (art. 37) y referido únicamente a aspectos que puedan afectar intereses públicos provinciales<sup>90</sup>. Éste control se fundamenta, además, en que se trata de un ente provincial –actualmente se trata de un ente descentralizado- el que emite el acto, respecto del cual el Ejecutivo provincial ejerce un control de tutela (o jerarquía atenuada)<sup>91</sup>.

Luego vendrá la aprobación de la Nación (por medio del Ministerio de Economía) y el acto producirá plenos efectos<sup>92</sup>.

Repasemos entonces, tenemos un acto (el de adjudicación) que va a surgir de la siguiente manera: la Comisión de Evaluación es la encargada de adjudicar (art. 14 inc b, ley 24.331), pero requiere la aprobación de la provincia (al menos en el caso santafesino), más la aprobación que dispone la misma ley nacional, por parte del Ministerio de Economía. Tenemos ante nosotros un acto con una doble aprobación: de la provincia en la parte pertinente, y de la Nación, que es la que termina perfeccionando el acto.

Si creemos que se está ante una sucesión de actos administrativos, todos ellos serán recurribles ante la esfera que corresponda (Nación o provincia)<sup>93</sup>, para luego proseguir la vía judicial correspondiente.

Si en cambio, consideramos que la adjudicación no se perfecciona hasta lograr la aprobación de la Nación, sólo éste acto final será recurrible por medio de los recursos previstos en la ley 19.549 (LPA) y su decreto reglamentario 1759/72, configurándose por ende, la competencia judicial federal. Tal pareciera ser la solución correcta.

Volviendo sobre la competencia judicial federal ante el acto aprobatorio, existe un antecedente de la CSJN, donde si bien el Alto Tribunal rechaza el amparo por no haberse agotado la vía administrativa, algunas pistas podemos obtener sobre el particular. Se trataba de una empresa (Neuquén para el Mundo) que había sido obtenido la preadjudicación de la concesión de la zona franca<sup>94</sup>, en

---

Provincia de Santa Fe, dictamen del 29 de agosto de 2001, dentro del expediente N° 0011-0003037-6 caratulado “Wagner Claudia s/ se disponga el acto administrativo para rescindir el contrato de explotación de la Zona Franca Santafesina”, emitido por las Dras. Beatriz A. M. Pallares y Susana M. Kinoweiler.

<sup>88</sup> FISCALÍA DE ESTADO DE LA PROVINCIA DE SANTA FE, dictamen N° 1171, año 1997, pág. 17 folio 1069.

<sup>89</sup> “Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines”. De la provincia de Santa Fe extrae que conserva cierta facultad para “aprobar” lo obrado por la Comisión.

<sup>90</sup> FISCALÍA DE ESTADO DE LA PROVINCIA DE SANTA FE, dictamen N° 1171, año 1997, pág. 16 folio 1068 vta.

<sup>91</sup> MONTI, Laura, “La jerarquía y la competencia como principios de la organización administrativa”, en AAVV *Organización administrativa, Función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pág. 116. Es la relación que vincula a la administración central (en nuestro caso, el ejecutivo provincial) con los entes descentralizados, en virtud de la cual el ejecutivo provincial ejerce funciones de control.

<sup>92</sup> La aprobación operará *ex post*, siendo constitutivo del acto (no declarativo). Conf, DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, 5° Edición, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, pág. 259.

<sup>93</sup> Con ello el perjudicado en el proceso de adjudicación por la “aprobación” de la provincia, podría recurrir ante ésta. Si se toma la postura contraria, no; ya que sólo le quedaría plantear el recurso administrativo ante la Nación, la cual obviamente no va a resolver sobre el “tramo” provincial del acto.

<sup>94</sup> CSJN “Neuquén para el Mundo c/ Prov. de Neuquén”, J.A.1996-I-528.

virtud de la aprobación de la Comisión de Evaluación, mas mediante resolución del Ministerio de Economía de la Nación se resolvió no aprobar la adjudicación. Contra esa decisión la empresa interpuso recurso de reconsideración y jerárquico (si bien el fallo no lo expresa, tramitaron ante el Estado Nacional<sup>95</sup>).

Reiteramos, si bien la CSJN rechaza el amparo incoado debido a la falta de agotamiento de la vía administrativa –estando todavía en trámite el recurso jerárquico- y de improcedencia del amparo –por el limitado conocimiento que permite- para el estudio del pliego de bases y condiciones, podemos extraer algunas conclusiones. En primera medida, es de remarcar que si bien la empresa tenía la aprobación de la Comisión de Evaluación (ente provincial), demanda tanto al Estado Nacional como al provincial –y ello no es objetado en la Corte-. Por otro lado, ante la no adjudicación por parte del Ministerio de Economía, recorre –aunque no agota- la vía administrativa ante tal órgano del Estado Nacional. Finalmente, respecto de la competencia judicial, la CSJN tampoco rechaza el amparo por esta cuestión formal, por tanto es viable interpretar que ante estos casos, la competencia judicial será la federal<sup>96</sup>.

Ante casos de duda respecto a la competencia a la cual corresponde la impugnación de los actos y la consecuente competencia judicial, considero que en principio, por tratar de un tema esencialmente aduanero –materia delegada a la Nación en la distribución de competencias-, cuyo puntapié inicial ha sido una ley nacional a la que las provincias se han adherido, la competencia será en principio y en general federal<sup>97</sup>.

No obstante lo cual, un consejo sería ante la duda de dónde iniciar la vía recursiva para acceder a la justicia, comenzar tal vía en ambas sedes (local y nacional) –ello debido a que el procedimiento administrativo no genera costas- para luego tener ambas opciones a la hora de acceder a la justicia, y aventar el peligro de dejar firmes actos administrativos que impidan luego el acceso a la instancia judicial (si es que la provincia considera que en su “tramo” efectivamente se perfecciona un acto administrativo).

#### **8.4. Actos administrativos del Comité de Vigilancia durante la ejecución del contrato de concesión**

Una vez puesta en marcha la zona franca, el organismo competente será el Comité de Vigilancia. Es el encargado de controlar el obrar del concesionario de la zona franca, dictando para ello actos administrativos<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> Conf. Dictámenes PTN 243:486, donde el Procurador del Tesoro de la Nación Rubén Citara dictamina rechazar el recurso jerárquico interpuesto contra la Resolución 854/97 del Ministerio de Economía (el cual no había aprobado la licitación).

<sup>96</sup> También ante el fuero federal se intentó suspender la ejecutoriedad de la resolución 908/99 del Ministerio de Economía que revocó la adjudicación de la concesión de la zona franca de Concepción del Uruguay (Entre Ríos) (“Zona Franca Concepción del Uruguay S.A. c. Ministerio de Economía”, Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, La Ley 2000-C, pág. 792). Previo a ello, se tramitaron los recursos de reconsideración y jerárquico ante el Estado Nacional. Conf. Dictámenes 233:233.

<sup>97</sup> El Dictamen de la DIRECCION GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA, referido al “Reglamento de funcionamiento y operaciones de la zona franca de San Juan – Acuerdo 729/96”, emitido por Armando J. ISASMENDI, de fecha 27 de junio de 1996, es más tajante al respecto, al considerar que “la autoridad competente para resolver los conflictos vinculados con la zona franca es la justicia federal” (fs. 41), sin realizar las distinciones que venimos realizando. Respecto de la competencia “legislativa”, es claro que se trata de una institución del derecho aduanero (conf. Dictámenes PTN 218:160) y que en virtud del art. 75 inc. 1º CN corresponde a las atribuciones del Congreso Nacional. Las caracterizaciones que hicimos más arriba como técnica de fomento y establecimiento de utilidad nacional, sin embargo, no ayudan a brindar mayor claridad al tema. Ello debido a que respecto de la actividad de fomento, aparece como potestad nacional en virtud del art. 75 inc. 18 y 19 CN, similar atribución cuentan las provincias (art. 125 CN). Y respecto a la calificación como establecimiento de utilidad nacional, ello determina la competencia (legislativa y judicial) federal, pero sin perjuicio de los poderes de imposición y policía provincial y municipal.

<sup>98</sup> Entre los actos que puede realizar están, en el caso de Santa Fe: la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones

En el caso santafesino el Reglamento de Funcionamiento y Operaciones establece que salvo disposición en contrario, las resoluciones del Ente Zona franca son recurribles en los términos del Código Contencioso Administrativo de Santa Fe (hoy ley 11.330)<sup>99</sup>.

Sin embargo, considero que más allá de lo que diga el reglamento, habrá que distinguir entre los recursos administrativos contra actos de los entes provinciales en ejercicio de facultades netamente provinciales, de las potestades federales delegadas, para determinar si la vía recursiva y posterior instancia judicial será la provincial o Nacional<sup>100</sup>.

Si se nos presentan actos del ente provincial que resuelven sobre cuestiones operativas v. gr., ejecución del contrato, no aprobación de la tarifa, o imposición de sanción, surgen más interrogantes en cuanto a si se debe recurrir la vía recursiva provincial o nacional (y ello determinará, una vez agotada la vía, si se recurrir al tribunal provincial o federal). Considero que ante supuestos de cuestiones “operativas” (del día a día del ente) la vía recursiva (y ulterior judicial) será la provincial<sup>101</sup>.

En un sentido similar, para atender los reclamos de los usuarios será competencia del Comité de Vigilancia o el órgano que cumpla sus funciones el que resuelva las cuestiones que se plantean entre los concesionarios y los usuarios<sup>102</sup>. Así la competencia del Comité de Vigilancia para atender reclamos de usuarios llevará a que si dichos reclamos son resueltos por un acto administrativo del mencionado órgano, determinará luego la competencia provincial para impugnar judicialmente la resolución del reclamo.

## **9. Algunas relaciones jurídicas presentes en la zona franca**

Estando implicados en la constitución y funcionamiento de la zona franca distintas jurisdicciones constitucionales, y personas públicas y privadas, se traban una multiplicidad de relaciones jurídicas (tanto en el ámbito del derecho público, como privado y otras de difícil caracterización). Veamos algunas de ellas.

### **9.1. Relaciones entre Nación y Provincia**

En primer lugar, la provincia debe adherir al régimen nacional (ley 24331) mediante un convenio de adhesión que luego debe ser aprobado en todos sus términos por una ley provincial<sup>103</sup>, configurándose un “convenio interjurisdiccional en sentido estricto”<sup>104</sup>.

De tal modo, luego de la adhesión de la provincia (que realiza el Gobernador, con aprobación de la legislatura)<sup>105</sup>, la ley 24.331 se parece a una suerte de ley-convenio<sup>106</sup>, en cuanto se trata de una

---

por parte del concesionario (Ley 24.331, art. 14 inc. e), pudiendo en el caso santafesino aplicar sanciones y hasta llegar a la revocación del contrato de concesión (conf. art. 20 y 21 de la Resolución del Ministerio de Economía n° 768/99, Reglamento de Funcionamiento y operaciones de la zona franca santafesina).

<sup>99</sup> Art. 3, Resolución del Ministerio de Economía n° 768/99, al tiempo que el art. 6.1 del Pliego de Bases y Condiciones para la explotación de la zona franca santafesina (decreto 1833/10) establece la competencia exclusiva de la Cámara en lo Contencioso Administrativo n° 1 de la ciudad de Santa Fe para cualquier controversia relacionada con la Concesión de dicha zona franca.

<sup>100</sup> En el caso que se decida por la competencia federal, habrá que plantear la inconstitucionalidad del art. 3 de la Resolución 768/96.

<sup>101</sup> Así la ley provincial n° 11.731 que crea el Ente Zona Franca santafesino establece que la aplicación del decreto de actuaciones administrativas a los efectos de recurrir los actos del Ente (conf. art. 13). De igual modo el reglamento de funcionamiento y operaciones de la zona franca santafesina (Resolución del Ministerio de Economía 768/1996) establece la facultad del Ente de interpretar dicho reglamento y la recurribilidad de esa interpretación de acuerdo a las normas de procedimiento administrativo y contencioso administrativo de la provincia de Santa Fe (art. 52).

<sup>102</sup> Salvo en aquellos lugares donde se ha constituido un “Comité de Usuarios” (Santa Cruz, Justo Daract, Córdoba y General Pico). BELLO KNOLL, Susy Inés: *Zonas Francas. Análisis de la ley 24.331, idem*, pág. 73.

<sup>103</sup> Art. 3 de la ley 24331.

<sup>104</sup> Conf. PIOMBO, Horacio Daniel, *Teoría general y derecho de los tratados interjurisdiccionales internos*, Depalma, 1994, pág. 36.

<sup>105</sup> En el caso de la provincia de Santa Fe, la adhesión al régimen fue aprobado por ley provincial 11.247.

<sup>106</sup> Debemos esta idea al aporte del profesor Alberto Sánchez. Sobre la definición de ley-convenio ver el estudio de LAGARDE, Fernando: “Una aproximación a las leyes-convenio y los pactos federales como fuentes del derecho



norma emanada del Congreso Nacional a la que luego adhieren mediante convenio las provincias<sup>107</sup>.

Esto, por cuanto, si bien la zona franca es fundamentalmente una institución del derecho aduanero (y por tanto de competencia federal), implica a su vez una técnica de fomento (ámbito en el cual prima la concurrencia entre Nación y provincias<sup>108</sup>, como dijimos más arriba), además de ser un establecimiento de utilidad nacional.

De tal suerte, las relaciones entre ambas, en el marco del federalismo de concertación, pueden calificarse como una relación de cooperación o colaboración<sup>109</sup>, donde la provincia participa del régimen establecido por la Nación.

De tal modo, en la génesis de la zona franca encontramos un origen “pactista” o “convencional”, donde concurren los esfuerzos de la Nación y la provincia para la constitución de la misma.

Por otro lado, el art. 44 de la ley de zonas francas, establecía originalmente que si en el plazo de 18 meses de celebrado el convenio entre Nación y provincia no se iniciaban las obras de infraestructura previstas en el proyecto, caducaría el derecho a la instalación de la misma. Se trata aquí de un plazo de caducidad, el cual ha sido prorrogado varias veces mediante leyes nacionales<sup>110</sup>, que prevé el decaimiento del privilegio que supone la instalación y funcionamiento. En la redacción actual de la ley 24.331 se ha fijado un plazo de 15 años desde formalizado el convenio arriba mencionado entre la Nación y la provincia<sup>111</sup>.

Ello se justifica desde la consideración que estamos frente a una “concesión temporal de privilegios”<sup>112</sup>, las que en cuanto privilegio del derecho público, es claro que deberán tener necesariamente un origen legal, serán de interpretación restrictiva y de duración limitada o temporaria<sup>113</sup>. Esto -a su vez- responde al interrogante de qué sucederá con las zonas francas una vez vencidos los plazos de concesión establecidos en la ley (30 años de concesión, extensibles por diez más). De modo que una vez vencidos dichos plazos, salvo prórroga expresa del Congreso Nacional, el régimen de fomento se habrá extinguido.

## **9.2. Entre Comité de Vigilancia y Concesionario**

Vimos antes que la actividad desplegada en la zona franca por el concesionario constituye no

---

administrativo” en AAVV *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo*, RAP, Buenos Aires, 2009, pág. 229.

<sup>107</sup> La autoría de esta analogía pertenece al Dr. Alberto Sánchez, quien la formulara en la oportunidad en que el suscripto realizara la defensa de la tesis de maestría en la Universidad Austral.

<sup>108</sup> Conf. Art. 75 inc. 18 y 19 y art. 125 y 126 CN.

<sup>109</sup> PTN Dictámenes 327:544.

<sup>110</sup> Actualmente, modificado por la ley 25.956 que establece que si en un plazo de quince años de formalizado el convenio entre la Nación y la provincia de que se trate, no se iniciaron las obras de infraestructura previstas en el proyecto caduca el derecho al establecimiento de la zona franca en la provincia respectiva. Otras modificaciones que ha sufrido el art. 44 de la ley 24.331, fueron mediante las leyes 24.756 –en la cual se extendió el plazo de caducidad a veinticuatro meses desde aprobado el reglamento de funcionamiento y operación del art. 14 inc. b de la ley de zonas francas-, la ley 25.005 –volvió a extender el plazo a 48 meses desde la aprobación del mismo reglamento- y la ley 25.379 –que estableció un plazo de diez años desde formalizado el convenio entre Nación y provincia-, todas con la condición que se inicien las obras de infraestructura.

<sup>111</sup> Sobre el plazo de caducidad, la Asesoría Letrada del Ministerio de la Producción nacional ha interpretado que el plazo no debe considerarse fenecido “en la medida que los organismos técnicos concluyan que no ha habido de parte de la Provincia una inacción para efectuar los trámites tendientes a la instalación de la zona franca”. Dictamen DLALCyPyME N° 9355.

<sup>112</sup> VIVES, María Luisa: *Las zonas francas*, op. cit., pág. 103/4.

<sup>113</sup> Conf. MARIENHOFF, Miguel S., “Los ‘privilegios en el derecho público’ (Exclusividad; monopolio; exención impositiva) Lo atinente a la ‘reserva de zona’. La ‘zona de influencia’”, E.D. 162, pág. 1201/2. Del mismo modo, Vidal Albarracín acepta la constitucionalidad de áreas francas y áreas aduaneras especiales como un privilegio, mediante una ley temporaria. Conf. VIDAL ALBARRACIN, Héctor G., “Territorio aduanero. Su validez constitucional. Incidencia sobre el delito de contrabando”, La Ley 2001-C, pág. 82.

un servicio público. Por tanto, surge el interrogante de ¿cuál es el título habilitante del concesionario de la zona franca? La respuesta se ve dificultada por la multiplicidad y complejidad de tareas que desarrolla el concesionario<sup>114</sup>.

Muchas respuestas se han dado al respecto, algunos lo ven como un caso de descentralización de funciones administrativas<sup>115</sup>; personalmente considero que en primer lugar, estamos en presencia de una "delegación transestructural de cometidos", donde el Estado le transfiere ciertas prerrogativas a un particular (el concesionario).

Este concesionario es tal en virtud de un contrato administrativo sui generis, similar a la "concesión integral" de los puertos públicos (concepto desarrollado por Grecco y Muñoz)<sup>116</sup>.

Otra opción, no incompatible con la anterior, será postular que estamos ante un administrador de un establecimiento de utilidad nacional. Finalmente, el pliego de bases y condiciones para la explotación de la zona franca santafesina<sup>117</sup> expresa que se trata de un contrato por el cual el concedente "encarga a una persona privada la *gestión de un servicio de interés público* a su costo y riesgo"<sup>118</sup>.

Ahora bien, respecto de éste contrato de concesión integral que celebra el Estado con el concesionario, surge el interrogante de quién es la parte estatal del mismo ¿La Nación, la provincia, la Comisión de Evaluación y selección o el Comité de Vigilancia? La ley 24.331 no lo define expresamente.

Al respecto podemos afirmar que, en principio, pareciera que no es el Estado Nacional el contratante. La Comisión de Evaluación y Selección tiene competencia para adjudicar (sujeto a aprobación) -pero sabemos que la adjudicación no implica necesariamente la celebración del contrato-. Como mencionamos más arriba, la CSJN pareciera haber dicho *obiter dictum* que el contrato lo celebra con la provincia<sup>119</sup>. Por otro lado, la solución adoptada en el Pliego de bases y condiciones para la explotación de la zona franca santafesina es considerar como concedente a la provincia, a través del Ente que hace las veces de Comisión de Evaluación, por delegación del Estado Nacional<sup>120</sup>.

### **9.3. Relaciones entre el Concesionario y los usuarios**

El primer interrogante que surge aquí es si la relación que se traba entre el concesionario y los

---

<sup>114</sup> Construcción de infraestructura dentro del predio, provisión de servicios esenciales, pudiendo cobrar a los usuarios una tarifa por el alquiler de terrenos, almacenaje en depósitos públicos, vigilancia, manipuleo de cargas –las cuales deben ser aprobadas por el Comité- (Resolución N° 768/1996 del entonces Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos de la Nación, art. 19), a su vez le paga al Ente un canon, redactar y hacer cumplir el reglamento interno (Ley 24.331, art. 20 inc. h), pagar los costos del control aduanero de la zona (Ley 24.331, art. 20 inc. k), al tiempo que es solidariamente responsable con los usuarios que transgredan la legislación aduanera y la reglamentación de la ZF (Ley 24.331, art. 20 inc. j) –o que evidentemente les otorga facultades de control sobre las actividades de los usuario-, celebrar contratos con los usuarios directos de la zona.

<sup>115</sup> Conf. VAZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Juan José, *Los consorcios de administración de zonas francas*, op. cit., pág. 120/13. De igual modo, el art. 9 de la ley de zonas francas de Guatemala (decreto N° 65/89 del Congreso de la República de Guatemala) considera a las zonas francas *públicas* como entidades descentralizadas. Hay que remarcar además que los consorcios "concesionarios" de zonas francas en España, son también consorcios públicos.

<sup>116</sup> GRECCO, Carlos m. y MUÑOZ, Guillermo A., *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1992, pág. 61 y ss; donde -en el caso de los puertos- se combinan elementos de la obra pública, el dominio público y el servicio público. Por su parte Canosa, llega a la conclusión de que ante la concesión de un puerto público se da un supuesto de obra pública -perteneciendo el mismo al dominio público-, postulando por tanto una *publicatio encubierta* de la actividad (CANOSA, Armando N., "El régimen administrativo portuario en la Argentina", en *AAVV Jornadas Rosarinas de Derecho Administrativo*, RAP N° 339, pág. 108/111.). Considero que la idea *publicatio encubierta* no es predicable respecto de las zonas francas.

<sup>117</sup> Aprobado por decreto del Poder Ejecutivo provincial n° 1833/2010, art. 5 donde se expresan los conceptos y definiciones a emplearse en el mismo pliego.

<sup>118</sup> Noción ésta, la de las actividades de "interés público" presente también en la producción de gas y electricidad, así como en la ley de expropiación de YPF.

<sup>119</sup> Conf. CSJN "Zonas Francas de Santa Cruz c/ Estado Nacional", La Ley 03/07/2009.

<sup>120</sup> Decreto del Poder Ejecutivo de la provincia de Santa Fe n° 1833/2010, art. 5.

usuarios es de derecho público o derecho privado.

Se trata de una situación análoga al del usuario de un servicio público –si bien es claro que no se configura tal situación-. En dicha materia se han esgrimido tres teorías: a) relación de derecho público; b) de derecho privado; c) mixta.

El vínculo que une al usuario directo con el concesionario es un contrato tipo, de adhesión y que se debe registrar en el Comité de Vigilancia. El usuario indirecto es aquél que contrata el uso de un espacio cedido por un usuario indirecto, es decir, el contrato se da entre usuario directo e indirecto.

Considero que el vínculo concesionario-usuario es mixta o compleja, si bien esencialmente privada. Ello por cuanto la relación es principalmente de derecho privado y será regida por el derecho privado, tiene como substractum o causa fuente el vínculo que une al Concesionario con el Estado.

El concesionario tiene potestades de control y reglamentación sobre los usuarios directos e indirectos, todo ello con el contralor del Comité de Vigilancia.

De igual modo, el concesionario es solidariamente responsable junto con los usuarios de las infracciones aduaneras que cometan los segundos en el ámbito de las zonas.

El usuario se encuentra obligado al pago de una tasa como contraprestación por los servicios que recibe del concesionario y el alquiler del espacio físico dentro de la zona. A su vez el concesionario paga un canon al Comité de Vigilancia.

Por otro lado, el concesionario es, en principio, el encargado de realizar el master plan y la zonificación dentro de la zona franca, todo ello con aprobación del Comité de Vigilancia. La aprobación del master plan crea una relación de tipo reglamentaria que influye en los derechos del usuario directo e indirecto.

#### **9.4. Relaciones entre los usuarios y el Comité de Vigilancia**

En principio el Comité de Vigilancia es el encargado de resolver los planteos de los usuarios en sus diferendos con el concesionario de la zona (art. 16 inc. h) ley 24.331), con la salvedad de las de Santa Cruz, Justo Daract, Córdoba y General Pico, donde se creó un Comité de Usuarios a estos fines<sup>121</sup>.

Ciertos actos administrativos del Comité tienen implicancia directa en la esfera de derechos del usuario (v.gr. la aprobación de la tarifa), y además, corresponde -como dijimos antes- la registración de los contratos que celebren los usuarios directos con el concesionario, así como los celebrados entre los usuarios directos con los indirectos y entre éstos y terceros<sup>122</sup>. En igual economía, el Comité puede solicitar las aclaraciones, formular las observaciones y objeciones que estime conveniente para su reformulación y podrá denegar la inscripción de aquellos contratos que no fueren reformulados a satisfacción<sup>123</sup>.

#### **9.5. Relaciones entre usuarios directos e indirectos**

En estas relaciones la influencia del derecho público ya va a ser mucho menor, configurándose esencialmente una relación de derecho privado. De todos modos, como mencionamos antes, procederá asimismo la registración del contrato ante el Comité de Vigilancia de estos contratos.

Es ineludible mencionar aquí el caso resuelto por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, en autos “Asociación de Usuarios Zona Franca La Plata c. AFIP”<sup>124</sup>, que

<sup>121</sup> Conf. BELLO KNOLL, Susy I.: *Zonas francas. Análisis de la ley 24.331*, op. cit., pág. 73

<sup>122</sup> Conf. art. 35 Resolución n° 768/1996 del Ministerio de Economía de la Nación (Reglamento de Funcionamiento y Operación de la zona franca santafesina).

<sup>123</sup> Art. 36 Resolución n° 768/1996 del Ministerio de Economía de la Nación.

<sup>124</sup> Del 04/09/2001, E.D. 195, pág. 191.

invalidó la resolución de la AFIP 270/98, por el cual, pretendiendo reglamentar la ley 24.331 -y en uso de una supuesta delegación de su art. 14 b) y 46 Ley 24.331-, establecía un régimen de infracciones, donde se fijaba la responsabilidad solidaria entre usuarios directos e indirectos en las zonas francas. Extendiendo reglamentariamente la solidaridad más allá del texto de la ley. El tribunal termina invalidando algunos tramos de dicha resolución<sup>125</sup>.

### **9.6. Relaciones entre el Comité de Vigilancia y la Nación**

El Comité de Vigilancia es una entidad pública provincial que cumple cometidos previstos por la normativa nacional (en la ley 24.311)<sup>126</sup>.

Algo similar, aunque no igual, sucede en las provincias con las oficinas municipales y provinciales de Defensa del Consumidor, donde un ente público de una esfera, cumple los cometidos establecidos en la normativa dictada por otro estado (que tiene una competencia constitucional distinta). Decimos que similar pero no igual, porque la ley 24.240 prevé que en el interior del país, las oficinas provinciales y municipales de defensa del consumidor sean “autoridades locales de aplicación”<sup>127</sup>. En el caso de las zonas francas, la autoridad de aplicación sigue siendo un órgano nacional.

Por ello, en el caso que nos ocupa, se trata de organismos que subjetivamente y orgánicamente pertenecen al ámbito provincial, mas cumplen cometidos previstos por la ley nacional.

### **9.7. Relaciones entre los usuarios y el Estado Nacional**

Como hemos dicho más arriba, el usuario (directo o indirecto) es el destinatario de la medida de fomento (es quien se beneficia con el estímulo de manera directa, de modo indirecto el beneficiario es la comunidad toda) regulada por el Estado Nacional .

Por otro lado, el Estado Nacional ejerce mediante sus organismos y entes (Dirección General de Aduanas y AFIP) la policía aduanera sobre la actividad de los usuarios directos e indirectos. El ejercicio del poder de policía aduanero corresponde, por mandato constitucional, al Congreso Nacional. De igual modo, estando implicado el comercio internacional, el Estado nacional ejerce el control fitosanitario de las mercaderías que ingresan y salen de la zona.

## **10. Colofón**

Sin ánimo de acabar el análisis y las propuestas, considero que una de las claves para el éxito de las zonas francas es lograr una ubicación geográfica favorable al perfil que se le quiera dar a la misma. Ya que tanto en la Argentina como en el extranjero se ha escrito que muchas veces, lamentablemente, la locación de la zona está más influenciada por cuestiones políticas que por consideraciones comerciales o económicas<sup>128</sup>. Ello sin dejar de tener en cuenta que estamos también ante una técnica de fomento.

<sup>125</sup> La Cámara interpreta que la AFIP, si bien ha recibido ciertas atribuciones de la ley 24.331, ella no lo habilita a crear un régimen sancionatorio e infraccional, no existiendo delegación alguna para ello. De tal modo, Bonzón Rafart entiende que la AFIP incurrió en una desviación de poder, lo que acarrea a la nulidad absoluta de dicha resolución (art. 14 inc. b) ley 19.549). BONZON RAFART, Juan Carlos, “Polémico y tardío fallo que aplica normas referidas a las zonas francas”, E.D. 195, pág. 194.

<sup>126</sup> Así lo califica Justo Reyna respecto del Ente Zona Franca Santafesina. REYNA, Justo José: “Control de la administración pública de Santa Fe en el procedimiento administrativo –situación de complejidad creciente-” en AAVV *Control de la administración pública, administrativo, legislativo y judicial*, RAP, Buenos Aires, pág. 445.

<sup>127</sup> Conf. art. 45 *in fine* ley 24.240. Sobre el particular Romera y Vázquez Ferreyra han dicho que la actividad de gobiernos provinciales y municipales debe entenderse en el marco de una actividad concurrente, “coordinada” y de “subordinación”. Entendiendo que tal “subordinación” opera en el sentido de que la autoridad local desempeña un papel “auxiliar” respecto de la nacional. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto y ROMERA, Oscar: *Protección y defensa del consumidor. Ley 24.240*, Depalma, Buenos Aires, 1994, pág.112.

<sup>128</sup> CRUCIANI, Mario, "Evaluación de las zonas francas: A quince años de la ley 24.331", Separata Temática n° 8, Instituto de Estudios Tributarios, Aduaneros y de los Recursos de la Seguridad Social (AFIP), Buenos Aires, 2011, pág. 24. De

Otros de los factores fundamentales son -además de la locación-, una política económica adecuada, una correcta la planificación, buena infraestructura, el marco legal y el management<sup>129</sup>, así como la simplificación de los trámites administrativos mediante el sistema de ventanilla única<sup>130</sup>, y el *E-Government*, idea ésta que ha sido vinculada con la buena Administración<sup>131</sup>. También será esencial una correcta articulación público-privada, contando con el apoyo del gobierno.

Una herramienta también útil puede ser la emisión de warrants respecto de la mercadería depositada en la zona franca, como se prevé en Uruguay<sup>132</sup>, lo que le podría dar otro impulso además financiero a las zonas.

Asimismo, es propicio darle a la zona franca un perfil determinado, sea industrial o de servicios, v.gr. enfocado a los agronegocios, a la logística, a las industrias pesadas, a la reparación de buques y naves extranjeros; generando *clusters* industriales, comerciales o de servicios.

Por otro lado, será útil socialmente utilizar la zona franca como laboratorio para la aplicación de nuevas políticas macro-económicas<sup>133</sup>, y como instrumento para atraer inversiones extranjeras directas<sup>134</sup>, tratando de generar un efecto contagio por fuera de la zona.

---

igual modo, FAROLE, Thomas, *Special Economic Zones in Africa*, op. cit. pág. 11.

<sup>129</sup> FAROLE, Thomas, *Special Economic Zones in Africa*, op. cit. pág. 9.

<sup>130</sup> Sistema que implica que en la sede o portal (*on line*) un prestador podrá realizar todos los trámites necesarios para ejercer la actividad de su interés. Subraya Pedro Nevado-Batalla que se trata de una figura usualmente nombrada en procesos de modernización administrativa, cuando son varias las Administraciones u órganos de una misma Administración con competencias sobre un mismo sector de la actividad de los ciudadanos. NEVADO-BATALLA, Pedro, "Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio", en AAVV Ricardo RIVERO ORTEGA (director) *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la directiva de servicios en España*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 179.

<sup>131</sup> SÁNCHEZ SANCHEZ, Zulima, "Administración electrónica y directiva de servicios: ¿al servicio del mercado o paradigma de buena Administración", en AAVV Ricardo RIVERO ORTEGA (director) *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la directiva de servicios en España*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 193.

<sup>132</sup> Tal como lo permite el art. 37 de la ley uruguaya de zonas francas N° 15.921. Conf. MASTROIANNI BERNASCONI, Álvaro y SUSENA BARDALLO, Emilio, *Zona franca de cara al Mercosur*, op. cit., pág. 84.

<sup>133</sup> FIAS: *Special Economic Zones. Performance, lessons learned and implications for zone development*, The World Bank Group, Washington, 2008, pág.12.

<sup>134</sup> Alocución de Carlos Asilis en "XIV Conferencia Latinoamericana de Zonas Francas", Bávaro, Punta Cana, República Dominicana, 27 al 29 de octubre de 2010.