



CGPYR
magdigital
Nº2



Comité editorial

Directora:

Dra. Laura Fiore

Coordinadora:

Lic. Melisa Mertehikian

Jurisprudencia

Responsable:

Dr. Eduardo Sbriz

Coordinador:

Dr. Juan Novillo

Normativa

Responsable:

Dr. Carlos Aguirre

Coordinador:

Mariano Lombardi

Técnica

Fiscal-Ingresos Públicos:

Responsable:

Dr. Harry Schurig

Coordinadora:

Dra. Cristina del Carmen Mansilla

Contable-Financiera:

Responsable:

Cdora. Roxana Reinaudi

Coordinador:

Cdor. Cristian F. Kathrein

Organismos de Control e Investigación

Responsable:

Dra. Cecilia Bertolé

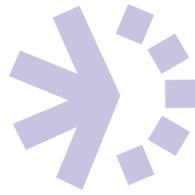
Coordinadora:

Dra. Gabriela Taberero

Interés general

Responsable:

Dra. Melania Alonso



Este segundo número del Boletín Digital del *Centro de Estudios sobre Gestión Pública y Responsabilidad* –CGPyR– es el reflejo del trabajo sostenido de un equipo que confía en la creación y generación de espacios pensados para compartir el conocimiento y fomentar el intercambio.

Precisamente, con el número que vio nacer este espacio, logramos llegar por primera vez a todos nuestros asociados con un producto final que consideramos que reflejaba todas y cada una de las metas que nos hemos propuesto desde el inicio.

Así, el producto que hoy llega a las manos de nuestros asociados y que sigue aquel esquema original, abarca distintas áreas de interés que consideramos oportunas para acercar a todos los profesionales de distintas disciplinas –jurídicas, económicas, sociológicas, de comunicación social, entre otras– con el propósito de alcanzar una permanente actualización y variedad informativa.

De hecho y si bien la jurisprudencia y legislación en nuestro país evolucionan diariamente, nuestro objetivo es ir más allá: sistematizar las decisiones judiciales y normas más trascendentes, sumado a la presentación de artículos científicos de profesores nacionales y extranjeros con un rico contenido de información de utilidad para el profesional y el investigador.

A esta altura, debemos agradecer a las autoridades del CGPyR y en especial a nuestra querida Dra. Miriam M. Ivanega –fundadora y principal promotora del Centro y sus proyectos– por haber depositado su confianza en nosotras y permitirnos llevar adelante esta publicación y las que se sucederán. A ello se suma el más sincero agradecimiento a todos y cada uno de los integrantes, colaboradores y responsables de este número, por su esfuerzo, tiempo y dedicación permanente que confluyen en un producto editorial completo y de calidad.

Por último, un sincero *muchas gracias* a todos los asociados del CGPyR que tanto respeto nos merecen y cuyos aportes permiten que los proyectos del Centro –dispuestos para ellos– puedan concretarse.

Con el anhelo de que los lectores encuentren en las próximas páginas una herramienta útil y de actualidad, les damos entonces nuestra más cordial bienvenida a este nuevo número.

LA CONSOLIDACIÓN DE DEUDA PÚBLICA: ASPECTOS GENERALES

Verónica L. Arias*

A. Introducción.

Desde un aspecto económico financiero podemos decir que consolidar la deuda pública significa transformar en deuda consolidada aquella deuda pública que en su origen fue flotante.

Integran el concepto de deudas flotantes aquellas originadas en la gestión normal del Estado, directamente con sus acreedores o tomando fondos a corto plazo en el mercado de capitales; las provenientes de la gestión de sus distintas ramas, con proveedores o contratistas de la más variada índole; las que se originan en ciertas funciones especiales del Estado (consignaciones judiciales, cajas públicas, de seguros, de ahorros, etc.), y los empréstitos de corto plazo (letras de Tesorería), destinados al pago de erogaciones del ejercicio y redimibles dentro del ejercicio.

A su vez, dentro de las deudas consolidadas, definidas como las deudas contraídas con el mercado de capitales externos o internos, o las deudas irredimibles, se encuentran los empréstitos de la más variada índole; los préstamos otorgados por organismos internacionales de crédito o naciones extranjeras o bancos extranjeros o nacionales, y el papel moneda irredimible¹.

Es decir que, cuando el Estado deudor ve aproximarse la fecha de vencimiento de una determinada emisión de deuda a corto plazo, puede convertir esa deuda flotante en otra consolidada, aplazando la fecha.

En tal entendimiento, la consolidación “se trata de un mecanismo de excepción, aplicable en situaciones de emergencia, en las cuales, si el Estado no puede hacer frente a su pasivo flotante, puede postergar a largo plazo su pago y/o emitir títulos y colocarlos forzosamente en pago de dicha deuda”².

Ahora bien, la normativa vigente en la materia considera que la consolidación legal del pasivo público implica la novación de la obligación original y de cualquiera de sus accesorios³.

Al respecto se ha expedido la Corte señalando: “La consolidación de las obligaciones comprendidas en el régimen de la Ley N° 25.344 importa la novación de la obligación originaria y de cualquiera de sus accesorios, por lo que sólo subsisten para el acreedor los derechos derivados de ella (Artículo 17 de la Ley N° 23.982, al que remite el Artículo 13 de la ley citada), circunstancia que impone la sujeción a las disposiciones de la ley y a los mecanismos previstos en ella y en su reglamentación, en orden a la cancelación de los créditos sujetos a consolidación”⁴.

Por nuestra parte entendemos que el instituto de la novación en el régimen de consolidación de deudas implica sustituir la obligación de dar una suma de dinero por alguna de las alternativas previstas en la normativa vigente, a opción del acreedor.

Y decimos “a opción del acreedor” porque las leyes de consolidación disponen distintas alternativas de pago que podrá elegir el acreedor, entre ellas, la percepción del crédito en Bonos de Consolidación.

En ese sentido ha opinado la Procuración del Tesoro de la Nación, al dictaminar: “La Ley de Consolidación de Deuda Pública no establece imperativamente el pago de los créditos a través de la entrega de los Bonos que autoriza a emitir, sino que otorga al acreedor la facultad de optar

¹Cfr. Crivelli, Julio César, *La emergencia económica permanente. Comentario al derecho argentino de la emergencia: Ley N° 25.344. Legislación y jurisprudencia*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2001, p. 182.

²Mendiguren, Alfredo y Nicolini, Sara B., “La nueva consolidación de deudas en el marco de la Ley N° 25.344 de emergencia económica. Un análisis crítico”, *LL - n. 82*, Buenos Aires, 30-4-2001, p. 1311.

*El presente trabajo de autoría de la Dra. Verónica L. Arias ha sido elaborado para ser presentado en el marco del Ciclo de Talleres Debate “Actualidad en el Derecho Público”, organizado por la firma Ediciones Rap s.a. y auspiciado institucionalmente por el Centro de Estudios sobre Gestión Pública y Responsabilidad que fuera realizado el día martes 19 de septiembre del año 2012.

³Cfr. Artículo 17 de la Ley N° 23.982.

⁴CSJN, 2-3-2010, “Caraballo, Jorge Oscar y otros c/ Policía Federal Argentina y otro”, *Fallos*: 333:138.

entre la percepción inmediata de los bonos para la cancelación de su deuda, o la espera hasta que el Parla-

mento establezca su cancelación a través de la correspondiente partida presupuestaria”⁵.



En nuestro país, a nivel nacional⁶, se han dictado dos regímenes de consolidación, en 1991 la Ley N° 23.982 (BO 23-8-1991), reglamentada por el Decreto N° 2.140/1991 y, en el año 2000, la Ley N° 25.344 (BO 21-11-2000), reglamentada por el Decreto N° 1.116/2000.

Al respecto, y antes de seguir avanzando, no podemos dejar de mencionar que el procedimiento de cancelación de deudas instaurado por los mencionados regímenes fue modificado abruptamente –en cuanto a opciones de pago, series de bonos, coeficientes a aplicar y documentación a suscribir– por la Ley N° 25.565, el Decreto N° 1.873/2002 y la Resolución N° 638/2002⁷.

Ahora bien, la Ley N° 23.982 consolidó en el Estado Nacional las obligaciones vencidas o de causa o título anterior al 1° de abril de 1991 que consistan en el pago de sumas de dinero, o que se resuelvan en el pago de sumas de dinero, en cualquiera de los casos enumerados en su Artículo 1°.

A su vez, mediante el Artículo 4° de la Ley N° 24.130 (BO 22-9-1992), se prorrogó la fecha de corte establecida en el Artículo 1° de la Ley N° 23.982 respecto de las deudas previsionales, a cuyo fin se consideraron las vencidas o de causa o título anterior al 31 de agosto de 1992.

Por su parte, la Ley N° 25.344, en su Artículo 13, consolidó las obligaciones vencidas o de causa o título posterior al 31 de marzo de 1991 y anterior al 1° de enero de 2000, y las obligaciones previsionales originadas en el régimen general vencidas o de causa o título posterior al

B. Regulación normativa en el ámbito nacional.

31 de agosto de 1992 y anterior al 1° de enero de 2000 que consistan en el pago de sumas de dinero, o que se resuelvan en el pago de sumas de dinero, y que se correspondan con cualquiera de los casos de deuda consolidada previstos en el Artículo 1° y se trate de obligaciones de los entes incluidos en el Artículo 2°, ambos de la Ley N° 23.982. Es dable destacar que la fecha de consolidación para ambos tipos de obligaciones se fijó en el 31 de diciembre de 1999.

Posteriormente, la Ley N° 25.565 de Presupuesto para el ejercicio 2002 (BO 21-3-2002), en su Artículo 46, dio por prorrogada al 31 de diciembre de 2001 la fecha de consolidación de las obligaciones previsionales establecidas en el Artículo 13 de la Ley N° 25.344.

Asimismo, mediante el Artículo 58 de la Ley N° 25.725 de Presupuesto para el ejercicio 2004 (BO 10-1-2003), se prorrogó al 31 de diciembre de 2001, la fecha de consolidación de obligaciones de carácter no previsional a las que se refería el citado Artículo 13.

Cabe aclarar que, a diferencia de la Ley N° 23.982, la Ley N° 25.344 no solo regula la consolidación de deudas, sino que contiene capítulos destinados a la emergencia, los contratos del sector público nacional, la relación de empleo público y los juicios contra el Estado Nacional.

Originalmente se había dedicado un capítulo al saneamiento de la relación económica financiera entre el Estado Nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pero dicho capítulo fue derogado por el Artículo 17 de la Ley N° 25.967 de Presupuesto para el ejercicio 2005 (BO 16-12-2004).

⁶ El Artículo 19 de la Ley N° 23.982 dispuso: “Las provincias podrán consolidar las obligaciones a su cargo que reúnan las condiciones establecidas en el Artículo 1°. Las normas legales respectivas no podrán introducir mayores restricciones a los derechos de los acreedores que las que la presente ley establece respecto a las deudas del sector público nacional [...]”. En sentido similar, la Ley N° 25.344, en su Artículo 24, invitó a las provincias y al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherirse a ella.

⁷ A su vez dichas normas fueron modificadas y complementadas por otras tantas, entre ellas, las Resoluciones Nros. 459/2003, 378/2004, 42/2006 y 15/2010.

⁵ Dictámenes: 212:22.



En cuanto al Capítulo V titulado “De la Consolidación”, la Ley N° 25.344 remite a las disposiciones de su antecesora. En ese sentido, el Artículo 13 dispone que la consolidación deberá efectuarse “con los alcances y en la forma dispuesta por la Ley N° 23.982”.

Respecto a la técnica legislativa empleada en la Ley N° 25.344, compartimos las objeciones en torno a la remisión desordenada a la Ley N° 23.982, la falta de compatibilización con otras normas legales y el hecho de que la Ley N° 23.982 establece montos en australes, indica fechas de corte diversas a la que fija la nueva ley y consigna organismos que han mudado su denominación y/o competencia⁸.

Por otra parte, no podemos dejar de mencionar que las citadas leyes son de orden público y fueron dictadas en ejercicio del denominado “poder de policía de emergencia”⁹.

Si bien excede el alcance del presente trabajo analizar si se cumplieron los requisitos exigibles a la normativa de emergencia –cuestión que, por otra parte, ha sido desarrollada intensamente por nuestra doctrina–, sí corresponde resaltar que la Corte Suprema de Justicia de la

Nación ha declarado la constitucionalidad de dichos regímenes en numerosos precedentes.

En ese sentido pueden citarse, entre otras, las causas “Hagelin, Ragnar c/ Poder Ejecutivo Nacional” (CSJN, 22-11-1993); “Cacace, Josefa Erminida c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (CSJN, 19-10-1995) y, más recientemente, “Arias, Alejo Fernando c/ Instituto Nacional de Reaseguros Sociedad del Estado en liquidación s/ despido” (CSJN, 11-11-2007).

Precisamente, en este último precedente nuestro más alto tribunal expresó: “[...] corresponde señalar que V.E. reiteradamente ha declarado –en torno al régimen de consolidación de deudas dispuesto por la Ley N° 23.982, al que remite expresamente la Ley N° 25.344– que, a fin de analizar su validez constitucional, es imprescindible tener en cuenta su carácter de legislación de emergencia [...] y que la aplicación del sistema de consolidación de deudas no priva al acreedor del reconocimiento patrimonial declarado en la sentencia, sino que sólo suspende temporalmente la percepción íntegra de las sumas adeudadas, circunstancia que obsta a la declaración de inconstitucionalidad pretendida [...]”¹⁰.

C. El encuadre de una obligación dentro de los Regímenes de Consolidación de Deudas.

- Que el organismo deudor se corresponda con alguna de las personas jurídicas enumeradas en el Artículo 2° de la Ley N° 23.982 y en el Artículo 13 de la Ley N° 25.344.

Sobre tales requisitos se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al sostener: “Corresponde revocar la sentencia que intimó a los organismos que deben restituir a la actora los honorarios pagados para que los cancelen en efectivo pues tales creencias se encuentran alcanzadas por la Ley de Consolidación N° 25.344 al reunir los requisitos establecidos a dicho efecto, es decir, son de causa o título

Conforme las citadas Leyes Nros. 23.982 y 25.344, para que una obligación quede encuadrada en el régimen de consolidación de deuda, deben configurarse los siguientes requisitos:

- Que esté vencida o sea de causa o título anterior a la fecha de corte.
- Que consista o se resuelva en el pago de sumas de dinero.
- Que se encuentre dentro de alguno de los supuestos enumerados en el Artículo 1° de la Ley N° 23.982¹¹.

⁸Cfr. Mendiguren, Alfredo y Nicolini, Sara B., *op. cit.*, p. 1312.

⁹Cfr. Art. 16 de la Ley N° 23.982 y Arts. 1° y 13 de la Ley N° 25.344.

¹¹Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México, 2009, Preguntas de interés general, México, ITAIPEM, <http://transparencia.edomex.gob.mx/informacion/formatos/preguntas2.htm> (consultado el 8 de junio de 2012).

¹⁰Fallos: 330:4936.

anterior al 31 de diciembre de 2001, consisten en dar una suma de dinero, se hallan a cargo del Estado Nacional y no están contemplados entre las excepciones previstas por aquél régimen, que no introduce distinción alguna en cuanto al origen de los fondos”¹².



Existe un marco temporal para encuadrar las obligaciones dentro de los regímenes de consolidación. En ese sentido, debe tratarse de obligaciones vencidas o de causa o título anterior a la fecha de corte.

El presente requisito no pocos inconvenientes ha causado, pues en distintas oportunidades se ha sujetado el encuadre normativo a la respectiva fecha de reconocimiento del acto administrativo, sentencia o auto regulatorio.

Cabe advertir que la interpretación descripta resulta incorrecta, pues la fecha que interesa a los fines de encuadrar una deuda en el régimen de consolidación es la fecha de origen o causa de la obligación y no la de su reconocimiento.

Es en virtud de ello que corresponde definir “obligaciones vencidas”, “obligaciones de causa o título anterior a la fecha de corte” y “fecha de corte”.

En ese orden de ideas, las “obligaciones vencidas” son aquellas que hubieren resultado exigibles con anterioridad a la fecha de corte, por haber vencido el plazo establecido para su cumplimiento¹³.

Por otra parte, se entiende por “obligaciones de causa o título anterior a la fecha de corte”, las que tuvieren su origen en hechos o actos ocurridos con anterioridad a la

En síntesis podemos decir que antes de considerar una deuda como consolidada, debemos verificar si se cumplimentan los extremos temporales, objetivos y subjetivos que se analizarán a continuación.

C.1. Requisito temporal: Obligaciones alcanzadas conforme la fecha de la obligación.

fecha de corte, aun cuando se reconocieren administrativa o judicialmente, con posterioridad a esa fecha, y las que surgieren de instrumentos otorgados con anterioridad a la fecha de corte. Los créditos causados en prestaciones cumplidas o hechos ocurridos con posterioridad a la fecha de corte no están alcanzados por la consolidación dispuesta por la ley, aun cuando los contratos respectivos se hubiesen celebrado con anterioridad a la fecha de corte¹⁴.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho al respecto: “Constituyen 'causa de la obligación' en los términos del régimen de consolidación de la deuda pública –Ley N° 23.982 (Adla, LI-C, 2898)– los hechos o actos que de modo directo e inmediato le hubieran dado origen, aun cuando se los haya reconocido judicial o administrativamente con posterioridad a la fecha de corte prevista en el citado cuerpo legal”¹⁵.

Mención especial requiere la denominada “fecha de corte”, por cuanto la misma difiere según la normativa en la que resulte encuadrada la deuda. Es decir, mientras que la fecha de corte fijada por el decreto reglamentario de la Ley N° 23.982 es el “1° de abril de 1991”¹⁶, la establecida por la reglamentación de la Ley N° 25.344 es el “1° de enero de 2000”¹⁷.

Ahora bien, con la prórroga dispuesta por los Artículos 46 y 58 de la Ley N° 25.565 y N° 25.725, respectivamente, comenzaron a surgir distintas interpretaciones en relación

¹⁴ Artículo 2°, inc. d), Decreto N° 2.140/1991. En sentido similar Artículo 4°, inc. d), Decreto N° 1.116/2000.

¹⁵ CSJN, 16-3-1999, “David, Simón c/ Dirección Nac. de Vialidad”, Fallos: 326:1637.

¹⁶ Cfr. Artículo 1°, inciso b) del Decreto N° 2.140/1991.

¹⁷ Cfr. Artículo 4°, inciso b) del Capítulo I, del Anexo IV, del Decreto N° 1.116/2000.

¹² CSJN, 10-8-2010, “Central Costanera S.A. c/ Ente Nacional de Regulación de Electricidad resol. 5, 6, 10, 29/93 y 109/04”, Fallos: 333:1318.

¹³ Cfr. Artículo 2°, inc. c), Decreto N° 2.140/1991 y Artículo 4°, inc. d), Decreto N° 1.116/2000.



a la cantidad de fechas de corte existentes, situación que produjo una gran confusión al momento de efectuar las correspondientes liquidaciones¹⁸.

En ese sentido se observaba que –por ejemplo– en el caso de reclamos de obligaciones vencidas o de causa o título posterior al 31 de marzo de 1991 y anterior al 1° de enero de 2000, las liquidaciones eran expresadas al 1° de enero de 2002.

Atento ello, se dictó el Artículo 45 de la Ley N° 26.078¹⁹ de Presupuesto para el ejercicio 2006 (BO 12-1-2006) que dispuso que las prórrogas establecidas en el Artículo 46 de la Ley N° 25.565 y en el Artículo 58 de la Ley N° 25.725 resultaban aplicables exclusivamente a las obligaciones vencidas o de causa o título posterior al 31 de diciembre de 1999 y anterior al 1° de enero de 2002 y que, a su vez, hasta el 31 de diciembre de 1999, las obligaciones a que se refiere el Artículo 13 de la Ley N° 25.344 continuarían rigiéndose por las leyes y normas reglamentarias correspondientes.

Asimismo el citado artículo aclaró que los intereses a liquidarse judicialmente se calcularían únicamente hasta la fecha de corte, establecida en el 1° de abril de 1991 para las obligaciones comprendidas en la Ley N° 23.982, en el 1° de enero de 2000 para las obligaciones comprendidas

en la Ley N° 25.344 y en el 1° de enero de 2002 para las obligaciones comprendidas en la prórroga dispuesta por la Ley N° 25.725.

Corresponde destacar que la aclaración efectuada en el párrafo precedente fue reiterada en las posteriores leyes de presupuesto. En ese sentido, la Ley N° 26.728 de Presupuesto para el ejercicio 2012 (BO 28-12-2011) incorporó dicha disposición en el último párrafo de su Artículo 57.

En síntesis, el encuadre legal de las distintas obligaciones quedó definido de la siguiente manera:

- Obligaciones vencidas o de causa o título anterior al 1-4-1991: encuadran en la Ley N° 23.982 y se liquidan hasta el 31-3-1991. Fecha de corte: 1-4-1991.
- Obligaciones vencidas o de causa o título posterior al 31-3-1991 y anterior al 1-1-2000: encuadran en la Ley N° 25.344 y se liquidan hasta el 31-12-1999. Fecha de corte: 1-1-2000.
- Obligaciones vencidas o de causa o título posterior al 31-12-1999 y anterior al 1-1-2002: encuadran en la prórroga prevista en el Artículo 58 de la Ley N° 25.725 y se liquidan hasta el 31-12-2001. Fecha de corte: 1-1-2002.

 ¹⁸Recuérdese que para iniciar los correspondientes procedimientos de cobro, se deben acompañar las respectivas liquidaciones a la fecha de corte.

 ¹⁹La CSJN se expidió respecto a la constitucionalidad de este artículo, señalando: “Cabe desestimar el planteo de inconstitucionalidad del Art. 45 de la Ley N° 26.078 –que convierte la prórroga prevista por el Art. 38 de la Ley N° 25.725 en un nuevo período de consolidación – pues el régimen de consolidación de deudas al que dicho precepto complementa, reviste el carácter de legislación de emergencia, sin que pueda adoptarse como elemento decisivo para establecer la afectación a los derechos patrimoniales, el resultado que arroja para los actores el modo de cálculo de los intereses que la norma impugnada introdujo y compararlo con el que surge de la aplicación de la Ley N° 25.344 y sus prórrogas (Leyes Nros. 25.565 y 25.725), puesto que tal compulsas no trasciende el ámbito infraconstitucional y sólo podría derivar de ella la mayor o menor bondad de una modalidad por sobre la otra, mas no alcanza para demostrar la repugnancia de la solución establecida por el legislador con la cláusula constitucional invocada”. Del precedente Z 143 XLIII “Zaragoza, Rubén Horacio y otros c/ Estado Nacional”, del 2-6-2009, al que remitió la Corte Suprema en la causa fallada el 27-4-2010 y caratulada “López, Diego Javier y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Defensa - Armada Argentina”, Fallos: 333: 527.



Las citadas leyes, al disponer la consolidación de las obligaciones que consistan en el pago de sumas de dinero, excluyen las demás obligaciones de dar, como así también las de hacer y las de no hacer, en las que el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la obligación tal como fue pactado²⁰.

“Sin perjuicio de lo manifestado precedentemente, debe reconocerse que otra posibilidad es que ante el incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor, la cuestión concluya con un reclamo del acreedor por los daños sufridos. Es ésta la posibilidad prevista en el mismo Artículo 1º cuando agrega que también se consolidan las obligaciones que se resuelvan en el pago de sumas de dinero.

Pero, insistimos, ello no obsta a que el acreedor—cuando no se trate de obligaciones de dar sumas de dinero— pueda exigir el cumplimiento de la deuda o ejercer otros derechos previstos en el ordenamiento jurídico. Si, en cambio, pretende una indemnización por daños, ha resuelto la obligación en el pago de una suma de dinero y, por lo tanto, quedará alcanzada por la Ley N° 23.982”²¹.

Asimismo y, como ya se adelantara, desde el aspecto objetivo, la obligación solo será consolidada si además de consistir o resolverse en el pago de sumas de dinero, se da alguno de los siguientes supuestos: a) medie o hubiese mediado controversia administrativa reclamada judicial o administrativamente conforme a leyes vigentes acerca

C.2. Requisito objetivo: Obligaciones alcanzadas conforme su objeto.

de los hechos o el derecho aplicable²²; b) el crédito o derecho reclamado judicial o administrativamente, o susceptible de ser reclamado judicial o administrativamente haya sido alcanzado por suspensiones dispuestas por leyes o decretos dictados con fundamento en los poderes de emergencia del Estado hasta el 1º de abril de 1991, y su atención no haya sido dispuesta o instrumentada por otros medios²³; c) el crédito sea o haya sido reconocido por pronunciamiento judicial aunque no hubiere existido controversia o ésta cesare o hubiere cesado por un acto administrativo firme, un laudo arbitral o una transacción²⁴, y d) se trate de obligaciones accesorias a una obligación consolidada²⁵.

Respecto a las obligaciones accesorias, se entienden comprendidos en ella los intereses y la tasa de justicia; no así los honorarios profesionales.

En ese sentido, si bien la jurisprudencia ha sido oscilante en la consideración de los honorarios como obligación accesorias, ello quedó superado a partir del fallo “Moschini” del 28 de julio de 1994²⁶, jurisprudencia que continúa vigente.

Así, en un fallo más reciente, la Corte reiteró esta postura al sostener: “En el régimen instaurado por la Ley N° 23.982, a cuyos términos remite la Ley N° 25.344, no es posible atribuir carácter accesorio a los honorarios profesionales respecto del capital de condena, pues la causa de la obligación de pagar dichas retribuciones está dada por

²⁰ En cuanto a la clasificación de las obligaciones remitimos a Alterini, Atilio Anibal; Ameal, Oscar José y López Cabana, Roberto M., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1995.

²¹ Borda, Alejandro y Borda, Guillermo Julio, *El Estado en cesación de pago. La consolidación de la deuda pública interna y la llamada “Ley del Bono”*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1991, p. 16.

Por su parte Hutchinson sostiene: “Si se transforma la obligación en una suma de dinero por incumplimiento de la Administración, pensamos que no puede sufrir las consecuencias que las emergencias han dado a las sentencias que condenan a dar sumas de dinero. No obsta a ello, que en el ordenamiento nacional de las Leyes Nros. 23.982 (Art. 1º) y 26.624 (Art. 30) se refieran a las sentencias que en [...] su cumplimiento se resuelve en el pago de una suma de dinero”. Porque en el caso se trata de un incumplimiento de la ejecución de la sentencia que debe sustituirse por la conducta del Estado. Decidir lo contrario llevaría a la solución que el incumplimiento de la manda judicial beneficiaría al deudor. No nos parece que, aunque la Ley N° 25.344, establezca: “[...] consistan en el pago de sumas de dinero, o que se resuelvan en el pago de sumas de dinero [...]” porque esta resolución se debe a una conducta del Estado contraria al cumplimiento de la ley: esto es cumplir con la manda judicial”. Cfr. Hutchinson, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo III, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, p. 390.

²² Cfr. Art. 1º, inc. a) Ley N° 23.982 y Art. 5º, inc. a), del Capítulo II, del Anexo IV, del Decreto N° 1.116/2000.

²³ Cfr. Art. 1º, inc. b) Ley N° 23.982. Se trata de los créditos o derechos alcanzados por las suspensiones previstas en la Ley N° 23.696 y los Decretos Nros. 34/1991, 53/1991 y 383/1991. El Decreto N° 1.116/2000 no incluye este supuesto en tanto comprende un período temporal en el cual no se suspendieron los pagos ni se estableció su atención por otros medios.

²⁴ Cfr. Art. 1º, inc. c) Ley N° 23.982 y Art. 5º, inc. b) del Capítulo II, del Anexo IV, del Decreto N° 1.116/2000.

²⁵ Cfr. Art. 1º, inc. d) Ley N° 23.982 y Art. 5º, inc. c) del Capítulo II, del Anexo IV, del Decreto N° 1.116/2000.

²⁶ Fallos: 317: 779.



el servicio prestado por el profesional en el marco de un proceso judicial, por lo que no resulta del objeto de la



El Artículo 2° de la Ley N° 23.982 enumera quiénes son los sujetos u organismos deudores comprendidos en la norma. En ese sentido dispone: “La consolidación dispuesta comprende las obligaciones a cargo del Estado nacional, Administración pública centralizada o descentralizada, Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Banco Central de la República Argentina, Fuerzas Armadas y de Seguridad, Fabricaciones Militares, entidades autárquicas, empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, servicios de cuentas especiales, del Instituto Nacional de Previsión Social y de las obras sociales del sector público. También comprende las obligaciones a cargo de todo otro ente en el que el Estado nacional o sus entes descentralizados tengan participación total o mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias, en la medida en que recaigan sobre el Tesoro Nacional, excepto el Banco de la Nación Argentina y el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, la Caja Nacional de Ahorro y Seguro, el Banco Nacional de Desarrollo y el Banco Hipotecario Nacional.

Lo establecido en el párrafo anterior será también de aplicación a las obligaciones de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires que deberá dictar la reglamentación pertinente, estableciendo las modalidades de aplicación a través de su Departamento Ejecutivo”²⁸.

Sobre el particular se ha señalado que la descripción por menorizada sobre el ámbito de aplicación obedece a una

obligación ventilada en la litis ni de la relación con el sujeto pasivo de aquélla”²⁷.

C.3. Requisito subjetivo: Obligaciones alcanzadas conforme el sujeto deudor.

mecánica legislativa que pretendía superar las distintas corrientes doctrinarias en relación a qué se entendía por ente público.

En ese sentido, Aberastury indica que dicha mecánica fue utilizada originalmente en el dictado de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549 y en la Ley de Reforma del Estado N° 23.696, para luego ser repetida por el legislador en la Ley N° 23.982²⁹.

Por su parte, la Ley N° 25.344 remitió al citado Artículo 2° de la Ley N° 23.982³⁰, e incluyó las obligaciones de los entes de carácter binacional y multinacional en los cuales el Estado Nacional tenga participación, en la medida en que recaigan sobre el Tesoro Nacional y a las de los entes en liquidación.

Expresamente excluyó al gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al Instituto Nacional de Reaseguros Sociedad del Estado. Con respecto a las obligaciones de este último organismo, cabe aclarar que mediante el Artículo 62 de la Ley N° 25.565 se consolidaron las mismas en los supuestos que en dicho artículo se mencionan³¹.

²⁷ CSJN, 11-7-2007, “Bodeman, Félix c/ Caja Nacional de Ahorro y Seguro s/ cobro de seguro”, del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema. Fallos: 330:3002.

²⁹ Cfr. Aberastury, Pedro, *Ejecución de sentencias contra el Estado. Consolidación de deudas del Estado Nacional*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2001, p. 118.

³⁰ Cfr. Artículo 13 del Capítulo V de la Ley N° 25.344.

³¹ “Art. 62°: Consolídase en el Estado Nacional, en los términos y con los alcances de las Leyes Nros. 23.982 y 25.344, y normas reglamentarias y complementarias y dentro del monto a que alude el Artículo 8° de la presente ley, los derechos y obligaciones de causa o título anterior al 31 de diciembre de 2000, correspondientes al Instituto Nacional de Reaseguros Sociedad del Estado (en liquidación), que consistan en el pago de sumas de dinero o que se resuelvan en el pago de sumas de dinero, y que correspondan a los siguientes casos:

- a) Las obligaciones derivadas de su operatoria, con excepción de las que se encuentren alcanzadas por los convenios suscriptos o a suscribir con las entidades aseguradoras de la plaza aseguradora local, en el marco del Decreto N° 1.061/1999, modificado por el Decreto N° 1.220/2000;
- b) Las obligaciones derivadas de su actividad institucional como empleadora, contratante de servicios o adquirente de bienes;
- c) Las obligaciones con entidades aseguradoras de la plaza local, que se encuentren en estado de liquidación forzosa (Artículo 9° del Decreto N° 1.061/1999, modificado por Decreto N° 1.220/2000);
- d) Los convenios suscriptos o a suscribir en el marco del Artículo 6° del Decreto N° 1.061/1999 modificado por Decreto N° 1.220/2000”.

²⁸ Al momento de emitirse la norma en análisis la Ciudad de Buenos Aires no gozaba del estatus jurídico alcanzado mediante la Reforma Constitucional de 1994.





La reglamentación de la Ley N° 23.982 dispuso las siguientes exclusiones³²: - créditos que, sin perjuicio de haber sido alcanzados por suspensiones, la ley dispuso su atención por otros medios establecidos en leyes o decretos de alcance general o hubiere sido instrumentada en títulos públicos; - deudas corrientes³³; - acreencias que no superen los \$ 200³⁴ a la fecha de corte en los casos del Artículo 7°, incisos b y siguientes.

En el caso de las obligaciones consolidadas por la Ley N° 25.344, el decreto reglamentario excluyó las siguientes: - obligaciones consolidadas por la Ley N° 23.982; - deudas corrientes, aun cuando se encuentren en mora; - obligaciones por un monto inferior a \$ 1.000³⁵.

Respecto a las exclusiones impuestas por las normas, corresponde efectuar ciertas aclaraciones en relación a las deudas corrientes por un lado y a los montos excluidos por el otro.



El efecto de que una obligación resulte encuadrada dentro de los regímenes de consolidación es que, para obtener su cobro, el acreedor deberá instar el procedimiento reglado por la Ley N° 23.982 o N° 25.344, según corresponda, no pudiendo sustraerse de dichas disposiciones, atento el carácter de orden público que las mismas ostentan.

Al respecto, debe considerarse que, según la normativa analizada, las sentencias, los actos administrativos firmes, los acuerdos, transacciones y los laudos arbitrales que reconozcan la existencia de las obligaciones alcanzadas por la consolidación, tendrán carácter meramente declarativo y la única vía para su cumplimiento será la es-

D. Obligaciones excluidas de la consolidación.

Con referencia a las deudas corrientes, cabe mencionar que antes del dictado de la Ley N° 25.827 de Presupuesto para el ejercicio 2004 (BO 22-12-2003), los acreedores de deudas corrientes vencidas con anterioridad a las fechas de corte dispuestas por las Leyes Nros. 23.982 y 25.344, podían suscribir su crédito con Bonos de Consolidación. A partir de la entrada en vigencia del Artículo 73 de la mencionada Ley N° 25.827, dicha opción fue cancelada.

Por otra parte, respecto a las deudas excluidas por su monto, es de destacar que en el año 2009 se dictó el Decreto N° 1.647/2009, mediante el cual se elevó y unificó el monto de las acreencias que queda exceptuado de la consolidación de la deuda pública. Es decir, conforme la mencionada normativa quedarán excluidas de la consolidación aquellas acreencias que no superen la suma de pesos cinco mil (\$ 5.000) a la fecha de corte³⁶.

E. Reflexiones finales.

tablecida en las leyes de consolidación y normas complementarias³⁷.

Y en ese sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al señalar: “A partir de la consolidación –que opera de pleno derecho después del reconocimiento judicial firme del crédito–, se produce la novación de la obligación originaria y de cualquiera de sus accesorios, por lo que sólo subsisten para el acreedor los derechos derivados de la consolidación (Artículo 17 de la Ley N° 23.982 a cuyos términos remite la Ley N° 25.344). *Ello impone que el interesado se someta a las disposiciones de la ley y a los mecanismos administrativos previstos en ella y su reglamentación, a fin de percibir los créditos que les son reconocidos (lo resaltado nos pertenece)*”³⁸.



³² Cfr. Artículo 4°, Decreto N° 2.140/1991.



³³ Deudas corrientes –según la normativa vigente– son aquellas que se originan en el normal desarrollo contractual y que reconocen afectación presupuestaria (cfr. Art. 1° de la Ley N° 23.982 y Art. 7°, inc. b) del Decreto N° 1.116/2000).



³⁴ La norma habla de dos millones de australes.



³⁵ Cfr. Artículo 7°, del Capítulo II, del Anexo IV, del Decreto N° 1.116/2000.

³⁶ El fundamento expresado por la norma para elevar a \$ 5.000 los montos de \$200 y \$1.000, fue –según el Decreto N° 1.647/2009– el de otorgar mayor rapidez a los procedimientos administrativos vinculados con el pago de dichas deudas, en aras de una mayor economía administrativa y de una mayor equidad en la solución normativa de carácter reglamentario.

³⁷ Cfr. Art. 3° Ley N° 23.982 y Art. 3°, inc. a) Decreto N° 1.116/2000.

³⁸ CSJN, 28-8-2007, “Domínguez, Bernardino Eustaquio c/ Servicio Penitenciario Federal” (Expte. D. 756. XL.), “www.csjn.gov.ar”.



Tal como se advierte, el universo de deudas alcanzado por la consolidación es sumamente amplio, por cuanto no sólo se incluyen las derivadas de reconocimientos judiciales, sino también aquellas reconocidas por la propia Administración, en un lapso que se inicia con anterioridad al 1º de abril de 1991 y que culmina el 31 de diciembre del año 2001.

Atento ello, esperamos que el presente trabajo resulte de utilidad –tanto para los administrados acreedores o peticionarios como para las áreas intervinientes en el procedimiento de consolidación– al momento de verificar si una deuda es o no consolidada, entendiendo que del correcto análisis que se haga al respecto dependerá que no se originen posteriores perjuicios a todos los involucrados.*

TIPIFICACIÓN DEL RIESGO FISCAL UNA SENTENCIA DE CULPA TRIBUTARIA ANTICIPADA

Cristina del Carmen Mansilla

A. Introducción.

La noción de riesgo suele utilizarse como sinónimo de peligro. El riesgo, sin embargo, está vinculado a la vulnerabilidad, mientras que el peligro aparece asociado a la factibilidad del perjuicio o daño. En otras palabras, el peligro es una causa del riesgo. Existen riesgos de distinto tipo y que surgen en diferentes ámbitos como el laboral, biológico, financiero y el fiscal, que es el que se propone analizar en el presente trabajo.

El fisco nacional emitió la Resolución General N° 1974 publicada en el Boletín Oficial el 12-2-2005, donde se estableció un procedimiento que permitirá a la Administración Federal de Ingresos Públicos evaluar el grado de cumplimiento de los deberes formales y materiales a cargo de los contribuyentes y/o responsables del cumplimiento por deuda ajena denominado SI.PE.R (Sistema de Perfil de Riesgo), categorizando a los responsables inscriptos en el impuesto al valor agregado a través de 5 (cinco) letras: categoría A: bajo riesgo; a la categoría E: alto riesgo.

Mientras que el fisco de la Provincia de Buenos Aires publicó la Resolución Normativa N° 129, en el Boletín Oficial del 16-4-2009, que califica el perfil de riesgo individual de los contribuyentes del impuesto sobre los ingresos brutos, a los automotores y a las embarcaciones deportivas o de recreación, definiendo también cinco categorías, siendo la 0: sin riesgo fiscal y la categoría 4: con alto riesgo.

Por otra parte, el fisco de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires publicó recientemente la Resolución N° 744 en el Boletín Oficial el 21-11-2011 con la función de modificar la Resolución N° 220/2008 propendiendo a alcanzar el más alto grado de cumplimiento de las distintas obligaciones fiscales impuestas a los contribuyentes de esa jurisdicción, a través de determinación de parámetros objetivos que permiten caracterizar como fiscalmente riesgosas ciertas conductas de los sujetos pasivos.

La Dirección General de Rentas de la Provincia de Salta, bajo la Resolución General N° 8 publicada en el Boletín

Oficial el 1-10-2010, determinó la categorización de contribuyentes y/o responsables que en función de cumplimiento de sus deberes formales o materiales quedarán alcanzadas por la categoría A: sin riesgo o hasta la categoría D: alto riesgo fiscal, disponiendo de esta forma un porcentaje de retenciones diferencial a cada actividad económica desarrollada en su jurisdicción.

También la Secretaría de Ingresos Públicos de la Provincia de Santa Cruz presentó la Disposición N° 27, publicada en el Boletín Oficial el 24-4-2012, en la que se dispone la determinación en virtud de su comportamiento fiscal de los contribuyentes del riesgo fiscal conforme los últimos 5 (cinco) años calendarios, pero con la característica de que si bien no establece categorías pueden exponer su disconformidad y/o solicitar su exclusión.

Como se observa del análisis de cada una de las normas antes citadas, el fisco hace un análisis de las condiciones económicas de cada contribuyente, a través de determinados indicadores como ser: ventas, cantidad de empleados, actividad económica, etc. y conforme el cumplimiento de las obligaciones formales y materiales dispuestas en sus respectivos códigos fiscales vigentes, otorga a cada contribuyente o responsable la posibilidad de manifestar su disconformidad sobre la calificación del riesgo fiscal, con todos los elementos de prueba que demuestren sus argumentos.

La cuestión que deseo resaltar es que estamos en presencia de un acto administrativo, que tipifica el estado de un sujeto pasivo, sin notificación fehaciente del mismo, además de violentar el derecho a defensa dispuesto en el Artículo 18 de la Constitución Nacional, y ser confiscatorio conforme las normas previstas en la legislación provincial además de que esta figura suele ser utilizada como “antecedente” para fundar, en ciertos casos, la interposición de medidas cautelares o sanciones a estos contribuyentes y/o responsables.

En alguna legislación provincial, a través del sistema recaudatorio vía retenciones a las cuentas bancarias,

estaríamos violentando el “principio de legalidad” ya que las determinaciones de deuda son estimativas y en forma unilateral, además en ningún momento se evalúa el principio de capacidad contributiva del sujeto pasivo y/o su condición de tal. Por ejemplo: las retenciones fiscales que se hacen en las cuentas bancarias se aplican sobre



Entiendo necesario recordar que el acto administrativo es aquel acto jurídico de voluntad, de juicio, de conocimiento dictado por la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa, el cual produce efectos jurídicos a determinados sujetos pasivos.

Los elementos integrantes del acto administrativo enumerados en el Artículo 7° de la Ley Nacional de Procedimientos Tributarios N° 19.549 son:

- **Objeto**, consiste en lo que el acto decide, valora u opina a través de la declaración pertinente, como consecuencia del ejercicio de facultades discrecionales que le concede una norma predeterminedada, siendo el hecho cierto física y jurídicamente.
- **Motivación**, es la declaración de cuáles han sido las razones y circunstancias de hecho y derecho que han llevado a dictar el acto administrativo y se hallan dentro de los considerandos. La motivación es indispensable para poder apreciar si se ha satisfecho la finalidad prevista en la norma que otorga facultades al órgano para emitir el acto.
- **Forma**, es el modo o la manera de producir la exteriorización del acto, escrito o verbal, constituyendo un elemento de certeza y garantía para los particulares, siendo elemento esencial para constituir una garantía en favor de los particulares.



El Artículo 19, en su segundo párrafo de la Constitución Nacional, establece el denominado principio de legalidad que sostiene: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la Ley ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Si nos detenemos a analizar la diferencia conceptual entre ley (normas obligatorias dictadas por el Poder Legislativo y obligatorias para todos los ciudadanos); resolución general (normas generales obligatorias para los administrados, dictadas por la máxima autoridad del

todo ingreso sin hacer distinciones, por ejemplo cuando se trata de un crédito personal o hipotecario (SIRCRESB).

A continuación propongo un análisis de cada uno de los argumentos vertidos para sostener que la figura de tipificación del “riesgo fiscal” debe ser evaluada y por qué no corregida.

B. Acto administrativo.

La calificación del riesgo fiscal en cada una de las normas reglamentarias enunciadas constituye actos administrativos que contienen los elementos dispuestos por la Ley N° 19.549.

Sin embargo, estos actos administrativos son determinados y publicados en el padrón de contribuyentes de cada organismo recaudador, al cual puede acceder el sujeto pasivo o sus representantes, constituyendo una forma de notificación del acto administrativo que determina el “riesgo fiscal”, conducta que podemos definir como tendiente a producir una posible evasión tributaria. Pero si nos detenemos a analizar las formas de notificación dispuestas por las leyes procedimentales, esta modalidad no responde a ninguna de las tipificadas por la norma y se violenta el derecho a defensa del contribuyente, ya que éste no toma conocimiento de la opinión vertida por el fisco, al momento de las retenciones sobre sus cuentas bancarias, como es el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, e incluso se utiliza como antecedente al momento de evaluar subjetivamente la aplicación de sanciones, más allá de que los considerandos de las resoluciones sostienen que se aplicarán al momento de definir el inicio de una fiscalización impositiva, o la planificación de acciones de cobranza.

C. Principios constitucionales afectados.

Organismo recaudador); resolución (son actos de alcance particular dirigidos a los administrados, que aluden al hecho de hallar la solución a un conflicto o problema) o disposición (son los mandatos prescriptivos de conducta de los administrados impuestos por el Estado), pareciera que no existiera tal diferencia, porque según el ámbito de aplicación son de cumplimiento obligatorio todos los tipos de normas administrativas, pero violatorias del principio de legalidad, cuando este impide que se exija un tributo en supuestos que no estén contemplados por la ley, y también veda la posibilidad de que se excluyan de la

norma que concede una exención en situaciones que tienen cabida en ella con arreglo a los términos del respectivo precepto, razón por la cual no pueden establecerse por vía interpretativa restricciones a los alcances de una exención que no surgen de los términos de la ley ni considerarse implícitas en ella, pues tal pauta hermenéutica no sería adecuada al referido principio^{1,2}.

Con este antecedente de nuestro Alto Tribunal deseo sostener la interpretación de que hay un exceso en la aplicación de las facultades de recaudación, desde que el organismo recaudador puede exigir a las entidades financieras que actúen como agentes de retención del Impuesto sobre los Ingresos Brutos, sin haber determinado previamente el quantum de la deuda fiscal, lo cual en algunas circunstancias puede calificarse como confiscatorias, por violentarse la capacidad contributiva del sujeto pasivo, ya que no se evalúa el origen de cada ingreso a la cuenta bancaria, ni la condición del titular de dicha cuenta, como responsable tributario.

Por otro lado, el Artículo 18 de la Constitución Nacional dispone el principio de defensa en juicio que establece: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales [...]” y conforme ha planteado la doctrina, los fiscos locales están generando un incremento en la presión tributaria, lo cual termina dañando las fuentes generadoras de ingresos, que son los contribuyentes, provocando perjuicios económicos en el sistema y violentando el principio del derecho de defensa en juicio, ya que no se aplica la presunción de inocencia frente a la falta de determinación de deuda de oficio o la instrucción de un sumario donde se le imputen los

incumplimientos y/o parámetros que permiten tipificar en cada norma citada en la introducción el “riesgo fiscal”.

Es manifiesto que debido al “estado de sospecha” de algunos ciudadanos incumplidores de las obligaciones fiscales, se violenta el principio al debido proceso adjetivo y se atenta contra la presunción de inocencia que consagra nuestro sistema constitucional en el Artículo 75 inciso 22, cuando hace referencia a la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como el Artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica, entre otros.

Conforme se ha sostenido (Christensen, 2010), la Administración hace cumplir las sanciones que le aplican a aquellos tipificados prematuramente como culpables, al haber sido incluidos en el registro del “riesgo fiscal”, como se dijo parece una cautelar innovativa, siendo una facultad que corresponde ser aplicada únicamente por un juez natural con jurisdicción en la causa, porque afectan al derecho de propiedad de los contribuyentes.

No podemos pasar por alto el principio constitucional de no confiscatoriedad normado en el Artículo 17 de nuestra Constitución Nacional cuando dice: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley [...]”, ya que al no haber un análisis de la capacidad contributiva previa del sujeto pasivo de la obligación, en algunas oportunidades este se torna violatorio, ya que se observa en cada una de las normas locales que disponen la actuación como agentes de retención, aplicando un porcentaje previamente tabulado en la norma dispositiva, sin evaluar el origen de dichos ingresos a las cuentas bancarias.

D. Acto administrativo.

ajena denominado Sistema de Perfil de Riesgo, modificada por la RG N° 2.166, publicada en el Boletín Oficial el 11-12-2006, incorporando en la categorización a los importadores y exportadores, no define el objetivo de esta parametrización.

La Resolución General N° 1.974, publicada en el Boletín Oficial el 12-2-2005, donde se estableció un procedimiento que permitirá a la Administración Federal de Ingresos Públicos evaluar el grado de cumplimiento de los deberes formales y materiales a cargo de los contribuyentes y/o responsables del cumplimiento por deuda

¹ Disposición AFIP N° 446. Boletín Oficial 10-9-2009.

² Corte Suprema de Justicia de la Nación 12-10-2010 ATCO I S.A. (TF 18.015 - I) c. DGI. Principio de legalidad.



Sin embargo, hay doctrina y jurisprudencia judicial que ha citado el concepto de “riesgo fiscal” como antecedente, considerado en sede administrativa por el juez administrativo, al momento de emitir la orden de “agente fedatario” normada como facultad de verificación en el Artículo 35, inciso g) de la Ley N° 11.683 (t.o. en 1998 y sus modif.), cuando dice: “[...] La orden del juez administrativo deberá estar fundada en los antecedentes fiscales que respecto de los vendedores y locadores obren en la citada Administración Federal de Ingresos Públicos”.

Concepto sostenido en la causa “Ullsan S.R.L. s/ infracción Ley N° 11.683 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B, con sentencia el 14-10-2011”, cuando planteo la inconstitucionalidad del Artículo 35, inciso g) de la Ley N° 11.683 frente a la falta de exteriorización de los antecedentes fiscales requeridos previamente por la norma procedimental, anteriores al procedimiento llevado adelante, ya que la doctrina y jurisprudencia suelen dar al anoticiamiento anónimo de un presunto hecho delictivo, la equívoca y genérica denominación de “denuncia anónima”, que no es constitutivo de un acto procesal, sino que constituye la exteriorización de una



Una de las medidas cautelares más solicitadas por el fisco nacional a efectos de poner a salvaguarda el crédito del fisco es el “embargo preventivo” dispuesto en el Artículo 111 de la Ley N° 11.683 (t.o. en 1998 y sus modif.), frente al riesgo de insolvencia del sujeto pasivo, aspecto que no debe ser probado previamente salvo por la determinación presunta de deuda.

Sin embargo, en la causa “Tlon Inversiones S.A. c/ Kalitecnos S.A. de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, sala B, con sentencia el 30-6-2010”, se declaró improcedente el embargo preventivo solicitado con fundamento en el “grave riesgo de insolvencia” del deudor, pues dicha hipótesis resulta insuficiente cuando el Artículo 209 inciso 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación autoriza dicha medida cautelar cuando la deuda se halle justificada en los libros de

D.1. El riesgo fiscal como antecedente para aplicar en facultades de verificación.

sospecha con relación al incumplimiento del contribuyente, al igual que la calificación asignada a través del Sistema de Perfil de Riesgo.

Sostiene la presente causa que desde el punto de vista penal “antecedentes fiscales” estarían constituidos por infracciones firmes anteriores, y expresamente tipificadas en un informe previo que se suministrara al tribunal competente, no haciendo lugar a la interposición de inconstitucionalidad.

Otro caso similar fue la causa “Alfipolo S.R.L. de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B, con sentencia el 29-4-2011”, donde el Dr. Marcos Arnoldo Grabivker expresó que por “antecedentes fiscales” no se refiere a los antecedentes que registra el sujeto pasivo por infracciones fiscales anteriores, sino a toda información o datos obrantes en el organismo recaudador de cualquier origen, como los elementos evaluados para incorporar al sujeto pasivo dentro del Sistema de Riesgo Fiscal, por los cuales el juez administrativo haya tomado conocimiento de la posible omisión de emitir y entregar facturas o comprobantes equivalentes, con las formalidades exigidas por la Administración.

D.2. El riesgo fiscal como antecedente para solicitar una medida cautelar tributaria.

comercio o surja de una certificación por contador público nacional en el supuesto de factura conformada.

Similar criterio al antes vertido se utilizó para declarar la inconstitucionalidad de la facultad de verificación normada en el Artículo 35, inciso f) de la Ley N° 11.683 (t.o. en 1998 y sus modif.) denominada “clausura preventiva”, en la causa “Biturón, Horacio Andrés s/ clausura preventiva de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, sala I, con sentencia el 9-9-2011”, frente al carácter punitivo que posee esta facultad y en la medida en que la prosecución de la actividad del responsable implique un riesgo inminente de incrementar el perjuicio fiscal derivado de su acción, repercutiendo también sobre los demás contribuyentes en cuanto ello importa una violación a las reglas de la libre competencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1922 reconoció la potestad del Estado, para limitar los derechos de los habitantes cuando se encontraban en riesgo la moral, la salud, la seguridad pública y los intereses económicos de la comunidad. Aún reconociéndole el carácter de medida cautelar, su utilización debe efectuarse

dentro de determinados parámetros, como la presencia de elementos de urgencia y perjuicio grave que ameriten el remedio, de manera que se debe evaluar y ponderar en el caso concreto el daño, de modo que no se vulnere el derecho de defensa en juicio.

E. Conclusión.

Si bien he intentando analizar del modo más objetivo posible el actuar generalizado que han tenido los estados locales en procura de recursos para satisfacer sus gastos públicos, con los derechos constitucionales de los sujetos tributarios vemos que se han generado situaciones conflictivas en donde entiendo que se debe tutelar al más débil, para que no se descrea del sistema tributario vigente; por ello considero que debería evaluarse la factibilidad de generar un “Registro de Reincidencia de Faltas Fiscales en la Administración”, con un sumario administrativo previo que permitiera al sujeto pasivo demostrar su estado de inocencia a través del ejercicio del derecho a defensa en juicio además del aporte de pruebas en su favor.

tanto formal (falta de la denuncia de domicilio fiscal) como material (falta de presentación y pago de declaraciones juradas), cuando el fisco cuenta con herramientas específicas para lograr su cumplimiento.

Por otra parte, la retención que se efectúa por interposición de solicitud del fisco local ante las entidades financieras, sin tiempo de caducidad, torna confiscatoria esta facultad recaudatoria.

La recaudación vía retención se computará como pago a cuenta del Impuesto sobre los Ingresos Brutos a partir del anticipo mensual correspondiente, constituyendo los resúmenes de cuenta bancaria constancia de recaudación suficiente y única; además, en caso de generar saldos a favor del contribuyente su imputación podrá ser trasladada a la liquidación de los anticipos futuros, pero en ninguna instancia se hace alusión a la determinación de su imputabilidad en la omisión al cumplimiento fiscal

El fisco nacional ha sido más cauteloso al aplicar los efectos que generan los perfiles de riesgo, sin embargo, algunos funcionarios consideran éstos como elementos “antecedentes” al evaluar las conductas infractoras del sujeto pasivo o contribuyente, aspecto demostrado por las sentencias citadas en el presente artículo, a modo de ejemplo, para fundar la interpretación de que además se violenta un aspecto fundamental de los actos administrativos que es la “notificación fehaciente” que permita al responsable tributario ejercer su derecho de defensa frente a esta tipificación del riesgo, más allá de que las facultades de verificación son amplias y están dispuestas en nuestro Código Fiscal, Ley N° 11.683 (t.o. en 1998 y sus modif.).

F. Bibliografía.

- Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549. Texto revisado, ordenado y comentado por Tomás Hutchinson.
- Ley de Procedimiento Fiscal N° 11.683 (t.o. en 1998 y sus modif.)
- Constitución Nacional. Editorial A-Z.
- Informe N° 106 del 26-6-2011 de la Administración Gubernamental de Ingresos Públicos. Se amplían los parámetros con la incorporación de la presunción absoluta sobre medios de pago dispuestos en el Artículo 1° de la Ley N° 25.345 denominada “Antievasión”.
- Christensen, Eduardo, *Lo riesgoso del riesgo fiscal*, Práctica Profesional, Editorial La Ley, 2010-112,95.
- Martinata, Jorge S., *Nuevo parámetro de riesgo fiscal en la CABA*, Práctica Profesional, Editorial La Ley, 2012-163,94.

INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL*

Miguel Hernández Terán

* Este trabajo tiene como antecedente la segunda parte del estudio titulado “El contenido esencial de los derechos y la reparación civil”, presentado en la primera promoción de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.



En términos amplios puede decirse que todo derecho está constituido por un espacio jurídico infranqueable, no disminuíble en su contenido de fondo, pues tal contenido es lo que lo hace útil, lo hace conservar su naturaleza y misión en función del bien jurídico que protege. Reducir ese espacio jurídico tiene como consecuencia que ese derecho deje de ser tal, pierda su eficacia, su suficiencia, su sentido integral, su idoneidad para tutelar el *bien jurídico* que se tuvo en cuenta al configurarlo como derecho. El legislador no debe desestructurar los derechos dejándolos en esqueleto, inútiles, ridículos. Tal desarticulación es deleznable cuando lo hace por razones aparentes que quieren cubrir las verdaderas. El Estado y los legisladores existen para hacer todo el bien que se pueda a los administrados. A ellos se deben. El contenido de un derecho nos permite ejercer ciertas facultades e impedir a otros titulares de derechos que ejerzan los suyos en perjuicio de los nuestros. Es decir, el contenido de un derecho nos habilita para actuar en un sentido positivo y en un sentido negativo, logrando que otro titular se abstenga de perjudicar nuestro derecho. Todo derecho tiene, pues, un contenido, por intrascendente que fuera o que parezca.

Cuando el contenido esencial de un derecho es atacado el Estado debe reaccionar, pues la reacción institucional es esencial al concepto de seguridad jurídica. Es tan sencillo como que la quiebra de un bien jurídico no puede suceder sin generar consecuencias a la luz del derecho. El incumplir una norma genera y debe generar siempre un efecto jurídico. De no ser así corre riesgo la misión misma

A. El contenido esencial de los derechos y la responsabilidad civil.

del Estado. El ciudadano confía en el Estado, le ha dado una estructura institucional para que lo proteja, no para que lo dañe ni para que permita que lo dañe sin consecuencias jurídicas de diverso tipo. Una de las consecuencias del ataque al contenido esencial de un derecho debe ser la reparación civil. En otras palabras la afectación al contenido esencial de un derecho debe producir efectos indemnizatorios. La responsabilidad civil se vincula, pues, con la quiebra del contenido esencial de un derecho. Se *activa*. Este tipo de responsabilidad –la civil– es entendida como sinónimo de la obligación jurídica de indemnizar que tiene un sujeto de derecho o institución respecto de un tercero, capaz o incapaz.

La responsabilidad civil es esencial en la ciencia jurídica y en la convivencia social porque: a) es expresión de seguridad jurídica; b) canaliza el concepto de justicia que supone que el que daña a otro con o sin intención debe reparar el daño causado; c) desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual del Estado es una manifestación de la tutela estatal de los bienes jurídicos de los administrados; d) puede constituir o contribuir a constituir un freno a las acciones temerarias, ligeras, inconsultas, inmeditadas de los particulares respecto de sus similares, como también de las Administraciones públicas en relación con los administrados; en este último caso particularmente por la existencia y aplicación del llamado *derecho de repetición* que tiene el Estado y sus instituciones respecto de los funcionarios públicos causantes de los daños indemnizables y pagados por

aquéllos –Estado e instituciones– a los particulares; es decir, en palabras sencillas, del cobro que deben hacer el Estado y sus instituciones a los funcionarios públicos causantes de los daños, por acción u omisión, de la cantidad de dinero pagada a los particulares por los daños generados por dichos funcionarios; e) confirma el concepto de responsabilidad jurídica, es decir, de la asunción de las consecuencias que el derecho como sistema normativo define respecto de los sujetos de derecho e instituciones cuando ellos –los sujetos y las instituciones– por su acción u omisión han producido efectos trascendentes en función de los bienes jurídicos protegidos por el Estado.

La responsabilidad civil tanto de los particulares como del Estado confirma en todos los casos la importancia de los bienes jurídicos y de su protección. Los bienes jurídicos constituyen la idea central, la razón de ser de las instituciones jurídicas. En otras palabras, éstas existen en función de los bienes jurídicos; si no fuera así no existirían o quedarían vacías, sin contenido que las justificara. Los bienes jurídicos desde el punto de vista ciudadano no tienen tendencia, carecen de ideología y difícilmente

tienen patrones ilegítimos que condicionen su contenido. Un bien jurídico puede tener mayor o menor énfasis tuitivo en razón de lo que represente para la sociedad en función de la valoración que de él realicen los ciudadanos. Por ejemplo, la vida es un bien jurídico central del cual dependen todos los otros bienes jurídicos que apreciamos los ciudadanos. Su protección tiene y debe tener las más variadas manifestaciones institucionales e individuales. La regla es que todos atesoramos la vida.

Desde el punto de vista público estatal es posible que ocurran aberraciones en cuanto a los bienes jurídicos, pues el Estado puede hacer definiciones sobredimensionadas de los mismos o lograr creaciones artificiales de bienes jurídicos con propósitos malsanos, y así, por ejemplo, hacer delictivas determinadas acciones para encarcelar a un grupo de ciudadanos previamente ubicados, o crear determinadas sanciones que antes no existían respecto de ciertas conductas, para perjudicar a un núcleo de personas. El poder del Estado ejercido con perversidad por cualquier Administración pública, central o seccional, o por cualquier función estatal puede servir para dañar bienes jurídicos patrimoniales o extrapatrimoniales, honras, libertades.

B. Una aproximación al concepto del contenido esencial de un derecho.

Sin perjuicio de lo que hemos afirmado, el contenido esencial de un derecho constituye aquella expresión fundamental del mismo, aquel espacio jurídico sustancial y mínimo que le da *sentido* a ese derecho, y que por lo mismo le permite proteger con suficiencia, idonei-

dad y eficacia el bien jurídico genuino en razón del cual existe tal derecho. En otras palabras, el contenido esencial de un derecho le da *identidad* al respectivo derecho, permite caracterizarlo como tal, y por lo mismo facilita la protección necesaria e idónea para la *conservación de su utilidad* sin desdibujar su contenido.

C. El sacrificio de los bienes jurídicos.

No admite discusión alguna que el Estado como sociedad política y jurídicamente organizada tiene como misión fundamental la protección de los bienes jurídicos de las personas, aunque no conste escrito en las Constituciones de los Estados tal rol. Pero es muy fácil colegirlo con la sola lectura de determinadas disposiciones. Por ejemplo, el Artículo 11 de la Constitución del Ecuador señala como uno de los

principios del ejercicio de los derechos el que “*El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución*”¹. Si detrás de todo derecho hay un bien jurídico protegido, si en definitiva los derechos no son sino expresiones de los bienes jurídicos, entonces es evidente que para el Estado el respeto a los bienes jurídicos, que se expresan a través de los derechos, ocupa un papel estelar en su

¹El destacado es mío.

misión. La institucionalidad de la protección estatal hacia los bienes jurídicos se confirma en el caso del Ecuador cuando el Artículo 426 de la ley suprema define: “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución”. Lo cual se traduce en que para todas las personas, autoridades e instituciones los bienes jurídicos tienen un rol trascendental.

Cuando el Artículo 83 de la Constitución del Ecuador define los deberes y responsabilidades ciudadanos quiere significar que las personas debemos proteger determinados bienes jurídicos que tienen trascendencia para todos. La ley suprema envía, pues, mensajes de tutela y de civismo. Así, cuando el numeral 8 define como uno de esos deberes y responsabilidades el “Administrar honradamente y con apego irrestricto a la ley el patrimonio público, y denunciar y combatir los actos de corrupción”, la idea es clara: la honradez en la administración del patrimonio público es un bien jurídico de alto valor por el que todos tenemos que luchar; el respeto irrestricto a la ley en la administración de dicho patrimonio es también una cuestión fundamental, un bien jurídico trascendente que merece el impulso ciudadano.

Siendo, pues, los bienes jurídicos, y por ende los derechos que los reflejan elementos fundamentales para la sociedad y el Estado, ¿es posible que éste sacrifique los mismos afectando sin consecuencias jurídicas los inte-

reses de los particulares, los cuales están protegidos por el Estado?, ¿cuál es el efecto de ese sacrificio?, ¿hay un margen de sacrificio tolerable, es decir, sin consecuencias jurídicas?, ¿si existe efectivamente ese margen de tolerancia no implica éste un despojo ilegítimo por parte del Estado en perjuicio de los particulares?, ¿existe un margen de sacrificio intolerable, es decir, con efectivas consecuencias de derecho?, ¿se puede sacrificar el contenido esencial de los derechos?, ¿cuál es el efecto jurídico de ese sacrificio?

Son muchas las inquietudes que pueden surgir en el análisis de toda institución jurídica, por supuesto. Pero en el campo de la responsabilidad civil y del contenido esencial de los derechos esas inquietudes adquieren singular relevancia y atractivo. Siempre flota en el ambiente jurídico la idea, el principio, el derecho a la seguridad jurídica, mas en el caso de las temáticas referidas la conexión es particularmente sensible en función de los efectos patrimoniales que efectivamente tienen tanto la responsabilidad civil como el sacrificio ilegítimo del contenido esencial de los derechos. Todo derecho debe ser respetado tanto por los particulares como por el Estado. El respeto es esencial en la democracia. Según el Artículo 83 de la Constitución del Ecuador: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

D. El sacrificio del contenido esencial de los derechos y la reparación civil. Las limitaciones administrativas.

Cuando hablamos del sacrificio del contenido esencial de los derechos partimos de la idea de que ese sacrificio es provocado por un tercero, es decir, no cuando ese sacrificio proviene del titular del derecho afectado a favor de otro derecho del mismo titular. El tercero que causa el sacrificio pudiera ser un particular como una Administración pública. Lo trascendente para efectos de nuestra explicación es dejar sentado el carácter ajeno del causante del sacrificio.

Los derechos, según una clásica clasificación, pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Pudiendo suceder que derechos genuinamente extrapatrimoniales

tengan efectos patrimoniales. Dependiendo del derecho de que se trate pueden existir notables controversias respecto de cuál es su contenido esencial, y evidentemente respecto de hasta dónde llega aquella porción del derecho no considerada esencial en la estructuración del mismo. Nosotros nos centraremos brevemente en el contenido esencial del derecho a la propiedad. Éste comprende tres facultades: la de uso, la de goce y la de disposición. Estas tres expresiones estructuran su identidad. En otras palabras, no se concibe el derecho a la propiedad sin una de estas tres facultades. Cada una es importante y en su conjunto configuran la plenitud de tal derecho garantizado con tradición por las Constitu-

ciones. Jurídicamente estas tres facultades pueden ser objeto de actos jurídicos en forma independiente. No hay duda alguna.

Ahora bien, ocurre que en las relaciones con el Estado los particulares como administrados que son están sujetos a la regulación estatal, y por supuesto a las prerrogativas del mismo, siendo jurídicamente posible que aquél limite el ejercicio de los derechos. No hay duda de que los derechos no son ni pueden ser absolutos. Aceptar la tesis contraria necesariamente implica una notoria desubicación jurídica. La limitación es posible, es válida, pero sin exageraciones que quiebren la esencia del derecho, que lo mutilen afectando sustancialmente su utilidad. La propiedad privada tradicionalmente tiene una función social. Ésta podría ser precisada en su contenido por el legislador, pero esa precisión, la regulación de que puede ser objeto parte del derecho a la propiedad, la regulación en general del ejercicio del derecho a la propiedad no puede desestructurar tal derecho separando las tres facultades que hemos señalado *sin consecuencias jurídicas*, ni a título de función social ni fuera de ella.

Es claro que las limitaciones de que pueden ser objeto los derechos en general no pueden llevarlo a perder su rol, su misión tutora ante el respectivo bien jurídico que está detrás de los mismos. El Artículo 11 de nuestra Constitución define como uno de los principios que rigen el ejercicio de los derechos una regla *absoluta* en el numeral 4: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni garantías constitucionales”. Semejante afirmación implica, primero, un desconocimiento del principio de la relatividad de los derechos, y segundo, una limitación originaria a la facultad normativa limitadora del Estado en general respecto del ejercicio de los derechos. El correcto sentido del principio constitucional referido es que ninguna norma jurídica podrá restringir el *contenido esencial* de los derechos ni de las garantías constitucionales. Este sentido *equilibra* el legítimo e irreductible derecho de los particulares, y la potestad normativa estatal. La limitación al ejercicio de los derechos es válida en tanto no quiebre su contenido esencial.

Centrémonos ahora en el caso de las *limitaciones administrativas* al derecho a la propiedad. Tales fronteras tienen una característica que la doctrina jurídica

reconoce: *no son indemnizables*. Lo cual es racional y jurídicamente válido en la medida en que esas limitaciones no lleguen a ser de tal magnitud que inutilicen el bien inmueble, le hagan perder su vocación, dificulten la materialización de esa vocación, debiliten la productividad del predio, entre otros. Si esas limitaciones administrativas conducen a producir los efectos señalados es evidente que tales limitaciones ya no son tales; *se convierten* en expresiones confiscatorias a cargo del Estado, y como tales en manifestación de *arbitrariedad*, vicio que condena todo sistema jurídico de manera implícita, y que lo hace en forma expresa y constitucional la calificada ley suprema española de 1978. Limitar administrativamente un predio significa poner fronteras al uso del mismo en razón del interés general que se expresa en un caso concreto. Se trata de una limitación real, y por ello es intrascendente quién sea el propietario del inmueble. Cualquiera que fuera el titular del bien debe cargar con la limitación. Indudablemente la imposición de limitaciones administrativas constituye el ejercicio de una prerrogativa estatal. Las limitaciones al uso de un predio no pueden ser impuestas unilateralmente por los particulares respecto de predios de distinto dueño sin consecuencias jurídicas patrimoniales, como sí lo puede hacer el Estado en función del interés general, en tanto se trate de *limitaciones mínimas*. Lo contrario es confiscación. La función social de la propiedad privada en términos amplios es un pilar para la exigencia de limitaciones administrativas. No es común en la doctrina jurídica la invocación de inconstitucionalidad por la imposición de tales limitaciones. La Constitución de la República de un país puede ser violada en el momento en que la limitación administrativa que se imponga sea desproporcionada, exagerada en su dimensión cuantitativa, pues de ser un justificado y *mínimo* sacrificio se convierte en una deleznable confiscación, es decir en un despojo patrimonial al particular sin compensación estatal.

La prerrogativa estatal consistente en limitar administrativamente el ejercicio del derecho a la propiedad privada no puede, jamás, convertirse en fuente de abuso, so pena de generar la correspondiente responsabilidad civil extracontractual del Estado y posterior repetición al funcionario causante de la arbitrariedad. En el caso de la propiedad inmobiliaria es enteramente difícil definir qué porcentaje del predio puede ser limitado administrativamente sin vulnerar el derecho consti-

tucional a la propiedad privada e incurrir implícitamente en confiscación. Cada legislación puede tratar de diversa manera el tema; en cualquier caso el ejercicio de la indicada prerrogativa debe hacerse considerando los principios generales del derecho, y por supuesto los principios del derecho público como freno indiscutible que son, al menos en la teoría jurídica, a los posibles abusos del Estado, y como elementos que encausan el ejercicio de todas las actividades estatales.

Cuando el Estado afecta sin razón jurídica válida² el contenido esencial de los derechos, sea que lo haga en ejercicio de atribuciones jurídicas o como producto de la arbitrariedad, está obligado a reparar civilmente los daños extracontractuales que produce su actividad. La afectación al contenido esencial de los derechos debe activar la responsabilidad civil estatal, sin perjuicio del derecho de repetición en los casos que corresponda. Dañar a los particulares es la antítesis del cumplimiento del rol del Estado como sociedad política y jurídicamente organizada. Golpea a los administrados. Su rol protector se quiebra, su razón se vacía.

E. El contenido esencial de los derechos en el pensamiento jurídico de la Corte Constitucional colombiana.

La Corte Constitucional de Colombia es muy reconocida internacionalmente por su profundidad y honestidad intelectual. Hemos relevado su valía en algunas de nuestras obras. En un caso en el cual la Corte tuvo que resolver sobre el derecho a la intimidad personal y familiar y el hábeas data, expidió la Sentencia N° T-444/92, en la cual definió, en el subtítulo denominado “La ratio juris”³, lo siguiente:

Sentencia N° T-444/92

“2.4. La ratio juris.

De conformidad con las normas citadas, esta Sala considera que son varias las conclusiones que de ellas se derivan, a saber:

Primero, uno de los valores materiales que informa la Constitución Política de Colombia de 1991 es el *pluralismo*. En efecto, desde el preámbulo hasta las disposiciones transitorias, se consagra una combinación de diferentes valores, principios e ideologías, al tiempo que se protege la confluencia de diferentes razas, etnias, lenguas, sexos y religiones. Ello no hizo sino reflejar la pluralista integración de la Asamblea Constituyente.

Segundo, esta heterogeneidad conceptual está destinada a la *convivencia*. No se trata pues de establecer cuál orientación debe excluir a las demás, sino de concebir la forma de hacerlas compatibles.

Tercero, dicha pluralidad está destinada a permitir la cohabitación de los hombres en *paz*. El compartir un

tiempo y un espacio por parte de un pueblo implica por lo menos un cierto clima de paz que permita ordenar el desarrollo de las vidas de las personas.

Cuarto, que en ese orden de ideas, se dictan unas reglas de juego de carácter constitucional, en las que el fundamento último es *la persona humana*.

Quinto, que al tiempo que la persona se regulan también las condiciones para el ejercicio del poder público, destacándose el hecho de que *el Estado está concebido para servir a la comunidad*, no siendo por tanto un fin en sí mismo.

Sexto, que para que el Estado cumpla con su noble misión debe contar con los *instrumentos* adecuados y suficientes. Séptimo, que *los derechos humanos* son más importantes que los aspectos orgánicos y procedimentales del poder, ya que éste tiene por fin a aquéllos.

Octavo, que *los derechos tienen deberes*, en la medida en que, por el elemental aspecto de la convivencia civilizada, lo que es derecho para unos es deber para otros.

Noveno, que para el normal ejercicio de un derecho es necesario establecerle un cauce jurídico que lo reglamente pero que no desconozca su *contenido esencial*. Es decir, un derecho de las personas puede ser regulado, limitado, pero nunca eliminado. El contenido esencial del derecho debe permanecer siempre, así las condiciones para su ejercicio limiten algunas aristas o matices del mismo.

³ Tomado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-444-92.htm>. prisión.

² La afectación puede ser válida si es producto de la actuación contra derecho de los particulares, como cuando un ciudadano delinque y el Estado lo manda a prisión.

Esta idea del “contenido esencial” de los derechos fue expuesta por Häberle, que la definió como “el ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas”⁴.

Recapitulando, en el marco de una sociedad pluralista, destinada a convivir en paz, y a fin de que los hombres disfruten de un Estado que les sirva, debe dotarse a éste de las herramientas legítimas pertinentes para ello, las cuales, sin embargo, no deben desconocer el contenido esencial de los derechos humanos, pero sí limitarlos en tanto que su ejercicio civilizado implica deberes respecto a los demás.

De la conclusión anterior esta Sala deduce los elementos para responder a la pregunta inicial: ¿cómo trazar la frontera entre el derecho a la intimidad de las personas y el derecho estatal para controlar el orden?

La regla general debe ser, en consecuencia, que como el Estado tiene por misión el servicio a todas las personas, para ello debe dotarse, respetando los derechos humanos y el debido proceso, de idóneas herramientas que le permitan mantener un clima de paz y convivencia, de suerte que pueda incluso recopilar y archivar información sobre una persona, en el marco de sus legítimas y

democráticas funciones, siempre y cuando no divulgue ni dé a la publicidad por ningún medio la información sobre esa persona, salvo el evento que ella tenga antecedentes penales o contravencionales, esto es, que tenga una condena proferida en sentencia judicial definitiva, como lo dispone el Artículo 248 constitucional, que se reproduce en el Artículo 12 del Código de Procedimiento Penal, como principio rector del nuevo ordenamiento procedimental.

En otras palabras, los organismos de seguridad del Estado, internamente, pueden y deben contar con toda la información necesaria para el normal, adecuado, eficiente, legítimo y democrático ejercicio de su función de servicio a la sociedad civil y defensa del orden público y de las instituciones. Pero, eso sí, dichas instancias estatales no pueden difundir al exterior la información sobre una persona, salvo en el único evento de un “antecedente” penal o contravencional, el cual permite divulgar a terceros la información oficial sobre una persona.

Y por “antecedente” debe considerarse única y exclusivamente las condenas mediante sentencia judicial en firme al tenor del Artículo 248 constitucional.

Esta regla se predica, entre otros efectos, para los certificados sobre conductas y antecedentes.

La anterior interpretación, considera esta Sala, recoge el sentido de la Constitución de 1991 y de los pactos y convenios internacionales ratificados por Colombia.

⁴Häberlene Peter, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn, España, Dykinson. 2003.

ANEXO

El contenido esencial de los derechos ante el Tribunal Constitucional español.

El excelente desarrollo argumentativo realizado por el Tribunal Constitucional de España con ocasión de una reclamación sindical nos lleva, contra lo proyectado, a incluir como anexo tal contenido en este corto trabajo. Hemos seleccionado esta sentencia luego de un detenido análisis de varias resoluciones de dicho importante Tribunal. Es una sentencia reciente. Data del 12 de diciembre de 2011. Tiene el número *STC 193/2011*. Fue expedida por la Sala Segunda en el marco del recurso de amparo 6340-2010. Ha sido tomada del portal de dicha Corte. Copiamos parte de ella a continuación.

“[...] 3. Según ha quedado expuesto dos son las limitaciones impuestas en la resolución gubernativa que el sindicato recurrente considera lesivas del derecho reconocido en el Art. 21 CE: la prohibición de cortar el tráfico durante el recorrido de la manifestación y la prohibición de usar megafonía y otros elementos ruidosos por encima de los límites (de decibelios) previstos en las ordenanzas municipales. La resolución de esta cuestión exige recordar nuestra doctrina en relación con el contenido del derecho de reunión recogido en el Art. 21 CE y sus límites; doctrina que todas las partes de este proceso asumen y reproducen en sus alegatos, si bien dándole un alcance distinto cada una de ellas.

El derecho de reunión –del que el derecho de manifestación es una vertiente (*STC 96/2010*, del 15 de noviembre, FJ 3)– se caracteriza como 'una manifestación colectiva de la libertad de expresión efectuada a través de una asociación transitoria de personas que opera de manera instrumental al servicio del intercambio o exposición de ideas, de defensa de intereses o de publicidad de problemas y reivindicaciones, cuyos elementos configuradores son el subjetivo (agrupación de personas), el temporal (duración transitoria), el finalista (licitud de la finalidad) y el real u objetivo (lugar de celebración)' (*STC 85/1988*, del 28 de abril, FJ 2; doctrina reiterada, entre otras, en las *SSTC 66/1995*, del 8 de mayo, FJ 3; *196/2002*, del 28 de octubre, FJ 4; *301/2006*, del 23 de octubre, FJ 2; *170/2008*, del 15 de diciembre, FJ 3 y *38/2009*, del 9 de

febrero, FJ 2). Existe, pues, una estrecha vinculación entre el derecho de reunión y manifestación y el derecho a la libre expresión [Art. 20.1 a) CE] que también fue enfatizada, en su momento, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH caso 'Stankov', del 2 de octubre de 2001, § 85 y STEDH caso 'Rekvényi', del 20 de mayo de 1999, § 58, tal como recordamos en nuestra *STC 195/2003*, del 27 de octubre, FJ 3). El derecho de reunión se convierte, así, en uno de los ejes vertebradores (cauce del principio democrático participativo) del Estado Social y Democrático de Derecho proclamado en la Constitución, cuyo contenido, sin embargo, puede verse modulado por los límites a su ejercicio que forzosamente impone la protección de otros bienes o derechos constitucionales.

En efecto, el derecho recogido en el Artículo 21 CE no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que, al igual que los demás derechos fundamentales, puede verse sometido a ciertas modulaciones o límites, entre los que se encuentran tanto el específicamente previsto en el propio Artículo 21.2 CE –alteración del orden público con peligro para personas y bienes–, como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales (*STC 42/2000*, del 14 de febrero, FJ 2). Límites que, como recordábamos en la *STC 195/2003*, del 27 de octubre (FJ 7), y todas las que allí se citan, han de ser necesarios 'para conseguir el fin perseguido debiendo atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se impone [...] y, en todo caso, respetar su contenido esencial'.

Por ello, la limitación del ejercicio del derecho de reunión requiere de una motivación específica. Así, 'para que los poderes públicos puedan incidir en el derecho de reunión constitucionalmente garantizado, ya sea restringiéndolo, modificando las circunstancias de su ejercicio, o prohibiéndolo incluso, es preciso, tal y como acaba de señalarse, que existan razones fundadas, lo que implica una exigencia de motivación de la resolución correspondiente [...] en la que se aporten las razones que han llevado a la autoridad gubernativa a concluir que el

ejercicio del derecho fundamental de reunión, tal y como se hubo proyectado por su promotor o sus promotores, producirá una alteración del orden público proscrita en el Art. 21.2 CE, o bien la desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución' (STC 195/2003, del 27 de octubre, FJ 4). Y en este sentido, 'no basta con que existan dudas sobre si el derecho de reunión pudiera producir efectos negativos, debiendo presidir toda actuación limitativa del mismo el principio o criterio de favorecimiento del derecho de reunión [...] de manera que solamente razones convincentes e imperativas pueden justificar las restricciones a esa libertad (STC 170/2008, FJ 3)' (STC 96/2010, del 15 de noviembre, FJ 3, relativa al ejercicio del derecho de manifestación durante la jornada de reflexión), en aplicación del principio *favor libertatis*. Los actos que introduzcan medidas limitadoras han de fundamentarse, pues, en datos objetivos suficientes derivados de las circunstancias concretas de cada caso (STC 301/2006, 23 de octubre, FJ 2).

4. El sindicato demandante de amparo, que presentó escrito comunicando las manifestaciones que pensaba celebrar durante el mes de agosto –como continuación de las que venía efectuando desde febrero del mismo año–, no cuestiona la declaración de extemporaneidad de algunas de ellas (por no cumplirse el plazo de treinta días de antelación que impone la Ley Orgánica reguladora del derecho de reunión para la comunicación previa de la convocatoria), ni la limitación de la duración total de la manifestación –que pasa de una duración aproximada de dos horas, a treinta minutos desde el inicio hasta el final del recorrido–, sino que su impugnación se circunscribe a los dos aspectos antes mencionados (la prohibición de cortar el tráfico durante el recorrido de la marcha y la prohibición de utilizar los elementos de megafonía por encima de los niveles permitidos en las ordenanzas municipales).

En lo que aquí interesa y abordando, en primer lugar, la prohibición de cortar el tráfico impuesta por la resolución de la Delegación del Gobierno impugnada, conviene recordar con más detalle nuestra doctrina sobre la utilización u ocupación instrumental de las vías públicas durante el ejercicio del derecho reconocido en el Art. 21 CE, para destacar, a continuación, los elementos que permiten introducir algunos matices al respecto.

El derecho de manifestación es una vertiente del derecho de reunión con sus propias características específicas, pues se trata del ejercicio del derecho en su versión dinámica; esto es, discurrendo a lo largo de un itinerario y diferenciándose, por tanto, de la concentración como reunión estática en lugar de tránsito público (STC 195/2003, del 27 de octubre, FJ 5). Este elemento de movilidad resulta determinante pues, de un lado, parece implicar una menor intensidad en la ocupación de las vías públicas –el carácter intrínsecamente dinámico de la manifestación impide, en principio, una ocupación exclusiva y excluyente del espacio público más allá del tiempo necesario para recorrer todo el itinerario marcado– pero, por otro, incide directamente en el derecho de circulación de otros ciudadanos, pudiendo ocasionar interrupciones o paralizaciones del tráfico rodado.

La interrupción del tráfico y la restricción de la libertad de circulación de los ciudadanos no manifestantes –que se verán impedidos de deambular o de circular libremente por el trayecto durante la celebración de la manifestación– son consecuencias, sin embargo, que no pueden excluirse a priori del contenido del derecho de reunión pues, por su propia naturaleza, el ejercicio de este derecho 'requiere la utilización de los lugares de tránsito público y, dadas determinadas circunstancias, permite la ocupación, por así decir, instrumental de las calzadas. En suma, la celebración de este tipo de reuniones suele producir trastornos y restricciones en la circulación de personas y, por lo que aquí interesa, de vehículos que se ven impedidos de circular libremente por el lugar en el que se celebra la reunión (STC 59/1990, del 29 de marzo, FJ 8)' (SSTC 66/1995, del 8 de mayo, FJ 3; 163/2006, del 22 de mayo, FJ 3; y 301/2006, del 23 de octubre, FJ 2). Por sí solas dichas restricciones, consecuencia inherente y muchas veces no deseada del ejercicio del derecho de manifestación, no justifican la prohibición de la manifestación o su condicionamiento sino que, para que proceda una u otro, será preciso que la ocupación intensiva de las vías públicas altere el orden público poniendo en peligro la integridad de las personas o de los bienes o suponga un sacrificio desproporcionado de otros bienes y valores constitucionalmente protegibles. Esto es así porque, como también hemos reiterado, 'en una sociedad democrática el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación' (entre otras, SSTC 66/1995, del 8 de mayo,

FJ 3; 195/2003, del 27 de octubre, FJ 9; 90/2006, del 27 de marzo, FJ 2); respondiendo la exigencia de comunicación previa, precisamente, a esa necesidad de compatibilizar los diversos derechos y bienes constitucionales en juego. En la STC 66/1995, tras subrayar que ciertamente 'la paralización del tráfico con la finalidad primordial de alterar la paz pública no constituye un objeto integrable en el derecho de reunión' (STC 66/1995, del 8 de mayo, FJ 3; 163/2006, del 22 de mayo, FJ 3), nos pronunciamos sobre la imposibilidad de invocar una genérica conflictividad circulatoria, por la especial densidad de circulación de determinadas calles o zonas de la ciudad, para prohibir concentraciones (STC 163/2006, del 22 de mayo, FJ 3), pues sólo en supuestos muy concretos podrá concluirse que la afectación del tráfico conlleva una alteración del orden público con peligro para personas o bienes. De la misma forma consideramos que no es constitucionalmente lícito imponer sanciones a los manifestantes que, en ejercicio de su derecho, ocupan la calzada o la vía pública (SSTC 59/1990, 42/2000, 110/2006, entre otras) a no ser que se contravenga un límite expreso fijado por la autoridad (ATC 176/2000, del 12 de julio, FJ 2, límite consistente en la prohibición expresa de cortar el tráfico). En concreto, y desde la perspectiva del Art. 21 CE hemos dicho que 'para poder prohibir la concentración deberá producirse la obstrucción total de vías de circulación que, por el volumen de tráfico que soportan y por las características de la zona —normalmente centros neurálgicos de grandes ciudades—, provoquen colapsos circulatorios en los que, durante un período de tiempo prolongado, queden inmovilizados vehículos y se impida el acceso a determinadas zonas o barrios de la ciudad por imposibilidad de que la autoridad gubernativa habilite vías alternativas de circulación. En estos supuestos de colapso circulatorio con inmovilización e imposibilidad de acceso a determinadas zonas por inexistencia de vías alternativas, puede resultar afectado el orden público con peligro para personas o bienes si, por ejemplo, resulta imposibilitada la prestación de servicios esenciales con incidencia en la seguridad de personas o bienes, como son los servicios de ambulancias, bomberos, policía o urgencias médicas' (STC 66/1995, del 8 de mayo, FJ 3).

Esta misma línea sigue el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que recientemente (caso 'Barraco c/ Francia', 31684/05, del 5 de marzo de 2009, § 43) ha vuelto a subrayar que 'cualquier manifestación en un lugar público

es susceptible de causar cierto desorden en el desarrollo de la vida cotidiana, incluida la obstaculización de la circulación y que, en ausencia de actos violentos por parte de los manifestantes es importante que los poderes públicos hagan gala de cierta tolerancia ante concentraciones pacíficas a fin de que el derecho de reunión no carezca de contenido' (en este sentido cita las SSTEDH 'Ashughyan c/ Armenia', núm. 33268/03, § 90, del 17 de julio de 2008, y 'Oya Ataman c/ Turquía', núm. 74552/01, § 42, del 5 de diciembre de 2006). No obstante, la ponderación de los derechos en presencia también ha llevado al Tribunal Europeo a considerar que el bloqueo completo de la circulación en una autopista que se produjo en el caso concreto que se examinaba, 'va más allá de la molestia que ocasiona cualquier manifestación en la vía pública', por lo que la detención de los manifestantes, que habían sido prevenidos en varias ocasiones acerca de las sanciones que les serían impuestas en caso de continuar con el bloqueo de la autopista y habían ejercido ya su derecho de reunión pacífica durante varias horas, resultaba proporcionada a las finalidades perseguidas, teniendo en cuenta el equilibrio entre el interés general en la defensa del orden público y el interés del demandante y los manifestantes en elegir esa forma concreta de manifestación (§ 48 y cita del caso 'Plattform Ärzte für das Leben c/ Austria', 21 junio 1988, § 34, serie A núm. 139).

5. Resumida así nuestra doctrina sobre este particular, se trata de precisar ahora si la prohibición de cortar el tráfico que impone la resolución de la Delegación del Gobierno en Ceuta, confirmada posteriormente por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, supone la prohibición encubierta del ejercicio del derecho de reunión del sindicato demandante, tal como se alega en el recurso de amparo; o si, por el contrario, se trata de una limitación del derecho que responde a razones fundadas de que dicho ejercicio produce alteraciones del orden público con peligro para personas o bienes; o el sacrificio desproporcionado de otros valores y derechos constitucionales, para, finalmente, comprobar si se configura como una medida proporcionada desde el punto de vista constitucional.

Para realizar nuestro análisis es preciso partir de un dato fundamental: la resolución de la Delegación del Gobierno cuestionada no prohíbe la celebración de las manifestaciones convocadas en plazo sino que condiciona el modo de su celebración de forma tal que, al menos en una

primera aproximación, no parece que el contenido de las ideas o las reivindicaciones que pretenden expresarse y defenderse mediante el ejercicio del derecho de manifestación y concentración pública se haya sometido a controles de oportunidad política o a juicios en los que se emplee como canon el sistema de valores que cimientan y dan cohesión al orden social en un momento histórico determinado, controles sobre el contenido del discurso reivindicativo proscrito por nuestra Constitución. En efecto, 'al ponderar la aplicación [d]el límite del Art. 21.2, los poderes públicos deben garantizar el ejercicio del derecho de reunión por parte de todos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna en razón del contenido de los mensajes que los promotores de las concentraciones pretenden transmitir (salvo, claro es, que ese contenido infrinja la legalidad)' (por todas, STC 163/2006, del 22 de mayo, FJ 2). Decíamos, pues, que en esta primera aproximación al caso que enjuicamos, la limitación introducida por la Delegación del Gobierno no parece afectar a ese contenido sustancial (o material) del derecho de reunión en tanto que expresión colectiva de un determinado discurso, sino a lo que podríamos llamar sus circunstancias adjetivas (o formales) —relativas al modo, al lugar y al tiempo en que se ejerce el derecho— en uso de la facultad que otorga el Art. 10 de la Ley Orgánica reguladora del derecho de reunión, de proponer modificaciones de fecha, lugar, duración o itinerario de la manifestación, como medidas tendentes, precisamente, a compatibilizar los derechos y bienes constitucionales implicados (STC 66/1995, del 8 de mayo, FJ 3).

Interesa también destacar que no todas las circunstancias que hemos venido en llamar 'adjetivas' tienen la misma relevancia. Algunas de ellas inciden de manera inevitable en la propia esencia del derecho de manifestación y otras, en cambio, no resultan decisivas. Así, por ejemplo, la fecha de la manifestación afecta, de manera inevitable, al derecho de reunión cuando la convocatoria tiene como objeto conmemorar un hecho histórico o político que se celebra mundialmente en un día determinado —STC 96/2010, del 15 de noviembre, FJ 5 (en relación a la manifestación convocada por la 'Plataforma 8 de marzo de Sevilla', en el día internacional de la mujer que coincidió con la jornada de reflexión electoral). También hemos considerado en reiteradas ocasiones que el lugar de celebración de la manifestación es un 'elemento objetivo configurador del derecho de reunión [que] tiene

en la práctica un relieve fundamental ya que está íntimamente relacionado con el objetivo de publicidad de las opiniones y reivindicaciones perseguido por los promotores por lo que ese emplazamiento condiciona el efectivo ejercicio del derecho' (STC 163/2006, del 22 de mayo, FJ 3, con cita de la STC 66/1995, del 8 de mayo, FJ 3) haciendo posible la visibilidad y la repercusión pública del mensaje manifestado. Será la naturaleza del lugar, o la estructura o patrón de las normales actividades que en él se realizan, los que dicten qué regulación de tiempo (duración), lugar y modo resulta razonable y compatible con el ejercicio de reunión.

De lo argumentado hasta este momento no puede sostenerse, como pretende el sindicato demandante de amparo, que la prohibición de cortar el tráfico rodado incida de forma decisiva en el ejercicio del derecho del Art. 21 CE, de forma tal que pueda considerarse como una prohibición encubierta del mismo, pues ni se impide la celebración de la manifestación ni se modifican circunstancias adjetivas decisivas como pudieran ser el itinerario marcado (que transcurre entre las calles comprendidas entre la Delegación del Gobierno y el Palacio de la Asamblea; esto es, las instituciones ante las que los manifestantes quieren hacer valer sus reivindicaciones), el calendario de las manifestaciones (que forman parte de una campaña) o la hora de celebración, habiendo sido aceptada por el sindicato la reducción de la duración total de la marcha. La prohibición de cortar el tráfico no puede asimilarse, como parece deducirse del escrito de demanda, a una modificación del itinerario; ni tampoco a una prohibición absoluta de la marcha por implicar una disolución de la manifestación al llegar al cruce y la posterior (y nueva) concentración ante el Ayuntamiento (perspectiva ésta que supone una fragmentación artificial del problema). Se trata, como el propio sindicato demandante reconoce, de continuar la marcha bien por las aceras, bien cruzando por el paso establecido a tal efecto.

En cualquier caso, y con la perspectiva apuntada —la de que estamos ante una modulación 'adjetiva' del ejercicio del derecho de reunión, aparentemente no desvirtuadora del contenido esencial de derecho—, debemos analizar ahora la existencia de razones fundadas que justifiquen la imposición de ese límite y su proporcionalidad, teniendo en cuenta que es a la autoridad gubernativa a quien corresponde motivar y aportar las

razones que, desde criterios constitucionales de proporcionalidad, expliquen por qué el derecho de reunión ha de verse limitado. En este caso son varios los elementos que conforman el contexto y la motivación de la resolución gubernativa cuestionada; elementos que ya han sido detallados en los antecedentes de hecho de esta resolución pero que es preciso traer nuevamente a colación:

a) Las manifestaciones convocadas se inscriben en una campaña de protestas por el paro y el desempleo que, como se pone de manifiesto en la resolución administrativa, se vienen organizando desde el mes de febrero de 2010, con periodicidad diaria de lunes a viernes, en una franja horaria que se sitúa bien de 11.00 h a 13.00 h, bien de 19.00 h a 21.00 h.

b) Se refiere la Administración al colapso de tráfico que se produce entre las 11.00 h y 12.00 h como consecuencia de los cortes de tráfico en la Plaza de la Constitución y en el Paseo de Revellín, que repercuten en la zona centro e impiden, ante cualquier incidencia, la llegada a tiempo de los servicios de emergencia.

c) En la resolución administrativa también se pone de relieve la distorsión del funcionamiento de los servicios públicos de viajeros –cambio de zonas habituales de parada y rutas alternativas para la continuidad del servicio– con los consecuentes perjuicios para viajeros y conductores (llegándose a producir agresiones verbales que requirieron la intervención de la policía local) y para empresas de autobuses y licencias de auto taxis.

d) El colapso circulatorio también impide, según la resolución administrativa, la entrega normalizada de suministros a los comercios de la zona y dificultando el acceso a los ciento cincuenta establecimientos del mercado de abastos, afectando, por tanto, a las seis mil personas que, diariamente, suelen utilizar estos servicios y que eluden hacer sus compras durante el paso de la manifestación.

e) Finalmente, en la resolución administrativa se alude a las quejas de los vecinos como consecuencia del ruido que soportan ocasionado por el uso de megafonía, tambores y otros objetos e instrumentos de viento. Los factores mencionados, que llevan a la adopción de las medidas gubernativas señaladas, aparecen docu-

mentados a través de los diversos informes emitidos por la jefatura de la policía local o la propia Delegación del Gobierno en los que se pone de manifiesto que las manifestaciones transcurren por calles del centro de Ceuta, en su mayoría (el 70 por 100) de carácter peatonal, 'salvo los cruces de la plaza de la Constitución con Gran Vía y paseo del Revellín con calle Camoens', donde los manifestantes ocupan la calzada y cortan el tráfico; y que el desarrollo de las distintas manifestaciones muestra un patrón común: los manifestantes recorren el primer tramo y al llegar a la plaza de la Constitución cortan el tráfico realizando una parada (en ocasiones sentados o tumbados) de una duración que oscila entre los 15-35 minutos –si bien en algunas ocasiones no se han detenido y en otras la duración ha llegado a ser de entre 45 y 60 minutos– para, a continuación, reemprender el recorrido hasta llegar a la institución de la Ciudad Autónoma de que se trate (en función del sentido en el que hagan el trayecto) realizando en ocasiones una parada, más breve, al cruzar por el paseo del Revellín.

Asimismo, diversos artículos de prensa –publicados durante ese período– hacen referencia al 'hartazgo tras meses de colapso diario en el centro' y por los 'casi cuatro meses de diarias vuvuzelas por el centro' ('El Pueblo de Ceuta'); a las denuncias de los taxistas por las manifestaciones de parados que suponen pérdidas de hasta un 20 por 100 o al hecho de que las manifestaciones se hacen 'algo insostenible' ('El faro de Ceuta').

Pues bien, sin necesidad de asumir en su integridad las conclusiones alcanzadas en la resolución gubernativa impugnada, las circunstancias fácticas puestas de relieve en la misma constituyen una motivación suficiente, y no meramente formal como sostiene el Fiscal, de las limitaciones del derecho de reunión acordadas por la Delegación del Gobierno puesto que, como señala el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 'la efectividad y diversidad de los daños producidos se vinculan en relación causa-efecto con los cortes de tráfico mencionados'; a lo que se añade la gravedad de su reiteración diaria, desde hace más de seis meses y la extensión temporal de los cortes de tráfico, que también se especifica en la resolución administrativa. Así, las limitaciones impuestas no se justifican en la resolución administrativa por 'genéricas' dificultades de circulación, sino que se fundamentan en hechos y problemas concretos que, en este caso, adquieren una especial relevancia por la

habitualidad o reiteración de las manifestaciones convocadas. Esta habitualidad comporta, en cierta forma, una ruptura de la 'transitoriedad' implícita a la manifestación (como versión dinámica del derecho reconocido en el Art. 21 CE); supone una prolongación y un incremento de intensidad en la ocupación del espacio público. En suma, si bien es cierto, como hemos señalado ya que no toda interrupción del tráfico provoca per se una alteración del orden público (STC 163/2006, del 22 de mayo), debemos convenir con la Delegación del Gobierno en que la prolongación de esos cortes de tráfico como consecuencia de la convocatoria diaria de las manifestaciones en cuestión, durante varios meses, los días laborales y en horas punta, pueden constituir por su habitualidad y por la intensidad de afectación a otros bienes y derechos constitucionalmente protegibles –especialmente la libre circulación de personas–, una alteración del orden público –entendido como desorden material– que puede justificar la imposición de límites al ejercicio de aquel derecho.

Con ello no quiere decirse, y es preciso recalcar este punto, que el mero hecho de ejercer de forma reiterada el derecho de manifestación suponga un abuso o ejercicio extralimitado del mismo, como parece pretender la Delegación del Gobierno y, en este proceso, el Abogado del Estado. Hemos rechazado expresamente razonamientos similares –como que la reiteración en el ejercicio del derecho de reunión supone, en sí misma, una alteración del orden público porque rompe el equilibrio de todos los derechos afectados– porque 'solamente si la reiteración en el ejercicio del derecho fundamental provoca estos problemas de orden público, como puede suceder si se pretende la ocupación indefinida o excesivamente prolongada en el tiempo de un espacio de una manera que se ponga[n] en peligro los bienes y derechos que a las autoridades corresponde proteger, es admisible la medida de la prohibición, como se admitió en el caso examinado en la STC 66/1995, del 8 de mayo' (SSTC 284/2005, del 7 de noviembre, FJ 6 y 301/2006, del 23 de octubre, FJ 4). En efecto, ni la reiteración en el ejercicio del derecho de reunión legitima su prohibición sin la concurrencia de otras razones que la justifique; ni es admisible que la autoridad gubernativa se apoye en el argumento de la habitualidad para entender conseguido el objetivo de publicidad de las protestas, buscado por los manifestantes, negando la utilidad o la necesidad del derecho de manifestación, como argumenta el Abogado

del Estado –aspecto éste al que también nos referimos en la citada STC 301/2006, FJ 4, en relación con el argumento de la Delegación del Gobierno de Madrid de que 'la problemática surgida en torno a Sintel ya había sido objeto de numerosas manifestaciones'–, pues entonces sí se estaría afectando al contenido esencial del derecho de reunión.

Lo anterior no obsta, sin embargo, a que la reiteración o habitualidad en el ejercicio del derecho sí pueda configurarse como una variable que, en función de las características concretas del caso, coadyuve a la justificación de la imposición de condicionamientos o limitaciones al ejercicio del derecho de manifestación, tal como adelantábamos unas líneas más arriba. En definitiva, resulta evidente que si la Delegación del Gobierno en Ceuta hubiese prohibido las manifestaciones convocadas podríamos encontrarnos ante una medida desproporcionada y por tanto vulneradora del Art. 21 CE. La situación, sin embargo, es diferente. En primer lugar, y es preciso reiterarlo, porque la autoridad gubernativa no ha impedido la celebración de las diversas manifestaciones convocadas en plazo, sino que la prohibición se circunscribe al corte de tráfico (en los dos cruces antes señalados). En segundo lugar, porque, contra lo sostenido por el sindicato CC OO de Ceuta, la prohibición de cortar el tráfico, no puede calificarse como una prohibición encubierta del ejercicio de su derecho pues, como vimos antes, se trata de una 'circunstancia adjetiva' del derecho de manifestación de los convocantes que, en este caso en particular, no incide de forma inevitable en su contenido, afectando a su ejercicio. De hecho, los manifestantes no siempre han paralizado el tráfico en el desarrollo de la manifestación, como se deduce de los informes de la policía local, sin que el hecho de tener que circular por las aceras durante un tramo, o cruzar por el paso de viandantes vacío de contenido el derecho de manifestación que invocan.

En conclusión, los hechos relacionados en la resolución gubernativa en conjunción con la habitualidad o reiteración del ejercicio del derecho por parte de los manifestantes, suponen una razón fundada, una motivación suficiente y concreta de las modulaciones del derecho de reunión y manifestación tendentes a evitar o intentar reparar el sacrificio desproporcionado de otros bienes constitucionales, en concreto, de la libertad de circulación del resto de ciudadanos no manifestantes. Sin

olvidar que el sindicato demandante ha podido llevar a cabo su campaña de manifestaciones, entendemos que en este caso la Delegación del Gobierno ha realizado la ponderación casuística que le es exigible constitucionalmente, motivando suficientemente la adopción de la medida en cuestión por razón del sacrificio desproporcionado de la libertad de circulación que han venido asumiendo los vecinos de esa zona de Ceuta de forma prolongada e intensiva.

Sobre este aspecto, y en la misma línea, también se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en su sentencia del 6 de marzo de 2007, asunto 'Çiloğlu et alii c/ Turquía', considera compatible con el Art. 11 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales la disolución de una manifestación organizada por los demandantes, estimando, entre otros argumentos, que 'la concentración en un lugar público, repitiéndose cada sábado por la mañana desde hacía más de tres años había adquirido un carácter casi permanente, que perturbaba así la circulación y causaba una alteración del orden público'. Así pues, 'en las circunstancias concretas de la causa y habida cuenta de la duración y el número de manifestaciones precedentes, las autoridades reaccionaron en el marco del margen de apreciación reconocido a los

Estados en estas materias', por lo que no se produce la violación aducida del Art. 11 del Convenio [...]

6. Constatada así la motivación suficiente de la medida acordada, procede ahora determinar si ésta ha sido proporcionada al fin perseguido, o si, teniendo en cuenta el principio *favor libertatis* que rige en relación a la posible restricción de derechos fundamentales, existían vías menos gravosas para conciliar el derecho en cuestión con los intereses constitucionalmente protegibles de los ciudadanos no manifestantes. A nuestro juicio, la prohibición de cortar el tráfico durante el desarrollo de la manifestación constituye en este caso una medida idónea que, junto a la reducción de la duración total de la manifestación, permite minimizar el impacto sobre los servicios de transporte sin necesidad de alterar el recorrido de la manifestación –circunstancia adjetiva que sí puede considerarse determinante del ejercicio del derecho en relación con la visualización de las protestas o la afluencia– ni de modificar horarios o constreñir el número de convocatorias. En definitiva, se dibuja como una de las medidas menos gravosas para los manifestantes teniendo en cuenta el objetivo de compatibilización de derechos que persigue, por lo que respeta la proporcionalidad constitucionalmente exigible [...]

Útil la lectura de tan importante sentencia. 

EL CONTRATO DE DERECHO PÚBLICO EN EL DERECHO ALEMÁN: BREVES ANOTACIONES

Andry Matilla Correa*

“Los pueblos no sólo existen para sí mismos; viven para los otros pueblos, para la humanidad. Su influencia no desaparece con ellos; se extiende sobre las más alejadas épocas, en la medida de la importancia de su acción en el mundo. [...] Todos los pueblos cultos han colaborado en nuestra moderna civilización. Si pudiéramos analizar ésta en sus elementos, remontándonos hasta sus primitivos orígenes, obtendríamos toda una lista de pueblos, y aún con los nombres de algunos que no figuran en los anales de la historia”

(Rudolf von Ihering, *El fin en el derecho*)

* Resumen

Este trabajo tiene como tema central el contrato de derecho público en el marco del derecho alemán. En él se realiza un estudio de los aspectos fundamentales que caracterizan esa figura jurídica dentro del marco específico de referencia y los principales tipos contractuales que configuran el orden *iuspúblico* de ese país.

* Palabras clave

Derecho público, contrato de derecho público, acto administrativo, tipos de contratos de derecho público.

A. Observación inicial.

Es un lugar común hoy entender que la función administrativa tiene un contenido heterogéneo y que se manifiesta a través de formas jurídicas variadas; y que la Administración pública, en el marco de la función administrativa, debe asumir diversos cometidos o actividades que tienden, de manera general, a satisfacer o a dar respuesta al interés público, del cual aquella entidad viene a ser garante. Tampoco se niega que el conjunto de relaciones a partir del cual la Administración pública puede vincularse jurídicamente con otros sujetos de derecho, para proveer, directa e indirectamente, al cumplimiento de los fines y cometidos que le son propios, no sólo está integrado por actuaciones unilaterales (cuyas concreciones típicas están ubicadas en los *reglamentos* y los *actos administrativos*); sino que, dentro de dicho conjunto de relaciones, pueden, asimismo, encontrarse

vínculos obligacionales resultado de acuerdos de voluntades entre esa entidad administrativa y los administrados. También es posible declarar “zona de paz” la idea de que las actuaciones unilaterales de la Administración pública (y con ello los actos reglamentarios y administrativos, principalmente) se someten en su ordenación a un régimen de derecho público –de derecho administrativo– y están regidas por éste.

Sin embargo, cuando se trata de entrar a valorar los acuerdos de voluntades generadores de obligaciones –es decir, de relaciones jurídicas de carácter patrimonial–, donde al menos uno de los sujetos del nexo jurídico es la Administración pública, podemos vislumbrar cómo se quiebra el panorama de armonía al estilo de lo dicho en el párrafo anterior; y vemos aparecer al respecto soluciones científicas y prácticas divergentes –algunas de ellas

*Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

encontradas–, que se debaten en mantener ese espacio de actuación informado y regulado por el derecho privado de manera unívoca y bajo la forma contractual clásica de esa esfera, o en aceptar la posibilidad de que un grupo de tales relaciones jurídicas puedan estar tuteladas por el derecho público (administrativo), sobre la base de una modalidad contractual que responda, en su funcionalidad y características, a las exigencias que revela el proceder administrativo sometido, en principio, a la égida reguladora del ámbito *iuspúblico* o *iusadministrativo*. Cuando se admite esa última posibilidad, se delinea entonces una figura contractual que se ha dado en llamar –en claro matiz distintivo de su paralelo en el campo del derecho privado– como: *contrato administrativo*, *contrato de derecho administrativo*, *contrato público*, *contrato de derecho público*, *contrato en la función administrativa*, *contrato del Estado* o *contrato estatal*; según las denominaciones más frecuentes, que conforman una interesante policromía nominal alrededor de esa figura.

Una primera observación que pudiera saltar a la vista cuando se trata de considerar el *contrato administrativo* como institución jurídica se relaciona con la idea de que no es una figura cuya presencia en los ordenamientos jurídicos puede ser calificada de universal, pues no todos los sistemas jurídicos conocen esta especie contractual, ni en todos los ordenamientos en que se sostiene la contratación sometida a un régimen de derecho público, ésta aparece con caracteres semejantes o respondiendo a un mismo diseño conceptual y práctico. Esa observación significa, además, que no es la homogeneidad en su aceptación y articulación dentro de los ordenamientos jurídicos administrativos, precisamente, una de las características del *contrato administrativo*, *público* o *de derecho público*, como categoría en abstracto.

La policromía que rodea el debate y el desarrollo de la contratación del Estado o del sector público, hace que se presenten soluciones diversas, teóricas y prácticas, en ordenamientos jurídicos de referencia histórica al respecto, como pueden ser: Francia, Alemania, Italia, España, Gran Bretaña y Estados Unidos. Las soluciones, en definitiva, han gravitado en torno a dos posiciones básicas: sostener la contratación del Estado o del sector público dentro del régimen jurídico del derecho privado; o someter una parte de esas relaciones contractuales a la

tutela específica del régimen jurídico del derecho público, incorporando así una distinción con aquellas que se colocan bajo el manto ordenador del régimen *iusprivado*. Este último presupuesto es el que determina la existencia del *contrato administrativo*, *contrato de derecho público* o *contrato público*; y tampoco entre los sistemas jurídicos que lo acogen, las respuestas se presentan con una uniformidad entre sí, sino que se revelan también como soluciones con un grado de polarización entre ellas.

Según nos recuerda el italiano Massimo Severo Giannini: “La noción de contrato de derecho público nació en los países alemanes en el siglo pasado, de la matriz de la concepción autoritaria del Estado: si éste [...], cuando quiere actuar mediante contratos, debe disponer contratos *sui generis* que son 'de derecho administrativo'. Esta tesis tuvo un cierto seguimiento incluso fuera de los países alemanes [...]”¹.

Los esfuerzos científicos iniciales para hacer valer en el derecho público un tipo contractual diferente al que históricamente ha operado en el derecho civil, y, en consecuencia, que estuviera sometido a la esfera de regulación *iuspública*, podemos ubicarlos en el siglo XIX, con dos polos de irradiación fundamentales: Alemania y Francia. Aunque, hay que significar que dichos esfuerzos no siguieron derroteros iguales –ni científicos ni prácticos– en uno y otro país; y se desarrollaron sobre premisas conceptuales diferentes (lo cual es posible percibir desde la propia nomenclatura que se adoptó en cada caso para denominar el fenómeno: *contrato de derecho público*, según la traducción más común –*öffentlich-rechtlichen Verträge*–, para el caso alemán, y *contrato administrativo* –*contrat administratif*–, para el caso francés), resultado de procesos históricos diversos que han determinado maneras autóctonas y distintivas, en el diseño y la funcionalidad, de sus sistemas de derecho administrativo y, globalmente considerado, en el marco de regulación jurídica de la actuación pública. Por otro lado, hay que decir también que dichos esfuerzos no se proyectaron en el tiempo con igual suerte y ha sido el modelo francés el que ha corrido con mayor fortuna; al punto de que el prototipo fundamental que conocemos hoy cuando se alude a la contratación administrativa es el que tiene su hechura originaria en Francia, principalmente. De resultas, entonces, que el punto de conexión común entre esos modelos referentes a la contratación en

¹Giannini, Massimo Severo, *El Poder Público. Estados y Administraciones Públicas*, Prólogo y traducción de Luis Ortega, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1991, p. 149, nota 1.

el derecho administrativo o en el derecho público, se sitúa en la presentación externa y general del fenómeno; según observó sobre este aspecto Sebastián Martín-Retortillo Baquer, hace ya varios lustros: “[...] Un único denominador común comprende los dos sistemas: las figuras que ambos recogen se presentan como instituciones propias y peculiares del ordenamiento jurídico público [...]”².

Para el caso del derecho alemán (y de países como Suiza y Austria, entre los que históricamente han constituido parte del área de influencia directa que ha seguido muy de cerca el quehacer jurídico-público de Alemania), es preciso referir que se ha señalado a Paul Laband y a George Jellinek (especialmente el primero) entre los sostenedores iniciales de mayor relevancia dentro del *iuspublicismo* de ese país, de la corriente teórica que desde el siglo XIX mostró su favor a admitir la figura del *contrato de derecho público* como una de las formas de actuación administrativa³, en cuyo ámbito de alcance objetivo como institución jurídica caían, de

A partir de lo antes señalado, nuestro interés en los párrafos que siguen es trazar un bosquejo general de la situación del contrato de derecho público como figura jurídica en el derecho público alemán, a los fines de conocer el derrotero esencial que ha seguido dicha categoría contractual en ese ordenamiento, y las líneas esenciales que le distinguen como tipo jurídico, y proveer así un acercamiento, por esta vía, a una cuestión puntual de la realidad *iuspública* de Alemania.

B. El contrato de derecho público como figura jurídica en el derecho público alemán.

ordinario, relaciones convencionales, concertadas, entre la Administración pública y los individuos (Laband y Jellinek consideraban en esos casos, básicamente, los supuestos de naturalización y la relación entre la Administración pública y el funcionario en razón del desempeño por este último de la función pública)⁴.

Esa solución implicaba reconocer que el ejercicio de la función administrativa por el Estado no sólo se realizaba por medio de decisiones unilaterales del ente público —que el Estado no sólo se expresaba por la vía del mando—, sino que igualmente congeniaba y concertaba con los administrados en el entorno del ejercicio del poder

² Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, “La institución contractual en el Derecho Administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes”, en su obra *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, 2ª edición ampliada (1ª en Civitas), Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1996, p. 72. Ver la distinción que establece este español en las pp. 76 y 77 y 88 y sigs., del trabajo citado, entre el contrato administrativo y el *öffentlichen-rechtlichen Verträge*.

³ V. gr.: Vitta, Cino, *Diritto Amministrativo*, Volume I, Quarta edizione aggiornata, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1954, p. 381; Caetano, Marcello, *Tratado Elemental de Derecho Administrativo. (Teoría General)*, Traducción y notas de Laureano López Rodó, Santiago de Compostela, Librería y Editorial Sucesores de “Gal”, 1946, p. 349; Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, “La institución contractual...”, *op. cit.*, p. 74, quien cita al italiano Miele, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, 1931, p. 12; Maurer, Hartmut, *Droit Administratif allemand*, Traduit par Michel Fromot, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 376; Masucci, Alfonso, “La *quaestio* nell diritto tedesco dell’ammissibilità del contratto di diritto pubblico fra amministrazione e privato”, AA VV, *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Volume primo, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1988, pp. 413 y 414 y 418 y sigs.; Delgado Piqueras, Francisco, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, Pamplona, Editorial Aranzadi, S.A., 1995, p. 33 y sigs.; y Bacellar, Romeu, “Contrato administrativo”, en la AA VV, *Derecho Administrativo*, Lima, Asociación Peruana de Derecho Administrativo, Juristas Editores E.I.R.L., 2004, pp. 623 y 624, quien a su vez cita a Alfonso Masucci. Recordaba Hartmut Maurer (*Droit Administratif allemand*, *op. cit.*, p. 376): “[...] les manuels de droit administrative de Loening et Stengel (1884 y 1886) mentionnaient, outre la *décision* (*Verfügung*) (ou *acte administratif*), le *contrat de droit public* comme *autre forme d'action de l'administration* [...]”. Por su lado, el italiano Ugo Forti (“Natura giurídica delle concessión amministrative”, en su obra *Studi di Diritto Pubblico*, Volume I, Roma, Soc. Ed. del Foro Italiano, 1937, pp. 362 y 363) precisaba sobre il contratto di diritto pubblico: “[...] La creazione non

incontrastata di questo concetto nuovo e la sua evoluzione si debbono alla dottrina tedesca. Posto innanzi dal Gönner fino dal 1808, parve che avesse ricevuto dall'Hegel un colpo decisivo col § 294 della Rechtsphilosophie; ma aumentati dopo l'Hegel gli avversari con le opere del Gerber, di G. Meyer, dello Zorn, dello Schulze, ripullularono anche i fautori, e sostennero il contratto di diritto pubblico il Klueber, il Mohl, il Weiss, lo Schmittener, il Seydel, il Laband, il Löning e lo Jellinek. A quest'ultimo si deve, io credo, d'aver ricostruito magistralmente le basi del concetto insieme ad altri due, l'Haenel ad O. Mayer che, come ho cercato di dimostrare, si ascrivono senza ragione nel campo avversario [...]”.

⁴ Ver Laband, Paul, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, Tome II, Paris, Édition française revue et mise au courant de la dernière législation par l'Auteur, Traduction de C. Gandilhon et de Th. Lacuire, V. Giard & E. Brière, Librairies-Éditeurs, 1901, p. 530 y sigs. Decía Laband (*op. cit.*, p. 530) que la administración como acción comprendía *actuaciones de hecho y operaciones jurídicas*; y que para el derecho público únicamente las operaciones jurídicas eran las que tenían importancia; de acuerdo con su consideración (*op. cit.*, p. 530): “[...] Ces opérations sont identiques à celles qui sont accomplies dans le domaine du Droit privé; elles sont bilatérales (des contrats) ou unilatérales (des arrêts)”; luego aclaraba: “1° Le traité ou contrat trouve sa place partout ou l'État n'est pas à même de s'acquitter de ses devoirs à l'aide des droits souverains dont il est investi. Le traité peut être conclu avec un autre gouvernement, c'est alors un traité international; il peut aussi avoir pour fin d'établir une relation de Droit public, par exemple la nomination de fonctionnaires, la naturalisation, c'est alors un traité de Droit public; il peut enfin concerner une question d'intérêt matériel ou pécuniaire, c'est alors un traité de Droit privé [...]”. George Jellinek (*Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milano, Traduzione italiana riveduta dell'autore sulla seconda edizione tedesca, Società Editrice Libreria, 1912, p. 224 y sigs., pp. 230 y 231) sostenía: “Nell diritto pubblico il contratto fra lo Stato e l'individuo sarà la forma necessaria per la costituzione di rapporti, che, in base all'ordinamento giurídico vigente, non possono risultare da un atto unilaterale di volontà dello Stato: l'appartenenza ad un Camera, la Presidenza di una

público; y, en consecuencia, que las formas de actuación unilaterales no eran suficientes para explicar jurídicamente los vínculos *iuris* de naturaleza administrativa, donde se daba la acción consensuada con los individuos⁵.

En contraste con esa solución, dentro de la doctrina alemana del derecho público se desarrolló una línea argumental que negaba, en principio, la posibilidad de que la Administración pública –fuera de los vínculos entre entidades administrativas– utilizara la técnica contractual *iuspública*, para vincularse normalmente con los particulares en ciertos nexos jurídicos administrativos; y, por extensión, rechazaba, en principio, el reconocimiento de que, junto al *acto administrativo*, el *contrato de derecho público* era forma básica que servía al establecimiento de relaciones específicas entre la Administración pública y los particulares en el campo jurídico administrativo. El nombre más representativo de esta posición, desde el siglo XIX, ha sido el de Otto Mayer, quien desarrolló su pensamiento al respecto en un trabajo titulado “Sobre la teoría del contrato jurídico público”, que data de 1888 [“Zur Lehre vom öffentlichenrechtlichen Verträge”, *AÖR* Bd. 3 (1888), S. 3 ff]⁶. Mayer llegaría a

decir claramente: “[...] el contrato, en sentido propio, es inaplicable en el derecho administrativo; lo que se llama 'contratos' son, en realidad, actos administrativos, los cuales pueden resultar eficaces únicamente con el consentimiento del interesado [...]”⁷.

Esta orientación partía de considerar que existía una situación de desigualdad entre el Estado y los individuos en el ámbito del ejercicio del poder público –que el primero estaba en una posición de supremacía sobre los segundos⁸; y, por ende, esa situación no era conciliable en una forma contractual de derecho público, porque un contrato presupone la vinculación entre sujetos cualitativamente iguales (y no desiguales)⁹. De ese modo, este planteamiento dejaba los vínculos contractuales entre el Estado y los súbditos (del otrora Imperio alemán), en principio, bajo la égida reguladora del derecho privado; y el *acto administrativo* –en su mecánica estructural y funcional– se erguía como la figura de base y esencial a la que se acudía para justificar jurídicamente las relaciones individuales entre la Administración pública y los administrados o particulares que derivaran del ejercicio de la

repubblica, lo stabilimento di una mora dinastia. In tutti questi casi in generale vengono conferiti non soltanto diritti, ma anche doveri, giacchè, come è stato innanzi osservato, un membro dello Stato o un organo dello Stato avente soltanto diritti o privilegi è un non senso. Ma ogni nuovo dovere dell'individuo verso lo Stato riposa sopra una maggiore soggezione. Siffatta soggezione può trovare fondamento nella legge, e in tal caso nasce giuridicamente un dovere generale di servizio pubblico: dove questo dovere non esiste, il contratto è l'unico mezzo giuridico per costituire giuridicamente siffatta soggezione. Ciò è una semplice conseguenza del riconoscimento da parte dello Stato dello status libertatis, nei limiti del quale, Stato ed individui sone del tutto indipendenti fra loro e perciò si presentano come uguali [...]”.

⁵Sebastián Martín-Retortillo Baquer (“La institución contractual...”, *op. cit.*, p. 74) refería dos causas que el italiano Miele situaba en la base del origen de esta vertiente, en los siguientes términos: “[...] En primer lugar, fue la necesidad de fijar la naturaleza jurídica de una serie de figuras, que mal podían explicarse, de acuerdo con la doctrina tradicional entonces imperante, como derivadas de un acto unilateral. En segundo lugar, la asunción de la doctrina contractualista en el campo de la Administración significó una expresa reacción a 'la concepción rígidamente autoritaria del Estado que Hegel, seguido de no pocos *iuspublicistas* –Gerber, Gönner, Perthes, etc.–, que había fijado como característica en el pensamiento intelectual de entonces' [...]”.

⁶Véase: Mayer, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo I, *Parte General*, Traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1949, pp. 128 y sigs. y 182 y sigs., aunque las consideraciones que aporta este alemán sobre el tema en cuestión en su obra fundamental son muy esporádicas y no se detiene en su desarrollo. Para nosotros resulta interesante que uno de los nombres históricos principales de esa solución negatoria, precisamente en el tópico de la contratación administrativa, fuera el del propio Otto Mayer, pues, dentro del *iusadministrativismo* alemán de su época, fue él, quizás, el mejor conocedor de la ciencia del derecho administrativo francés de entonces –en la que ya tenían su espacio ganado ciertos tipos contractuales administrativos–, fuente de la que abrevó para levantar su visión sistémica de la rama administrativa y de la que recibió, sin dudas, importantes influencias científicas (aunque queda bien claro que no en lo relativo al tema que

nos ocupa). De acuerdo con las palabras de Mayer (“Prefacio a la edición francesa”, *op. cit.*, Tomo I, pp. XXIV y XXV): “[...] reconozco que he pasado, para edificar mi sistema, por la escuela de los juriconsultos franceses; aprendí mucho en el estudio de su doctrina del derecho administrativo. Empero, se me ha reprochado injustamente el querer introducir puntos de vista franceses y extraños al espíritu del derecho alemán. El lector francés no dejará de reconocer, así lo espero, todo lo alemán que es mi libro, por la manera de pensar y de expresar las ideas. Si he tenido la ambición de que se vea en él algo del carácter francés, ello se debe a la claridad del estilo y la nitidez de la expresión [...]”.

⁷Citado por: Fleiner, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Traducción de la 8ª edición alemana por Sabino Álvarez Gendín, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S.A., 1933, p. 169.

⁸A tenor de la naturaleza jurídica del acto de nombramiento, Otto Mayer (*Derecho Administrativo Alemán*, Tomo IV, *Parte especial. Las obligaciones especiales*, Traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1954, p. 45) concluía: “Para nosotros, el derecho público da las ideas dominantes para todos los detalles de las instituciones que le pertenecen: esas instituciones deben necesariamente resentirse al ser construidas sobre la base de la desigualdad jurídica de los sujetos que en ellas intervienen”.

⁹Otto Mayer (*op. cit.*, Tomo IV, p. 47 y sigs.) –tomando de él nuevamente su análisis a tenor del acto de nombramiento– expresaba: “[...] aun los partidarios más decididos de un verdadero contrato de servicio del Estado tratan de justificar la particularidad que presenta el acto de nombramiento. Por distintos rodeos –diferentes entre ellos– llegan a concentrar toda la fuerza generadora de la relación jurídica en la voluntad de la parte más elevada y a quitarle a la voluntad del súbdito toda importancia equivalente. De este modo, la idea fundamental del acto jurídico de derecho público logra, por lo menos, su realización, y todo parece arreglarse. Sólo que es difícil comprender cómo se puede conciliar con todo esto la idea de un verdadero contrato. Mediante la noción del acto administrativo tomado en toda su fuerza, la explicación es simple y completa”. Súmese a ello lo que el mismo Mayer decía a tenor de la concesión de empresa pública en *op. cit.*, Tomo IV, p. 161 y sigs. En la propia cuerda de argumentos, aunque con una proyección objetiva más general, el suizo Fritz Fleiner (*op. cit.*, p. 169) reafirmaba: “[...] Puede

función administrativa¹⁰. Para Mayer: “En el derecho administrativo [...], los derechos individuales sólo desempeñan un papel accesorio. Lo esencial es el *poder público* y la manera como se determina su actividad por la organización del derecho público. Para la ciencia del derecho administrativo, las instituciones jurídicas son las formas constantes que de ahí derivan para las manifestaciones del poder público”¹¹.

Hartmut Maurer explicaba y evaluaba la concepción de Otto Mayer en los siguientes términos: “[...] Él consideraba los contratos entre el Estado y el ciudadano como conceptualmente imposibles porque el contrato presupone sujetos jurídicos de la misma categoría y el derecho público está determinado sobre la base de la ordenación del Estado y por ello desarrolla fuerza vinculativa uni-

lateral de la voluntad estatal. La postura negativa de Otto Mayer no se dirigía solo contra los contratos de derecho funcional (contratos de servidores públicos), sino contra todos los contratos de subordinación jurídica en el derecho público. En esta posición también desempeñaba un papel importante el hecho de que ese autor quería fundamentar el derecho administrativo como una disciplina jurídica autónoma, evitando, por tanto, influencias aparentes del derecho privado. En su manual de derecho administrativo publicado en 1895, el acto administrativo domina por completo”¹². Y con el correr de los tiempos se ha revelado con más claridad que en esta concepción que subyace en Mayer ha estado la huella de lo político al tiempo de diseñar y practicar la dinámica Estado-individuo en los predios del funcionamiento administrativo¹³;

hablarse solamente de contrato si la voluntad de cada una de las partes posee la misma fuerza jurídica para la formación de una relación jurídica, y, como hemos comprobado [...], esto no ocurre generalmente en las relaciones de derecho público, porque están regulados unilateralmente por la voluntad del Estado. La mayoría de los actos administrativos, llamados contratos de derecho público, son órdenes cuya legitimidad está limitada al consentimiento del interesado [...]”.

¹⁰ Otto Mayer definía al *acto administrativo* (*op. cit.*, Tomo I, p. 126) como “[...] un acto de autoridad que emana de la Administración y que determina frente al súbdito lo que para él deber ser de derecho en el caso concreto”. Para agregar en otro momento (*op. cit.*, Tomo I, pp. 128 y 129): “[...] La determinación por vía de autoridad, frente al súbdito, de lo que en un caso individual deber ser de derecho para él, no está comprendida en la reserva de la ley. Es una emanación del poder público, que pertenece igualmente al Poder Ejecutivo. Si se trata de crear una limitación a la libertad y a la propiedad por órdenes, por la imposición de cargas, por obligaciones de pagar, por una disposición o por restricciones, entonces es natural que el acto deba tener necesariamente por base una ley. Ello no es así porque se decide que algo deba ser de derecho para el súbdito; es porque se resuelve que cierta limitación debe afectarlo. Por otro lado, el acto administrativo puede procurar al súbdito *una ventaja*, un derecho de posesión, un derecho de goce, una suma a cobrar. Entonces, no se plantea el problema de la reserva de la ley y vemos al acto administrativo producir un efecto en virtud de su propia fuerza”. Y también decía (*op. cit.*, Tomo I, pp. 129 y 130): “Por otro lado, puede emitirse un acto que imponga cargas sin fundarse en la ley, en virtud del *consentimiento del interesado*. La reserva de la ley, tal como ella se formula en los así llamados derechos de libertad, se entiende en favor de los individuos y produce efectos para ellos: la violación de la reserva en su detrimento es una injusticia cometida en su perjuicio. Pero sería renegar de la libertad querer otorgarles esta protección aun contra su voluntad; el protegido es libre para someterse, en cierta medida, a cargas personales, obligacionales, etc. Debe, pues, sobreentenderse, en todas las reservas constitucionales que prohíben imponer a los individuos cargas no previstas en la ley, la cláusula tácita: a menos que la parte interesada dé su consentimiento. Es el caso de los *actos administrativos en virtud de sumisión*. Ésta no hace más que reemplazar la autorización de la ley; hace desaparecer la barrera que sin ella habría opuesto la reserva constitucional. El acto administrativo, liberado así, produce entonces efecto por sí mismo”. Mayer completaba sus ideas con la siguiente reflexión (*op. cit.*, Tomo I, nota 5, p. 130): “[...] Los actos administrativos por sumisión se restringen a las cargas, obligaciones y cesiones que, según nuestros usos, podrían ser igualmente impuestos por un contrato de derecho civil. Por eso se las llama contratos, aunque por su estructura jurídica no lo sean. Para distinguirlos de los verdaderos contratos de derecho civil se les denomina *contratos de derecho público*. En cuanto el contenido del acto no pudiera constituir la materia de un contrato civil, la sumisión se consideraría insuficiente para reemplazar una autorización de la ley; en consecuencia, el acto administrativo no sería válido. Es aquí donde reside la importancia de la noción de contrato de derecho civil [...]”.

¹¹ Mayer, Otto, *op. cit.*, Tomo I, pp. 181 y 182.

¹² Maurer, Hartmut, *Introducción al derecho administrativo alemán*, Traducción de Rafael Sãnger y Fabián Martínez, Bogotá, Universidad de Santo Tomás, 2008, p. 118.

¹³ Ernest Forsthoff (*Tratado de Derecho Administrativo*, Traducción de la 5^{ta} edición alemana por Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 374) fue de los que advirtió: “[...] La afirmación de Otto Mayer de que el Estado siempre manda unilateralmente, no puede invocarse, ciertamente, como argumento decisivo contra el contrato de derecho público como figura jurídica, pero hay tras ella un cálculo político que es preciso tomar en serio [...]”. Para el español Francisco Delgado Piqueras (*op. cit.*, p. 34): “Todo el empeño de Mayer por reconducir el fenómeno de la organización y de la acción administrativa a formas e instituciones jurídicas, pero autónomas de las privatísticas, presenta una clara influencia hegeliana. En los albores del Estado nacional alemán, Mayer coadyuva a teorizar un Estado fuerte, que trata con sus súbditos en el marco del derecho público sólo con imperio. Así, y con el pretexto de garantizar la prevalencia de los intereses generales cuya tutela tiene a su cargo, la voluntad del Estado gozaría de una supremacía frente al individuo. Lo que a su vez exigiría la definición de las relaciones entre aquéllos en clave autoritaria, mediante actos administrativos unilaterales, y vedaría el recurso por parte del Estado a módulos de base paritaria o contractual, de origen iusprivatista”.

con una percepción en la que se reconoce, en esta línea argumental, el signo del autoritarismo estatal en la base del planteamiento de las relaciones *iuspúblicas* entre la Administración pública y los individuos¹⁴.

Fijado el debate en esos términos, y desde esos dos extremos enunciados como centros visibles, no han faltado intervenciones y matices en la discusión que la han enriquecido y ampliado. Lo anterior puede percibirse en el caso de la propia Alemania¹⁵; mas, esa realidad no se

circunscribe exclusivamente al perímetro de este último país y podemos encontrar expresión de la misma en el supuesto del pensamiento jurídico que se produce en el seno de países cercanos a ella, en lo que resulta necesario mencionar los supuestos de Austria¹⁶ y de Suiza¹⁷.

¹⁴ Alfonso Masucci (op. cit., pp. 414 y 415) comentaba estas ideas del siguiente modo: “La ricostruzione labandiana della Beamtenanstellung in chiave contrattualistica e, più in generale, la stessa teorizzazione di un modulo contrattuale nel diritto pubblico, furono posti in discussione nel saggio Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge dall'allora giovane studioso Otto Mayer, questi, ispirandosi alla dominante cultura filosofica hegeliana, mirava, in contrapposizione con le premesse labandiane, a ridefinire i rapporti autorità-privato non su basi paritarie e contrattualistiche, ma alla luce di un'immanente e generale supremazia dello Stato nei confronti del 'singolo'”; y proseguía: “Convinto assertore della necessità che la pubblica amministrazione per svolgere il compito di 'regolatore' del conflitto 'autorità-libertà' al quale veniva chiamata nel nuovo contesto dello Stato tedesco dovesse svincolarsi dai tradizionali moduli paritari del diritto privato ed avvalersi di un instrumentarium autoritativo funzionale alla sua posizione di 'Persona superior' nei confronti del 'privato', l'illustre Maestro contestò in radice la compatibilità tra diritto pubblico e veri e propri moduli contrattuali”.

¹⁵ Según compendia Martin Bullinger [ver Bullinger, Martin y Fromont, Michel, “Titre II. Droit Administratif”, en Fromont, Michel y Rieg, Alfred (Sous la direction de), *Introduction au Droit Allemand (République Fédérale)*, Tome II, *Droit public-Droit pénal*, Paris, Editions Cujas, 1984, p. 159]: “[...] La doctrine et la jurisprudence ont longtemps suivi Otto Mayer et ont progressivement remplacé la notion de contrat entre administration et administré par celle d'acte administratif avec consentement ou soumission du particulier, tout en reconnaissant le caractère quasi-contractuel des relations juridiques ainsi fondées et en y appliquant partiellement le régime juridique du contrat. Sont ainsi devenues actes administratifs, entre autres, la nomination d'un fonctionnaire et l'admission d'un usager aux services de la Poste et des autres établissements publics. Même Willibald Apelt, qui s'est prononcé, sous la Constitution de Weimar, pour la reconnaissance d'un vrai contrat de droit public entre administration et administré, ne voulait pas établir d'égalité contractuelle entre les parties; il accordait une supériorité assez nette à l'intérêt public et donc au contractant administratif”. Expresaba por su parte Hartmut Maurer (*Droit Administratif allemand*, op. cit., p. 376): “[...] Le veredict d'Otto Mayer prévalut durant longtemps. Cependant, il ne resta pas sans contradicteurs. De plus en plus nombreux étaient les auteurs qui prenaient parti pour le contrat administratif, en particulier, Willibald Apelt, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, 1920 (cité en référence par Otto Mayer, in: *AöR*, t. 40, 1921, p. 244 et s.). Presque tous les traités publiés après 1965 sur le droit administratif générale mentionnaient, fût-ce la plupart du temps incidemment, le contrat administratif comme une forme d'action possible de l'administration. En 1958, parurent ensuite trois études qui soutenaient la thèse selon laquelle le contrat administratif était juridiquement possible: elles contribuèrent à sa percée définitive dans la doctrine”. Seguidamente, Maurer acotaba: “Cf. Imbodem, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, 1958; Salzwedel, *Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlichen rechtlichen Vertrags*, 1958; Stern, *Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlichen rechtlichen Vertrags*, 1958; Verwarch, t. 1958, p. 106 et s.; cf. également Billinger, *Vertrag und Verwaltungsakt*, 1962, lequel s'est élevé, une fois encore, avec insistance contre l'existence d'un contrat en droit administratif”. Entre los autores fuera de Alemania, pueden verse ilustrativos resúmenes de la evolución de la cuestión de la contratación pública o administrativa en el derecho público alemán posterior a las obras de Laband y Mayer en, por ejemplo: Masucci, Alfonso, op. cit., p. 416 y sigs. Ver, además, entre otros: Villar Palasí, José Luis, *Apuntes de Derecho Administrativo. Parte General*, Tomo II, Madrid, 1977, p. 226 y sigs.; Delgado

Piqueras, Francisco, op. cit., p. 33 y sigs.; Rodríguez de Santiago, José María, *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1997, p. 42 y sigs.; Meilán Gil, José Luis, *La estructura de los contratos públicos. Norma, acto y contrato*, Madrid, Lustel, Portal Derecho, S.A., 2008, p. 61; y Bacellar, Romeu, op. cit., p. 623 y sigs.

¹⁶ Incluso, hacia el interior de la llamada *Escuela de Viena*, con Hans Kelsen a la cabeza, no dejó de manifestarse la diversidad de opiniones al respecto. Así, el propio Hans Kelsen (*Teoría General del Estado*, Traducción directa del alemán por Luis Legaz y Lacambra, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S.A., 1934, p. 113) hubo de decir: “[...] el llamado derecho privado ofrece abundantes muestras de negocios jurídicos obligatorios por decisión unilateral, mientras que, a su vez, el derecho público nos presenta casos de actos realizados por las autoridades que no nacen, con su efecto de obligar jurídicamente al súbdito, sino en virtud del asentimiento del obligado, de tal modo que, en estos casos, la condición de la consecuencia jurídica es la coincidencia de las voluntades de la autoridad y del súbdito: tal es el contrato de derecho público o jurídico-administrativo, cuya diferencia esencial con el contrato de derecho privado se buscó en vano hasta hoy”; ver también: Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, op. cit., p. 108. En otra de sus obras, Kelsen (*Teoría General del Derecho y del Estado*, Traducción de Eduardo García Maynez, México, Imprenta Universitaria, 1950, pp. 289 y 290) acuñaba: “[...] Pero en la ley administrativa existen también contratos, los llamados contratos administrativos, que son concluidos entre una autoridad administrativa y un particular, y cuyo cumplimiento es perseguido dentro de un procedimiento administrativo ante una autoridad administrativa. Los contratos de nombramiento quedan comprendidos dentro de esta categoría. (Puesto que el nombramiento de un servidor público usualmente requiere su aceptación explícita, los nombramientos asumen, por regla general, la forma de contratos). [...] Sólo es digno de subrayarse el hecho de que las controversias que tienen su origen en un contrato administrativo, pueden ser resueltas por las autoridades administrativas más bien que por los tribunales”. Sobre la posición de Kelsen en relación con el contrato de derecho público puede verse, por esclarecedor, el resumen que hiciera: Huergo Lora, Alejandro, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid, Universidad de Oviedo, Editorial Civitas, S.A., 1998, p. 131 y sigs. Por su parte, el también austriaco Adolfo Merkl (*Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 251) opinaba: “Recientemente, se han opuesto a los actos administrativos imperativos los contratos de derecho público, que serían algo análogo, dentro del derecho administrativo, a los contratos de derecho privado. Pueden considerarse como contratos de derecho público aquellos convenios acerca de derechos u obligaciones cuya aplicación competirá a un órgano administrativo; también pueden calificarse como tales, aunque no de manera adecuada, aquellos actos administrativos condicionados por la instancia, o cuando menos, con la conformidad del interesado. En el primer caso, el contrato de derecho público es el supuesto previo del acto administrativo, en el segundo, constituye en sí – en virtud de su especial originarse, mediante la colaboración del interesado – un acto administrativo”.

¹⁷ Para el derecho administrativo suizo, además del mencionado Fleiner, pueden verse las referencias que hiciera André Grisel, *Droit Administratif Suisse*, Reimpression, Éditions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1975, p. 219 y sigs., quien le dedicaba un capítulo de su obra al *contrat de droit administratif*, definiéndolo de la siguiente manera: “Le contrat de droit administratif résulte des manifestations de volonté concordantes de deux ou plusieurs sujets de droit; en general, il a pour

Pero la solución que logró imponerse —en lo teórico y en lo práctico— fue la segunda línea de pensamiento¹⁸, que ha resultado, en sus rasgos fundamentales, la que ha caracterizado, sin faltar matices, al derecho público alemán (en lo que no se desconocen las influencias posteriores que la evolución de la realidad jurídico administrativa ha irradiado sobre él a lo largo del siglo XX y que se proyecta al XXI). Ello significaría, entonces, reconocer la existencia de un contrato de derecho público (*öffentlichen-rechtlichen Verträge*), pero cuyo centro objetivo básico, a diferencia de la categoría contractual francesa, se ubicaría en las relaciones entre entidades

públicas y, por excepción, en determinadas relaciones con los particulares¹⁹. De ahí que se concluya que los vínculos contractuales entre la Administración pública y los administrados o particulares siguen librados, en su núcleo de regulación básica, a los predios del derecho privado, con la intervención en ese marco regulador de disposiciones de naturaleza administrativa.

Según ha señalado un autor como Sven Müller-Grune, a tenor de la ley alemana de procedimiento administrativo (1976): “[...] el legislador ha recogido normas que representan el marco para la contratación pública en el derecho administrativo general. En términos generales, el

objet l'attribution d'un avantage à un administré ou l'exécution d'une tâche d'intérêt public; il relève du droit public”. También: Knapp, Blaise, *Précis de Droit Administratif*, Editions Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1980, p. 158 y sigs. Como acogía Knapp (*op. cit.*, p. 158): “Pendant une période prolongée, la doctrine suisse s'est montrée réticente envers l'idée même du contrat de droit administratif (F. Fleiner, p. 209 sigs.; Z. Giacometti, p. 441 sigs.; W. Burckhardt, pp. 66/67)”; luego esbozaba compactadamente los principales argumentos que eran esgrimidos por esa doctrina para el rechazo de la figura contractual administrativa, que son, en esencia, los mismos que operaban en la doctrina alemana; y finalmente reconocía: “Au cours de ces dernières années, notamment sous l'influence du rapport du H. Zwahlen, une évolution s'est produite. Le contrat de droit administratif est maintenant plus largement admis, même s'il conserve une place modeste dans la pratique”; a renglón seguido añadía: “C'est ainsi que des auteurs comme A. Grisel (p. 219) ou Imboden/Rhinow (no 46) no mettent plus en doute la légitimité d'un tel contrat”. Veáanse además las alusiones a la jurisprudencia del Tribunal Federal suizo que hacía el propio Knapp, Blaise, *op. cit.*, p. 159; de éste autor hay que decir además que era de los que respaldaba la existencia de los contratos administrativos. El *rapport* de H. Zwahlen, del que hacía mención Knapp, se titulaba *Le contrat de Droit administratif*, y se publicó en 1958 en *Rapports y communications de la Société suisse des juristes*. En la conclusión de François Bellanger (“Autorité et contrat dans l'administration moderne en Suisse”, en *Annuaire Européen d'Administration Publique*, Volume XX, 1997, Centre de Recherches Administratives, Faculté de Droit et de Science Politique D'Aix-Marseille, Université de Droit, d'Economie et des Sciences D'Aix-Marseille, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1998, p. 165), también hace algunos años ya: “La question de la place du 'contrat' dans l'administration moderne relève en Suisse moins dans le domaine juridique que de la science politique. En effet, les autorités administratives ont toujours été réticentes à utiliser ce moyen d'action. Elles préfèrent la forme plus usuelle de la décision, acte unilatéral par excellence. L'accroissement progressif des fonctions de l'État n'a pas modifié cet état de fait, jusqu'à la grave crise des finances publiques traversée par la Suisse depuis le début des années 1990. Les difficultés budgétaires rencontrées aussi bien par l'État fédéral que les cantons ont incité les administrations à réfléchir à de nouveaux modes de fonctionnement. Ceux-ci ont ouvert la voie à une utilisation plus importante de la forme contractuelle”.

¹⁸ Según Maurer: “La concepción negativa de Otto Mayer encontró en la literatura jurídica poco eco y respaldo. Con todo, impidió fuertemente el desarrollo del contrato administrativo [...]”. Ver: Maurer, Hartmut, *Introducción al derecho administrativo alemán*, *op. cit.*, p. 118.

¹⁹ Fritz Fleiner (*op. cit.*, p. 168) precisaba que cuando se refería al contrato de derecho público no incluía “[...] a los contratos que versando sobre relaciones civiles concluyen la autoridades administrativas para atender a numerosas funciones administrativas (contrato con un constructor de obras concerniente a la apertura de una calle, etc.), ya se dijo anteriormente que el derecho administrativo alemán (en contraposición al derecho administrativo francés) los considera contratos ordinarios de derecho privado [...]”. Por su parte, Ernest Forsthoff (*op. cit.*, p. 377) también recogía que “[...] el derecho alemán está muy lejos de poseer la contrafigura correspondiente a los *contrats administratifs* franceses, bajo los que el derecho administrativo francés comprende todos aquellos contratos mediante los cuales los particulares se obligan, respecto de la Administración, a cooperar en el cumplimiento de los fines de ésta mediante prestaciones de servicios o entrega de cosas. También es ajena al contrato de derecho público la adscripción material a un determinado dominio, pues se distribuye entre muchas ramas del derecho administrativo, y por eso su índole no se presta a expresarse en formas y conceptos rígidos”. Como ha apuntado en tono compendiador el español José María Rodríguez de Santiago (*op. cit.*, p. 42): “En realidad, donde verdaderamente ha estado siempre centrada la controversia fundamental es en la aceptación de la figura del contrato administrativo de subordinación, aquel que se celebra entre una persona jurídico-pública (sujeto investido de poder público) y un particular (sujeto sometido al poder público), aquel que pretende, por tanto, vincular en virtud de una relación que presupone la igualdad de las partes —la relación contractual— a dos sujetos fundamentalmente desiguales. El contrato de subordinación, que vincula a sujetos todos ellos dotados de poder público, situados en consecuencia en un plano de igualdad esencial (y aquí hay que abstraer de las posibles competencias de tutela de alguna de las partes), no ha sido objeto de esa polémica de principio, si bien, como se verá más adelante, la configuración en concreto de la figura del contrato administrativo de coordinación —presupuesta su admisibilidad casi unánimemente— varía no poco de un autor a otro”.

derecho contractual, que inicialmente entra dentro del ámbito del derecho civil y, a lo sumo, del derecho internacional, es ajeno al derecho administrativo. Por ello se tienen en cuenta particularidades resultantes del derecho público, de modo que la ley contiene normas concretas relativas a la forma [...], la nulidad [...], o la adaptación a condiciones modificadas [...]. Por lo demás, [...] se declaran aplicables a los contratos administrativos con carácter complementario las normas del Código Civil²⁰. También, Maurer ha dicho que al contrato administrativo le “[...] son aplicables las prescripciones generales de la Ley de Procedimiento Administrativo y de manera complementaria las regulaciones contractuales del Código Civil Alemán. La referencia a las prescripciones del Código Civil alemán es destacable. El acto administrativo está circunscrito al área de aplicación del derecho administrativo, en tanto que el contrato es, por el contrario, una categoría general del derecho y por ello puede encontrarse en todas las áreas jurídicas. El recurso subsidiario a las normas del Código Civil alemán vale, pues, no como aplicación de derecho privado, sino como derecho público, ya que el carácter de derecho público del contrato no se modifica”²¹.

Fritz Fleiner expondría claramente el fenómeno de la siguiente manera: “La experiencia enseña que los Municipios, las Mancomunidades municipales y las organizaciones de igual índole concluyen frecuentemente contratos entre sí (ya porque a ello les autorice la ley, ya basándose en un antiguo derecho consuetudinario, pero

siempre con la aprobación de la inspección del Estado) para la realización de aquellas funciones que el Estado les ha transferido para que ejerzan en común, o que les compete en virtud de su autonomía administrativa, tales como instalación de escuelas públicas, construcción y conservación de los caminos vecinales, puentes, etc. Con la conclusión del contrato se propone la distribución de una carga común entre los partícipes. En nada se altera con esto la naturaleza pública de la relación jurídica regulada mediante contrato [...]. En estos casos se puede hablar con razón de un contrato de derecho privado [...]”²². Luego dice sobre *el contrato de derecho público* entre “el Estado soberano y sus súbditos”: “[...] La opinión común ve en el contrato una forma del derecho privado; [...]. Sin embargo, el problema no debe ser planteado tan superficialmente [...]. La mayoría de los actos administrativos, llamados contratos de derecho público, son órdenes unilaterales cuya legitimidad está supeditada al consentimiento del interesado. Únicamente en los casos en que la ley o el derecho consuetudinario han admitido la forma de contrato, y, por lo tanto, renunciando a la reglamentación unilateral de una relación jurídica, puede la autoridad hacer uso del contrato [...]. Un examen más detenido enseña que en la mayoría de los casos en que las leyes admiten la forma de contrato no se trata de originar nuevos deberes y derechos legales, sino de modificar las ya existentes. Entre estos casos se encuentran los contratos de las autoridades fiscales con los contribuyentes acerca del importe de cada contribución, el acuerdo entre

²⁰ Müller-Grune, Sven, “Fundamentos del Derecho Administrativo en Alemania”, en AA VV, *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, México, D.F., Fundación Konrad Adenauer, A.C., Oficina México, 2010, p. 46. Esta percepción es lugar común entre los estudiosos fuera del contexto alemán, sirva como botón de muestra mínimo lo que registraba el español Santiago González-Varas Ibáñez (*El Derecho Administrativo Privado*, Madrid, Editorial Montecorvo, S.A., 1996, pp. 227 y 228) al compendiar: “En el derecho alemán se parte de la incardinación del contrato de la Administración dentro *del derecho privado*, pues no existe un sistema administrativo de contratos. El punto de partida está en el principio de libertad de pactos en el derecho civil. El sistema de fuentes presenta empero ciertas peculiaridades. Junto al Código Civil, la regulación de los contratos se completa mediante una serie de disposiciones (Bestimmungen) especiales (u órdenes de adjudicación) donde se establecen determinadas *pautas para la contratación*, en general, de los particulares, siempre que se refiera a contratos de obras y de suministros (las llamadas *Verdingungsordnungen für Bauleistungen und für Leistungen*). Por su naturaleza jurídica, no tienen carácter de normas vinculantes, al ser simples recomendaciones cuya aplicación o validez resulta sólo en caso de que las partes contratantes pacten su sometimiento a las mismas. De ahí que pueda afirmarse que el carácter civil de la contratación impregna el momento mismo de la *adjudicación*”. Ver también, de González-Varas Ibáñez, *El contrato administrativo*, Madrid, Civitas Ediciones, S.L., 2003, pp. 65 y 66.

²¹ Maurer, Hartmut, *Introducción al derecho administrativo alemán*, op. cit., pp. 100 y 101.

²² Fleiner, Fritz, op. cit., pp. 168 y 169. Seguidamente diría: “[...] Pero ya [...] se ha aludido al hecho de que frecuentemente las partes contratantes no se limiten, en tales convenios, a establecer deberes de prestaciones recíprocas, sino que se proponen sentar normas jurídicas objetivas a las cuales se habrá de ajustar la gestión de los referidos asuntos administrativos. A esta última clase de pactos le corresponde el carácter de convenios generadores de derecho”. Además, concluiría: “En los casos a que venimos haciendo mérito, se trata de relaciones entre personas iguales [...]”.

una Mutua profesional y el obrero asegurado, acerca de la indemnización por accidente de trabajos, contratos entre el expropiador y el expropiado acerca de la suma de la indemnización, etcétera. Los contratos citados pertenecen, sin excepción, al derecho público, porque regulan ciertas relaciones jurídicas creadas por el derecho público [...].²³

Sobre esa topografía se ha desarrollado la construcción jurídica de la figura del *contrato de derecho público* en el ordenamiento jurídico alemán²⁴; y es el punto de partida de autores como Forsthoff cuando concluía: “Bajo estos supuestos, no es pertinente negar carta de naturaleza al contrato dentro del derecho administrativo, como alguna vez se ha hecho, pues de ese modo se haría un mal servicio a la ciencia jurídica, la cual no puede desconocer fenómenos jurídicos firmemente arraigados en el uso, si no quiere perder todo contacto con la realidad del derecho

[...]”²⁵. Asimismo, se ha dicho hoy: “[...] Hay solo pocos pronunciamientos en la literatura jurídica que nieguen el contrato, fundamentalmente por razones de principio o políticas”²⁶.

Desde una perspectiva mucho más contemporánea, Maurer ha precisado que el contrato administrativo se diferencia de los demás contratos porque se trata de una relación jurídica de derecho público, en la que es determinante el contenido del contrato, la posición jurídica de las partes no es relevante; y en virtud de que solo el objeto contractual es relevante, pueden también celebrarse contratos administrativos entre particulares. Señalando entonces que el contrato administrativo está delimitado por tres dimensiones: primera, como contrato de derecho público, frente a los contratos de derecho privado; en segundo lugar, como regulación bilateral frente al acto administrativo y tercera, como acuerdo vinculante jurídicamente frente a los así denominados “acuerdos informales”²⁷.

²³ Fleiner, Fritz, *op. cit.*, pp. 169 y 170.

²⁴ Ver, Forsthoff, Ernest, *op. cit.*, p. 372. Observaba Sebastián Martín-Retortillo Baquer (“La institución contractual...”, *op. cit.*, p. 78): “[...] La doctrina de los *öffentlichen-rechtlichen Verträge* fue elaborada, y así se concretó inicialmente, para un ámbito superior al estrictamente administrativo. Pertenece, en su sustantividad, al derecho constitucional; esto es, al ordenamiento propio del Estado en cuanto tal; se diría que el derecho administrativo la desarrolla en concreto no tanto como figura específica suya, sino que la recoge en cuanto participa, y en la medida en que lo hace, en ese ordenamiento superior que es el Estado; esto es, en tanto en cuanto el *Verwaltungsrecht* está comprendido en el *Staatsrecht*. Como *öffentlichen-rechtlichen Verträge* se consideran no sólo los que la Administración pública concluye, y que son los que aquí nos interesan, sino también pactos, tratados, concordatos, materia ésta, es obvio, propia del derecho constitucional o del internacional [...]”.

²⁵ Anteriormente, Forsthoff había afirmado (*op. cit.*, pp. 372 y 373): “En el derecho administrativo, los contratos de derecho público representan un fenómeno muy frecuente. A veces se hallan previstos en las mismas leyes como un medio para regular determinadas relaciones, pero tampoco es raro que falte base legal. La estructura de la Administración alemana suministra un fundamento esencial para la extensión de los contratos de derecho público. Las funciones administrativas se reparten entre innumerables órganos relativamente autónomos, que se encuentran con la asignación de ciertas obligaciones sobre la base de una equiparación. Así se dan los supuestos previos naturales para la estipulación de contratos. Pero los ejemplos indicados muestran que no sólo pactan recíprocamente los grupos que están en plan de coordinación, sino también los que mantienen una relación de jerarquía”; el propio Forsthoff (*op. cit.*, p. 376) era enfático sobre la existencia de la figura del contrato de derecho público según la perspectiva destacada, al exponer: “[...] La discusión está actualmente periclitada, puesto que el contrato se ha impuesto contra todos los escrúpulos de la ciencia”. En un tono contemporáneo, y en traducción hecha a nuestro idioma, véase el análisis de los también alemanes: Krebs, Walter, “Contratos y convenios entre la Administración y los particulares”, en *Documentación Administrativa*, Nros. 235-236, El Derecho Administrativo en Alemania: tendencias actuales (II), julio-diciembre, 1993, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, Ministerio para las Administraciones Públicas, p. 55 y sigs. y Maurer, Hartmut, *Introducción al derecho administrativo alemán*, *op. cit.*, p. 99 y sigs. El francés Christian Autexier (*Introduction au droit public allemand*, 1^{re} édition, Paris, Presses Universitaires de France, 1997, p. 257) destaca: “Longtemps considéré comme une impossibilité logique, notamment par Otto Mayer pour qui les rapports de droit public ne pouvaient être qu'unilatéraux, le contrat de droit public a désormais

trouvé place comme une catégorie autonome de l'activité des autorités administratives. Encore rejetée par Fritz Fleiner [...], acceptée, mais rapidement présentée par Ernest Forsthoff [...], la notion a d'abord été reconnue par la Cour fédérale administrative (BverwGE 23, 213 [215 et s.]) qui s'appuie sur la tradition du tribunal administratif supérieur de la Prusse pour reconnaître un instrument d'action de l'administration démocratique contemporaine [...]”.

²⁶ Maurer, Hartmut, *Introducción al derecho administrativo alemán*, *op. cit.*, p. 119.

²⁷ Idem, pp. 101 y 102.

En definitiva, el respaldo legal de la figura contractual pública dentro del orden normativo alemán llegó a través de la Ley de Procedimiento Administrativo del 25 de mayo de 1976, que, al decir de Karl-Peter Sommermann, dotó por primera vez al contrato administrativo de una sólida base legal²⁸; y por la que se reconoció definitivamente la admisibilidad de contratos entre la Administración y los ciudadanos en la esfera del derecho público²⁹, aun cuando esa Ley de Procedimiento Administrativo alemana no agotó las regulaciones positivas sobre las relaciones contractuales administrativas, sino que reguló un núcleo básico esencial al respecto, librando el resto de ese régimen jurídico al desarrollo jurisprudencial y a la operatividad complementaria de los preceptos sobre contratación contenidos en el Código Civil³⁰.

²⁸ Sommermann, Karl-Peter, "Autorité et contrat dans l'Administration moderne en Allemagne", en *Annuaire Européen d'Administration Publique*, Volume XX, 1997, Centre de Recherches Administratives, Faculté de Droit et de Science Politique D'Aix-Marseille, Université de Droit, d'Economie et des Sciences D'Aix-Marseille, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1998, p. 22. Para Harmut Maurer (*Introducción al derecho administrativo alemán*, op. cit., p. 119): "[...] La Ley de Procedimiento Administrativo de 1976 produjo entonces con sus regulaciones sobre el contrato la ruptura definitiva. Con ello, se estableció el contrato administrativo de lege data [...]". Ver también cómo se expresaba Rodríguez de Santiago, José María, op. cit., p. 55.

²⁹ Sommermann, Karl-Peter, op. cit., p. 27. En este sentido, Sommermann comentaba: "[...] *Jusqu'à l'adoption de la loi de 1976, qui entra en vigueur le 1er janvier 1977, il y avait toujours eu, malgré une pratique inverse, des auteurs qui, dans la tradition d'Otto Mayer, contestaient qu'un contrat de droit public, dont une des parties était un particulier, puisse être compatible avec la logique de ce droit*". En explicaciones de Martin Bullinger (op. cit., p. 159) en su momento: "*Depuis 1945, la notion d'Otto Mayer de souveraineté immanente à toute action de l'administration est apparue progressivement trop marquée par les idées monarchiques. Par conséquent, les refus d'admettre qu'il y ait de véritables contrats entre administration et administré est de plus en plus jugé incompatible avec les principes constitutionnels de la démocratie et d'Etat de droit. Le § 54 des Codes de procédure administrative veut apparemment consacrer cette évolution des idées en admettant qu'une autorité administrative peut conclure un contrat au lieu d'émettre un acte administratif pourvu qu'une disposition législative ne s'y oppose pas. Cette interchangeabilité des deux formes de l'action administrative semble aller d'un extrême à l'autre et ne sera pas facilement adoptée par la doctrine et la pratique. Il est douteux, par exemple, que le contrat puisse devenir la forme légitime d'un permis de construire ou que la loi régissant ce permis n'exige pas la forme de un acte administratif*". Por su lado, Walter Krebs (op. cit., p. 56) aportaba el siguiente dato sobre la recepción normativa de los contratos entre la Administración y los particulares: "[...] El Artículo 121 del Schleswig-holsteinischen Landesverwaltungsgesetzes (Ley de Administración Territorial de Slesvig-Holstein), del 18 de abril de 1967, lo recoge, por primera vez, en su modalidad jurídico-pública [...]". Este último dato es recordado, entre otros, por Masucci, Alfonso, op. cit., p. 432, nota 31. Un buen resumen de los antecedentes de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1976, de Alemania, en lo tocante al contrato de derecho público, puede verse en: Huergo Lora, Alejandro, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, op. cit., nota 51, pp. 56 y 57.

³⁰ En las consideraciones de Harmut Maurer (*Introducción al derecho administrativo alemán*, op. cit., p. 100): "El contrato administrativo está regulado en Alemania -junto con el acto administrativo- en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1976. Esta ley no solo se refiere al derecho procesal, sino también a derechos jurídicos materiales. En cuanto al acto administrativo, el legislador tuvo en cuenta lo expresado por la jurisprudencia y la literatura jurídica

En gráfica reseña de Reinhard Hendler al respecto: "La prolongada disputa jurídica acerca de la admisibilidad de los convenios jurídico-públicos ha sido finalmente resuelta por el legislador en la segunda mitad de los años setenta. En ese momento fueron aprobadas las leyes de procedimiento administrativo (LPA) de la federación y de los *Länder*, que en los parágrafos 56 a 62, respectivamente, contienen idénticas reglas especiales sobre los convenios jurídico-públicos. Según el Artículo 54, LPA, puede concluirse un convenio jurídico-público siempre que no existan normas que lo impidan. Como se establece expresamente en el precepto, la autoridad puede asimismo suscribir un convenio en aquellos casos en que también podría dictar un acto administrativo"³¹.

que se había publicado hasta ese momento. Se adentró, por un lado, en un terreno desconocido en lo que tenía que ver con el contrato administrativo. Por lo mismo, el legislador fue muy cauteloso y se limitó solo a dar unos pocos principios. Los detalles específicos fueron dejados para su desarrollo posterior, especialmente por parte de la jurisprudencia [...]". Maurer indicaba que esa ley procesal regulaba solamente: el concepto de contrato administrativo, la admisibilidad fundamental del contrato administrativo, dos tipos esenciales de contratos (concretamente el contrato de transacción y el contrato sinalagmático), su forma escrita, el consentimiento de tercero en caso de contratos onerosos, los efectos jurídicos de la antijuridicidad, la adaptación en presencia de cambios de circunstancias, el sometimiento a la inmediata ejecución. Ver, igualmente: Müller-Grüne, Sven, "Fundamentos del Derecho Administrativo en Alemania", op. cit., p. 46. Por su lado, José Luis Meilán Gil (*La estructura de los contratos públicos...*, op. cit., p. 62) hacía la salvedad de que esa regulación está "[...] llena de lagunas y de remisiones al BGB que, de acuerdo con el parágrafo 62, se le aplica con carácter supletorio".

³¹ Hendler, Reinhard, "Convenio jurídico-público y contrato público en la República Federal de Alemania", en Martínez López-Muñiz, José Luis y Laguna de Paz, José Carlos, *Contratación pública*, Madrid, Jornadas de Valladolid, 27-29 de enero de 1993, Cámara de Contratistas de Castilla y León, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996, p. 126.

A ello súmese la convicción que subyace en valoraciones más cercanas a nosotros en el tiempo, como las que hiciera Eberhard Schmidt-Assmann, sobre el valor de la técnica contractual administrativa dentro del sistema de formas jurídicas, y tendremos un posicionamiento más solidificado de esa técnica en el interior del universo *iuspublicístico* alemán. Para Schmidt-Assmann: “[...] el contrato administrativo es un instituto que no está colocado por detrás en su dignidad desde el punto de vista del Estado de Derecho respecto al acto administrativo. La opinión de que el contrato administrativo sirve en la práctica frecuentemente para dar cobertura a situaciones ilegales no es defendible desde un examen de la realidad jurídica. La Administración no está a un principio de primacía del 'decidir sobre el acordar'. Incluso el derecho comunitario estrictamente vinculado desde un punto de vista competencial no se queda en las formas de actuación unilateral (Art. 189 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), sino que reconoce expresamente los contratos jurídico-públicos y privados

como medio de acción de la comunidad (cfr. Art. 181 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea). En el sistema de las formas jurídicas no ocupa el derecho de la contratación administrativa ninguna posición excepcional. Pertenece más bien a la normalidad”³².

Dentro de la categoría alemana del contrato de derecho público (*öffentlichen-rechtlichen Verträge*), que se ha llegado a definir, en razón de la letra del § 54 del Código de Procedimiento Administrativo de 1976, como un “contrato por el que una relación de derecho público es creada, modificada o extinguida”³³, se ha reconocido por la doctrina que opera una clasificación fundamental atendiendo a las relaciones entre las partes contratantes y su cualidad subjetiva, a partir del estatus que ocupan esos sujetos dentro del orden posicional que determina la dinámica estructural, organizacional y funcional *iusadministrativa* de ese país³⁴. Aparecen así los llamados *contratos de coordinación* (*koordinationsrechtliche Verträge*) y los *contratos de subordinación* (*subordinationsrechtliche Verträge*)³⁵.

³² Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistémica*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2003, pp. 326 y 327. Por su lado, Sven Müller-Grüne (*op. cit.*, p. 46) acotaba sobre el contrato administrativo: “[...] Son múltiples las ventajas de este tipo de contrato. Por un lado al asumir este tipo de vinculación contractual, el nivel de comunicación entre las partes del procedimiento administrativo cambia en el sentido de que una relación jurídica de subordinación se convierte en una relación de paridad horizontal. Por el otro lado, a través de las relaciones contractuales resulta posible eliminar o evitar con mayor facilidad dudas e incertidumbres, y se incrementa la seguridad jurídica, así como la aceptación de la actuación administrativa”. También: Maurer, Hartmut, *Introducción al derecho administrativo alemán*, *op. cit.*, p. 119 y sigs.

³³ Ver: Bullinger, Martin, *op. cit.*, p. 161; y Maurer, Hartmut, *Droit Administratif allemand*, *op. cit.*, pp. 262 y 263. Según refería Karl-Peter Sommermann (*op. cit.*, p. 27): “[...] Seuls les contrats, qui visent à créer, modifier ou supprimer un rapport de droit relevant du domaine du droit public, peuvent être considérés comme contrats administratifs. Autrement dit: un contrat ne peut être qualifié de droit administratif que si son objet, son contenu, produit des effets dans le domaine du droit public. D'autres critères d'identification qui s'appliquent en droit français, comme l'appartenance à la gestion publique, l'insertion de clauses exorbitantes du droit commun ou la question de savoir si l'objet du contrat porte sur l'exécution de travaux publics, d'un service public ou sur l'occupation du domaine public, n'ont pas d'importance en droit allemand, à l'exception du deuxième critère (celui des clauses exorbitantes) qui possède une valeur d'indice également en droit allemand. Ici, la délimitation entre le droit privé et le droit public se fait selon la théorie de la personne de rattachement. D'après cette théorie, un rapport juridique relève du droit public quand les règles du droit applicables son rattachées à un organe investi de puissance souveraine. Ou à l'inverse: quand une règle de

droit est susceptible d'être appliqué dans les rapports juridiques des particuliers sans intermédiaire administratif, il s'agit d'une règle de droit privé. Según exponía Rolf Stober (*Derecho Administrativo Económico*, Traducido y anotado por Santiago González-Vara Ibáñez, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1992, p. 240): “Un contrato se adscribe al derecho público cuando su objeto se equipara a un supuesto de hecho regulado por una norma de derecho público. Para la averiguación de su naturaleza jurídica tiene que valorarse el contenido completo [...], el fin del contrato [...] y la voluntad de los contrayentes”.

³⁴ Hartmut Maurer (*Droit Administratif allemand*, *op. cit.*, p. 368) destacaba que esa distinción se funda en las relaciones existentes entre las partes del contrato. Ver también Sommermann, Karl-Peter, *op. cit.*, p. 28. Por su parte, Sebastián Martín-Retortillo Baquer (“La institución contractual...”, *op. cit.*, p. 87) estimaba que la idea que se manifiesta en esa clasificación se refiere únicamente a la posición que cada uno de los sujetos tiene o puede tener, considerados en una posible escala graduatoria determinada por su “publicidad”.

³⁵ Ver, entre otros, a: Forsthoff, Ernest, *op. cit.*, p. 373; Bullinger, Martin, *op. cit.*, p. 162; Stober, Rolf, *op. cit.*, pp. 240 y 241; Maurer, Hartmut, *Droit Administratif allemand*, *op. cit.*, pp. 368 y 369; Hendler, Reinhard, *op. cit.*, p. 128; Sommermann, Karl-Peter, *op. cit.*, p. 26; Schmidt-Assmann, Eberhard, *op. cit.*, pp. 327 y 328; Maurer, Hartmut, *Introducción al derecho administrativo alemán*, *op. cit.*, pp. 107 y 108; Autexier, Christian, *op. cit.*, pp. 258 y 259; Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, “La institución contractual...”, *op. cit.*, pp. 86 y 87; Huergo Lora, Alejandro, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, *op. cit.*, p. 58 y sigs.; Ariño Ortiz, Gaspar, “Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el Derecho español y europeo”, en Cassagne, Juan Carlos (Director) et. al., *Derecho Administrativo*, Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1998, p. 877; Rodríguez de Santiago, José María, *op. cit.*, p. 42 y sigs.; y Meilán Gil, José Luis, *La estructura de los contratos públicos...*, *op. cit.*, p. 63.

Maurer precisaba que la Ley de Procedimiento Administrativo alemana de 1976 no conoce esa distinción entre contratos de coordinación jurídica y contratos de subordinación jurídica, pero partía de ella³⁶. Mientras, el español Alejandro Huergo Lora recordaba que esta distinción entre *contratos de coordinación* y *contratos de subordinación* operaba ya en la doctrina alemana antes de la entrada en vigor de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1976³⁷; y mencionaba a autores de la talla de Apelt y Stern, diciendo que para ellos la *coordinación* y la *subordinación* se referían a la relación en que se encuentran las partes entre sí, por su estatus jurídico-público, con independencia de cuál sea la relación a que se refiere el contrato (subordinación entre la Administración y particulares; coordinación entre administraciones). Sobre esos conceptos precisaba Huergo Lora que su utilización había sido criticada, porque suponían aceptar implícitamente argumentos de Otto Mayer (la superioridad esencial u ontológica de la Administración, al margen de las potestades de que sea titular en cada caso concreto), justo en el momento en que (contra la opinión defendida por Mayer) se acepta la existencia de contratos de derecho público³⁸.

A tenor de la Ley Procedimental Administrativa de 1976, los *contratos de coordinación* serían entonces los que se establecen entre los contratantes en un plano jurídico de

igualdad (porque las partes intervinientes son cualitativamente iguales desde el punto de vista del derecho público); y el supuesto característico es el que se da entre poderes públicos o entidades administrativas³⁹, e implican una coordinación de su actuación a efectos del cumplimiento de determinados cometidos públicos, relativos fundamentalmente a la ejecución y gestión de obras y actividades prestacionales que son de realización común, o que resultan de beneficio común para las partes intervinientes⁴⁰.

Los *contratos de subordinación*, por el contrario, serían los que se establecen entre la Administración pública o los poderes públicos y los individuos u otras entidades administrativas, donde la Administración pública ostenta una posición de supremacía sobre su contraparte, y aquéllos, a su vez, están en una situación de subordinación en relación con la primera; de ahí que tradicionalmente se diga que es un vínculo que tiene lugar entre sujetos desiguales, y que no están en pie de igualdad entre ellos, y que como técnica jurídica viene a utilizarse en lugar del acto administrativo, adquiriendo un cierto carácter sustitutivo en relación con este último acto igualmente procedente en un supuesto de esta índole⁴¹. A tenor de la realidad funcional que plantea tal especie de contrato público, ha podido decir Reinhard Hendler que en este

³⁶ Maurer, Hartmut, *Introducción al derecho administrativo alemán*, op. cit., p. 107.

³⁷ En consonancia con esas afirmaciones de Huergo Lora, no es ocioso referir a un autor, Ludwig Spiegel –crítico de la construcción sistémica que realizara Mayer, como él mismo reconoció indubitablemente–, quien mostraba una clave de pensamiento imperante en el área de influencia más directa de la cultura *iuspublicística* alemana en la primera mitad del siglo XX, y en la que se puede apreciar la base de sustentación conceptual de la *coordinación* y la *subordinación* como presupuestos estructurales y funcionales en las técnicas jurídicas a las que se aplicaban. Spiegel (*Derecho Administrativo*, Traducción del alemán por Francisco J. Conde, Barcelona, Editorial Labor, S.A., 1933, p. 151) indicaba: “El derecho privado descansa en la idea de coordinación de los ciudadanos, mientras que el derecho administrativo subordina los individuos a la Administración [...]. Mientras que en el derecho administrativo lo esencial es la actividad del Estado, o, en términos generales, la actividad de la Administración pública –las relaciones jurídicas entre la Administración y los individuos y de estos entre sí nacen sólo por virtud de los preceptos que rigen la actividad de la Administración–; en el derecho privado, la actividad del Estado se considera como anormal [...]. En esto consiste la técnica peculiar del derecho privado, que se manifiesta en la coordinación de los ciudadanos, en la realización del derecho por éstos y –para que esto sea posible– en el establecimiento de un sistema de derechos subjetivos, puestos a disposición de los ciudadanos”; luego añadía el antiguo profesor de la otrora Universidad alemana de Praga (p. 152): “El derecho administrativo revela, por el contrario, la supremacía de la Administración y la realización del derecho por ésta [...]”.

³⁸ Ver: Huergo Lora, Alejandro, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, op. cit., nota 55, p. 59.

³⁹ Reinhard Hendler (op. cit., p. 128) hacía la acotación siguiente: “[...] En la doctrina jurídica alemana la cuestión de si los convenios jurídico-públicos, en supuestos excepcionales, también pueden ser concluidos entre personas privadas se responde de manera diversa. Si se contesta afirmativamente, dichos convenios pertenecen a la categoría de los convenios de coordinación”.

⁴⁰ Ver, entre otros, a: Fleiner, Fritz, op. cit., pp. 167 y 168; Forsthoff, Ernest, op. cit., p. 373; Bullinger, Martin, op. cit., p. 162; Maurer, Hartmut, op. cit., p. 368; Sommermann, Karl-Peter, op. cit., p. 26; Maurer, Hartmut, *Introducción al derecho administrativo alemán*, op. cit., p. 108; Autexier, Christian, op. cit., p. 259; Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, “La institución contractual...”, op. cit., p. 86; Ariño Ortiz, Gaspar, “Contrato y poder público...”, op. cit., p. 877; y Meilán Gil, José Luis, *La estructura de los contratos públicos...*, op. cit., p. 63. Escribía Rolf Stober (op. cit., pp. 240 y 241): “Los contratos de *contenido económico en relaciones de coordinación* son aquéllos en que ambas partes contratantes están, al respecto del objeto contractual, en una situación paritaria. Se conciertan entre agentes administrativos que pretenden entablar una colaboración entre sí. Estos contratos son también posibles, empero, entre la Administración y un particular (Henke, DÖV 1985, 41 ff.) como expresión del principio de colaboración”; Stober señalaba como ejemplo (op. cit., p. 241) de este supuesto contractual: “Distintas industrias y Cámaras de Comercio estipulan un contrato acerca de una institución de perfeccionamiento de conocimientos”.

⁴¹ Para Rolf Stober (op. cit., p. 241): “[...] Los contratos de *contenido económico en relaciones de subordinación* son los que se colocan en vez de un acto administrativo (Artículo 54.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo)”. En la nota 32 al pie de la p. 240, Stober reproducía de la siguiente manera el artículo al cual alude en el segmento anteriormente referido: “El Artículo 54.2 dice: ‘La autoridad administrativa puede acordar un contrato en vez de dictar un acto

tipo de contrato o convenio radica la problemática fundamental del derecho de los convenios públicos⁴². Los ejemplos de este tipo de contrato son de diversa proyección: acuerdos fiscales sobre el monto de determinado tributo, sobre expropiaciones y el valor de la indemnización (contratos expropiatorios), sobre urbanización, sobre subvenciones, etcétera⁴³.

Igualmente sobre la base de la letra del articulado de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1976, la doctrina identifica otra tipología contractual pública, que atiende esta vez al contenido de la contratación. Siguiendo en esto las anotaciones de Hendler, hay que precisar que en los párrafos 55 y 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1976 se establecían reglas especiales para los llamados *convenios* o *contratos de fijación* (*Vergleichsverträge*) y para los *convenios* o *contratos de intercambio* (*Austauschverträge*), que se daban tanto en el marco de los contratos de *coordinación* como en los de *subordinación*, pero las regulaciones contenidas en los párrafos 55 y 56 eran reglas especiales para los contratos de subordinación. El *convenio de fijación* tiene

administrativo con aquél que hubiera resultado obligado si se hubiera dictado un acto administrativo". Ver también Sommermann, Karl-Peter, *op. cit.*, p. 26. Según destacaba Christian Autexier (*op. cit.*, p. 259): "[...] Le contrat de type subordination (subordinationsrechtlicher Vertrag) intervient dans une situation d'inégalité structurelle des partenaires, en sorte que l'un aurait pu recourir à la technique unilatérale de l'acte administratif". Interesante resultan los razonamientos de Martin Bullinger (*op. cit.*, p. 162) cuando precisaba sobre los contratos de subordinación: "Presque toutes les dispositions des Codes sont donc relatives au contrat de subordination; la définition qu'en donne le § 54 est d'ailleurs inexacte, car elle ne fait mention du contrat qui remplace un acte administratif (contrat décisoire) alors que la plupart des contrats de subordination ne contiennent que l'obligation de l'administration soit prendre un tel acte (contrat créateur d'obligations). L'essentiel est que l'administration soit dotée du pouvoir de décider unilatéralement dans la matière que fait l'objet du contrat"; a renglón seguido Bullinger acotaba: "Si l'on distingue ainsi entre ces deux catégories de contrats de subordination, le contrat décisoire et le contrat créateur d'obligations, ce qui fait défaut dans les Codes, il devient évident que le contrat décisoire trouve son pendant dans l'acte administratif et le contrat créateur d'obligations dans la promesse". Véanse, además, las explicaciones del español: Huergo Lora, Alejandro, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, *op. cit.*, p. 58 y sigs.

⁴² Hendler, Reinhard, *op. cit.*, p. 128. También en este sentido, Maurer, Hartmut, *Introducción al derecho administrativo alemán*, *op. cit.*, p. 108: "[...] Los problemas verdaderos del contrato administrativo se sitúan en el contrato de subordinación jurídica [...]"

⁴³ Ver, entre otros, los supuestos que reflejan: Fleiner, Fritz, *op. cit.*, p. 170; Forsthoff, Ernest, *op. cit.*, p. 375; Stober, Rolf, *op. cit.*, p. 240; Maurer, Hartmut, *Droit Administratif allemand*, *op. cit.*, pp. 368 y 369; Hendler, Reinhard, *op. cit.*, p. 128; Autexier, Christian, *op. cit.*, pp. 257 y 259; Ariño Ortiz, Gaspar, "Contrato y poder público...", *op. cit.*, p. 877; Rodríguez de Santiago, José María, *op. cit.*, p. 41. Maurer (*Droit Administratif allemand*, *op. cit.*, pp. 368 y 369) acudía a los siguientes ejemplos: "[...] tels contrats se rencontrent principalement dans le droit de l'urbanisme; [...], les contrats d'aménagement conclus aux termes du paragraphe 123-III de la loi fédérale sur l'urbanisme (Bundesbaugesetz) (B Baug) (BVerwGE, t. 32, p. 37; BVerwG, DöV, 1976, p. 349; BGHZ, t. 65, p. 368) - figure aussi dans cette catégorie de contrats le contrat entre le supérieur hiérarchique (Dienstherr) et un fonctionnaire portant sur le remboursement de frais de formation en cas de départ prématuré du service [...]; également le contrat entre

como característica, a tenor del párrafo 55 mencionado, dice Hendler, "[...] la eliminación por mutuo acuerdo de las partes contractuales de una duda en la razonable valoración de los hechos o del derecho. Dicho convenio solamente puede ser concluido cuando la autoridad, tras una debida ponderación reglada, considera conveniente la eliminación de la duda. Con esta limitación se trata de evitar que las autoridades fácilmente acepten la existencia de dudas sobre los hechos o las cuestiones jurídicas y lleguen a acuerdos que no sean conformes con el ordenamiento jurídico". En contraste, lo característico de los *convenios de intercambio*, ahora de acuerdo con el párrafo 56, es que quien realiza el convenio con la autoridad se obliga a una contraprestación; fijándose en esa disposición, como requisitos concretos para que pueda celebrarse un convenio de intercambio, que la prestación del ciudadano: se oriente a un fin determinado, sirva a la autoridad para el cumplimiento de sus competencias públicas, que sea adecuada atendiendo a las circunstancias concurrentes, y que esté en relación real con la prestación convencional de la autoridad⁴⁴. En otra parte de la literatura alemana tradu-

*l'autorité de police et une personne soumise à des obligations de police et relatif à l'exécution d'une obligation de ce type (OVG Münster, OVGE, t. 16, p. 12, démolition d'un kiosque); le contrat portant sur le paiement des frais entraînés par l'exécution à une obligation par un tiers [...]; le contrat relatif à l'octroi d'une subvention; le contrat ayant trait à l'utilisation d'un établissement public"; luego aclaraba sobre tales ejemplos: "Ces exemples montrent que le contrat de subordination a trait, dans certains cas, à l'obligation de prendre un acte administratif (opération tenant lieu d'un acte de ce genre), mais qu'il est d'autres hypothèses ou un tel contrat n'a, malgré tout, aucun lien avec un acte administratif". Ver también el desarrollo de Bullinger, Martin, *op. cit.*, pp. 162 y sigs.*

⁴⁴ Hendler, Reinhard, *op. cit.*, pp. 128 y 129. Karl-Peter Sommermann (*op. cit.*, pp. 28 y 29) comentaba que la ley alemana sobre el procedimiento administrativo, de 1976, mencionaba expresamente dos categorías contractuales públicas, que atendían al contenido: "[...] le contrat de transaction (article 55), qui vise à mettre fin à une incertitude existante, et le contrat d'échange (article 56). La loi stipule que le contrat d'échange (contrat synallagmatique) doit être destiné à l'exécution des tâches (missions) publiques de l'autorité administrative, qu'il est accordé pour un but déterminé, que la contre-prestation du particulier doit être adéquate compte tenu de l'ensemble des circonstances et effectivement en rapport avec la prestation de l'autorité administrative (interdiction des opérations de troc). Entrent dans la catégorie des contrats d'échange les contrats de dispense d'effectuer des travaux de construction, par le exemple, quand le particulier, dispensé de l'obligation d'aménager des places de stationnement sur son propre terrain, s'oblige à payer une somme d'argent destinée à être utilisée pour la construction d'une parking". En igual sentido apuntaba el francés Jacques Ziller (*Administration comparées. Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze*, avec la collaboration de Jean Brouant, Editions Monchrestien-E.J.A., Paris, 1993, p. 306): "En Allemagne les contrats de droit public entre administration et particuliers sont beaucoup moins nombreux qu'en France, mais existent: l'on distingue entre les contrats de compromis (Vergleichsverträge) conclus par l'administration dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, nécessairement administratif, et les contrats d'échange (Austauschverträge), dont la qualification du droit public dépend de l'application de théories particulièrement complexes. Le résultat en est que les contrats de fournitures ou de travail sont des contrats de droit privé, mais que par exemple les contrats relatifs aux actions de la Poste fédérale étaient de droit public alors que les contrats relatifs à celles des Chemins de fer fédéraux étaient de droit privé, alors même que la forme juridique de ces deux services publics était jusqu'à peu la même".

cida al español, estos tipos contractuales han sido etiquetados en nuestro idioma como *contratos de transacción y contratos sinalagmáticos*⁴⁵.

Hasta aquí hemos querido describir, *grosso modo*, las líneas básicas que han caracterizado tradicionalmente al contrato de derecho público como institución jurídica dentro del ordenamiento *iuspúblico* alemán. Sin desconocer que en él se han manifestado influencias que han introducido matices en ese esquema histórico⁴⁶, que permiten hablar de una gradual flexibilización al tiempo de aceptar relaciones contractuales públicas entre la Administración pública y los individuos⁴⁷. En una tendencia que denota un mayor favorecimiento, frente a los típicos instrumentos jurídicos de autoridad (léase, el acto administrativo), de los instrumentos de acción cooperada o concertada, por parte de la Administración pública, en sus vínculos con los individuos⁴⁸; en el marco

de un contexto en el que se potencian las libertades (sobre todo las económicas) de los individuos en su relación con el Estado, y en el que precisamente la acción cooperada o concertada hacia el interior del funcionamiento administrativo es uno de los puntos de valoración de la democratización de dicho funcionamiento⁴⁹. En esa orientación ha destacado Eberhard Schmidt-Assmann: “[...] La doctrina de derecho público se ha venido guiando hasta ahora por una visión demasiado parcial o unilateral, por una concepción jerárquica del orden estatal, de acuerdo con la cual la ley y su ejecución, la unidad de la Administración y los instrumentos de regulación unilaterales constituían sus elementos determinantes (ver 5/3-6). Pero esa pretendida y amplia concepción de una dirección exclusivamente estatal no se ha dado, con ese grado y alcance, en la realidad. La práctica, en efecto, pone de manifiesto que la cooperación es condición o presupuesto para el funcionamiento del Estado. Sólo a través de

⁴⁵Ver lo que figura en: Maurer, Hartmut, *Introducción al derecho administrativo alemán*, op. cit., pp. 108 y 109.

⁴⁶Así, por ejemplo, valgan aquí las alusiones del español Alejandro Lora [“La nueva regulación de los contratos públicos en Alemania. Reflexiones desde el Derecho español”, en Sosa Wagner, Francisco (Coordinador), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 1841 y 1842] cuando reseñaba hace ya algún tiempo: “El diario oficial alemán publicó el 26 de agosto de 1998 la Ley para la Reforma de las Bases de la Adjudicación de los Contratos Públicos (*Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge*), que es la nueva 'norma de cabecera' de este sector del ordenamiento jurídico. En ella se regulan las bases de la selección del contratista, así como la tutela jurídica de los sujetos que aspiran a ella, y está insertada en la Ley de Defensa de la Competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*), como Título VI (§§ 106-138)”; y acto seguido evaluaba: “Esta innovación normativa es de gran interés [...]. Además, porque la ley constituye un capítulo (que puede ser el último) de la 'batalla jurídica' entre la Comisión Europea y la República Federal de Alemania sobre la incorporación al derecho interno de este país de las Directivas comunitarias sobre contratación pública. Este conflicto es una muestra especialmente interesante del proceso de influencia del derecho comunitario sobre los derechos nacionales, y en él se puede observar el alcance de esa influencia, las resistencias que genera, los cauces por los que se resuelven los conflictos y hasta qué punto el derecho comunitario es capaz de imponer a los Estados miembro el abandono de reglas jurídicas consolidadas en sus respectivos ordenamientos”.

⁴⁷El español Gaspar Ariño Ortiz (“Contrato y poder público...”, op. cit., p. 878) evaluaba: “[...] Poco a poco, aunque no sin cierta relucencia, la doctrina jurídica alemana, tan decisiva en ese país para la configuración del orden jurídico, va admitiendo la existencia de contratos administrativos al modo francés, aunque sea con carácter de excepción, para, por ejemplo, la gestión de determinados servicios públicos, la ordenación y fomento de la economía desde el Estado (subvenciones, conciertos económicos en los que el Estado aparece en posición dominante)”. También de Ariño Ortiz, Gaspar, “Estudio introductorio”, en Expósito Vélez, Juan Carlos, *La configuración del contrato de la Administración Pública en el Derecho colombiano y español. Análisis de la selección de contratistas*, 3^{ra} reimpresión de la 1^{ra} edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006,

⁴⁸Véase, por ejemplo, lo que en su momento afirmara Sommermann, Karl-Peter, op. cit., pp. 19 y 20. Según indicaba Eberhard Schmidt-Assmann (op. cit., p. 325),

con el contrato administrativo se encara el tema del “Estado cooperativo” y (op. cit., p. 326) el contrato administrativo era la forma jurídica de la Administración cooperativa. Véase también lo que comentaba, en sentido similar: Maurer, Hartmut, *Introducción al derecho administrativo alemán*, op. cit., pp. 119 y 120; y Parejo Alfonso, Luciano, “La terminación convencional del procedimiento administrativo: naturaleza y características de una nueva figura en el Derecho español”, en Cassagne, Juan Carlos (Director) et. al., *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1998, p. 703 y sigs.

⁴⁹En este sentido, y desde el contexto alemán, Walter Krebs consideraba (op. cit., pp. 59 y 60): “La práctica administrativa nos demuestra que el contrato administrativo está 'de moda'. Y la teoría lo confirma en la polémica actual sobre la orientación estatal del sistema. Teniendo en cuenta la modificación de las funciones estatales hay que plantearse la necesidad de nuevas modalidades cualificadas de actuación y de procedimiento del Estado, especialmente de la Administración. Como la fuerza de orientación de los mandatos imperativos suele ser a menudo –y dependiendo de las condiciones– limitada, se tratará de buscar una mejora del cumplimiento de las disposiciones soberanas, pero también de alternativas y complementos a la actuación estatal unilateral. Conociendo la limitación de los 'medios intelectuales, personales y económicos' del Estado, habrá que centrar la atención en la inclusión de fuerzas sociales para el debido cumplimiento de las funciones estatales. El derecho del medio ambiente y también el derecho social proporcionan suficiente material al respecto”. En el párrafo siguiente Krebs añadía: “Aunque el concepto de 'Estado cooperativo' no ofrezca exclusiva o necesariamente respuestas a todas las cuestiones, sí es cierto que como consecuencia del debate existente en torno a la función orientadora del Estado, puede presumirse que la forma de actuación administrativa consensuada es una práctica habitual dentro de la gama de técnicas orientadoras del Estado y que va adquiriendo cada vez mayor peso”. Para además decir: “[...] Parece plausible la presunción de una mayor aceptación de una resolución administrativa basada en el contrato administrativo. Aunque no es, por supuesto, una fórmula mágica para la solución de 'los nuevos problemas', sí es cierto que será de gran utilidad para su reducción. En cuanto que asegura una mayor aceptación deberá ser tenido en cuenta como posible sustitución jurídica de un mandato soberano unilateral. Pero su verdadero significado tampoco se encuentra en la competencia consensuada que puede hacer a los mandatos imperativos. Aquél se encuentra, más bien, donde el Estado no puede cumplir sus funciones o no puede hacerlo en el modo pretendido sin la cooperación voluntaria de fuerzas sociales organizadas o no organizadas”.

la cooperación con la sociedad puede el Estado obtener la información que precisa para llevar a cabo su función directora y de liderazgo. Para ello no bastan los contactos puntuales entre ambas esferas. Más bien resultan necesarias fórmulas de actuación integradas y duraderas que permitan identificar problemas e idear soluciones de forma conjunta. La policéntrica estructura decisoria del Estado se corresponde con la existencia de redes —cuya densidad puede ser muy variable— de relaciones de cooperación entre el Estado y sociedad”⁵⁰.

El espectro objetivo sobre el que se alza el modelo contractual *iuspúblico alemán* es más estrecho en su alcance que el que impera en el derecho administrativo francés, y, por ende, es más limitada su funcionalidad como técnica de ordenación de relaciones jurídico-

administrativas individualizadas⁵¹. Aunque, no por ello deja de ser una categoría que tiene presencia propia dentro del universo de instituciones jurídicas que abarca el derecho administrativo alemán; y el debate a su alrededor ha servido también para desarrollar científicamente, en su silueta general, la especie contractual —modelos diversos a un lado— dentro de la rama *iusadministrativa*. En este sentido debe reconocerse, en contraste con otros tópicos, que no ha sido precisamente este de la contratación de derecho público, uno de los más trabajados a nivel doctrinal dentro de la ciencia del derecho administrativo alemán⁵²; por lo que su acabado teórico no muestra el nivel de elaboración que tienen otros temas dentro del *iuspublicismo* germano o el desarrollo científico que tiene la cuestión del contrato administrativo en Francia.✱

⁵¹Contrástese esta idea, por ejemplo, con los supuestos que someramente enumera el alemán Krebs, Walter, *op. cit.*, p. 56 y sigs.

⁵²De acuerdo con lo que compendia Hartmut Maurer (*Introducción al derecho administrativo alemán*, *op. cit.*, pp. 118 y 119): “[...] En los manuales de derecho administrativo el contrato administrativo era sin duda mencionado como forma de actuación posible al lado del acto administrativo, pero era tratado de una manera tangencial. Por el contrario, el contrato administrativo fue empleado mucho más en la práctica. En la jurisprudencia, esa situación encontró poca expresión, lo que también resulta comprensible, ya que el contrato está apoyado en el acuerdo de las partes contratantes, de donde se deriva que los casos litigiosos se presentan en una medida mucho menor que con respecto al acto administrativo que es expedido unilateralmente”; y en el párrafo siguiente apreciaba: “Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, el contrato administrativo encontró de manera progresiva en la literatura jurídica un mayor tratamiento e interés. El Tribunal Federal Administrativo se pronunció de manera inequívoca en una decisión fundamental a favor de la admisibilidad del contrato administrativo (*Gaceta del Tribunal Federal Administrativo*, tomo 23, p. 123) [...]”. Esta situación de tratamiento en la bibliografía jurídica alemana ha sido anotada también ya desde hace años por autores fuera de Alemania, como por ejemplo: Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, “La institución contractual...”, *op. cit.*, p. 78; Ariño Ortiz, Gaspar, “Contrato y poder público...”, *op. cit.*, p. 876, y “Estudio introductorio”, *op. cit.*, p. 35; Parejo Alfonso, Luciano, “La terminación convencional...”, *op. cit.*, p. 699. Puede contrastarse lo anterior con la consideración final que sostenía Krebs, Walter, *op. cit.*, p. 84; así como la de H. Bauer, que reproduce Parejo Alfonso, Luciano, en “La terminación convencional...”, *op. cit.*, nota 10, p. 699.

⁵⁰Schmidt-Assmann, Eberhard, *op. cit.*, p. 39. Véase lo que recoge ese autor en *op. cit.*, p. 36 y sigs., respecto al derecho en el “Estado cooperativo”. En sentido similar: Maurer, Hartmut, *Introducción al derecho administrativo alemán*, *op. cit.*, pp. 119 y 120.

LA AUTONOMÍA TRIBUTARIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, A RAÍZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TSJ EN EL CASO “SOCIEDAD ITALIANA DE BENEFICENCIA s/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO”

Responsable:

Dr. Eduardo Sbriz

Coordinador:

Dr. Juan Novillo

Nos permitimos realizar el presente comentario, en punto a lo que considero es la manifestación de uno de los aspectos propios y de mayor importancia respecto de la Ciudad de Buenos Aires, en el marco de su autonomía, a raíz de la reforma constitucional del año 1994.

En este orden de ideas, y a los fines abarcar la comprensión del tema, sobre todo en lo que respecta a la materia tributaria, analizaremos el precedente del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, “Sociedad Italiana de Beneficencia”, en punto al régimen autonómico de la ciudad y en particular del derecho tributario local.

En este marco, y como primera reseña, hemos de mencionar brevemente los hechos del caso en torno a la materia en cuestión.

En este contexto, la Dirección General de Rentas de la Ciudad de Buenos Aires dictó, el 29 de diciembre de 1999, la Resolución N° 4569-DGR-99, por la que determinó de oficio el monto adeudado por la Sociedad Italiana de Beneficencia en concepto de impuesto a los ingresos brutos correspondiente al período fiscal 1988, 12° anticipo mensual.

La Sociedad Italiana de Beneficencia interpuso recurso de reconsideración contra la resolución mencionada, y a raíz de ello la Dirección General de Rentas dictó, con fecha 29 de mayo de 2000, la Resolución N° 1881-DGR-2000, que ratificó la determinación de oficio practicada.

Dicha entidad interpuso recurso de apelación ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, en los términos del Artículo 106 ter del Código Fiscal –Ley N° 150, con las modificaciones introducidas por la Ley N° 322–, contra la

Resolución N° 1881-DGR-2000, lo que motivó el dictado –por parte de la Sala II– de la sentencia de fecha 20 de julio de 2000, la que decidió hacer lugar al recurso de apelación y revocar la resolución recurrida, basándose en que la Sociedad Italiana de Beneficencia se encontraba exenta del pago de impuesto a los ingresos brutos.

En este orden de cosas, el Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la mentada sentencia, el cual fue declarado inadmisibles por la Sala II, motivando así la interposición de una queja. En este marco, el Tribunal dictó sentencia el 26 de marzo de 2002, haciendo lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos por el GCBA, revocando la sentencia recurrida y disponiendo que la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires dictara un nuevo pronunciamiento –ajustado a las pautas establecidas– que comprendiera la totalidad de las cuestiones planteadas en el recurso de apelación que trajera el debate a sede judicial.

La Sala I de la Cámara Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad de Buenos Aires dictó tal sentencia con fecha 22 de octubre de 2002, y en ella rechazó el recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires contra la Resolución N° 1881-DGR-2000.

Así las cosas, la entidad interpuso contra esa decisión un recurso de inconstitucionalidad, el cual fue contestado por la Ciudad y desestimado por el tribunal a quo, lo que motivó la interposición de la queja, que llegada a conocimiento del Sr. Fiscal General Adjunto, fue declarada procedente, pero rechazando el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.



Básicamente los argumentos que la recurrente plantea, en los recursos de inconstitucionalidad y de queja, giran en torno a la errónea aplicación que se habría realizado de la ley local en materia de plazos de prescripción de las obligaciones tributarias, en desmedro del plazo quinquenal que establece el Artículo 4027, inc. 3 del Código Civil. Así las cosas, la sentencia toma en cuenta el plazo de prescripción decenal contemplado en la legislación local (Artículo 1º, inc. b de la Ley N° 19.489, y Ley N° 150) en desmedro del plazo de prescripción quinquenal contemplado en la legislación nacional (Artículo 4027, inc. 3 del Código Civil). Ello, a



Autónoma de Buenos Aires tal como puede ser denominada también según el Artículo 2º de su estatuto constitucional jurado el 1º de octubre de 1996, ha sido desde los confines de su historia un distrito conflictivo tanto para los políticos como para los juristas. Para los primeros, es objeto de disputa permanente por su enorme valor electoral y los segundos, debaten entre ellos la naturaleza jurídica que le cabe.

En este contexto, bajo la Constitución de 1853 la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires era un municipio de naturaleza autárquica, situación ésta que no cambió ni aún cuando la Corte Suprema en el caso “Rivademar”² extendió la autonomía a todos los municipios del país. Es menester resaltar que, en ese entonces, existían limitaciones constitucionales que impedían considerar a Buenos Aires una ciudad dotada de autonomía. Ahora bien, hoy el Artículo 129 de la Constitución le ha conferido un *régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción*. El desafío interpretativo consiste entonces en determinar qué significa ello y bajo qué categoría institucional es susceptible –si lo es– de ser enmarcada la Ciudad Autónoma.

Antes de la reforma la Ciudad de Buenos Aires, al decir de

Los argumentos esgrimidos por la actora.

criterio de la accionante, afectaría el principio de supremacía del ordenamiento jurídico federal tutelado por el Artículo 31 de la Carta Magna, al desconocer la uniformidad y prevalencia de la legislación de fondo dispuesta por el Artículo 75, inc. 12 CN. Por lo que, en cuanto al planteo referido al plazo de prescripción aplicable, cabe destacar que, a entender de la parte accionante, ha existido un exceso por parte del legislador local, al regular plazos de prescripción en materia impositiva distintos a los previstos en el Código Civil, contraviene lo dispuesto en la normativa de carácter federal¹. La Ciudad de Buenos Aires, o la Ciudad

Algunas cuestiones en punto a la autonomía de la CABA.

Bianchi, tenía naturaleza autárquica pero no autonomía. A pesar de ello su régimen siempre fue singular, pues poseía mayor poder que cualquier municipio autónomo, ya que entre otras cosas no solo contaba con representación en el Congreso como Capital Federal, sino que también participaba en el sistema de coparticipación federal al igual que las provincias³.

La reforma constitucional de 1994 alteró sustancialmente el régimen jurídico institucional de la Ciudad de Buenos Aires asignándole un estatus especial de autonomía, la cual solamente se encuentra restringida por:

- a) La Constitución Nacional.
- b) La Ley N° 24.588 que garantiza los intereses del Estado Nacional en su territorio, mientras sea capital.
- c) Las competencias del Congreso Nacional en relación a los intereses de la Nación.

Lo expresado en el párrafo anterior se desprende básicamente del Artículo 129 de la Constitución Nacional, el cual establece lo siguiente:

Art. 129 - “La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen

¹Cfr. Tribunal Superior de Justicia de la CABA *in re* “Sociedad Italiana de Beneficencia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ recurso de inconstitucionalidad denegado”, sentencia del 17 de noviembre de 2003, Buenos Aires.

³Cfr. Alejandra B. Petrella, Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo del 25, 26 y 27 de agosto de 2004, El Calafate, Provincia de Santa Cruz, “La Responsabilidad del Estado”, Ediciones Rap, 2005.

²Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Rivademar, Ángela D. B. Martínez Galván de c/ Municipalidad de Rosario” (Fallos: 312:326).

de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad.

Una ley garantizará los intereses del Estado Nacional, mientras la Ciudad de Buenos Aires sea Capital de la Nación.

En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires para que mediante los representantes que elijan a ese efecto dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones”.

En estos términos, el artículo de la Constitución Nacional, incorporado con la reforma de 1994, establece para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante la CABA) un régimen de gobierno autónomo con facultades de legislación y jurisdicción. Con posterioridad, la Ley N° 24.558, llamada Ley Cafiero –que es aquella que se dicta para garantizar los intereses federales de la Nación mientras Buenos Aires sea Capital de la República–, estableció que la Ciudad tendría facultades propias de jurisdicción en materia contencioso administrativa y tributaria (lo cual es de trascendental importancia en punto a la materia que nos ocupa), contravencional y de faltas y de vecindad (Artículo 8°). Esta es una norma

residual y se da en la medida en que Buenos Aires siga siendo capital de la República⁴.

Así, el 1° de octubre de 1996 se sanciona la Constitución de la CABA (en adelante CCABA), que, en definitiva es la norma reglamentaria del Artículo 129 de la Constitución Nacional, que establece en su Artículo 106 que corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y la decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la misma, por los convenios que celebre la ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas, nacionales y locales. El Poder Judicial se integra así con el Tribunal Superior de Justicia, el Consejo de la Magistratura, los demás tribunales inferiores y el Ministerio Público (que en Buenos Aires, a diferencia de su par nacional, integra el Poder Judicial).

En síntesis, la reforma constitucional de 1994, en su Artículo 129, atribuye a la Ciudad de Buenos Aires la potestad de un gobierno autónomo y es en el marco de dicho estatus jurídico que la misma tiene sus propios Poderes: Ejecutivo (encabezado por el Jefe de Gobierno), Legislativo (ejercido por la Legislatura porteña) y Judicial (conformado por el Superior Tribunal de Justicia, y los demás Juzgados inferiores; hasta hoy solamente fueros contravencional y contencioso).

Ahora bien, en este marco de autonomía, en el cual

La legislación tributaria de la Ciudad de Buenos Aires.

se halla inmersa la Ciudad de Buenos Aires, la legislación tributaria se encuentra regulada en un Código Fiscal, que cuenta con dos partes.

La primera parte es de carácter general, resulta aplicable a todos los tributos y regula, entre otras cuestiones, el ámbito y la autoridad de aplicación, las obligaciones de los contribuyentes y demás responsables, las exenciones generales, la extinción de la obligación tributaria, entre ellas la prescripción; la acción de repetición, las infracciones con sus respectivas sanciones y el procedimiento de determinación de oficio y los recursos administrativos respectivos.

La segunda parte es de carácter particular y está abocada a la regulación de cada tributo en particular, esto es: a) el impuesto sobre los ingresos brutos; b) las contribuciones de alumbrado, barrido y limpieza, territorial y de pavimentos y aceras; c) la tasa por servicio de verificación de

obra; d) las patentes sobre vehículos en general y sobre las embarcaciones deportivas o de recreación; e) los gravámenes por el uso y la ocupación de la superficie, el espacio aéreo y el subsuelo de la vía pública; f) los derechos de cementerio; g) los gravámenes que inciden sobre el abasto y sobre las compañías de electricidad; h) la contribución por publicidad; i) el derecho de timbre, y j) el impuesto de sellos⁵.

Además, rige en el ámbito de la Ciudad un Código Contencioso Administrativo y Tributario (aprobado por Ley N° 189), que regula de forma específica el proceso contencioso, que es entendido, por el propio Código, en términos subjetivos, de forma que son juicios contenciosos todos aquellos en los cuales la Ciudad es parte, tanto como actora como demandada.

A ello se le suma una organización institucional (los

⁴ *Ibidem*.

⁵ Enrique G. Bulit Goñi, *Tasas Municipales*, tomo II, 1ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2007, p. 894.



tribunales contenciosos administrativos y tributarios de la Ciudad), que son competentes para conocer en los casos contencioso de contenido tributario.



Previo a adentrarnos en los argumentos, que fueron desarrollados por la mayoría de los miembros del más alto Tribunal del ámbito local, es menester resaltar que antes de la reforma constitucional de 1994, el régimen jurídico de la obligación tributaria en la Ciudad de Buenos Aires era regulado por leyes dictadas por el Congreso de la Nación, actuando como legislador local en ejercicio de la facultad exclusiva otorgada por el antiguo Artículo 67, inc. 27 CN (actual Artículo 75, inc. 30), y por las Ordenanzas fiscales y tarifarias emanadas del Concejo Deliberante, órgano local a quien el Congreso Nacional le delegó facultades legislativas en dicha materia.

En este marco (y como ya hemos mencionado *ut supra*), la reforma constitucional de 1994 consagró la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, confiriéndole facultades propias de legislación, con la única limitación derivada de las disposiciones de una ley de garantías de los intereses del Estado Nacional (Artículo 129). En estos términos nos referimos a la mentada Ley N° 24.588, también denominada Ley Cafiero, la cual previó, expresamente, que la Ciudad (continuadora a todos los efectos de la Municipalidad de Buenos Aires) tendrá facultades propias de jurisdicción en materia tributaria local (Artículo 8). Luego, la Ciudad dictó su Constitución y en sus Artículos 80, inc. 2° y 81, inc. 9, otorga a la Legislatura la potestad de legislar en materia fiscal y tributaria, con sujeción a los principios establecidos en el Artículo 51, competencia que ejerció al dictar el Código Fiscal–Ley N° 150– y sus sucesivas modificaciones.

En este marco, tanto el Congreso Nacional, en uso de sus antiguas facultades como legislador local (Ley

El modelo básico para controvertir las decisiones tributarias locales surge entonces del análisis del Código Fiscal y el Código Contencioso.

Una visión clarificadora en punto al tema de la autonomía del derecho tributario en la CABA –autonomía local vs. la cláusula de los códigos– (el argumento mayoritario del tribunal).

N° 19.489), como la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires (Ley N° 150 y modificatorias), han regulado la prescripción de las acciones y poderes del hoy Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para determinar y exigir el pago de los impuestos y demás contribuciones integrantes de su sistema rentístico.

La naturaleza e importancia de las actividades económicas desarrolladas en el actual territorio de la Ciudad Autónoma ha requerido, desde antaño, la regulación de un sistema rentístico propio; lo que se configurará por medio de la acción del Congreso Nacional, cuando ejercía funciones de legislador local, y se continuará por el obrar de la Legislatura creada por el Estatuto que rige, desde el plano constitucional, la vida local.

De lo expuesto se infiere que la Ciudad de Buenos Aires goza y ejerce facultades tributarias propias, como las provincias junto a las que integra el sistema federal argentino y con las que concurre en el régimen de coparticipación previsto en el Artículo 75, inc. 2 de la Constitución Nacional. Aún cuando se intentara adoptar una postura restrictiva de la autonomía, ella no encontraría –en este punto– sustento ni siquiera en la Ley N° 24.588 que, como se viera, reconoce expresamente el ejercicio por los órganos del gobierno local de las facultades tributarias a las que alude⁶.

En este orden de ideas, y dentro del ejercicio de las potestades tributarias autónomas, es lógico que la normativa local pueda regular tanto lo relativo al nacimiento de la obligación tributaria, como a su régimen de cumplimiento y a su exigibilidad, entre otros factores.

⁶Cfr. Tribunal Superior de Justicia de la CABA *in re* “Sociedad Italiana de Beneficencia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ recurso de inconstitucionalidad denegado”, sentencia del 17 de noviembre de 2003, Buenos Aires –según el voto de la Dra. Ana María Conde.



Toda vez que esa regulación constituye un avance sobre las facultades inherentes a los estados que integran el sistema federal, debe considerársela limitada a las relaciones jurídicas establecidas con base en los cuerpos normativos mencionados en el Artículo 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, aún cuando se parta de una relación jurídica de derecho público—cuando se demanda un estado provincial por daños y perjuicios derivados de una relación de derecho público. Pero es claro que no puede admitirse su aplicación en materias cuya regulación no ha sido delegada en el gobierno federal, como es la tributaria local.

Es importante destacar que en la norma constitucional—que defendiera Gorostiaga al hablar del derecho común de la República en la Convención Constituyente de 1853—citada se establece que es atribución del Congreso Nacional la de “Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados sin que tales Códigos alteren las jurisdicciones locales”⁷; expresión que no deja lugar a dudas respecto de los alcances de las disposiciones contenidas en la legislación común y que permite afirmar que, desde el punto de vista del diseño constitucional argentino, la jurisdicción tributaria local no se encuentra regulada por las disposiciones de los cuerpos normativos enunciados en el precepto citado.

Sin perjuicio de lo antedicho, nada obsta a que la legislación común civil sea aplicada analógicamente en materia administrativa o tributaria, en defecto de una regulación específica; pues ello constituye una lógica práctica jurídica destinada a dar solución a cuestiones, problemas o casos que no se hallan regulados por un precepto concreto. Así, ante un supuesto de vacío legislativo—que no se verifica en el caso—podrían aplicarse supletoriamente los plazos de prescripción contemplados

en el Código Civil. De este modo, como lo entiende la mayoría de la doctrina y ante un caso “no previsto”, el intérprete debe—en el campo que nos ocupa—recurrir a las leyes análogas en el marco del derecho público, invocar los principios generales del derecho y, por último, las leyes análogas del derecho civil⁸. Es decir, cualquier traslación e interpretación debe efectuarse con criterios analógicos, teniendo en consideración la naturaleza de los intereses involucrados.

Es este marco, es menester resaltar que una interpretación contraria, de los argumentos que hemos venido desarrollando, implicaría limitar notoriamente al poder tributario local, que no podría ser ejercido con plenitud, si las provincias y la Ciudad de Buenos Aires debieran abstenerse de regular un aspecto trascendental, cual es la prescripción de las acciones fiscales.

Ahora bien, con la intención de hacer énfasis sobre este respecto, es imperioso señalar—como lo ha hecho en su voto el Dr. Osvaldo Casás—que dada la circunstancia de que las provincias han delegado expresamente en la Nación la facultad de dictar los códigos de fondo, no es legítimo deducir la voluntad de ellas de aceptar limitaciones a su potestad impositiva que resulten implícitamente de preceptos del Código Civil, y de este modo, lo único que es razonable inferir es que con aquella delegación lo que las provincias han querido es que exista un régimen uniforme en materia de relaciones privadas. De esta manera, puede precisarse que los Códigos de fondo son tales para el derecho privado cuando se trata del Código Civil y del Código de Comercio; y son de fondo en antítesis con los Códigos de Procedimiento que, en virtud de lo dispuesto por la Constitución, no son dictados por la Nación, sino por cada provincia. Pero estos Códigos no son de fondo para el derecho tributario que, a su vez, es un derecho sustantivo y no un derecho formal o procesal. Es derecho sustantivo público⁹.

⁸ Carlos F. Balbín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 310. 

⁹ Dino Jarach, *Curso Superior de Derecho Tributario*, tomo I, 1ª edición, Buenos Aires, Liceo Profesional Cima, 1968, p. 299 y sigs. 

 ⁷ Cfr. Constitución Nacional, Art. 75, inc. 12.



En necesario e imperioso, a la hora de tratar los alcances de la potestad tributaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en punto al marco de su autonomía, recordar brevemente una importante sentencia del año 2003 en donde la CSJN se expresó en sentido completamente contrario a lo resuelto por el máximo tribunal local, partiendo como base argumental de la imposibilidad que pesa sobre las jurisdicciones locales y en especial, de las provinciales, acerca de la potestad de alterar la materia contenida en los Códigos de fondo (cláusula de los Códigos – Art. 75, inc. 12 de la CN).

Básicamente, en la causa en ciernes, la Municipalidad de Avellaneda promovió un incidente de verificación en la quiebra de FILCROSA S.A., insinuando un crédito que mantenía en contra de la fallida por tasas municipales. La Sindicatura, al contestar el traslado respectivo, opuso la defensa de prescripción con sustento en lo establecido en el Artículo 4027, inc. 3º, del Código Civil (prescripción quinquenal – 5 años). Tanto el juez de la quiebra como la Cámara Nacional en lo Comercial rechazaron dicha defensa, por considerar que la prescripción de los tributos municipales se rige por lo dispuesto en las normas locales, sin que resulten aplicables las disposiciones pertinentes del Código Civil, pues la reglamentación de tales gravámenes constituye una facultad privativa de las provincias no delegadas al gobierno federal. Tal decisorio motivó la interposición del recurso extraordinario por parte de la Sindicatura, cuya denegación originó la queja consecuente.

La cuestión litigiosa, en síntesis, consistía en determinar si la indiscutible facultad local de establecer los tributos cuya verificación se solicitó (tasas) incluye la de fijar la prescripción de los mismos o, por el contrario, ésta corresponde a la Nación de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 75, inc. 12, de la Constitución Nacional (cláusula de los códigos).

Ahora bien, en estos términos la Corte puntualizó los siguientes argumentos con el fin de elaborar el denominado “holding” del fallo:

El TSJ de la CABA y una interpretación contraria a la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

1) Que las legislaciones provinciales que reglamentaban la prescripción en forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil *son inválidas*, pues las provincias carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la aludida legislación de fondo, incluso cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de derecho público local.

2) Que la mencionada doctrina debía ser ratificada en el caso en discusión, puesto que la prescripción no es un instituto propio del derecho público local, sino un *instituto general del derecho*, lo que ha justificado que, en ejercicio de la habilitación conferida al legislador nacional por el Artículo 75, inc. 12, CN, éste no sólo fijara los plazos correspondientes a las diversas hipótesis en particular, sino que también estableciera un régimen destinado a comprender la generalidad de las acciones susceptibles de extinguirse por esta vía.

3) Que el principio según el cual el órgano habilitado para generar una obligación debe entenderse facultado para regular lo atinente a sus efectos y eventuales defensas del deudor, debe ser interpretado a la luz de las normas que distribuyen tales competencias en la Constitución de las que resulta que, con el fin de asegurar una ley común para todo el pueblo de la Nación, las provincias resignaron a favor de las autoridades nacionales su posibilidad de legislar de modo diferente lo atinente al *régimen general de las obligaciones*, una de cuyas facetas es la relacionada con el instituto de la prescripción.

4) Que del texto expreso del Artículo 75, inc. 12, CN, deriva la *implícita pero inequívoca limitación provincial de regular la prescripción* y los demás aspectos que se vinculen con la extinción de las acciones destinadas a hacer efectivos los derechos generados por las obligaciones de cualquier naturaleza. Y ello así pues, aún cuando los poderes de las provincias son originarios e indefinidos y los delegados a la Nación definidos y expresos, es claro que la facultad del Congreso Nacional de dictar los códigos de fondo comprende la de establecer las formalidades que sean necesarias para concretar los derechos que reglamenta y, entre ellas, la de legislar de manera uniforme sobre los aludidos modos de extinción.



A la hora de arribar a una conclusión, tomamos conciencia de que nos encontramos en el mismo lugar en el que nos hallábamos en el momento de elegir este pronunciamiento – del máximo tribunal local– en punto a la realización de este brevísimo comentario, que dicho sea de paso, no pretende ser más que solo eso; y esto es: el fomento y el refuerzo de considerar a la Ciudad de Buenos Aires como autónoma. Más allá de las menciones realizadas por los magistrados Casas y Conde, en punto al desarrollo de los argumentos considerados contrarios, respecto de la mentada doctrina sentada en el precedente “Filcrosa” por la Corte Suprema, creemos y reafirmamos que lo verdaderamente importante respecto de la causa en ciernes es que lentamente en la última década los tribunales locales y también la Corte han comenzado a expedirse de manera tal que se ha reforzado la concepción autonómica de la Ciudad. Así, más allá del reconocimiento acerca de la potestad de reglamentar plazos de prescripción en materia tributaria, que sean diferentes de los establecidos en las leyes que surgen a raíz de la cláusula constitucional del Artículo 75, inc. 12, es imperioso advertir que claramente comienza a desarrollarse un “proceso” de reconocimiento que viene tomando envión.

Conclusión.

Deberíamos, antes que nada, preguntarnos por qué –por ejemplo– ante la claridad de normas tales como el Artículo 129 de la CN, la propia “Ley Cafiero” o la Ley N° 7 de la legislatura local (la cual reglamenta la estructura del Poder Judicial local), al día de la fecha la Ciudad continúa sin su propia justicia en materia Civil, Comercial, Penal (más allá del segundo traspaso de competencias progresivas celebrado en el ámbito del Consejo de la Magistratura local en lo que hace a esta última materia). ¿Por qué, si dos personas desean acceder al trámite del “divorcio vincular” en la ciudad de Córdoba, concurren sin más a un juez competente en la materia dentro del territorio provincial; y si por el contrario, nos encontramos ante la misma situación en el ámbito de la Ciudad, estas mismas personas deben concurrir a un juez ante la jurisdicción Nacional? Creemos, antes que nada, que conforme el reconocimiento que ya viene sucediendo, la tendencia –que no hace más que reflejar la manda constitucional– es hacia la plena autonomía; y la decisión a la que arribó el más alto tribunal local, en el precedente bajo comentario, hace fiel eco del reconocimiento de lo que a raíz de la reforma constitucional del año 94, el Artículo 129 de nuestra Carta Magna ha otorgado a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 



LEGISLACIÓN DE CONSULTA SUGERIDA

Responsable:

Dr. Carlos Aguirre

Coordinador:

Mariano Lombardi

Normativa Provincial:

- LEY N° 810** Se aprueba la Ley de Fomento a las Inversiones en Materia de Salud.
San Luis, 22 de agosto de 2012.
Fecha de publicación: *BO* 7-9-2012.
- LEY N° 10.081** Red general de caminos. Se crea la tasa vial provincial destinada a retribuir la prestación de servicios que demande el mantenimiento, conservación, modificación y/o mejoramiento del trazado que integra la red caminera. Modificación del Código Tributario, Ley N° 6.006 (T.O. 2012).
Córdoba, 29 de agosto de 2012.
Fecha de publicación: *BO* 31-8-2012.
- LEY N° 2.665** Modificación del Código Procesal Penal de la Provincia de La Pampa, Ley N° 2.287.
Santa Rosa, 28 de junio de 2012.
Fecha de publicación: *BO* 31-8-2012.
- LEY N° 2.663** Régimen para la detección y posterior tratamiento de determinadas patologías en el recién nacido. Adhesión de la provincia a la Ley Nacional N° 26.279.
Santa Rosa, 24 de mayo de 2012.
Fecha de publicación: *BO* 31-8-2012.
- LEY N° 4.221** Se modifica el Código de Tránsito y Transporte. Ubicación de las paradas.
Ciudad de Buenos Aires, 24 de agosto de 2012.
Fecha de publicación: *BO* 30-8-2012.
- LEY N° 4.234** Se modifica el Estatuto del Personal de la Policía Metropolitana, Ley N° 2947. Categoría única. Régimen de licencias.
Ciudad de Buenos Aires, 5 de julio de 2012.
Fecha de publicación: *BO* 23-8-2012.
- LEY N° 4.237** Se incorpora al Código de Edificación el Sistema de Recolección de Aguas de Lluvia -Aguas Recuperadas.
Ciudad de Buenos Aires, 12 de julio de 2012.
Fecha de publicación: *BO* 21-8-2012.

- LEY N° 4.212** Medidas tendientes a prevenir y erradicar la violencia contra y entre niñas, niños y adolescentes que se ejerce a través de las Tecnologías de la Información y la Comunicación. Se modifica el Artículo 1° de la Ley N° 3266. Ciudad de Buenos Aires, 28 de junio de 2012.
Fecha de publicación: *BO* 15-8-2012.
- LEY N° 8.441** Impuesto a los ingresos brutos. Permisarios del servicio de taxímetros y remis. Exención del gravamen. Alcance, requisitos y condiciones. Modificación de la Ley impositiva N° 8.398. Mendoza, 4 de julio de 2012.
Fecha de publicación: *BO* 15-8-2012.
- LEY N° 467** Se establece, a partir del 1° de febrero de 2012, un adicional remunerativo por actividad específica. Rawson, 23 de julio de 2012.
Fecha de publicación: *BO* 10-8-2012.



Normativa Nacional:

LEY N° 26.755

ACUERDO DE SEDE ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y EL MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR) PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DERECHOS HUMANOS

En la presente ley, el Gobierno de la República Argentina y el MERCOSUR suscribieron un Acuerdo que establece que el territorio de la República Argentina sea sede del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos (IPPDDHH) y se realicen allí todas las actividades del mismo cuyo país depositario es, a su vez, el Gobierno de la República del Paraguay.

En el Acuerdo en análisis se estableció que el MERCOSUR gozará de inmunidad de jurisdicción, siendo esta inmunidad pasible de renuncia.

Asimismo, el Instituto estará exento de impuestos directos, derechos de Aduanas y de las restricciones o prohibiciones a la Importación respecto de los bienes que importara el MERCOSUR o el Instituto para su uso oficial.

El funcionario designado para este Instituto será el Secretario Ejecutivo, quien gozará de ciertas prerrogativas tales como la inviolabilidad personal, inmu-

nidades, privilegios, entre otras otorgadas a los funcionarios de categoría equivalente de las representaciones de Organismos Internacionales con sede en nuestro país.

Además del Secretario Ejecutivo, los restantes funcionarios poseerán inmunidad de jurisdicción penal, civil y administrativa; como así también, exención de impuestos sobre sueldos e impuestos de inmigración y tributos aduaneros.

Estos privilegios no obligan al Gobierno a conceder a los funcionarios del Instituto que sean nacionales o residentes permanentes de nuestro país, las prerrogativas antes mencionadas, salvo la inmunidad de jurisdicción penal, civil y administrativa.

El Acuerdo analizado prevé que en caso de divergencias que fueran relativas a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo de Sede, éstas se resolverán conforme al acuerdo de las partes involucradas. 

FISCAL E INGRESOS PÚBLICOS

Responsable:

Dr. Harry Schurig

Coordinadora:

Dra. Cristina del Carmen Mansilla

Normativa.



**1. Resolución 617/12-
COMISION FEDERAL DE IMPUESTOS -
BO 15/06/2012**

La Comisión Federal de Impuestos a cargo del cumplimiento del Régimen de Coparticipación Federal que tiene por partes a la Nación y las Provincias, ha establecido a través de la presente resolución un receso administrativo durante los días 16 y 27 de Julio, ambos inclusive, declarándolos inhábiles a los fines del cómputo de todos los términos procesales

**2. Resolución 111/12 -
UNIDAD DE INFORMACION FINANCIERA -
BO 18/06/2012**

A través de la Resolución UIF 10/03 se reglamentó el procedimiento para llevar adelante los sumarios frente a la aplicación de sanciones previstas en la Ley 26.246, debiendo garantizarse el debido proceso de defensa para los ciudadanos, siguiéndose para ello los procedimientos dispuestos por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 y sus modificatorias. Los sumarios pueden también tener origen en fiscalizaciones y requerimientos efectuados tanto por la UIF como en supervisiones llevadas a cabo por los Organismos de Contralor, tales como el Banco Central de la República Argentina, la Comisión Nacional de Valores, la Superintendencia de Seguros de la Nación, el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social y la Administración Federal de Ingresos Públicos, en virtud de la colaboración que brindan.

Por la presente norma se establece un nuevo procedimiento a los efectos de lograr la adecuada aplicación de las sanciones previstas en los Artículos 23 y 24 la Ley 25.246 y sus modificatorias. La Resolución que aplique sanciones será comunicada a los Organismos Reguladores o de Control, a las Entidades Autorreguladas y a los Colegios o Consejos Profesionales que correspondan a los efectos de la aplicación de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas, de acuerdo con lo previsto en las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (FATF/GAFI).

**3. Resolución 365/12 -
ADMINISTRACION GUBERNAMENTAL
DE INGRESOS PUBLICOS -
BO 07/06/2012**

Conforme la Resolución 127/12 AGIP se estableció un régimen de declaración jurada informativa, cuyos sujetos pasivos son empresas licencitarias de servicios públicos y privados, que de manera semestral. Como consecuencia de que algunas empresas prestadoras de servicios de telefonía fija y móvil y distribuidoras de gas solicitaron prórroga en el cumplimiento de aquella obligación, ésta fue concedida mediante esta nueva norma hasta el día 30/07/2012.

**4. Decreto 1.027/12 -
PODER EJECUTIVO NACIONAL -
BO 05/07/2012**

Mediante el Decreto N° 379 de fecha 29/03/01 y sus modificaciones, se creó un Régimen de Incentivo Fiscal para los Fabricantes de los bienes de capital, informática y telecomunicaciones a fin de mejorar la competitividad de la industria local productora de este tipo de bienes, para que pueda participar en condiciones equitativas en su provisión, promoviendo la fabricación nacional. Además los sujetos beneficiados podrán solicitar la emisión bonos fiscales.

**5. Resolución 346/12 -
MINISTERIO DE ECONOMIA Y
FINANZAS PÚBLICAS -
10/07/2012**

El Artículo 55 de la Ley N° 26.728 de Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2012, establece el importe máximo de colocación de Bonos de Consolidación y de Bonos de Consolidación de Deudas Provisionales, para el pago de las obligaciones de origen provisional, jubilaciones y pensiones.

**6. Decreto 1.277/12 -
PODER EJECUTIVO NACIONAL -
BO 27/07/12**

Se declara de interés público nacional el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos y la Creación del Consejo Federal de Hidrocarburos, estableciendo en la presente sus funciones así como la declaración de utilidad pública del 51 % del patrimonio de YPF S.A. y Repsol YPF Gas S.A. – Norma reglamentaria de la ley 26.741.

**7. Resolución 127/2012 -
UNIDAD DE INFORMACION FINANCIERA -
BO 25/07/2012**

La Unidad de Información Financiera es el Organismo encargado del análisis, tratamiento y transmisión de información a los efectos de prevenir e impedir los delitos de Lavado de Activos y de Financiación del Terrorismo. En su Artículo 20 bis, la Ley N° 25.246 (y sus modificatorias) establece el deber de informar que tienen los Sujetos Obligados; determinando el procedimiento y la oportunidad a partir de la cual se hallan compelidos a cumplir ante ella, establecido en el Artículo 21 de la mencionada ley que además deberán designar un Oficial de Cumplimiento.

Además en virtud de lo establecido en el Artículo 14 de la Ley N° 25.246 esta entidad se encuentra facultada para:

- Solicitar informes, documentos y todo otro elemento que estime útil, a cualquier organismo público y a personas físicas o jurídicas -públicas o privadas-. En el marco del análisis de un reporte de operación sospechosa, los Sujetos Obligados no podrán oponer a esta [UNIDAD DE INFORMACION FINANCIERA] los secretos bancario, fiscal, bursátil o profesional, ni los compromisos legales o contractuales de confidencialidad.

- Actuar en cualquier lugar de la República en cumplimiento de las funciones legalmente establecidas.

En la presente resolución además se definen los conceptos de Sujeto Obligado, Clientes, personas expuestas públicamente, reporte sistemático, operaciones inusuales, operaciones sospechosas y propietarios/beneficiarios. Asimismo complementa las actividades de control de los sujetos obligados a informar.

**8. Tratado Internacional s/n° -
MINISTERIO DE RELACIONES
EXTERIORES Y CULTO -
BO 01/08/2012**

Se suscribieron los Acuerdos de Intercambio de Información en materia tributaria celebrados con la República de San Marino, el Principado de Andorra y la República de Costa Rica.

**9. Resolución General 3.356/12 -
ADMINISTRACION FEDERAL
DE INGRESOS PUBLICOS -
BO 06/08/2012**

La Resolución General 3.210 estableció un régimen informativo consistente en la consulta y registro de las operaciones cambiarias que realicen las entidades autorizadas a operar en cambios por el Banco Central de la República Argentina. Sin embargo el 26/07/12, se introdujeron modificaciones a las normas de acceso al Mercado Único y Libre de Cambios.

Con respecto a la validación de las operaciones, la compra de moneda extranjera en concepto de turismo y viajes al exterior requerirá que los datos declarados por el potencial adquirente sean confirmados por la empresa de transporte aéreo, marítimo, fluvial o terrestre, o, en su caso, por el operador turístico interviniente y el Organismo considerará el destino informado así como la moneda que se pretenda adquirir y, de esta forma posibilitar que la persona que pretenda viajar pueda acceder a compra de la moneda de curso legal en el país de destino (por ejemplo, si se viaja a la República Oriental del Uruguay podrá adquirirse solamente pesos uruguayos, si se viaja a la República Federativa del Brasil, reales, a la República del Paraguay, guaraníes, etc.).

La solicitud de autorización deberá tramitarse a través del servicio denominado “Consulta de Operaciones Cambiarias”, en el sitio “web” de la Administración federal de Ingresos Públicos, debiendo contar con “Clave Fiscal” con nivel de seguridad 2, como mínimo.

**10. Resolución 63/12 -
CONSEJO PROFESIONAL DE CIENCIAS
ECONÓMICAS DE LA CIUDAD
AUTONOMA DE BUENOS AIRES -
BO 30/07/2012**

Esta norma fue dictada ante la necesidad de garantizar la correcta aplicación de las resoluciones técnicas aprobadas por el CPCECABA tendientes a homogeneizar y unificar la presentación y exposición de la documentación contable. Siendo necesario asegurar a los profesionales en Ciencias Económicas usuarios de los servicios del Consejo Profesional y a la comunidad en general, la calidad y confiabilidad de la información volcada a la documentación contable, se ha decidido crear un sector denominado "Control del Ejercicio Profesional", que tendrá a su cargo la verificación de los papeles de trabajo que respaldan la tarea profesional vinculada con la emisión de informes y certificaciones sobre estados contables y toda otra documentación que se presente para su legalización ante el Consejo Profesional.

**11. Decreto 1.331/12 -
PODER EJECUTIVO NACIONAL -
BO 07/08/2012**

Mediante el Decreto 1.937 del 20 de septiembre de 1991, se actualizó el capital exigido por el artículo 186 de la ley de Sociedades Comerciales 19.550 y sus modificatorias y conforme la realidad económica ha decidido elevarse el importe a la suma de \$ 100.000 (Pesos cien mil).

**12. Resolución General 3.358/12 -
ADMINISTRACION FEDERAL DE
INGRESOS PUBLICOS -
BO 10/08/2012**

La presente resolución surge como consecuencia de la gran cantidad de sociedades comerciales que se constituyen y no solicitan el alta en los gravámenes cuyo control se encuentra a cargo de la Administración Federal de Ingresos Públicos, funcionando como “carpetas” o “usinas” para el desarrollo de actividades tendientes a facilitar la evasión fiscal. Para evitarlo, este organismo procede a disponer la cancelación de la inscripción de tales sociedades comerciales, en todos los registros habilitados por esta Administración Federal, incorporados o no al “Sistema Registral”, con las consecuencias que se determinen según la situación particular verificada, salvo prueba en contrario.

**13. Resolución General 3.365/12 -
ADMINISTRACION FEDERAL DE
INGRESOS PÚBLICOS -
BO 16/08/12**

A través de la Resolución General 2.386 se implementó un régimen de información a cargo de las entidades financieras comprendidas en la Ley N° 21.526 y sus modificaciones y de los agentes de bolsa y de mercado abierto. La presente resolución implementa el uso del programa aplicativo “AFIP DGI - TITULOS VALORES PUBLICOS Y PRIVADOS, Comisionistas - Versión 2.0”, que genera el formulario de Declaración Jurada N° 195. Además en caso de no haber movimientos mensuales, los sujetos alcanzados deberán cumplir con el régimen informativo a través de la novedad “SIN MOVIMIENTO”.

**14. Resolución General 3.366/12 -
ADMINISTRACION FEDERAL DE
INGRESOS PÚBLICOS -
BO 16/08/2012**

Con la finalidad de optimizar la función fiscalizadora y el control de las obligaciones tributarias por parte de este Organismo, se modificó la periodicidad con la que los empleadores deben informar las donaciones que efectúen por cuenta y orden de sus empleados, las cuales con deducibles del Impuesto a las Ganancias. Se estima necesario prever la utilización de una nueva versión del programa aplicativo, para la confección de las respectivas declaraciones juradas informativas. Además la Resolución General N° 3.077 y sus complementarias, dispuso la obligación de presentar la Memoria, Estados Contables e informes de auditoría del respectivo período fiscal, en formato “.pdf”, por parte de los contribuyentes y/o responsables obligados, a efectos del reconocimiento de la exención en el referido gravamen.

**15. Resolución General 3.368/12 -
ADMINISTRACION FEDERAL DE
INGRESOS PÚBLICOS -
BO 16/08/12**

La Resolución General N° 2.832 implementó un régimen de información a cargo de los establecimientos de educación pública de gestión privada, incorporados al sistema educativo nacional en los niveles de educación inicial, primaria y secundaria, respecto de los importes facturados o devengados en concepto de cuotas iguales o superiores a \$ 2000.- (pesos dos mil) y conceptos análogos, con motivo de la actividad que desarrollan y para facilitar la lectura e interpretación de las normas, se considera conveniente la utilización de notas aclaratorias y citas de textos legales, con números de referencia, presentando una declaración mensual a través de la página web de AFIP, cuyo programa aplicativo es denominado “AFIP DGI - REGIMEN INFORMATIVO DE CUOTAS ESCUELAS PRIVADAS - Versión 2.0. En caso de no existir operaciones económicas que cumplan esas condiciones se presentará una declaración jurada “Sin

movimiento” y cuando se verifiquen al menos CUATRO (4) presentaciones sucesivas, se eximirá a los contribuyentes de tal obligación formal.

**16. Resolución General 3.369/12-
ADMINISTRACION FEDERAL DE
INGRESOS PÚBLICOS -
BO 16/08/12**

Se dispuso un nuevo régimen de información a cargo de los administradores de determinados inmuebles, respecto de las sumas que en concepto de expensas, contribuciones para gastos y conceptos análogos, determinan y perciben, por los bienes ubicados en “countries”, clubes de campo, clubes de chacra, barrios cerrados, barrios privados, edificios de propiedad horizontal por un importe igual o superior a \$ 2000.- (Pesos dos mil) y todo tipo de complejo urbanístico, situados en el país con el objetivo de optimizar el control de las obligaciones tributarias y la función fiscalizadora por parte de este Organismo. Los datos del presente régimen, de presentarán a través de la página web, utilizando el programa aplicativo denominado “AFIP DGI - REGIMEN INFORMATIVO DE PAGO DE EXPENSAS - Versión 3.0. Las disposiciones establecidas por esta resolución general entrarán en vigencia a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial, inclusive, y resultarán de aplicación para la información que corresponda suministrar a partir del mes de julio de 2012, inclusive, en adelante. Jurisprudencia vinculada: “*Cámara Argentina de Propiedad Horizontal c/EN- AFIP sala II con sentencia el 02/12/2008 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal*” donde se declaró la inconstitucionalidad de la Resolución General N° 2.159, actualmente derogada.

**17. Disposición 303/12-
ADMINISTRACION FEDERAL DE
INGRESOS PÚBLICOS -
BO 21/08/2012**

El Artículo 3 del Decreto 618/97 estableció que esta Administración Federal se hallará a cargo de ejecución de la política impositiva, aduanera y de los recursos de la seguridad social de la Nación. A tal fin se han generado diferentes espacios para que los representantes de organismos, entidades profesionales y cámaras o agrupaciones sectoriales, a través de los denominados “Foros”, “Grupos de Enlace”, “Consejos Consultivos” y actividades similares, puedan efectuar planteos con relación a la interpretación de las normas impositivas. La Administración estimó conveniente establecer la creación de Consejos Consultivos, uno a cargo de la materia impositiva, otro aduanero y otro sobre los recursos de la seguridad social, además de un consejo con específica competencia en la temática de pequeñas y medianas empresas (PYMES). Por ello ahora, se decide dejar sin

efectos los foros, grupos de enlace y consejos consultivos, aclarando que las cuestiones vinculadas al “fraude marcario” serán tratadas en el ámbito del Consejo Consultivo Aduanero.

**18. Resolución general 3.362/12 -
ADMINISTRACION FEDERAL DE
INGRESOS PUBLICOS -
BO 22/08/2012**

La Ley N° 26.028 estableció un impuesto a la transferencia o importación de gasoil o cualquier otro combustible líquido que lo sustituya en el futuro, aplicando un impuesto sobre las transferencias de gas licuado para uso automotor en el caso de estaciones de carga para flotas cautivas. La presente resolución establece que la determinación mensual del se realizará a través de un servicio informático mediante “Clave Fiscal”. Se considera conveniente la utilización de notas aclaratorias y citas de textos legales con números de referencia, así como de una guía temática a través de los anexos al presente.

**19. Ley 26.758 -
PODER LEGISLATIVO NACIONAL -
BO 23/08/2012**

Se suscribió entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, una serie de acuerdos de “Intercambio de Información Tributaria y Métodos para Evitar la Doble Imposición”.

**20. Resolución 3.374/12 -
ADMINISTRACION FEDERAL DE
INGRESOS PÚBLICOS -
BO 23/08/2012**

La Resolución General N° 2.182 implementó un régimen informativo a cargo de la Asociación del Fútbol Argentino (AFA) relativo a la titularidad de los derechos económicos, sobre el producido de la transferencia de contratos celebrados con futbolistas profesionales. La presente norma lo deja sin vigencia y en su remplazo establece un procedimiento para la registración de las operaciones de transferencia y/o cesión total o parcial, definitiva o temporaria de los derechos federativos y/o económicos de los jugadores de fútbol profesional.

Además en caso que los clubes de fútbol de primera división Primera A y Nacional B no cumplan con su obligación de aportar en tiempo y forma la respectiva información a la Asociación del Fútbol Argentino (AFA), esta última deberá poner dicha situación en conocimiento de esta Administración Federal, en oportunidad de formalizar la presentación correspondiente al período semestral de que se trate.

Las operaciones concertadas en moneda extranjera deberán ser informadas en moneda de curso legal considerando el tipo de cambio vendedor del Banco de la

Nación Argentina vigente al cierre del día hábil inmediato anterior al de la operación de que se trate. Los datos recabados por aplicación del presente régimen tendrán carácter público con las limitaciones impuestas por el Artículo 101 de la Ley N°11.683, (texto ordenado en 1998 y sus modificaciones) y por la Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales.

Un aspecto importante de resaltar es que el cumplimiento del presente régimen será requisito para la tramitación de solicitudes que efectúen los agentes de información a partir de su vigencia, referidas a la incorporación y/o permanencia en los distintos registros implementados por este Organismo, a la obtención de certificados de crédito fiscal y/o de constancias de situación impositiva o Previsional, entre otras.

**21. Resolución General 3.376/12 -
ADMINISTRACION FEDERAL DE
INGRESOS PUBLICOS -
BO 24/08/2012**

Algunas transferencias al exterior revelan la existencia de una “triangulación u opacidad fiscal”, tendiente a dificultar la acción del Fisco para determinar las obligaciones impositivas correspondientes y no resultan transparentes a los efectos de conocer el circuito de los fondos involucrados en la operación. Por ello resulta aconsejable incorporar la modalidad informativa denominada “Ventanilla Única Electrónica del Comercio Exterior”, referida a ciertas operaciones de transferencias y/o cesiones, totales y/o parciales, definitivas o temporarias de los derechos federativos y/o económicos de los jugadores de fútbol profesional.

Mediante esta norma se crea además la “NOMINA DINAMICA DE PARAISOS FISCALES DEPORTIVOS”, que estará integrada por las entidades deportivas del exterior que hubieren intervenido o intervengan, como transferentes o cedentes de jugadores de fútbol profesional, que no hayan sido formados deportivamente en sus divisiones inferiores o que no hayan jugado profesionalmente al menos una temporada en torneos oficiales locales para dicha entidad. Dicha nómina, así como sus actualizaciones, se encontrará en el micrositio “DECLARACION JURADA ANTICIPADA DE FUTBOL”, disponible en el sitio “web” institucional (<http://www.afip.gob.ar>).

Los jugadores de fútbol profesional, en forma previa a su vinculación contractual con un club de fútbol del exterior, deberán proporcionar la información que se indica en el micrositio “DECLARACION JURADA ANTICIPADA

DE FUTBOL (DJAF)”, disponible en el sitio “web” de esta Administración Federal (<http://www.afip.gob.ar>).

**22. Resolución General 3.377/12 -
ADMINISTRACION FEDERAL DE
INGRESOS PUBLICOS -
BO 29/08/2012**

Se modifica la resolución general N° 1415 -base del sistema de facturación en papel en nuestro Sistema Tributario-, incorporando un nuevo formulario que establece que el adquirente o tomador de servicios tiene derecho a exigir el comprobante respaldatorio de la operación económica. La novedad es que el Formulario N°960/NM - “Data Fiscal” deberá ubicarse en un lugar visible y destacado, próximo a aquel en el que se realice el pago de la operación respectiva, cualquiera sea su forma, de manera tal que permita acercar un dispositivo móvil (teléfono inteligente, “notebook”, “netbook”, tableta, etc.) provisto de cámara y con acceso a “Internet”, a una distancia máxima de UN (1) metro para proceder a la lectura del código de respuesta rápida (QR) impreso en el mismo, por parte del público en general y de los agentes de esta Administración Federal, sin que otros formularios, carteles, avisos, letreros, etc., impidan su rápida localización. El público en general podrá, a partir de la entrada en vigencia de esta norma, reportar a esta Administración Federal las irregularidades que detecte, siguiendo el procedimiento descrito en el micrositio (<http://www.afip.gob.ar/f960NM>) disponible en el sitio “web” institucional.

**23. Resolución 2/12 -
CONSEJO NACIONAL DEL EMPLEO,
LA PRODUCTIVIDAD Y EL SALARIO
MINIMO, VITAL Y MOVIL -
BO 30/08/2012**

Conforme lo dispone el Artículo 139 de la Ley N° 24.013, el salario mínimo, vital y móvil que se halla garantizado por el Artículo 14 bis de la Constitución Nacional y previsto por el Artículo 116 de la Ley de Contrato de Trabajo, faculta a esta Consejo a mantener actualizado los salarios, contribuyendo de esta manera al fortalecimiento del diálogo social y de la cultura democrática en el campo de las relaciones del trabajo. Mediante la norma citada se lo establece a partir del 1° de septiembre de 2012, en pesos dos mil seiscientos setenta (\$ 2.670) para sueldos mensuales y pesos trece con treinta y cinco centavos (\$ 13,35) por hora, para los trabajadores jornalizados. Además a partir del 1° de febrero de 2013, en la suma de pesos dos mil ochocientos setenta y cinco (\$ 2.875) para los trabajadores mensualizados que cumplen la jornada legal y de pesos catorce con treinta y ocho centavos (\$ 14,38) por hora, para los trabajadores jornalizados.

**24. Ley 26.759 -
PODER LEGISLATIVO NACIONAL -
BO 30/08/2012**

Se modifica la ley de Cooperadoras N° 26.206 estableciendo la participación de las familias en el proyecto educativo institucional, a fin de colaborar en el proceso educativo de los alumnos y alumnas. A partir de la entrada en vigencia de la presente norma las cooperadoras escolares deberán estar integradas por padres, madres, tutores o representantes legales de los alumnos y al menos por un (1) directivo, de la institución educativa. Los docentes, los alumnos mayores de dieciocho (18) años de edad y los ex-alumnos de la institución podrán formar parte de la cooperadora, como así también, otros miembros de la comunidad, conforme lo dispongan las reglamentaciones jurisdiccionales. Además, deberán dictar sus respectivos estatutos regulando su organización y elección de autoridades.

**25. Resolución MD 683/12 -
FEDERACION ARGENTINA DE
CONSEJOS PROFESIONALES DE CIENCIAS -
BO 30/08/2012**

Se implementó la Constitución del Domicilio Especial para trámites ante el Tribunal Fiscal de la Nación, el cual será gratuito. Un reglamento interno define los alcances del servicio.



Jurisprudencia.

**“Legaspi, Adrián Roberto y otros/recurso de casación” -
Cámara Federal de Casación
Penal, Sala IV - 04/04/2012**

En el marco de una causa en la cual se investiga la presunta falta de ingreso de las retenciones efectuadas, la utilización fraudulenta de diferimientos impositivos y la evasión del Impuesto al Valor Agregado, la defensa del imputado opuso la excepción de prescripción de la acción penal. El juez de grado y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico rechazaron dicho planteo. La Cámara de Casación, por mayoría, hizo lugar parcialmente al recurso interpuesto, revocando la sentencia impugnada.

**“International Engines South America SA
c/AFIP-DGI s/Dirección General impositiva.
Dictamen de la Procuración
General de la Nación” -
Expte. I.25, L.XLVII - 8/8/12.**

Las declaraciones juradas presentadas por la empresa son documentos en los que se plasmó la posición por ella asumida frente al Impuesto a las Ganancias y únicamente pueden ser impugnadas por el fisco mediante el procedimiento de determinación de oficio previsto en los arts. 16, 17 y cc. de la ley 11.683. Habiendo la actora comunicado oportunamente la reorganización societaria practicada, la AFIP pudo válidamente ejercer con posterioridad sus facultades de control a efectos de impugnar las declaraciones juradas que se presenten. Por tanto resulta nulo el acto del jefe administrativo de la DGI que rechaza la solicitud de reorganización.

**“Díaz, Claudio Miguel c/ Exa Argentina S.A.
y otro s/ accidente – acción civil” -
Cámara Nacional de Apelaciones
del Trabajo, Sala VI - 24/04/2012**

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la resolución del juez de primera instancia que prorrató los honorarios regulados con fundamento en lo normado por el Artículo 8 de la Ley 24.432 en cuanto limita la responsabilidad por el pago de las costas de primera instancia al 25% del monto de la sentencia. La Cámara declaró la inconstitucionalidad de la limitación de responsabilidad regulada en el art. 277 de la Ley de Contrato de Trabajo.

**“Ballesteros, Maria c/ Anses s/dependientes:
otras Prestaciones” -
Corte Suprema de
Justicia de la Nación - 05/06/2012**

El juez de grado admitió la demanda deducida contra la decisión de la ANSeS denegatoria del beneficio de jubilación respecto de la reclamante, decisión que se encontraba firme. El ente administrativo dictó resolución denegando el beneficio por estimar que la peticionaria no cumplía con los años de servicios exigidos. La actora, entonces, solicitó la ejecución de la sentencia referida. La Cámara, a su turno, revocó la decisión de primera instancia. Contra ese pronunciamiento la accionante interpuso recurso ordinario de apelación que, al ser denegado, motivó la queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la decisión apelada, hizo lugar al beneficio y admitió la ejecución. 

CONTABLE - FINANCIERA

Responsable:

Cdra. Roxana Reinaudi

Coordinador:

Cdor. Cristian Kathrein

ASPECTO NORMATIVO DEL SISTEMA PRESUPUESTARIO ARGENTINO

El presupuesto público es el punto donde confluyen las acciones del Estado para la satisfacción de las necesidades de la comunidad y, en combinación con otros instrumentos, favorecen el cumplimiento de los objetivos de política fiscal (estabilidad en los precios, redistribución del ingreso, crecimiento y desarrollo de la economía, entre otros).

La evolución histórica de la concepción del presupuesto muestra cuán necesario es avanzar en estas instituciones públicas fundamentales para acompañar el desarrollo de una sociedad. En sus inicios, el presupuesto fue visto como un instrumento del Poder Legislativo para encuadrar la labor del Ejecutivo. Luego se fueron mejorando los instrumentos de control y de información a la sociedad (aspectos que en la actualidad no pierden vigencia en cuanto a la búsqueda de eficiencia en su manejo); el presupuesto se extendió en su temática y hoy la complejidad de una sociedad democrática le exige funciones de ordenamiento en la formulación y cumplimiento de los objetivos de política económica y en la prestación eficiente de los servicios.

La experiencia argentina en materia de presupuesto público ha seguido los vaivenes de un país en vías de desarrollo. Luego de un largo período de inestabilidad política, que se caracterizó por la alternancia entre gobiernos militares y civiles, en 1983 la democracia llegó para instalarse como forma de organización del Estado hasta nuestros días.

Hubo un período de transición (1983-1989) propio del retorno al sistema de autoridades elegidas por el voto popular. Se evidenció la presencia de un gobierno débil y una inestabilidad económica continua, que no permitieron el desarrollo de reformas institucionales y así el proceso presupuestario siguió siendo un ejercicio desordenado de autorización de gastos. Los presupuestos aprobados, cuando ello ocurría a comienzos del período, experimentaban en la ejecución múltiples cambios, en

otros casos se sancionaban a mitad de año y muchas veces una vez concluido el ejercicio.

Con el advenimiento de un nuevo gobierno en 1989, se inicia una etapa de profundas reformas en la Administración del Estado y en las políticas públicas. Las mismas se canalizaron hacia la inmediata contención del gasto, la liberalización de los mercados, la modernización de la Administración pública, el surgimiento de reglas estrictas de política monetaria tendientes a frenar la inflación, la desregulación de los servicios públicos y las privatizaciones, entre otras. Sin embargo, el cambio que resaltamos aquí es el referido al presupuesto público y al control de la hacienda pública.

En 1993 entró en vigencia la Ley N° 24.156, que dio el marco legal para el establecimiento de un Sistema de Administración Financiera. Este sistema sigue el criterio de centralización normativa, es decir, de las políticas, metodologías y procedimientos que regulan las operaciones, y una descentralización operativa según la cual cada sistema es administrado por las propias instituciones.

Ello trajo aparejado un nuevo esquema de Administración financiera pública que significó un marco para utilizar de modo eficiente y efectivo los recursos, facilitar el logro de equilibrios macroeconómicos y hacer posible el desarrollo de un sistema informático que facilite las decisiones y otorgue transparencia al uso de recursos. Dentro de una concepción de sistemas interrelacionados, contiene normas sobre el funcionamiento de los procesos presupuestarios, de crédito público, tesorería y contable, a la vez que moderniza los mecanismos de control (tema que trataremos en siguientes ediciones).

En esta etapa, el presupuesto recobró su papel central de ordenador de las finanzas públicas, se previó un avance gradual de reformas, además el Poder Ejecutivo dio cumplimiento a su deber de presentar el presupuesto en término. Así, en 1991, por primera vez desde 1953, se

presentó y aprobó un presupuesto dentro de los términos legales.

En 1994, se sancionó la reforma a la Constitución Nacional que introdujo cambios que afectan al presupuesto y al control público. Se creó la Jefatura de Gabinete, en cabeza de un Ministro que tiene funciones de armonización de procedimientos y políticas y en quien recae la responsabilidad en las áreas de la Administración general del país, la recaudación de las rentas generales, la ejecución del presupuesto y el deber de informar, junto con los otros ministros, anualmente y en forma detallada, sobre la labor cumplida por el gobierno al Congreso.

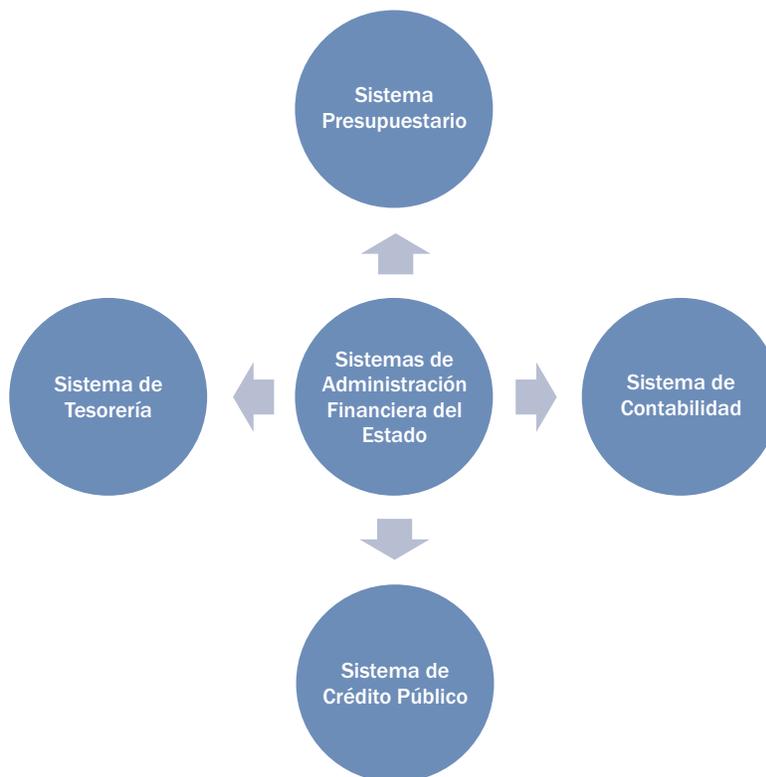
De esta manera, dentro de la reforma de la Administración financiera del Estado Nacional efectuada en los años noventa, el Sistema Presupuestario Público se inscribe como uno de los pilares del proceso de transformación de la ciencia de las finanzas públicas.

En este sentido, a partir de la sanción de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera, ha sido necesario documentar los desarrollos conceptuales y metodológicos relacionados con la formulación, ejecución y evaluación del presupuesto público, así como también con los aspectos operativos del proceso presupuestario.

Los componentes del Sistema de Administración Financiera quedan definidos en el Artículo 5° de la mencionada ley, que establece: “La Administración financiera estará integrada por los siguientes sistemas, que deberán estar interrelacionados entre sí:

- Sistema Presupuestario;
- Sistema de Crédito Público;
- Sistema de Tesorería;
- Sistema de Contabilidad.

Cada uno de estos sistemas estará a cargo de un órgano rector, que dependerá directamente del órgano que ejerza la coordinación de todos ellos”.





En este trabajo nos abocaremos a tratar el Sistema Presupuestario en la República Argentina en lo referente a su aspecto normativo. Podemos afirmar que el objetivo del Sistema Presupuestario del Sector Público Nacional consiste en elaborar el presupuesto general de la Administración nacional, administrar su ejecución y supervisar la gestión presupuestaria de las empresas y sociedades del Estado.

El Sistema Presupuestario en nuestro país fija su objetivo en forma conjunta con el objetivo del Sistema de Administración Financiera, es decir, garantiza la aplicación de los principios de regularidad financiera, legalidad, economicidad, eficiencia y eficacia en la obtención y aplicación de los recursos públicos.

Según el SIMAFAL (Sistema Integrado de Administración Financiera y Control para América Latina) que se aplicó en el Estado Nacional con el advenimiento de la Ley N° 24.156, el Sistema Presupuestario tiene por objeto prever las fuentes y los montos de los recursos monetarios y asignarlos periódicamente (generalmente en forma anual) para el financiamiento de planes, programas y proyectos con el fin de cumplir los objetivos y las metas del sector público, en orden a satisfacer las necesidades de la comunidad. Además, sostiene que el presupuesto debe guardar conformidad con el plan financiero, el plan

de inversiones y otros instrumentos de política económica. Si está aprobado con la anticipación suficiente permite programar su ejecución desde el inicio del año fiscal.

Las relaciones entre los sistemas que lo conforman son múltiples y se verifican al establecer las previsiones con las que deberán desempeñarse junto al resto de los sistemas:

- con el Sistema de Contrataciones, al fijar los montos globales por institución y por programas para la adquisición y provisión de los insumos de la producción pública;

- con el Sistema de Crédito Público, al determinar las asignaciones financieras para el pago de los servicios de la deuda y para contraer nuevos créditos;

- con el Sistema de Tesorería, al momento de administrar los fondos líquidos servirá de base, bajo el criterio de caja, para la ejecución presupuestaria;

- con el Sistema de Gestión de Administración, al determinar el presupuesto de gastos para mantenimiento, asignaciones para compras de bienes de uso, y recursos derivados de venta de bienes de capital que significarán una contribución al total de recursos;

- finalmente, con el Sistema de Contabilidad al momento de integrar la información financiera.

A. Base legal del Sistema Presupuestario.

- como ya se mencionó, la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y las normas que la reglamentan;

- las normas que se refieren al presupuesto público en la Ley N° 11.672, Complementaria Permanente de Presupuesto;

- la Ley N° 24.629, de Reforma del Estado;

- la Ley N° 25.152, de Administración de los Recursos Públicos o de Solvencia Fiscal;

- la Ley N° 25.917, de Responsabilidad Fiscal.

B. La Constitución Nacional.

Federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro Nacional, formado del producto de derechos de importación y exportación; del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional; de la renta de Correos; de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de

Al analizar la base jurídica del proceso presupuestario público nos proponemos mostrar, ordenadamente, los aspectos centrales de la misma. Con la promulgación de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, Ley N° 24.156, se establece la normativa básica en la materia, en particular la que se relaciona con el Sistema Presupuestario del Sector Público Nacional.

El presupuesto de la Administración pública nacional tiene su base fundamental en:

- las distintas normas constitucionales que regulan la actividad, el control y la estructura financiera del Estado;

Entre las normas constitucionales con incidencia y regulación en materia presupuestaria podemos citar, en orden de aparición, las siguientes:

-*Artículo 4°*: expresa cuáles han de ser las fuentes de financiamiento del Estado Nacional: “[...] el Gobierno



los empréstitos y operaciones de crédito que decrete el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional”.

-*Artículo 39*: cuando regula el derecho de iniciativa popular para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados, establece: “No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, *presupuesto* y materia penal”.

-*Artículo 75*: en éste, se establecen las facultades que se otorgan al Congreso Nacional.

En materia de recursos se reservan al Congreso las siguientes atribuciones:

1. Legislar en materia aduanera y establecer los derechos de importación y exportación (inc. 1).
2. Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias (inc. 2).
3. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, la seguridad común y el bien general del Estado lo exijan (inc. 2).
4. Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado (inc. 3).
5. Contraer empréstitos (inc. 4).

En materia de transferencias de competencias, servicios o funciones, se establece que éstas no se podrán realizar si no existe la respectiva asignación de recursos (inc. 2).

En materia de gastos:

1. Se fijan como principio las características que debe tener la distribución entre la Nación y las provincias, destacando que se debe efectuar tomando en cuenta la relación directa existente con las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas (inc. 2).
2. Se reserva al Congreso el arreglo del pago de la deuda interna y externa de la Nación (inc. 7).
3. Se le otorga asimismo la atribución de acordar subsidios del Tesoro Nacional a las provincias cuyas rentas sean insuficientes para cubrir sus gastos ordinarios (inc. 9).

En relación con la Ley de Presupuesto, se establece que corresponde al Congreso Nacional la facultad de fijar el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración nacional, sobre la base del programa general de gobierno y del plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión (inc. 8).

-*Artículo 99*: en su inciso 10 hace mención a la facultad que tiene el Presidente de la Nación de supervisar el ejercicio de la facultad del Jefe de Gabinete de Ministros, respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión, con arreglo a la Ley de Presupuesto.

C. Ley N° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional.

2. Los Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración nacional, que comprenden cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones. Los Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado.

-*Artículo 10*: establece la vigencia mencionando que el ejercicio presupuestario comienza el 1° de enero y termina el 31 de diciembre de cada año.

-*Artículo 1° y Artículo 8°*: en estos se fija el ámbito de aplicación de la ley, que está limitado al Sector Público Nacional, conformado por:

1. La Administración nacional, compuesta por la Administración central y los Organismos Descentralizados, que comprenden las Instituciones de Seguridad Social. Las Empresas y Sociedades del Estado, que abarcan las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias.



-*Artículo 27:* este menciona que si al inicio del ejercicio financiero no se encontrare aprobado el presupuesto general, regirá (con ciertos ajustes) el que estuvo en vigencia el año anterior.

La Ley de Administración Financiera también sienta entre otros principios:

-*Artículo 20:* la prohibición de legislar, contener y modificar normas de carácter y vigencia permanentes.

-*Artículo 28:* todo incremento del total del presupuesto de gastos previstos en el proyecto presentado por el Poder



La Ley Complementaria Permanente es una ley de vieja data, que incorpora, a través de las leyes anuales de presupuesto, una serie de disposiciones relativas a la ejecución presupuestaria. Esta ley fue parcialmente derogada al sancionarse la Ley de Administración Financiera y con los artículos restantes se hizo un texto ordenado, conservando su carácter original en cuanto sirve para mantener actualizado un ordenamiento presupuestario.

Así, el presupuesto nacional tiene como característica distintiva, comparado con el resto de las leyes, la vigencia acotada a la duración del ejercicio financiero anual, y la prohibición de inclusión de normas que legislen, contengan y/o modifiquen normas de carácter y de vigencia permanentes. También es verdad que existen



Esta ley, sancionada en 1996, contiene normas que afectan el proceso presupuestario. Se estipula la obligación de elaborar y acompañar, junto con el proyecto de presupuesto, un anexo con la clasificación geográfica de los gastos y, antes del 30 de junio de cada

Ejecutivo Nacional deberá contar con el financiamiento respectivo.

-*Artículo 37:* determina que quedan reservadas al Congreso Nacional las decisiones que afectan el monto total de presupuesto y el monto del endeudamiento previsto. No obstante el Jefe de Gabinete de Ministros puede disponer las reestructuras presupuestarias que considere necesarias dentro del total aprobado por cada Ley de Presupuesto.

-*Artículo 38:* toda ley que autorice gastos no previstos en el presupuesto general deberá especificar las fuentes de los recursos a utilizar para su financiamiento.

D. Ley N° 11.672 - Complementaria Permanente de Presupuesto.

normas que por sus características deberían reiterarse en las sucesivas leyes de presupuesto, o que determinan principios de formulación, elaboración y ejecución presupuestaria. Por ello, y en razón de la prohibición mencionada en el párrafo anterior, el legislador ha creado la denominada Ley Complementaria Permanente de Presupuesto, que contiene normas cuya vigencia y efectos trascienden el ejercicio presupuestario y financiero anual. Entre las disposiciones más importantes, contiene la facultad excepcional que ejercen los presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional y de la Corte Suprema de Justicia, para reajustar los créditos de sus presupuestos, dentro del total de los créditos autorizados, debiendo comunicar a la Jefatura de Gabinete de Ministros las modificaciones que se fueren efectuando.

E. Ley N° 24.629 de Reforma del Estado.

año, un informe sobre los aspectos más relevantes que contendrá el proyecto de ley de presupuesto del año siguiente; asimismo contempla imponer al Poder Ejecutivo la obligación de presentar la ejecución trimestral del presupuesto al Congreso Nacional, dentro de los treinta días de vencido el trimestre respectivo.



Esta ley, aun vigente, es abstracta en varios puntos, ya sea porque los plazos previstos en la misma han transcurrido o se encontraban condicionados a un entorno institucional diferente, al estar vigente la Ley de Convertibilidad. En otros puntos, es sustituida por la aplicación de la Ley N° 25.917, de Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal.

En lo que respecta al presupuesto establece:



Consagra un Régimen Federal cuyo principal objetivo es homogeneizar las reglas fiscales y financieras para la Nación, las Provincias y la Ciudad de Buenos Aires, en la medida de su adhesión, para obtener clasificadores presupuestarios similares y compatibles con los aplicados en el ámbito del Gobierno Nacional, a los efectos de la consolidación de las cuentas del Sector Público Argentino. También esta ley estipula que no podrán crearse fondos u organismos que impliquen gastos que no



Constituye el paso previo para la inclusión de obras y adquisición de bienes de gran envergadura e importancia en la Ley de Presupuesto Nacional. También se las conoce en la práctica parlamentaria y presupuestaria como las obras plurianuales, que generalmente se detallan en una planilla anexa al articulado, con mención de los montos y proporciones físicas de avance de las obras o adquisiciones y representan una excepción al principio de anualidad.

F. Ley N° 25.152 de Administración de los Recursos Públicos (Solvencia Fiscal).

-No podrán crearse fondos u organismos que impliquen gastos extrapresupuestarios.

-Toda creación de organismo descentralizado, empresa pública de cualquier naturaleza y Fondo Fiduciario, integrado total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado Nacional, requerirá el dictado de una ley.

-Crea el Fondo Anticíclico Fiscal.

-Fija límites al gasto y al déficit del sector público no financiero.

G. Ley N° 25.917 - Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal.

se consoliden en el presupuesto general o no estén sometidos a las reglas generales de ejecución presupuestaria.

De esta manera, esta ley en particular surge con la finalidad de establecer reglas de comportamiento fiscal que procuran una mayor transparencia en el nuevo escenario político de la posconvertibilidad. Asimismo, pretende replicar en todas las jurisdicciones provinciales y municipales los principios, normas y sistemas de la Ley N° 24.156.

H. Ley N° 24.354 - Sistema Nacional de Inversiones Públicas.

El objeto principal está dado por la iniciación y actualización permanente de un inventario de proyectos de inversión pública nacional, y la formulación anual y gestión del plan nacional de inversiones públicas. Dicho sistema reúne el conjunto de principios, de organización, de normas, de procedimientos y de información necesarios para estos fines, y para la formulación y gestión del plan nacional de inversiones públicas. Una vez aprobados y propuestos para su ejecución integran el denominado Plan Nacional de Inversiones Públicas.*

PRESENTACIÓN DEL FORO PERMANENTE DE FISCALÍAS DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS Y OFICINAS ANTICORRUPCIÓN

Responsable:

Dra. Cecilia Bertolé

Coordinadora:

Dra. Gabriela C. Tabernero

Continuando con la introducción al tema de los organismos de control, presentaremos una breve reseña del Foro Permanente de Fiscalías de Investigaciones Administrativas y Oficinas Anticorrupción, creado por los organismos de control en el año 2005, en la Ciudad de Viedma.

Este foro consultivo reúne en su seno a los organismos nacionales, subnacionales y locales cuya misión es la prevención y lucha contra la corrupción, creados en el país a partir del compromiso asumido a través de la ratificación de la *Convención Interamericana Contra la Corrupción*.

Actualmente el foro se encuentra integrado por la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, la Oficina Anticorrupción de la Nación, la Oficina Anticorrupción de Chubut, la Fiscalía de Investigaciones Administrativas de Río Negro, la Fiscalía de Investigaciones Administrativas de La Pampa, la Dirección Provincial de Anticorrupción y Transparencia del Sector Público de la Provincia de Santa Fe, la Oficina Anticorrupción y Ética Pública de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Entre Ríos, la Fiscalía de Estado de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, la Dirección General de Investigaciones Administrativas de la Municipalidad de Rosario, la Oficina Anticorrupción de La Matanza, la Oficina Anticorrupción de la Municipalidad de Morón, la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA) y la Unidad de Información Financiera (UIF).

La mencionada Convención regula en su Artículo III las medidas preventivas, indicando: “A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Parte convienen en considerar la aplicabilidad de medidas,

dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: [...] 9. Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas [...]”.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción regula, en su Artículo 6°: “Órgano u órganos de prevención de la corrupción. 1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, garantizará la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción con medidas tales como: a) La aplicación de las políticas a que se hace alusión en el Artículo 5° de la presente Convención y, cuando proceda, la supervisión y coordinación de la puesta en práctica de esas políticas; b) El aumento y la difusión de los conocimientos en materia de prevención de la corrupción. 2. Cada Estado Parte otorgará al órgano o a los órganos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo la independencia necesaria, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones. 3. Cada Estado Parte comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas el nombre y la dirección de la autoridad o las autoridades que puedan ayudar a otros Estados Parte a formular y aplicar medidas concretas de prevención de la corrupción”.



- a. Promover y fortalecer el desarrollo de los órganos que lo componen para cumplir adecuadamente con sus funciones de: prevenir, detectar, promover la sanción y erradicar la corrupción y las conductas administrativas irregulares.
- b. Instrumentar, fomentar y facilitar la cooperación recíproca y el intercambio de información entre los órganos que lo integran, tanto en la faz preventiva como investigativa.
- c. Realizar todas aquellas acciones necesarias para asegurar la especialización y la formación adecuada del personal, tanto profesional como administrativo, mediante acciones conjuntas, intercambios y convenios con distintas entidades públicas y privadas.
- d. Promover la existencia de órganos estatales análogos en todas las jurisdicciones, así como también que éstos gocen de la independencia necesaria y de los recursos materiales suficientes para desarrollar sus funciones con eficacia y sin presiones indebidas.



A. Este foro permanente fue creado con los siguientes propósitos.

- e. Compartir experiencias sobre problemáticas similares que permitan articular esfuerzos y soluciones comunes.
- f. Instaurar vínculos y desarrollar acciones comunes con las organizaciones de la sociedad civil con el objeto de potenciar la incidencia y la trascendencia de su labor.

El Foro Permanente de Fiscalías de Investigaciones Administrativas y Oficinas Anticorrupción surge como una necesidad de pensar problemas que requieren investigación, el abordaje de los mismos a partir de empiria y teoría, y la valoración de la jurisprudencia existente en cada organismo. De este modo se avanzará en las líneas de investigación que se están desarrollando y se profundizarán los mecanismos de control anticorrupción que surgen de la normativa internacional.

Para más información acerca del foro consulte el siguiente link: <http://www.fia.gov.ar/web/guest/foro-fias>. 

B. Bibliografía.

Convención Interamericana Contra la Corrupción.

<http://oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-58.html>.

http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf.

www.anticorrupcion.org.ar.



LAS COMISIONES PARLAMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN Y EL CONTROL PÚBLICO

Adrián A. Sánchez

A. Introducción.

El presente trabajo tiene un objetivo acotado y no pasa por los canales que sobre el tema han cursado otros estudios de recomendable lectura, razón por la cual se incluyen más que como notas al pie como trabajos específicos que refieren al derecho comparado, distintas opiniones doctrinales y jurisprudencia vinculada al tema¹. Lo que se quiere resaltar, luego de consignar elementales pero imprescindibles datos sobre el control público,

son las cuestiones que las denominadas Comisiones de Investigación Parlamentarias presentan en el derecho argentino, tendientes a afianzar al Poder Legislativo como un órgano de control público en asuntos extraordinarios y de gravedad institucional, siendo que, pese a que dichas Comisiones registran una antigua práctica reglamentaria y han sido validadas por calificada doctrina, no reciben una especial atención como herramienta para el cumplimiento de aquel rol del Poder Legislativo.

B. Control público.

El sistema republicano de gobierno implica un sistema de distribución y asignación de competencias donde puede diferenciarse el control público como función específica y propia de algunos órganos estatales y otros, donde, si bien esa función no es la característica o principal, como ocurre con el Poder Legislativo, lejos están de poder desentenderse de ella; sin perjuicio de que también existe un control de lo público por parte de la sociedad, donde la ciudadanía, generalmente a través de asociaciones no gubernamentales, y los medios de comunicación a través del ejercicio del derecho de información y expresión, desempeñan un rol activo y por cierto extraestatal.

El control público institucional o estatal debe cubrir los requisitos propios del ejercicio de la función de la que se

¹Mayer, Jorge M., *Las Comisiones Parlamentarias de Investigación*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1936. Corominas Segura, Rodolfo, *Los Poderes Implícitos del Congreso*, Buenos Aires, Congreso de la Nación, 1937. Bianchi, Alberto, en *LL*, 1984-C y nota al fallo "Carlos H. Franco", de la Cámara Nacional Federal en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires, Sala II, 30-X-1984, *LL*, Tomo 1984-D; Ramella, Pablo A., "Comisiones Investigadoras en el Congreso", www.biblio.juridicas.UNAM.mx/libros/2/641/31.pdf.



su intervención final y decisiva, es principalmente la idoneidad de magistrados y funcionarios judiciales; en cuanto al Poder Ejecutivo, el control es más diverso no tanto por las formas² como por los contenidos de la actividad del Poder Ejecutivo y, dentro de esas formas, se propone reflexionar brevemente acerca de las deno-



deración lacónicas soluciones que se entienden correctas en base a las breves razones que se esbozan.

Nuestra forma de Estado federal hace que convivan distintos ordenamientos constitucionales dándose la particularidad de que, en algunos de ellos (los menos), están expresamente previstas las Comisiones de Investigación entre las atribuciones y deberes del Poder Legislativo, mientras que en otras constituciones esa



Su fundamento constitucional:

fiscalización e investigación en cualquier dependencia de la Administración pública provincial, con libre acceso a los diputados a la información de los actos y procedimientos administrativos, siendo obligación de los jefes de reparticiones facilitar el examen y verificación de los libros y documentos que les fueren requeridos”.

Por cierto que entre aquellos textos constitucionales que carecen de una redacción de ese tipo se encuentra la Constitución de la Nación, donde se recurre al Artículo 86, inciso 32), que indica que corresponde al Congreso: “Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”, sin olvidar por cierto que su Artículo 71 expresa: “Cada una

C. Las facultades de investigación del Poder Legislativo.

minadas Comisiones Parlamentarias de Investigación, respecto de las cuales abordaremos su fundamentación constitucional, sus potestades y objetivos, aspectos que, circunscriptos al derecho argentino, permiten identificar cuestiones que se muestran como de necesaria reflexión a modo de sistematización, dado que se enunciarán aspectos que dan lugar a controversias y se pondrán a consi-

D. Control del Poder Legislativo respecto del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo.

posibilidad se afirma recurriendo a las facultades implícitas; lo cierto es que, en la actualidad, no resulta posible poner ningún reparo a la posibilidad de su creación y funcionamiento.

Entre las constituciones provinciales que reconocen en forma expresa dentro de su normativa la posibilidad de funcionamiento de estas Comisiones destaca por su redacción la de la provincia de La Pampa que, en su Artículo 68, inciso 11), enuncia que corresponde a la Cámara de Diputados³: “[...] designar comisiones con fines de

E. Comisiones de Investigación Parlamentaria.

de las Cámaras puede hacer venir a su sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes”.

Estas potestades entroncan con el fundamento axiológico del control político que del quehacer estatal ejerce dentro de un sistema republicano el Poder Legislativo, por ser el de más amplia legitimación política generada por el ejercicio de la soberanía popular, ya que en él todas las concepciones ideológicas electoralmente relevantes respecto del ejercicio del poder público y de la función del Estado, que hayan conformado partido político y concurrido al acto comicial correspondiente, tienen representatividad.

Por otra parte, el Poder Legislativo es quien legisla múltiples, sensibles e importantes aspectos del quehacer

² Piénsese en la cuenta de inversión, en la interpelación y pedidos de informes, contemplados en la totalidad de las constituciones de nuestro Estado federal como formas de control típicos de la actividad del Poder Ejecutivo por parte del Poder Legislativo y salvo en el primer supuesto, en los restantes el contenido será de lo más variado atendiendo a la naturaleza de los asuntos sobre los que versen aquellos requerimientos.

³ La provincia de La Pampa tiene Poder Legislativo unicameral.



estatal; de donde siendo quien dota de competencia⁴ a los órganos estatales es natural y lógico que posea una atribución de control, que indudablemente será ejercida en casos relevantes, porque se descuenta que el inicio de una investigación en el ámbito legislativo no habrá de ser un quehacer ordinario ni regular, como lo demuestra la reseña histórica de los escasos pero relevantes casos investigados por dichas Comisiones.

Es este uno de los aspectos más debatidos en cuanto a qué pueden hacer y cómo deben hacerlo. Sobre

Potestades de la Comisiones Parlamentarias de Investigación:

misma puede llegar a frustrar su vigencia habida cuenta de que puede ser el Poder Ejecutivo mismo el investigado o requerido en el curso de la investigación, a la par que se trata de una atribución inherente y de ejercicio originario del Poder Legislativo, lo que no excluye las consideraciones que se efectúan a continuación respecto de la necesaria intervención del Poder Judicial para ejercer dichas potestades cuando éstas afecten derechos y libertades fundamentales de las personas.

En tanto que las Comisiones legislativas deben poder obligar al suministro de información a los órganos estatales administrativos y al comparendo y declaración de las personas físicas, con la aclaración que deberá formularseles que declaran bajo juramento pero con el derecho de no declarar contra sí mismo⁵, por lo cual podrán excusarse de hacerlo en todas aquellas situaciones que consideren que ello ocurriría, no parece jurídicamente posible conferirles potestades para detener personas, disponer allanamientos, secuestrar documentación, ni auxiliarse para ello de la fuerza pública, mucho menos aplicar penas, puesto que todas esas son acciones propias del Poder Judicial, a quien deberán concurrir por vía sumarísima a fin de que se efectivicen las atribuciones legislativas en análisis (con obvia exclusión de la aplicación de penas) con

ello las constituciones que contemplan dichas Comisiones y, de entre ellas, las que contengan mayores precisiones al respecto, dotan a las Comisiones de mayores probabilidades de ser efectivas al configurarse el texto constitucional en una barrera inalterable a través de su regulación, no obstante lo cual es imposible que aquel texto brinde el detalle que requiere su funcionamiento, presentándose así la dificultad respecto de la naturaleza del instrumento y de las mayorías necesarias para su aprobación y/o creación en los casos en que se trate de una constitución que no las haya previsto de modo expreso.

En tal sentido entendemos que en ningún caso deberá ser una ley por cuanto la necesidad de promulgación de la

invocación de que la potestad que se pretende ejercer es inherente y originaria del Poder Legislativo; mas el Poder Judicial es quien necesariamente debe proveer lo conducente para su concreción, por ser el que, en el reparto de competencias constitucionales, debe proveer lo necesario para efectivizar esas medidas.

El fundamento de ello estriba en la prohibición agonal contenida en nuestro texto constitucional nacional—cuando se refiere a ello—de que un poder se inmiscuya o ejerza la competencia de otro⁶, aún en las situaciones extremas que den lugar al Estado de Sitio, significando ello un pilar del sistema republicano que debe ser considerado infranqueable; además, el mismo fundamento que habilita el control público con los alcances señalados en cabeza del Poder Legislativo—nos referimos a su conformación política—se convierte, en este caso, en una razón de peso que impone dejar esas atribuciones en un órgano imparcial, objetivo e independiente como es el Judicial que, antes de ordenarlas, deberá cerciorarse de que lo requerido consulta el necesario ejercicio de la facultad de investigación en base a la cual se lo requiere.

⁴Al dictar las leyes que son consecuencia de la fuente primigenia de la competencia de los órganos estatales, cual es la Constitución.

⁵Atento a la garantía del Artículo 18 de la Constitución Nacional.



Lo más interesante es el para qué de estas investigaciones, ya que, si luego no se pueden aplicar penas, ni sanciones, el Poder Legislativo podrá ejercer al respecto las mismas funciones que siempre tuvo, por caso legislar aspectos no previstos o derogar aspectos inconvenientes, enjuiciar políticamente, debiendo en su caso

formular las denuncias penales o ante los órganos estatales con competencia específica para promover las acciones consecuentes a las faltas relevadas y reveladas en la investigación llevada a cabo.

Ocurre que los cuerpos legislativos tienen en sus atribuciones de investigar la marcha correcta del sector público, lo que los convierte en órganos de control público; es cierto, de un control extraordinario y muy

Objetivos:


condicionado, en cuanto no sea dotar de relevancia el desvío o la irregularidad que motiva su intervención, pero esa siempre, en definitiva, ha sido su función: la de marcar un rumbo con la sanción de las leyes y con el control político de los restantes poderes; en tanto lo primero está asumido como una función en cabeza del Poder Legislativo, lo segundo se encuentra en un estado que exige ponerle más atención y ejercicio ya que, si existen inherentes facultades de investigación de la actividad estatal, de las cuales las Comisiones Parlamentarias son una consecuencia, prestarle atención a ellas y a las cuestiones que su existencia plantea equivale a jerarquizar la participación del Poder Legislativo como órgano de control.



 ⁶Téngase presente lo normado en los Artículos 23, 29, 76, 99 inc. 3) 2° párrafo y 109 de la Constitución Nacional.

TRANSPARENCIA GUBERNAMENTAL Y GOBIERNOS LOCALES

Miguel Ángel Bruno*



Las modernas sociedades democráticas otorgan mayor trascendencia a la problemática de la corrupción en el ejercicio de la función pública, toda vez que ésta socava la legitimidad de las instituciones, atenta contra la sociedad en su conjunto, contra el orden moral y la justicia y contra el desarrollo integral de los pueblos.

Producto de esta creciente preocupación que abarca todos los ámbitos nacionales se sancionaron la *Convención Interamericana contra la Corrupción* (Organización de Estados Americanos, OEA, 1996) y más recientemente, la *Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción* (ONU, 2003).

Nuestro país adhirió a ambos tratados multilaterales, mediante la sanción de las Leyes Nros. 24.759, de diciembre de 1996, en el primer caso, y 26.097, de mayo de 2006, en el segundo de ellos.



Implementar las medidas comprometidas por los niveles subnacionales implica un largo recorrido que –fundamentalmente en el ámbito de los gobiernos municipales o distritales locales– requiere de una particular estrategia. Ello porque, en definitiva, la tarea implica una trascendente modificación de muchas pautas de la cultura político-gubernamental ancestralmente vigentes en dichos medios.

A nivel de gobiernos locales, todavía son escasas las experiencias institucionales que ejercen las tareas propias para concretar los mencionados objetivos. Las municipalidades de Rosario, provincia de Santa Fe; Ciudad de Córdoba, provincia de Córdoba, y los municipios de Morón y La Matanza, provincia de Buenos Aires, son los ensayos más significativos en la materia.

A. Introducción.

Al concretar tales adhesiones, el Estado argentino asumió diversos compromisos. Entre ellos el de promover, crear, ejercitar y desarrollar políticas, acciones e instituciones destinadas a la debida concreción de los objetivos planteados por las citadas Convenciones.

Estos compromisos –que además se vinculan con la ejecución de mecanismos de seguimiento y contralor de los avances en la materia que se pueda lograr ir concretando– resultan extensivos a todas las jurisdicciones estatales, toda vez que el desarrollo de la ética pública y la transparencia en el ejercicio de la función pública no puede quedar reducida sólo a algunos ámbitos del Estado nacional. Por lo tanto, tanto dicho nivel como los subnacionales –provinciales y locales– se encuentran también comprometidos a encontrar respuestas idóneas para acometer la importante tarea que emerge de los mandatos multilaterales.

B. Las respuestas a nivel de gobiernos locales.

Las respectivas oficinas creadas en cada caso, que responden sustancialmente a las ingenierías administrativas propias de cada Estado provincial, vienen desarrollando sus tareas, orientadas fundamentalmente a la promoción de acciones para una mayor transparencia gubernamental y/o a la investigación de las conductas tachadas de ilegítimas, corruptas o perjudiciales a un ejercicio ético de la función pública, según las denuncias de particulares que se recepcionan en cada caso. Además, las mencionadas instituciones locales forman parte del Foro Permanente Nacional de las Fiscalías de Investigaciones Administrativas y de Oficinas Anticorrupción, un ámbito de especial relevancia para el crecimiento y la capacitación de las instituciones existentes en materia de combate a la corrupción.

*Director Ejecutivo - Oficina Anticorrupción y de Ética Pública de La Matanza.





En diciembre de 2010, el Intendente Municipal de este Municipio bonaerense dispuso la creación de una “Oficina Anticorrupción y de Ética Pública de La Matanza”, a fin de ejecutar las acciones pertinentes en esta materia en la jurisdicción local.

Téngase presente que La Matanza es un municipio del Conurbano bonaerense, que tiene una amplia extensión territorial, de alrededor de 325 km², y una población estimada de más de 1.225.000 habitantes. Estos datos dan una somera idea de la importante envergadura que tiene nuestra jurisdicción, que la ubica en un orden análogo al de una quinta provincia de nuestro país. Un nivel casi “provincial” pero sólo con recursos propios de un “municipio”.

Ello implica una particular complejidad en el desarrollo de las estrategias necesarias para dar cumplimiento con los objetivos que surgen de los citados tratados multilaterales a los que adhirió nuestro país.



Comenzadas efectivamente las tareas encomendadas, en el primer semestre de funcionamiento efectivo de la Oficina, a partir de junio de 2011, luego del necesario proceso de instalación y equipamiento, la Oficina tramitó la investigación de *diez denuncias recepcionadas*, de las que hubo en dicho período resolución final en dos de ellas.

En las resoluciones adoptadas *se concluyó*, en ambos casos, en la imposibilidad de comprobación de actos irregulares o pasibles de ser tipificados como corruptos, con arreglo a lo determinado por la normativa vigente; pero, simultáneamente, se dispusieron *dos Recomendaciones al Departamento Ejecutivo*, en un caso, a fin de que se efectúe una específica evaluación de las acciones, procedimientos y normativas que se ejecutan y aplican en materia de habilitaciones industriales y comerciales para evitar la prolongación de situaciones de irregularidad como las denunciadas en la actuación resuelta; y en el otro, a fin de que la autoridad de supervisión del contrato de recolección de residuos vigente en la jurisdicción instruya a la empresa concesionaria a instrumentar ac-

C. La Oficina Anticorrupción de La Matanza.

En este sentido, esta Oficina –que tiene autarquía funcional y dependencia administrativa de la Secretaría General de Gobierno municipal– se ha dado un esquema de desarrollo progresivo de las funciones que tiene asignadas acorde con la consolidación institucional de la misma y su reconocimiento tanto por la Administración como por los vecinos, como herramienta objetiva al servicio del mejoramiento de la ética pública en el ejercicio de la función pública.

Se ha asignando particular importancia –en esta primera instancia– a la capacitación de su personal profesional en esta materia y a la ejecución de un procedimiento administrativo debidamente normativizado para la instrucción de todas las investigaciones que deben realizarse a partir de las denuncias que vecinos e instituciones puedan plantear respecto de las diversas irregularidades que sean objetadas en el funcionamiento de agentes y funcionarios de la Administración municipal.

D. Algunas primeras conclusiones.

ciones necesarias para impedir la comisión de conductas impropias por parte de su personal en el ejercicio del referido servicio; y *una Sugerencia al vecino denunciante*, en uno de los casos, a fin de que él arbitre los medios legales pertinentes para resolver en la justicia conflictos personales que le afectan y que dieran lugar a una denuncia que efectuara incorrectamente¹.

Luego, en el primer semestre del corriente año y hasta la fecha, se han recepcionado otras *trece nuevas denuncias* que se hallan en pleno trámite investigativo.

Entonces, hemos comenzado un camino que estimamos trascendente. Nuestro compromiso es el de insistir con eficiencia, prudencia y claridad de miras en el desarrollo de las tareas necesarias para que esta Oficina se constituya en una concreta y efectiva herramienta al servicio de la ciudadanía y la población del municipio, en procura de mejorar los niveles de calidad institucional y de transparencia en la gestión de los funcionarios y agentes y de ética pública.

¹Oficina Anticorrupción La Matanza, *Informe Anual de Gestión*, enero-diciembre 2011, enero 2012.



NOVEDADES INSTITUCIONALES

Responsable:

Dra. Melania Alonso

Programa radial "La gente y sus derechos".

Todos los miércoles en FM Aprender 106.1 Mhz., el Centro de Estudios de Gestión Pública y Responsabilidad los invita a escuchar de 18 a 20 hs., el programa "La gente y sus derechos" cuya conducción está a cargo de la presidente del CGPyR, la Dra. Miriam M. Ivanega.

Desde el 1° de agosto, cada miércoles la Dra. Ivanega, acompañada por invitados especializados, aborda desde una óptica jurídica y técnica, diferentes temáticas vinculadas a las relaciones de los ciudadanos con el Estado.

La transmisión de cada programa puede ser escuchada a través de la página web de la radio en Internet que es www.fmaprender.com.ar. Allí mismo, y desde la sección de "Mensajes", los oyentes pueden ingresar sus consultas y comentarios que serán leídos y respondidos en vivo por la Dra. Ivanega y sus invitados.

El pasado miércoles 29 de agosto tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires la firma del Acta de inicio del Programa de Difusión de la Constitución Nacional.

En aquella oportunidad, el Centro de Estudios sobre Gestión Pública y Responsabilidad estuvo presente suscribiendo el documento en carácter de Institución Adherente.

El programa fue diseñado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, la Fundación Americana para la Educación (FUNDAEDU) y la Fundación para la Educación, la Ciencia y la Cultura (FECIC).

Suscripción del Acta de inicio del Programa de Difusión de la Constitución Nacional.

PRÓXIMAS ACTIVIDADES ACADÉMICA EN ARGENTINA Y EN EL EXTERIOR

Ciclos de Talleres Debate “Actualidad en el Derecho Público”

Este ciclo organizado por Ediciones Rap s.a. y auspiciado institucionalmente por el Centro de Estudios Sobre Gestión Pública y Responsabilidad consiste en tres talleres debates pensados especialmente para tratar temas de actualidad e interés de los profesionales del derecho.

El Programa consta de tres cursos: **1) “Procedimiento de consolidación de deudas”**, a cargo de la Dra. Verónica L. Arias, a realizarse el martes 18 de septiembre, **2) “Los derechos humanos y el derecho a la vivienda: los criterios judiciales”**, a cargo del Dr. Leonardo Massimino, el día martes 16 de octubre, y **3) “Medidas cautelares contra la Administración: Actualidad jurisprudencial del fuero contencioso administrativo federal”**, a cargo de la Dra. Laura Fiore, el día martes 13 de noviembre.

Los cursos se dictan en el Aula de las oficinas de Ediciones Rap sitas en Talcahuano 758 PB, Dpto. “B”, Ciudad de Buenos Aires, de 17.00 a 18.30 hs. Los mismos cuentan además con la presentación de los Dres. Eduardo Mertehikian –Director Ediciones Rap– y Miriam M. Ivanega –Presidente del CGPyR–.

De acuerdo al convenio suscripto entre Ediciones Rap y el Centro de Estudios sobre Gestión Pública y Responsabilidad, cada curso contará con cinco becas que serán otorgadas por las autoridades del Centro a aquellos socios que tuvieran su cuota social al día de la inscripción y manifestaran su expreso interés por acceder a este servicio exclusivo para nuestros asociados. Para más información, dirijase al mail del Centro: consulta@gestion-publica.org.ar.

Jornadas sobre Constitución y reforma en homenaje a Dardo Pérez Guilhou.

Organizada por el Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos. **Fecha:** 4 y 5 de Octubre de 2012. **Lugar de realización:** Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza. **Inscripción e informes:** (0261) 5244313 / 4239366 – 78 / **Para más información:** www.iadecyp.com.ar.

Jornadas de Derecho Constitucional.

Organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y el Consejo de la Magistratura de Misiones. **Fecha:** 25 y 26 de Octubre de 2012. **Lugar de realización:** Posadas, Provincia de Misiones. **Para más información:** http://aadconst.org.ar/pdf/5_programa.pdf

Jornadas de Derecho Comparado.

Organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Comparado y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. **Fecha:** 29 y 30 de Octubre de 2012. **Lugar:** Facultad de Derecho de la Universidad Nacional. **Para más información:** internacionalesder@fder.unr.edu.ar / asociacion@derechocomparado.org.ar o en la sede de la Facultad, Córdoba 2020, Rosario.

**Seminario en Derecho Administrativo:
"Derecho a la salud y regulación estatal.
Nuevas perspectivas", Segunda Parte.**

Organizado por el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Austral. **Docentes a cargo:** Dras. Alejandra Petrella, Viviana Bonpland y Profesores invitados en disciplina médica. **Fecha:** 8 y 9 de Noviembre de 2012. **Para más información:** Tel (011) 5921-8080/8090. e-mail: informesFD@austral.edu.ar. web: www.austral.edu.ar/derecho.

Carreras de posgrados y actividades académicas en el exterior.

Chile

La Fundación Henry Dunant - América Latina ofrece distintas **Diplomaturas vinculadas a los Derechos Humanos, Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Políticas Públicas, Derecho Ambiental.** **Para más información:** <http://www.fundacionhenrydunant.org/index.php/diplomados/diplomados-2012-2013>.

Bolivia

Las Universidades del Valle, Mayor de San Simón y Mayor de San Andrés cuentan con una variada oferta de carreras de posgrado en las áreas de derecho, economía, ciencias políticas e ingeniería financiera. **Para más información:** postgrado@univalle.edu (UNIVALLE) Y postgrado-face@umss.edu.bo (UMSS). 

BIBLIOGRAFÍA DE CONSULTA SUGERIDA

AA.VV., V y VI Jornadas Rosarinas de Derecho Administrativo, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 405, Ediciones RAP s.a., Buenos Aires, 2012.

Manuel Becerra Ramírez y Nuria González Martín (Coordinadores), *Estudios de derecho internacional*, UNAM, México, 2012.

Miguel Hernández Terán, *El derecho constitucional a la resistencia ¿realidad o utopía?*, Ed. Editorial CEP, Quito-Ecuador, 2012.

Luis Manuel Fonseca Pires, *O Estado social e democrático e o serviço público, um Breve Ensaio sobre Liberdade, Igualdade e Fraternidade*, 2ª edición, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2012.