

DERECHO ADMINISTRATIVO



Ayudas administrativas a la cinematografía

Fernando E. Juan Lima

Prólogo

Juan Carlos Cassagne



CEU
*Universidad
San Pablo*

PRÓLOGO

El autor de la tesis que compila este libro me ha conferido el honor de prologarlo, tarea por cierto que hubiera sido ciertamente difícil para mí de no mediar el hecho de haber integrado en el año 2016 el Jurado en la Universidad de San Pablo Ceu de Madrid, conjuntamente con los catedráticos españoles Alberto Díaz Romeral, Juan Antonio Hernández Corchete, Jesús Prieto de Pedro y Susana de la Sierra.

La defensa de la tesis que hizo en esa oportunidad el doctorando fue impecable, con un nivel de excelencia poco común, recibiendo la máxima calificación universitaria (Sobresaliente Cum Laude).

Fernando Juan Lima no solo es abogado, especialista en derecho público y un reconocido Juez de Cámara en el fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, sino que ha desplegado una amplia actividad en el ámbito del periodismo cultural y de la crítica cinematográfica. Así, la mirada del autor es multidisciplinaria, heterogénea y diversa. Acude al concepto de las industrias culturales para modular los principios generales que hacen a las ayudas públicas, para cuya aplicación al fenómeno cinematográfico toma en consideración sus peculiaridades y especial forma de funcionamiento.

En ese contexto, tras examinar y poner a la luz los conceptos que utiliza (tanto jurídicos como económicos y hasta cinematográficos), la investigación se centra en los sistemas de ayudas públicas que se relacionan con la actividad sustantiva de la Administración. Las referencias a los sistemas impositivos (v. gr., desgravaciones, derechos de autor y otras), son solo las indispensables para poner en contexto las medidas de policía y de fomento relacionadas con el cine.

En particular los ejes América-Europa y el especial interés que para comparar y extraer ideas exhiben los casos francés y brasileño, constituyen el marco para profundizar en la historia y actualidad de España y Argentina.

Nuestros países están unidos desde siempre por su cultura y por su derecho y este libro ahonda en un aspecto específico de esa relación tan estrecha. No hay que olvidar que como decía ORTEGA y GASSET, Argentina fue España y que, de alguna manera, aquello que fue sigue siendo algo soterrado de nuestro ser que continúa operando sus secretas químicas¹.

Los sistemas jurídicos y su evolución se analizan en profundidad, sin desconocer su relación con la constatación sociológica acerca de cuántas películas realiza cada país y cuál es la relación con su público nacional. Así, la pregunta que subyace tiene que ver con cuáles son las razones por las que hacemos y/o vemos determinadas obras cinematográficas. ¿Realmente elegimos? El autor no elude este difícil interrogante, propone respuestas y hasta arriesga distintas propuestas y medidas tendientes a favorecer no sólo la producción y exhibición de cine nacional sino —sobre todo— la diversidad de oferta cultural.

Es poco habitual en una obra jurídica acceder a ciertos «datos duros» como los que el autor comparte y actualiza en relación con el número de películas, pantallas, espectadores, cuota de cine nacional y coproducciones. Ello resulta fundamental para entender cómo funcionan los sistemas y cuánto inciden en la generación de la realidad que se ve reflejada en aquellos números e índices. Que veamos una u otra película, que la veamos de una u otra manera (en versión original subtitulada o doblada, por referir a un ejemplo que históricamente ha separado a España de Argentina, por ejemplo) lejos está de ser un fenómeno natural. Se trata de un proceso cultural, en el que inciden múltiples factores (entre los que no pueden ignorarse el influjo de las grandes compañías internacionales y el rol de cada Estado).

Es por demás claro que el autor cree (y así lo sustenta en profundidad) que el Estado puede y debe intervenir en ese proceso, lo que constituye una clara aplicación del principio de subsidiariedad. No se necesita coincidir con todas las ideas o propuestas para advertir que estamos ante una obra única, distinta de la habitual tesis jurídica, que interrogará e interesará al jurista tanto como al estudioso del mundo del cine, al especialista en derecho público como al cinéfilo. En el marco de las expectativas, sería bueno que todos los espectadores de cine (aun los menos entusiastas que el autor) reflexionen en torno a muchos de los temas que propone. La realidad indica que, sin el apoyo supletorio del Estado, quienes aman el cine corren el riesgo de no poder ver las películas que desean en una sala, con público, en un futuro relativamente cercano. **Ayudas administrativas a la cinematografía** nos lleva a repensar múltiples conceptos del derecho público y nos enfrenta, con pruebas y razones, a una situación sobre la cual no se ha profundizado adecuadamente. La

¹ ORTEGA Y GASSET, JOSÉ, *Obras Completas*, Tº II, Alianza Editorial, Madrid, 1983, p. 237.

obra vale por lo que aporta en términos de investigación tanto como por lo que propone en relación con las particularidades de una industria y la aplicación a ella de algunas herramientas conocidas del Derecho Administrativo. En definitiva, se trata de una obra de gran valía jurídica que será de suma utilidad para todos aquellos que deseen interesarse por esta faceta que nos ofrece el cine como lugar de encuentro entre el derecho y la cultura.

JUAN CARLOS CASSAGNE
Buenos Aires, 18 de enero de 2017

ABREVIATURAS

- AECID: Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo.
- Art./arts.: artículo/artículos.
- CABA: Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- CE: Constitución Española.
- CNA: Constitución de la Nación Argentina.
- CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina).
- E.D.: Revista Jurídica El derecho (Argentina).
- FNCL: Fundación del Nuevo Cine Latinoamericano.
- I+D+i: Investigación, desarrollo e innovación.
- ICAA: Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales (España).
- Inc./incs.: inciso/incisos.
- INCAA: Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (Argentina).
- J.A.: Jurisprudencia Argentina.
- L.L.: Revista Jurídica La Ley (Argentina).
- NLCE: Nueva Ley del Cine (España).
- ONU: Organización de las Naciones Unidas.
- RAP: Revista de Administración Pública (España).
- RDA: Revista «Derecho Administrativo» (Argentina).
- REDA: Revista Española de Derecho Administrativo.
- REDC: Revista Española de Derecho Constitucional.
- RTVE: Radiotelevisión Española.
- TCCE: Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.
- TUE: Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992.
- UNESCO: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

I. INTRODUCCIÓN

I.1. PALABRAS LIMINARES

Cuando este trabajo de investigación fue iniciado, la Ley del Cine española era muy reciente y aún no había sido aplicada. En Argentina, por su parte, se discutía la necesidad de avanzar en la modificación de las leyes de cine y de Radiodifusión. En esos momentos, Argentina intentaba mirarse en el espejo de España y se pensaba en adoptar algunos de los lineamientos decididos al otro lado del Atlántico. El tiempo transcurrido y los efectos de la crisis a nivel global (y particularmente lo que sucede en el continente europeo) ha llevado a que la distancia entre las normas legales y lo sociológicamente vigente en los dos países se haya ampliado. La realidad del cine español ha mutado. Ello es indiscutible. Y una realidad que se avizoraba como una meta, un ejemplo a imitar, hoy demuestra inconvenientes y retrocesos que (al menos hasta el presente) en Argentina han podido ser evitados. Todo pareciera indicar que esto último será por breve lapso; y ello confirma la necesidad de pensar en temas como los que aquí se plantean.

El preámbulo de la —relativamente, en términos institucionales— reciente Ley del Cine española comienza sosteniendo que *«La actividad cinematográfica y audiovisual conforma un sector estratégico de nuestra cultura y de nuestra economía. Como manifestación artística y expresión creativa, es un elemento básico de la entidad cultural de un país. Su contribución al avance tecnológico, al desarrollo económico y a la creación de empleo, junto a su aportación al mantenimiento de la diversidad cultural, son elementos suficientes para que el Estado establezca las medidas necesarias para su fomento y promoción, y determine los sistemas más convenientes para la conservación del patrimonio cinematográfico y su difusión dentro y fuera de*

nuestras fronteras. Todo ello considerando que la cultura audiovisual, de la que sin duda el cine constituye una parte fundamental, se halla presente en todos los ámbitos de la sociedad actual»¹.

Este primer párrafo del preámbulo resume las múltiples facetas de interés y relevancia que presenta la actividad cinematográfica. ¿Se han modificado dichas circunstancias en estos años transcurridos desde el inicio de esta investigación?

¿Son admisibles en el ámbito español y argentino retrocesos como los que, en los hechos, han sucedido en España y comienzan a avizorarse en Sudamérica?

Las políticas públicas de telecomunicaciones —en general— son un campo creciente de expansión, fruto en buena parte de las intensas transformaciones experimentadas por el sector a partir de los años ochenta, a nivel internacional (y que proyectan, sin dudas, efectos sobre el cine). La aparición de nuevas tecnologías de transmisión de datos, junto con la aplicación de la informática a este campo² ha abierto un amplio campo de oportunidades para generar nuevos servicios de comunicación, modificando las formas de funcionamiento y prestación de los medios ya existentes, y haciendo también mucho más compleja la actuación pública sobre este sector.

El tema es de particular interés para el estudioso del derecho público, por cuanto el cine «...es, seguramente, uno de los sectores de la comunicación más intervenidos por la Administración»³.

Sin embargo, son muchos los posibles acercamientos a esta actividad, que suma y entrelaza industria y cultura, obrar de los particulares e interés público. Las distintas miradas y acercamientos factibles son tantos que corresponde en esta instancia delimitar cuál ha de ser el objeto de estudio en el presente trabajo.

Es que —como hemos dicho— el cine ha atraído nuestra atención porque simboliza una singular intersección entre arte e industria, entre cauce de

¹ Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine (BOE N° 312, de 29 de diciembre de 2007).

² Es muy interesante, en este aspecto, por ejemplo la experiencia brasileña de proyecciones digitales de imágenes transmitidas vía satélite (sistema *Rain*) (confr. JUAN LIMA, Fernando E., «Sobre otras censuras: algunas lecciones desde Brasil», *El Amante. Cine*, N° 187 —diciembre 2007—, p. 10), más allá de que ella haya sido discontinuada.

³ COUSIDO GONZÁLEZ, M. Pilar, *Derecho de la comunicación. Volumen II: Derecho de la Comunicación Audiovisual y de las Telecomunicaciones*, Ed. Colex, Madrid, 2001, p. 207. Esta autora entiende que son explicaciones probables de ello tanto la competitividad de la industria cinematográfica norteamericana como la naturaleza del medio, que sirve a la propaganda con gran soltura. En el mismo sentido, Fernández Albor-Baltar sostiene que «La actividad de distribución de películas está sometida a una importante intervención administrativa» (FERNÁNDEZ ALBOR-BALTAR, Ángel, «La explotación económica de la obra cinematográfica», *Revista General de Derecho*, N° 630, p. 2235).

expresión del pensamiento humano y vía para el desarrollo de una actividad económica y empresarial, entre espectáculo y medio de comunicación social. Intuíamos que de esa confluencia debían derivarse algunas consecuencias, en forma de particularidades, sobre el régimen jurídico aplicable a dicha actividad⁴.

A las cuestiones señaladas se suma el hecho que se vincula con «un problema esencial» en la cinematografía, que ha determinado la evolución de su derecho en los últimos años: su financiación y la necesidad de acudir a fuentes públicas —ayudas o subvenciones— para alcanzar el objetivo deseado⁵.

Es más, tan amplio es el grado de intervención de lo público en la materia, que aun cuando nos restringiéramos a la materia regulada por el Derecho Administrativo (dejando de lado aspectos regulados por el Derecho Civil —los temas vinculados a los derechos de autor—, por el Derecho Mercantil —los atinentes, por ejemplo, al funcionamiento comercial de las empresas que se desempeñan en esta industria—, o por el Derecho Laboral —que rige el trabajo de quienes día a día *hacen* las películas—), su campo de aplicación es tan vasto que impediría un estudio que pudiera cumplir con los requisitos que hacen a la profundidad pretendida. En ese sentido, debe tomarse en cuenta que, más allá de alguna voz que se ha alzado sosteniendo la independencia científica o la propia sustantividad del *Derecho Cinematográfico*⁶, es el Derecho Administrativo el que ha de aplicarse al momento de regir asuntos tan diversos como la calificación de las obras cinematográficas, la seguridad en los espectáculos públicos, las licencias de doblaje, las cuotas de pantalla y distribución, las subvenciones y otras medidas de apoyo, las actividades sancionadoras respectivas, etc., abarcando las tres etapas en las que suele dividirse el funcionamiento de esta industria (producción, distribución y exhibición).

Es por ello que el objeto de estudio se ha de circunscribir a la actividad sustantiva de la Administración⁷ que tiene por objeto o finalidad el fomento de la cinematografía. Esta finalidad —como se ha de ver— es la determinante de que abordemos medidas de fomento en sentido estricto y otras que podrían identificarse como de limitación de derechos (policía, en el lenguaje

⁴ CAMBA CONSTENLA, Carmen, *El derecho de la cinematografía en España y en la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. p. 35.

⁵ DE LA SIERRA, Susana, *Derecho del cine: administración cultural y mercado*, Iustel, Madrid, 2010, p. 29.

⁶ GUTIÉRREZ ESPADA, Luis, *Introducción al Derecho Cinematográfico*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, p. 27.

⁷ Nótese que, en este aspecto, la Administración actúa en la materia ejerciendo actividad de policía y de fomento, pero también a través del establecimiento de servicios públicos (como ha sucedido, por ejemplo, en España, en lo que hace a la televisión, materia sin dudas relacionada con la materia que aquí analizaremos).

más clásico del derecho administrativo), pero que tienen su razón de ser en aquella tésis. De ahí que soslayaremos la discusión existente entre quienes refieren a la *actividad de fomento* y quienes hablan de *ayudas públicas*: más allá de las críticas que han recibido las clásicas teorías finalistas, a los efectos de identificar el universo de casos al que hemos de referirnos, el elemento de la finalidad perseguida nos ha de ser de utilidad.

La importancia de la materia objeto de estudio tiene que ver con su innegable relevancia jurídica, pero también con cuestiones políticas e ideológicas. Es por ello que ya en esta primera oportunidad corresponde ser totalmente honestos en cuanto a cuál es el prisma desde el que se ha de abordar el examen de la temática escogida. Es que no pondremos en cuestión la estructura del átomo o el funcionamiento de las poleas; estaremos analizando actividad y relaciones humanas que definen los perfiles de la sociedad (local, nacional, global) en la que vivimos y en la que queremos vivir. Por ser ello así, la honestidad impone dejar en claro que estimamos que, en lo que hace a la materia que se abordará, le cabe al Estado un rol fundamental en la regulación y fomento, por existir un interés relevante que se relaciona con el derecho de los pueblos a expresarse libremente, a informarse, a elegir, a gozar de su propia cultura, etc.

Los fundamentos que sustentan esta postura se habrán de exponer y someter al análisis en el cuerpo del trabajo; pero estimamos pertinente dejar en claro desde el inicio cuál es nuestra postura en relación con este tema fundamental en la materia, por cuanto, como no podría ser de otra manera, ella influye y tiñe, en alguna medida, los acercamientos posibles. Por supuesto que el fin de esta investigación tiene que ver con poner en cuestión determinados conceptos, someterlos a un análisis lo más objetivo posible, para proponer las medidas y soluciones que se estiman pertinentes para sobrellevar una situación que aparece como crítica. Pero existe una mirada apriorística, una influencia de la ideología que sería deshonesto ocultar bajo una pátina de pretendida absoluta objetividad o cientificismo. Como se ha dicho, al Estado le corresponde un rol relevante e irrenunciable en la materia que se abordará. Cómo lo lleva adelante, su pertinencia, alcances, justificaciones, etc. será objeto de examen crítico; pero queda claro que la finalidad que guiará el recorrido tiene que ver con la idea de encontrar herramientas más eficientes, más justas y no con una retirada de lo público de la materia.

El producto de este trabajo, por lo tanto, no expresará sólo conocimiento científico o técnico; la idea es —asimismo— la de contribuir a la inspiración de políticas públicas en un esfuerzo por mejorar un área específica de la vida colectiva. En este sentido, el resultado no ha de ser meramente académico, sino que también constituye su expresa voluntad la de contribuir al debate social desde la perspectiva particular antes aclarada. Así, se reitera, es intención de este trabajo promover y contribuir de modo riguroso al debate público

en una parcela de la vida social tan relevante como es la de la producción cultural⁸.

Por lo demás, consideramos que, más allá de la señalada circunstancia histórica del momento en que se desarrolla esta tesis, ella posee particular interés por cuanto no existe una producción científica relativa al tema examinado que se ciña a él de la manera propuesta y que se adecue a las actuales circunstancias. Así, y aun dejando de lado el hecho de que las modificaciones producidas por el transcurso del tiempo y los hallazgos y variaciones técnicas acaecidas han influido en el «envejecimiento» de algunas producciones doctrinarias, lo cierto es que en España se ha tendido a abordar el tema en el marco de lo audiovisual en general⁹ (toda la obra producida y coordinada por Santiago Muñoz Machado; además de los estudios de Sara Medina González, Enrique Linde Paniagua, José María Vidal Beltrán, Borgoña Pérez Chuliá) o como parte de un estudio más amplio atinente a todo el derecho de la actividad cinematográfica (Carmen Camba Constenla, Fernando Alcantarilla Hidalgo, Luis Gutiérrez Espada). Se han intentado miradas desde el atalaya de los derechos de autor (Ángel Luis Alonso Palma, Concepción Saiz García), desde la economía (Gustavo Buquet Corleto, Edgard. R. Harvey), la organización administrativa (Susana de la Sierra) o la cultura (Jesús Prieto de Pedro, Enrique Bustamante, José María Álvarez Monzoncillo). Todas esas obras revisten interés, han sido consultadas y forman parte del origen y la sustancia de este trabajo. Pero, en concreto, entendemos que el acercamiento que aquí se intenta es nuevo, particular y necesario en un momento en el que aún pueden solucionarse algunos retrocesos y decisiones cuestionables.

Así, y siendo que en el ámbito de la literatura jurídica Argentina la producción sobre la materia es prácticamente inexistente (poco más se ha producido desde la clásica obra de Satanowsky y la ley brevemente comentada por Raffo), en el presente trabajo por una parte se restringe su objeto de estudio (sólo se examinarán las ayudas administrativas a la cinematografía), pero por la otra se suman y combinan las herramientas de análisis. Es que, además de lo que hace a su punto de vista principal (que es el propio del

⁸ Esta idea-desafío es tomada del llamado efectuado por Juan Manuel EGUIAGARAY (Director del Laboratorio de Alternativas) en el prefacio de la obra *ÁLVAREZ MONZONCILLO*, José María; CALVI, Juan Carlos; GAY FUENTES, Celeste; GÓMEZ-ESCALONILLA MORENO, Gloria y LÓPEZ VILLANUEVA, Javier, *Alternativas de política cultural. Las industrias culturales en las redes digitales (disco, cine, libro, derechos de autor)*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007.

⁹ El sector audiovisual es un sector amplio, que engloba a todos los medios de comunicación de masas que permiten la difusión de imágenes y sonido (cine, radio, televisión, vídeo, etc.). Confr. MUÑOZ MACHADO, Santiago (ed.), *Derecho europeo del audiovisual: actas del congreso organizado por la Asociación Europea de Derecho Audiovisual (Sevilla, octubre de 1996)*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, t. I, p. 9.

derecho público —administrativo y, en su caso, constitucional—, se estima necesario no dejar de lado los aspectos culturales, sociológicos y económicos que hacen a esta actividad. En este sentido, la mirada que se propone intenta adoptar el cruce disciplinario que se advierte en la indispensable y ya citada obra de Susana de la Sierra (como se dijo, más direccionada al aspecto de la organización administrativa). Como bien lo ha señalado Prieto de Pedro, la relación entre derecho y cultura (que incluye a la economía) es antigua, pero posee «nueva savia»¹⁰.

En consecuencia, algunos aspectos del trabajo se abordarán de manera más acotada (por ejemplo, la regulación internacional sobre la materia), para poder profundizar en este examen que se considera útil y novedoso. El objeto es poner el acento en las regulaciones nacionales y bilaterales, combinando los conocimientos propios del Derecho Administrativo con las teorías culturales e intentando evitar lo que ha sido objeto de crítica en muchos de los trabajos teóricos consultados: el desconocimiento de las particularidades específicas que presenta el fenómeno cinematográfico.

I.2. PREFACIO A LA PUBLICACIÓN DE ESTE LIBRO

Tal como se señala en las precedentes palabras liminares, el proceso de la elaboración de la tesis que aquí se publica fue extenso. La Ley 55, del cine, data del 28 de diciembre de 2007 y, desde entonces, han sido muchos los cambios políticos, económicos, culturales, sociales y jurídicos que han acaecido en España y en Argentina. Por lo demás, la propia naturaleza del cine tiene que ver con los cambios constantes; cambios que se relacionan con la tecnología y modos de consumo, pero que también impactan en la regulación jurídica. De hecho, entre la presentación de la tesis (mayo de 2015) y su defensa (febrero de 2016), se produjeron dos modificaciones relevantes en España: las que se vinculan con el Real Decreto-ley 6/2015, de 14 de mayo (que modifica la Ley 55/2007 y a la que en la tesis se hacía referencia como de «inminente dictado») y con el Real Decreto 1084/2015, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del cine. Conforme a esta normativa, las ayudas generales para la producción de largometrajes sobre proyecto irán sustituyendo a las ayudas a la amortización (proceso que culminaría en 2018).

En España también, en el ínterin, se produjo el escándalo conocido como «taquillazo», circunstancia que no puede separarse de los cambios antes señalados y de aquellos que se están barajando para la industria del cine. Lo

¹⁰ PRIETO DE PEDRO, Jesús, «Cultura, economía y derecho, tres conceptos implicados», *Revista de Cultura Pensar Iberoamérica*, N° 1 (2002).

expuesto en modo alguno contradice lo que desde antes se venía diciendo en este trabajo. Muy por el contrario, si tomamos en cuenta estos hechos, si nos acercamos a las nuevas normativas, ellas no hacen sino confirmar las líneas de razonamiento contenidas en esta investigación. Podría casi decirse que constituyen la demostración acabada de la pertinencia del análisis propuesto en esta tesis.

Pero los cambios no terminaron allí. Entre la aludida defensa (febrero de 2016) y la publicación de este libro ha transcurrido un año en el que finalmente las modificaciones que se venían previendo se produjeron también en Argentina. El cambio ha sido menos abrupto pero recientemente se ha conocido un nuevo plan de fomento¹¹, al que haremos alguna referencia, que también confirma mucho de lo anticipado en esta investigación.

En efecto, desde la presentación de la tesis los cambios continuaron sucediéndose a uno y otro lado del océano Atlántico. A esta obra se ha añadido la referencia a esas modificaciones fácticas y jurídicas, así como algunos señalamientos vinculados con la defensa producida en la Universidad San Pablo CEU en la que la discusión con los catedráticos que conformaron el jurado (Juan Carlos Cassagne, Jesús Prieto de Pedro, Susana de la Sierra, Juan Antonio Hernández Corchete y Alberto Díaz Romeral) sumó muchos puntos de interés.

En cuanto a los datos relativos a cantidad de espectadores, estrenos, cuotas de pantalla, etc., se han actualizado aquellos que resultan accesibles tras el año transcurrido desde la defensa de la tesis (como también se adelantó, sobre todo en Argentina, no se cuenta con un método constante y sistemático de control y publicidad al respecto). Hay algunos parámetros que todavía no son completos (en lo que respecta al bienio 2015-2016), pero existe coincidencia en cuanto a que los datos confirman las curvas y direcciones apuntadas durante los períodos estudiados y señalados en este trabajo. Ellos siguen sirviendo —a todos los efectos— de basamento actual de la presente investigación.

En todo caso, el tema a considerar tiene que ver con la necesidad de pensar en políticas y decisiones a largo plazo, que se mantengan en el tiempo. El curso de acción adoptado, tanto en España como en Argentina, tiene una lógica que no parece dar respuesta a los cambios que se producen en la realidad. Los principios y valores que emanan de los bloques constitucionales de ambos países (defensa de la cultura nacional, diversidad) chocan contra una situación que los contradice y los relega cada vez más. Quizás parte de la solución tenga que ver con no prestar atención sólo al día a día (después de todo, como se verá, los números y datos parecen consistentes e indicativos

¹¹ Decreto 1346/2016, de 30 de diciembre de 2016, publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el 2 de enero de 2017.

de una deriva que preocupa), sino a políticas y regulaciones de largo aliento, que puedan contemplar una realidad en constante cambio y mutación, pero que no corran —llegando siempre tarde— detrás de ella. Es mi deseo que la publicación de este libro ayude en algo para que ese camino se comience a recorrer.

II. ACTIVIDAD SUSTANTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN

II.1. LAS FORMAS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: POLICÍA, SERVICIO PÚBLICO Y FOMENTO. CRITERIO DE DIFERENCIACIÓN

La multiplicidad de actividades que la Administración desarrolló y desarrolla dificultó, históricamente, su estudio sistemático¹².

Hasta prácticamente mediados del siglo XX el análisis de dicha actividad se efectuaba considerando, simplemente, las distintas materias sobre las que el quehacer administrativo versaba.

Así, la actividad estatal se dividía, usualmente, entre las funciones vinculadas con las relaciones exteriores, guerra, finanzas, justicia y la denominada policía; constituyendo esta última un auténtico «cajón de sastre en el que se hacían entrar todas las tareas no encajables en los rótulos precedentes»¹³.

Esta clasificación, es claro, ayudaba poco al estudio sistemático, simple y comprensible de la actividad administrativa, por lo que la doctrina comenzó a ensayar sobre la base de nuevos criterios.

Una distinción se basó en el carácter formal o no de la actividad desempeñada. Así, se denominó *actividad jurídica* a la que se expresaba mediante la emisión de actos formales (v. gr., actos administrativos y contratos); reservándose, por contrario imperio, el nombre de *actividad material o técnica* a

¹² En este primer apartado, seguimos el profundo estudio que hizo CANDIA, Fabián Omar, «Régimen jurídico de la actividad de policía», en *Servicio público, policía y fomento*, publicación de las Jornadas organizadas por Universidad Austral el 7, 8 y 9 de mayo de 2003, ediciones RAP.

¹³ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001, vol. 2, p. 248.

la que se manifestaba por medio de operaciones físicas, a veces regidas por criterios científicos o técnicos.

Se sostuvo en la dogmática italiana (Orlando), utilizando el concepto de *actividad jurídica*, pero con otro contenido, que ella era la actividad que el Estado desarrollaba para su conservación (v. gr., seguridad y defensa), por oposición a la denominada *actividad social*, que consistía en la prestación de servicios.

Otras distinciones más recientes, ponen el acento en el régimen jurídico que gobierna la concreta actividad administrativa, contraponiendo la actividad de Derecho Público a aquella cuyo objeto se rige por el Derecho Privado (v. gr., actividades industriales o comerciales de la Administración).

También se ha discernido entre actividad externa (que relaciona a la Administración con los particulares) e interna (es decir, la vinculada con la organización administrativa, relaciones entre órganos y entes estatales, y la preparación de la voluntad de la Administración).

Sin perjuicio de los aportes de estos criterios, la clasificación que mejor refleja el contenido diverso de la actividad administrativa es la que distingue entre la actividad de limitación del obrar de los particulares (*Policía*, para el derecho francés, y *Administración de ordenación* para el alemán) y la actividad de prestación de servicios de interés general (denominada *servicio público* en Francia y *Administración prestacional* en Alemania).

Por lo demás, hay quien distingue entre regulación y policía. Así, Barra, señala que es normalmente difícil diferenciar estos tres instrumentos jurídicos: la regulación, la policía y el servicio público, incluso —dice— se podrían mencionar otros, todos los cuales simplemente exhiben la pluralidad de instrumentos con que cuenta el Estado, el Estado legislador y el Estado administración, para intervenir en la vida económica con una finalidad de bien común. Sobre todo, el caso del servicio público, una noción demasiado difusa donde a veces todo —todo el derecho administrativo— es servicio público y entonces, nada es servicio público¹⁴. Este autor, asumiendo una clara postura ideológica, y sosteniendo que la regla es la libertad negocial, distingue la mera policía de la actividad regulatoria, en tanto esta última se referiría a relaciones jurídicas privadas que en su base, en su sustancia, gozan de libertad «negocial»¹⁵.

Efectuada la precedente aclaración, cabe señalar que nosotros partimos de la clásica distinción dual (Policía y Servicio Público), en tanto que no

¹⁴ BARRA, Rodolfo Carlos, «Los principios generales de la intervención pública: la regulación, la policía, el fomento y el servicio público», en *Servicio público, policía y fomento*, publicación de las Jornadas organizadas por Universidad Austral el 7, 8 y 9 de mayo de 2003, ediciones RAP, p. 49.

¹⁵ BARRA, Rodolfo Carlos, «Los principios generales...», cit., p. 52.

advertimos que —más allá de la intención de restringir la posibilidad de intervención del Estado— existan motivos científicos para subdividir lo que usualmente se entiende por policía. A dicha clasificación dual, por su parte, corresponde agregarle una tercera categoría, que es la actividad de fomento¹⁶.

El mérito de esta incorporación, que termina delineando una clasificación tripartita, corresponde al jurista español Jordana de Pozas, quien en un artículo publicado en 1949 caracterizó el fomento como la acción de promoción de actividades privadas que satisfacen necesidades públicas o son de utilidad general, sin que, para ello, la Administración utilice medios de policía ni de servicio público¹⁷.

De modo tal que la heterogénea actividad administrativa queda sistematizada en tres formas o expresiones básicas:

- a) actividad de policía, dirigida al mantenimiento del orden público y del bienestar mediante la ejecución de restricciones y limitaciones a las actividades privadas;
- b) actividad de servicio público, orientada a la satisfacción de una necesidad pública por la propia Administración o por un particular a quien ésta faculta a ese efecto; y,
- c) actividad de fomento, destinada a la promoción de actividades privadas que satisfacen necesidades públicas o son de interés general, sin para ello utilizar medios de Policía ni de Servicio Público¹⁸.

Este es, a los efectos del examen que sobre el tema de la actividad cinematográfica se hará, el marco que se adopta. Cabe tomar esta clasificación como un dato, como una convención para avanzar en el análisis, aun cuando hay quienes son sumamente críticos de esta clasificación. Así, Gordillo sos-

¹⁶ El propio BARRA, Rodolfo Carlos («Los principios generales...», cit., p. 52) reconoce que «Hay un cuarto nivel, donde siempre se respeta la libertad 'negocial', pero el Estado quiere orientar la conducta de los particulares hacia una determinada finalidad, entonces los alienta —no prohíbe, no sanciona— simplemente los alienta con incentivos. Este es el campo del 'fomento', que es también un instituto propio del Derecho administrativo».

¹⁷ JORDANA DE POZAS, Luis, «Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho Administrativo», en *Revista de Estudios Políticos* N° 48 (1949), p. 41 y sigs. (cit. por Santamaría Pastor, *Principios...*, cit., p. 248).

¹⁸ Esta clasificación, como toda las que podrían efectuarse, asume un carácter casi convencional. Es por ello que se la anticipa, en tanto es una de las muchas que podrían adoptarse. Así por ejemplo no falta quien identifica como «regulaciones» a las actividades antes señaladas, distinguiendo entre las regulaciones «de control», que tienden a impedir la conducta abusiva de quienes producen bienes y servicios; de «fomento», dictadas en el interés de los productores y que tienden a promover el desarrollo de determinadas actividades; y «de solidaridad» que lo que buscan es corregir situaciones inequitativas del mercado (AGUILAR VALDEZ, Óscar R., «Competencia y regulación económica —lineamientos para una introducción jurídica a su estudio—», en *Servicio público, policía y fomento*, publicación de las Jornadas organizadas por Universidad Austral el 7, 8 y 9 de mayo de 2003, ediciones RAP, p. 81.

tiene que «Los conceptos y las definiciones tiene que tener una utilidad, tienen que ser funcionales para algo: clasificar porque sí no tiene sentido; yo no encuentro cual es la razón jurídica por la cual es conveniente o útil tener esta tripartición. No es que no se pueda distinguir, se puede distinguir perfectamente; la pregunta es: ¿ayuda distinguir? Yo no he sentido esa necesidad y lo que se llama aquí fomento yo lo pongo en otro lado, por ejemplo Estado de Bienestar, actividad económica del Estado, regulación, cualquier título que no tenga aspiraciones a presentarse como una categoría jurídica»¹⁹.

A nuestro entender, como se verá, la clasificación si presenta utilidad y ella se tomará como herramienta para el examen de la cuestión que constituye el objeto del presente estudio²⁰.

II.2. SERVICIO PÚBLICO

Para Jéze, existe un servicio público cuando se da satisfacción regular y continua a necesidades de interés general, bajo un régimen jurídico especial²¹. Es decir, cuando el poder público asume la satisfacción de una necesidad o interés general. Laubadère sostiene que es toda actividad de interés general ejercida por una persona pública o bajo el control de una persona pública,

¹⁹ GORDILLO, Agustín, «Policía y poder de policía», en *Servicio público, policía y fomento*, publicación de las Jornadas organizadas por Universidad Austral el 7, 8 y 9 de mayo de 2003, ediciones RAP, p. 237.

²⁰ Lo expuesto se adopta como punto de partida convencional, más allá de que también se advierte lo señalado por De la Sierra en cuanto a que «El nuevo modelo de Estado exige que éste optimice los intereses de los ciudadanos y colabore para la consecución de determinados fines públicos. Para ello, la distinción clásica de Jordana de Pozas puede resultar escasa o, cuando menos, necesitada de una redefinición. El Estado no sólo vigila, no sólo fomenta, no sólo presta un servicio público, sino que pone los medios a disposición de los particulares para que éstos realicen aquellas actividades dirigidas a los fines públicos previstos en el ordenamiento jurídico. Si bien con carácter general es posible que las categorías de fomento y de servicio público puedan cubrir estos supuestos, en la vida cotidiana del Derecho Administrativo las particularidades son tales que resulta complicado reconducirlas a las categorías clásicas. Un nuevo criterio determinante de la actividad administrativa hace su aparición: el referido a la creación de infraestructuras para la realización, por los particulares, de fines públicos. Además, la Administración adopta una naturaleza de gestora y conciliadora de intereses, por cuanto entre sus funciones se encuentra la de acercar aquellos que pudieran resultar compatibles y que se inserten en las funciones generales que dicha Administración tiene encomendada. El Estado de Cultura nace y crece en este contexto», DE LA SIERRA, Susana, *Derecho del cine...*, cit., pp. 127/128.

²¹ La cita (así como las dos siguientes que se hacen de Laubadère y Ariño Ortiz) pertenecen a SESÍN, Domingo Juan, «Servicio público, policía y fomento en diversos ordenamientos y en Córdoba», en *Servicio público, policía y fomento*, publicación de las Jornadas organizadas por Universidad Austral el 7, 8 y 9 de mayo de 2003, ediciones RAP, p. 209.

siguiendo un régimen exorbitante²². Ariño Ortiz, por su parte, manifiesta que servicio público es aquella actividad administrativa del Estado o de otra Administración pública de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social²³.

Como es sabido, los caracteres jurídicos del servicio son la continuidad, la regularidad, la igualdad, la obligatoriedad, la generalidad, la calidad y eficiencia²⁴.

Consecuentemente, el servicio público es concebido como una «parte» de la actividad del Estado, dejando atrás otras posturas que postulaban la «totalidad» del accionar estatal como servicio público. En base a estos lineamientos, la doctrina advierte tres elementos básicos: a) finalidad de interés público, b) prestación directa o indirecta por la Administración, c) régimen especial de derecho administrativo²⁵.

La crisis de la concepción clásica del servicio público apareció cuando los elementos citados comenzaron a faltar. Explica el profesor Cassagne que el proceso que generó la llamada crisis del servicio público obedeció al abandono de la gestión de las actividades por parte de empresas privadas y su asunción directa por el Estado, lo que condujo a una identificación entre la función pública estatal y la gestión de los servicios públicos. Fenómeno éste, que impedía disociar el poder reglamentario de la gestión, aspectos que aparecieron muchas veces confundidos o, al menos, concentrados en la propia empresa estatal prestataria²⁶.

Aun en el ámbito del derecho europeo comparado, el fenómeno de la globalización y liberalización de la economía ha suscitado la crisis y el pau-

²² DE LAUBADÈRE, André, VENEZIA, Jean-Claude y GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1999, p. 904.

²³ ARIÑO, Gaspar, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 299.

²⁴ DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, 6ª edición, p. 584.

²⁵ Para SARMIENTO GARCÍA, Jorge, «Noción y elementos del servicio público», en *Los Servicios Públicos. Régimen jurídico actual*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 19, los elementos esenciales del servicio público son: la naturaleza de la actividad, el sujeto que lo presta, el fin y el objeto, y el régimen que lo regula. Cit. por SESÍN, Domingo Juan, «Servicio público, policía y fomento en diversos ordenamientos y en Córdoba», en *Servicio público, policía y fomento*, publicación de las Jornadas organizadas por Universidad Austral el 7, 8 y 9 de mayo de 2003, ediciones RAP, p. 210.

²⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, «El servicio público y las técnicas concesionales», *Revista de Derecho Administrativo*, N° 18, enero-abril-1995, Depalma, página 22; íd., *La intervención administrativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 28; íd., *Fragments de Derecho Administrativo*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 221.

latino abandono de la formal calificación de servicio público, incluso en prestaciones esenciales para la comunidad. La tendencia consiste en que, de una parte el Estado abandona su carácter de prestatario del servicio pero intensifica la regulación y el control. De otra parte, la Administración prioriza la participación de los particulares en la directa gestión del servicio conforme las reglas de la competencia, de ser pertinente y útil. Asimismo, se va dejando de utilizar la formal calificación de servicio público, predominando la figura denominada de interés general que se presta en régimen de competencia²⁷.

Veamos ahora qué debe entenderse hoy en la Argentina por servicio público. En primer lugar: ¿subsiste el concepto? Mairal considera que sí, y que hoy es la forma más intensa de regulación. En un espectro de alternativas de regulación, de inexistente a máxima, el servicio público es el grado máximo de regulación. ¿A qué se debe esa regulación máxima? A que el Estado considera, por razones políticas expresadas en una ley del Congreso, que la actividad en cuestión satisface necesidades indispensables de la población, por lo cual debe buscarse el acceso más amplio posible y debe cuidarse que no se desnaturalice ese acceso a través de la indebida discriminación entre los usuarios²⁸.

Para Barra, la publicación que se refiere al servicio público, genera una competencia que es exclusiva del Estado; lo que la caracteriza es que ningún particular podría realizar esa actividad sino bajo un régimen jurídico de servicio público y, así, con una especial relación con el Estado que es el titular exclusivo de la competencia. Entonces, el servicio público tiene que referirse a actividades susceptibles de ser transmitidas a la prestación particular sin alterar su régimen jurídico de derecho público. Por ello concluye en que el servicio público, al sacar del mercado una actividad concreta, hace que no pueda ser ejecutada por los particulares, sino bajo un régimen jurídico de servicio público y ese régimen jurídico de servicio público supone, ante todo, una delegación de competencias estatales —lo que denomina «delegación transestructural de competencias»— porque lo que hace el Estado es delegar el ejercicio de la competencia que mantiene, por eso siempre puede retomarla, puede rescatar el servicio; transestructural porque está fuera de la estructura estatal. Lo importante es que la competencia es del Estado, aunque la pueda delegar a un particular²⁹.

En consecuencia, hoy en día el servicio público es una actividad económica, con prestaciones técnicas, que es desempeñada por los particulares

²⁷ SESÍN, Domingo Juan, «Servicio público, policía y fomento...», cit., pp. 211/212.

²⁸ MAIRAL, Héctor, «El concepto de servicio público en el derecho argentino actual», en *Servicio público, policía y fomento*, publicación de las Jornadas organizadas por Universidad Austral el 7, 8 y 9 de mayo de 2003, ediciones RAP, p. 231.

²⁹ BARRA, Rodolfo Carlos, «Los principios generales...», cit., pp. 54/55.

o que puede prestar el Estado, según lo disponga el legislador. Cuando la prestan los particulares está sujeta a un control que, en general, el legislador quiere que sea técnico y no político³⁰.

II.3. ACTIVIDAD DE POLICÍA

Conforme la clásica definición de Marienhoff, poder de policía es una potestad reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes³¹. Dicho poder, dadas las limitaciones que aparece en la esfera jurídica de los habitantes del país, es una atribución perteneciente al órgano legislativo de gobierno, único con competencia para establecer tales limitaciones. «Policía», por su parte, es función o actividad administrativa, que tiene por objeto la protección de la seguridad, moralidad o salubridad públicas, y de la economía pública, conforme la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina.

La actividad de policía es comúnmente definida como la ejecución, por parte de la Administración, de las restricciones y limitaciones a los derechos de los particulares establecidas por el Estado en ejercicio del poder de policía³². Ahora bien, ¿qué se entiende por *poder de policía*? Se trata, pues, de la actividad de restricción y limitación de los derechos individuales por razones de bien común. Así, la actividad administrativa de policía consiste en la ejecución de las leyes formales que, en razón del interés general, limitan los derechos de los particulares. Se trata de una parte de la función administrativa: aquella destinada a ejecutar las leyes que haya dictado el Congreso en ejercicio del poder de policía³³.

Conocida es la crítica a las posturas más tradicionales por parte de quienes, como Gordillo, descreen de la propia existencia y utilidad de esta categoría³⁴. O, más aún, quienes sostienen que su única utilidad o razón de ser

³⁰ MAIRAL, Héctor, «El concepto de servicio público...», cit., p. 232.

³¹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, T. IV, pág. 519 y ss.

³² USLENGHI, Alejandro, «Poder de Policía y actividad de fomento», en *El Derecho Administrativo argentino, hoy*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p 87 y siguientes (en especial, p. 89).

³³ CANDA, Fabián Omar, «Régimen jurídico de la actividad de policía», en *Servicio público, policía y fomento*, publicación de las Jornadas organizadas por Universidad Austral el 7, 8 y 9 de mayo de 2003, ediciones RAP, p. 125.

³⁴ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, 8ª edición, Buenos Aires, 2006, T. 2, capítulo V.

tendría que ver con la justificación de los avances del poder estatal sobre los derechos individuales³⁵.

Si bien no puede desconocerse que efectivamente esta utilización como enmascaramiento de indebidas potestades ha existido en determinados supuestos³⁶, esta categoría teórica sirve para explicar un determinado ámbito de la actividad estatal. Por otra parte, de entender lo contrario, más que de control debería estar analizando derechamente la supresión del poder de policía o terminar aquí la alocución dada su inexistencia.

Pero, aunque se diga que el poder de policía no existe, aceptemos como punto de partida que, aun cuando teóricamente podría pensarse en descartar esta categoría, en los hechos, el Estado interviene en la órbita de los derechos individuales y en la economía alegando su ejercicio. O sea, como suele decirse respecto de las brujas, «...*que lo hay, lo hay*».

Por lo demás, hay que destacar que si bien en el derecho comparado el tema es tratado bajo rótulos distintos al de Poder de Policía y Policía, el contenido es el mismo. La actividad ordenadora, la teoría de la limitación de los derechos, el derecho de la regulación, no versan sino sobre la potestad estatal de limitar derechos en aras del interés público comprometidos en la reservación y fortalecimiento de ciertos bienes jurídicos socialmente calificados y sobre la ejecución concreta de las normas que establecen las susodichas limitaciones.

Como se ha dicho, la visión del Poder de Policía como la de un poder esencialmente limitador del derecho de los particulares, es una visión parcial y ciertamente ideológica. El poder de Policía no es sólo limitación de derechos, sino tutela de otros derechos y del interés general. Cuando se caracteriza al Poder de Policía como aquél que restringe derechos, se está poniendo énfasis en el elemento objetivo o material del concepto. Pero se soslaya el elemento finalista o teleológico: el Poder de Policía restringe determinados derechos individuales para salvaguardar la adecuada vigencia de otros derechos individuales y de ciertos bienes jurídicos privilegiados que el legislador busca preservar, dada su trascendencia social³⁷.

En ese contexto, en Argentina se ha entendido por Poder de Policía a aquél ejercido por el Congreso de la Nación, por medio del dictado de leyes

³⁵ Un interesante y profundo examen del tema lo encontramos en CANDIA, Fabián Omar, «Régimen jurídico...», cit.

³⁶ ELIASCHEV, Nicolás, «Poder de Policía», en *Actualidad en Derecho Público*, N° 15, p. 247, ha sostenido que «*El derecho trasunta, como mínimo un modo de organizar la sociedad, su gobierno y la distribución de la riqueza. En este sentido, toda noción jurídica está sustentada en una convicción política que la precede y justifica. Y si la presencia de determinada noción como la policía es ideológica, su postulada supresión en aras de una supuesta purificación técnica también lo es*».

³⁷ CANDIA, Fabián Omar, «Régimen jurídico...», cit., p. 133.

en sentido formal, o excepcionalmente, por el Poder Ejecutivo por vía de reglamentos con rango de ley (decretos de necesidad y urgencia y reglamentos delegados), cuyo objeto es la adecuada tutela de ciertos bienes jurídicos calificados por posibilitar la vigencia de otros derechos o la realización del interés público, y para cuyo logro se restringen determinados derechos de los particulares, con fundamento en el artículo 14 de la CNA y respetando el límite que surge del artículo 28 de ésta³⁸. Cabe añadir que en este país, por principio, el poder de policía resulta una materia típicamente local. El principio es el genérico de atribución de competencias recogido en el artículo 121 de la CNA. Por lo demás, aún en los sitios sujetos al control federal, las autoridades locales conservan la potestad de ejercer su pertinente poder de policía en los términos del inciso 30 del artículo 75 de la propia carta magna nacional. En abstracto, lo dicho no representa mayores misterios, y pareciera que sobre el punto acuerdan doctrina y jurisprudencia. El asunto se torna algo más espinoso cuando nos acercamos a casos concretos. Y más aún en aquellos supuestos en los que la autoridad local que forma parte del conflicto es la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuya elusiva naturaleza jurídica sigue causando conflictos a más de veinte años de la reforma constitucional nacional y del dictado de su homóloga local³⁹.

En términos más generales, encontramos en la precedente definición un elemento subjetivo, otro finalista y un tercero objetivo o material. El elemento subjetivo ya fue anticipado: el poder de policía debe ser ejercido por el órgano estatal que, en un Estado de Derecho, asume la adopción de las decisiones más relevantes, esto es, el Congreso de la Nación. En lo que hace al elemento teleológico, el fin último y esencial del poder de policía es un fin de coordinación de los derechos de los particulares, entre sí y con el interés público. Por último, en lo que hace al aspecto objetivo o material, este poder estatal se expresa a través de leyes (o excepcionalmente decretos de necesidad y urgencia o reglamentos delegados) cuyo contenido es restrictivo de derechos.

Por otra parte, corresponde señalar que por *actividad de policía* entendemos a aquella parte de la función administrativa que ejecuta las leyes dictadas en ejercicio del poder de policía; desarrollándose a la luz de determinados principios generales y utilizando ciertos medios o técnicas específicos, que constituyen su régimen jurídico⁴⁰.

³⁸ CANDA, Fabián Omar, «Régimen jurídico...», cit., p. 134.

³⁹ Sobre el tema de la naturaleza jurídica de la Ciudad de Buenos Aires y la particular forma de atribución de competencia a su justicia nos hemos referido en JUAN LIMA, Fernando Enrique, «La competencia del fuero en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires», *Revista de Derecho Administrativo* (Juan Carlos Cassagne, Director), Ed. Depalma, N° 33/35, pág. 329.

⁴⁰ CANDA, Fabián Omar, «Régimen jurídico...», cit., p. 137.

En este contexto, cabe recordar —muy brevemente— los principios que rigen la actividad de policía. Éstos son: (1) reserva de ley (la habilitación para que la Administración ejerza atribuciones de policía debe surgir de ley formal emitida por el Congreso); (2) principio de especificación (la ley de policía que habilita la incisión de la Administración debe indicar con cierta precisión los supuestos de hecho ante los cuales podrá la Administración ejercer la actividad de policía; no debe tratarse de habilitaciones genéricas para actuar, pues ello equivaldría a dejar en manos de aquélla la limitación de los derechos); y (3) principio de razonabilidad (con su doble expresión que hace a la proporcionalidad y al principio *pro libertate* o *favor libertatis*).

Por su parte, en cuanto a las técnicas o medios de policía, según el grado de incidencia que tengan sobre los derechos de los particulares, usualmente se los clasifica, en grado creciente de incidencia, de la siguiente manera: (a) de información⁴¹; (b) de condicionamiento⁴²; (c) de limitación⁴³; y (d) ablatorias⁴⁴.

Como se verá, en lo que hace al interés específico del presente trabajo, serán específicamente objeto de estudio las técnicas de limitación, en tanto dentro de ellas ubicaremos, por ejemplo, a las llamadas cuotas de pantalla y cuotas de distribución.

Recapitemos: policía sería la noción referida a la potestad que tiene la Administración, por supuesto que subordinada a la ley y a la Constitución, para preservar el bien común en pro de ciertos objetivos que pueden ser seguridad, salubridad, moralidad. Incluso pueden ser más: la estética pública, la economía colectiva, el bienestar social, etc. El poder de policía, por su parte, sería la noción que describe la potestad que tiene el Congreso, no la Administración, dentro del marco de la Constitución y bajo el principio de razonabilidad y por cierto bajo control judicial, de limitar los derechos de los individuos en pro del bien común, para satisfacer principios del bien general. De ese modo la noción que se caratula como Poder de Policía sería orgánica, puesta en cabeza del Poder Legislativo, bajo control judicial y subordinada a la Constitución Nacional —y hoy en día de los Tratados de derechos humanos y demás tratados internacionales—; una facultad legislativa: del Congreso de la Nación, claramente. La noción de Policía como facultad administrativa corresponde en este esquema al Poder Ejecutivo y sus órganos dependientes,

⁴¹ Se trata de la captación por la Administración de datos personales y relativos a ciertas actividades que desarrollan las personas físicas y jurídicas, con finalidades propias de policía.

⁴² En estos casos, se condiciona el ejercicio lícito de una actividad a un examen previo efectuado por la administración. Es lo que usualmente se denomina *técnicas autorizatorias*.

⁴³ Como sabemos, los derechos no son absolutos, pues ellos se gozan conforme con las leyes que reglamentan su ejercicio. Se trata, pues, de la demarcación del perímetro o área de vigencia de los derechos o, en otras palabras, de su *delimitación*.

⁴⁴ Éstas implican la supresión o negación de un derecho, suele darse como ejemplo a las técnicas expropiatorias.

sometida ya no sólo a la Constitución sino también a la legislación. Es actividad sublegal por excelencia⁴⁵.

La a veces deliberada confusión entre actividad legislativa y ejecutiva implica también lo propio en el funcionamiento de las supuestas categorías o palabras hechas de policía y poder de policía. Si uno podía decir, en un enfoque clásico, que la policía le compete a la Administración y el poder de policía, o sea la limitación de los derechos, le compete al Congreso, ahora resulta que la Administración ejerce muchas actividades del Congreso incluso limitaciones a los derechos de los individuos, que podrían entrar dentro de lo que se llamaba poder de policía⁴⁶.

II.4. ACTIVIDAD DE FOMENTO

II.4.1. Origen y contexto

La injerencia constante del Estado en la vida económica y social es un fenómeno relativamente reciente. A partir del siglo XIX, se inicia un proceso de ampliación de los fines del Estado: del Estado protector, abstencionista (el llamado *Estado policía*), se pasó al Estado prestador, intervencionista, que dio origen, hacia fines del siglo XIX y principios del XX, al *Estado de bienestar*.

El primer ensayo de lo que luego se conoció como Estado de bienestar tuvo lugar en la Alemania de Bismarck, hacia 1880. Después, en los primeros años del siglo XX, se fue reeditando en otros países europeos. De la mano de este enfoque, surgió la idea de una intervención pública más sistemática en la economía.

Este proceso se plasmó en la aparición de nuevas formas de actuación pública. La doctrina administrativista que se acercó a estudiar el fenómeno se vio en la necesidad de clasificar esta nueva variedad de modalidades de intervención. Se hicieron muchos intentos. Entre ellos, a mediados del siglo XX, Jordana de Pozas propuso su modelo tripartito, que clasificó la actividad administrativa —como vimos— en policía, servicio público y fomento. Hasta entonces, en Europa continental se distinguía únicamente entre actividad de

⁴⁵ GORDILLO, Agustín, «Policía y poder de policía», en *Servicio público, policía y fomento*, publicación de las Jornadas organizadas por Universidad Austral el 7, 8 y 9 de mayo de 2003, ediciones RAP, p. 238.

⁴⁶ GORDILLO, Agustín, «Policía y poder de policía», cit., p. 240. Sobre el poder de policía en la materia específica que nos ocupa (y que excede, claro está, el tema de las cuotas de pantalla y de distribución —únicos a los que haremos referencia en este trabajo—), siempre es útil acudir al clásico artículo del profesor Garrido Falla «Poderes de policía en relación con los espectáculos públicos» (GARRIDO FALLA, Fernando, en: *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 76 (1992), p. 501).

ordenación o limitación, por un lado, ya actividad de prestación directa de servicios de interés general, por otro, de modo que la formulación por parte de Jordana de la noción de fomento constituyó una verdadera novedad⁴⁷.

Tal como venimos viendo, en el esquema de Jordana de Pozas —que seguimos— las modalidades de intervención propuestas resultan definidas de la siguiente manera:

- (a) Policía: es la actividad administrativa que, por medio de limitaciones eventualmente coactivas de la actividad privada, se dirige a prevenir los daños sociales que de esta última pueden derivarse.
- (b) Servicio público: consiste en satisfacer la necesidad pública de que se trate de una manera directa, por órganos de la propia Administración creados al efecto, y con exclusión o en concurrencia con los particulares.
- (c) Fomento: es la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar la coacción ni crear servicios públicos.

Esta tripartición de Jordana ha sido, sin duda, la que mejor fortuna ha tenido entre muchas clasificaciones que se hicieron para intentar explicar el universo de las formas de actuación administrativa. Pese a las diversas críticas y observaciones que se han hecho a este modelo, la propuesta de Jordana continúa siendo un punto de referencia obligado en el derecho administrativo contemporáneo.

Pero no se debe olvidar que la actividad interventora pública es una realidad eminentemente dinámica, sujeta a incesantes cambios. Cada una de estas tres modalidades ha sufrido profundas modificaciones desde entonces.

Así, por ejemplo, en la Argentina, de una noción estrecha de policía (que abarcaba sólo cuestiones de seguridad, salubridad y moralidad) se pasó a una concepción amplia (que incluye la policía económica y ecológica) e, incluso hoy, de la mano de la emergencia, a una versión de actividad de policía que parece no tener límites⁴⁸.

⁴⁷ DE LA RIVA, Ignacio M., «La figura del fomento: necesidad de encarar una revisión conceptual», en *Servicio público, policía y fomento*, publicación de las Jornadas organizadas por Universidad Austral el 7, 8 y 9 de mayo de 2003, ediciones RAP, p. 413. Dicho autor cita las obras de RITTER, Gerhard A., *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991; JOHNSON, Norman, *El estado de bienestar en transición (La teoría y la práctica del pluralismo de bienestar)*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990; y JORDANA DE POZAS, Luis, «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo», *Revista de Estudios Políticos*, N° 48 (1949).

⁴⁸ USLENGHI, Alejandro, «Poder de policía y actividad de fomento», en AA.VV., *El derecho administrativo argentino hoy*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996,

El servicio público conocía originalmente sólo la modalidad directa de prestación. Después, surgió la figura de la concesión, como modalidad de prestación indirecta. Más tarde, se habló de la crisis de la noción, y hoy se va hacia una contracción de su espacio vital que cede paso a la libre competencia, de modo que la categoría de servicio público quede reservada únicamente para aquellos tramos del sector que requieran ineludiblemente ese tratamiento jurídico más estricto⁴⁹.

Es natural, entonces, que en el fomento se observen también importantes cambios. Así, se ha dicho que el nuevo modelo de Estado exige que éste optimice los intereses de los ciudadanos y colabore para la consecución de determinados fines públicos⁵⁰.

II.4.2. El concepto de actividad de fomento

En la definición de Jordana de Pozas, el fomento se configura sobre la base de dos elementos yuxtapuestos: la finalidad de proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o de interés general (elemento teleológico), y la ausencia de coacción o la no creación de un servicio público (técnica de actuación). Para Jordana, lo propio del fomento es la *persuasión*, convencer para que se haga u omita algo.

Este aspecto de la propuesta de Jordana (su pretensión de hacer girar la noción de fomento en torno a esos dos factores, la finalidad perseguida y la técnica empleada) ha sido objeto de una crítica que parece válida: una finalidad proteccionista (de fomento de lo nacional) puede alcanzarse por medio de la coacción; del mismo modo, la protección del orden público (policía) puede lograrse a través de la disuasión⁵¹. Esta constatación recibió de parte de la doctrina el título de teoría de la intercambiabilidad de las técnicas de intervención administrativa⁵².

p. 87. FRANCAVILLA, Ricardo, «El poder de policía de salubridad. El alcance de la responsabilidad estatal», en AA.VV., *Cuestiones de intervención estatal*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011, p. 97.

⁴⁹ DE LA RIVA, Ignacio M., «La figura del fomento...», cit., p. 414.

⁵⁰ DE LA SIERRA, Susana, *Derecho del cine...*, p. 127.

⁵¹ GARRIDO FALLA, Fernando, primera edición de su *Tratado de derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958; cit. por DE LA RIVA, Ignacio M., «La figura del fomento...», cit., aludiendo a su vez a la cita efectuada por MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, José Luis, «La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: Una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración Pública», *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, p. 756.

⁵² Según Baena del Alcázar, es mérito de Entrena Cuesta el haber enunciado por primera vez ese conocido principio de las formas de la actividad administrativa (cfr. BAENA DE

A partir de esta observación, queda claro, entonces, que para dotar a la figura de un perfil jurídico consistente es preciso abandonar la finalidad (de promoción o protección) y la técnica (persuasiva) como elementos definitorios y pasar a prestar atención a la constitución estructural del concepto. Esta intuición de poner el acento en la estructura interna de la figura como camino metodológico para alcanzar su consolidación definitiva ha sido enunciada por un sector de la doctrina española, encabezada por Martínez López-Muñiz⁵³ y por Fernández Farreres⁵⁴, cada uno con matices propios⁵⁵. El primero de dichos autores es quien postula, además, el abandono de la voz *fomento*—dada su irremediable connotación teleológica— y su sustitución por la de *ayudas públicas*, expresión esta última que, por cierto, ya resultaba de uso frecuente en las normas y en la doctrina europeas.

El elemento distintivo de las ayudas públicas —y también del clásico fomento— es la coincidencia de los intereses público y privado que se observa. De allí que sea posible que el particular actúe voluntariamente en la dirección esperada, ya que persiguiendo su propio provecho contribuirá al interés general. La Administración no precisa ni forzar coactivamente la voluntad de los particulares, ni asumir ella misma la responsabilidad de satisfacer la necesidad colectiva a la que se orienta su actuación.

Así, siguiendo —como lo hemos hecho hasta ahora— a De la Riva, las ayudas públicas pueden definirse como la concesión de una serie de bienes a determinados sujetos en razón de ciertas actividades (de interés público) a las que quedan afectados. Es este carácter afectado de la actuación, que vincula

ALCÁZAR, M., «Sobre el concepto de fomento», *RAP* N° 64 (1967). No obstante, también Villar Palasí reclama para sí la paternidad de la idea, que dice haber expuesto ya en el año 1950 bajo la denominación de *principio de mutabilidad equivalente* de las técnicas de actuación administrativa, a la cual, acota, Entrena habría adherido en 1960 (ver VILLAR PALASÍ, J.L., *La intervención administrativa en la industria*, t. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, p. 93). Por su parte, Lorenzo Martín-Retortillo Baquer atribuye también a Villar Palasí la primacía temporal en la formulación del concepto en cuestión (cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «De la gestión interesada a las cláusulas de interesamiento», *RAP* N° 36 —1961—, p. 71). Cita de DE LA RIVA, Ignacio M., «La figura del fomento...», cit., p. 416.

⁵³ MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J. L., «La actividad administrativa dispensadora de ayudas...», cit., p. 756.

⁵⁴ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983; íd., «La actividad administrativa de fomento. Los incentivos económicos. Estudio especial de las subvenciones», en AA. VV., *Derecho administrativo. Parte especial*, Libros Jurídicos Carperi, Madrid, 1995, p. 89. Cit. por DE LA RIVA, Ignacio M., «La figura del fomento...», cit., p. 417.

⁵⁵ En Argentina, CASSAGNE, Juan Carlos, ha abogado por la necesidad de avanzar hacia una reconstrucción de la tradicional noción de fomento, adoptando en su reemplazo un concepto de ayuda pública configurado en torno a una visión funcional de la actividad («Reflexiones sobre las ayudas públicas», *Revista Derecho Administrativo*, N° 45, p. 601/609).