

CGPYR

magdigital





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

Índice

* *	Editorial a cargo de la Dra. Melania Alonso	p. 4
* *	Sección temática “Exorbitancia de las prerrogativas de la Administración en los contratos” a cargo del Dr. Alejandro Pérez Hualde	p. 5
* *	Doctrina “Los consejos de Estado: ¿órganos consultivos, ejecutivos o tribunales de control?” a cargo del Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez	p. 24
* *	Jurisprudencia Comentario al fallo “Asociación Derechos Civiles c/ Estado Nacional – PAMI – (Dto. N° 1173/2003) s/ amparo Ley N° 16.986” de la CSJN.	p. 39
* *	Normativa Resolución N° 390 – Superintendencia de Riesgos de Trabajo Resolución N° 2.205 – AFSCA Resolución N° 2.206 – AFSCA Ley N° 26.790 Resolución N° 2.636 – Secretaría de Empleo	p. 41
* *	Técnica Fiscal e Ingresos Públicos Normativa: Análisis y resúmenes de información relevante en material fiscal.	p. 43
	Contable Financiera Ejecución Presupuestaria	p. 49
* *	Organismos de Control e Investigación El mecanismo de seguimiento de la Convención Interamericana contra la corrupción	p. 55
	¿Recurso de apelación o de casación? a cargo de la Dra. María Andrea Garmendia Orueta	p. 57
* *	Institucional Anuncios institucionales, Próximas actividades académicas en Argentina y en el exterior, Estudios de posgrado, Información de becas	p. 60



En esta primera edición del año 2013 del Boletín Digital del *Centro de Estudios sobre Gestión Pública y Responsabilidad* renovamos el compromiso con nuestros asociados, presentándoles este nuevo número en el que se ha volcado, una vez más, el trabajo, esfuerzo y dedicación de todos los que participamos en su elaboración.

Para este ciclo que comienza nos hemos propuesto continuar con la impronta de los ejemplares anteriores procurando mantener la excelencia académica de los artículos incluidos por ejemplo en la sección Temática, así como la meticulosidad en la elección de la jurisprudencia y la normativa con el objetivo de que el contenido del Boletín les sea de interés y utilidad.

Sin dudas, es nuestra obligación reiterar un muy sincero agradecimiento a los prestigiosos juristas nacionales y del exterior que con el único interés de contribuir, confían en nosotros y nos ayudan a lograr el crecimiento de este boletín, pensado como una herramienta de apoyo para el quehacer cotidiano y para el desarrollo del ejercicio profesional.

Con la misma gratitud nos dirigimos a los responsables de las distintas secciones del Boletín, por el esfuerzo realizado y la responsabilidad con la que emprenden la elaboración de cada ejemplar.

Nuestro reconocimiento a todos ellos, pues con sus aportes hacen posible este emprendimiento del Centro que, constituido como un servicio exclusivo para sus asociados, se erigió también en un canal que permite el intercambio fructífero, constructivo y profundo de conocimientos en miras a contribuir con la difusión del valor de la ética y la responsabilidad en el ejercicio de la función pública, principal objetivo institucional de dicha asociación.

Consideramos también oportuno convocar a aquellos que lean estas líneas a participar de las diferentes actividades académicas que el Centro realizará durante el año en distintos puntos de nuestro país y especialmente reiterarles nuestra invitación a hacernos llegar sus trabajos de investigación a fin de publicarlo en próximos Boletines o en los diferentes espacios con los que cuenta nuestra institución a esos fines, como el sitio web www.gestion-publica.org.ar.

Con este nuevo número, es nuestro anhelo satisfacer las expectativas de nuestros lectores en la medida en que ello significará que estamos en el camino que nos hemos propuesto cuando comenzamos a proyectar este boletín. Dejamos entonces a disposición de ustedes este nuevo ejemplar para leerlo, pensarlo y discutirlo.

Dra. Melania Alonso

EXORBITANCIA DE LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS CONTRATOS

Alejandro Pérez Hualde

A) Las cláusulas exorbitantes.

La doctrina administrativista ha dedicado grandes esfuerzos a la búsqueda de un criterio objetivo que permitiera distinguir en forma precisa y clara los contratos que se encuentran en la órbita del derecho administrativo de aquellos que no lo están. Así es como se formularon diversas teorías que pusieron el acento en aspectos tales como la presencia del sujeto Administración, la existencia de formalidades y de procedimientos característicos para su celebración, su vinculación material con algún servicio público, su finalidad de utilidad pública, etc. (Berçaitz, 189); y no ha faltado quien ha considerado inútil esta distinción (Soto Kloss, 57). También hemos contado con quien sostiene que la Administración siempre, en todos los casos, celebra contratos regidos –aunque con distinto grado de incidencia– por el derecho público (Gordillo, 2009, XI-36), por lo que aconsejan abandonar la distinción y adoptar la denominación de “*contratos de la administración*” (Sayagués Laso, I, 537).

Señala la doctrina española que la distinción entre contratos administrativos y privados tiene como utilidad no la de determinar la naturaleza jurídica de los primeros sino la de poder precisar el régimen jurídico aplicable a los cuatro aspectos fundamentales de esta clase de contratos: “*jurisdicción competente, reglas de fondo administrativas o civiles, privilegios posicionales de la Administración y perspectiva del Tesoro Público*” (Villar Palasí y Villar Ezcurra, 32). En nuestra opinión podríamos aportar que es, en principio, la sola presencia efectiva de la Administración pública en el contrato la que determinará esos aspectos.

Por su parte, los autores franceses pusieron especial énfasis en la búsqueda de establecer un concepto de contrato administrativo con el particular interés en definir la competencia de sus tribunales especiales en materia de cuestiones vinculadas a la Administración pública. En este contexto, el Consejo de Estado francés desarrolló una doctrina que puso especial relevancia en la presencia de cláusulas exorbitantes al derecho común en los

contratos celebrados por la Administración. Estas cláusulas son definidas como “*aquellas demostrativas del carácter de poder público con que interviene la Administración en los contratos administrativos, colocándose en una posición de superioridad jurídica, o invistiendo a su cocontratante frente a los terceros, de atribuciones que son propias del poder público*” (Berçaitz, 209).

André de Laubadère califica la actividad contractual de la Administración como extraña a las actividades privadas y, consecuentemente, admite que a la misma se le reconozca una suerte de poder de mando unilateral. Esto ocurre, para el destacado autor francés, como consecuencia del hecho de que la Administración sustrae una actividad que se encuentra sometida a las leyes ordinarias que rigen las actividades privadas y le determina sus condiciones de organización sobre la base de normas imperativas que son inaccesibles a las personas privadas (de Laubadère, Venezia y Gaudemet, 1-51).

En esta misma línea de pensamiento, Marienhoff, para quien la presencia efectiva del Estado en la contratación es un presupuesto esencial para calificar al contrato de administrativo, destaca que esas cláusulas son exorbitantes porque son inusuales en los contratos de derecho común o porque su inclusión en uno de ellos sería ilícita por contrariar normas de orden público (Marienhoff, 1983, III-A-46 y 74). En otras palabras, no obstante la presencia de autores que sostienen que la cláusula exorbitante no implica necesariamente desigualdad entre las partes (Chase Plate, 75), para el tratadista no se concibe un contrato de derecho privado donde una de las partes esté subordinada a la otra; tampoco es posible un acuerdo de voluntades que afecte a personas ajenas a las partes sin contradecir en forma evidente el Artículo 1195 del CC que establece que los contratos solo tienen efectos entre los contratantes y sus sucesores a título singular o plural y “*no pueden perjudicar a terceros*”, al menos sin la aceptación expresa previa de éstos.

La naturaleza de estas cláusulas exorbitantes al derecho común puede clasificarse en dos grupos según Berçaitz:

- a) aquellas que otorgan a la Administración *derechos* sobre su cocontratante de tal naturaleza que serían nulos o ilícitos en el derecho privado;
- b) aquellas que otorgan al cocontratante particular *poderes* sobre otros terceros de tal modo que sería imposible en un contrato entre personas sujetas al derecho común.

Para los seguidores de este criterio, la presencia o ausencia de estas cláusulas resulta esencial para determinar si el contrato es o no administrativo. Por su parte, Marienhoff distingue la existencia de contratos privados de la Administración de los propiamente “*administrativos*” sobre la base de que en los segundos se detecta la presencia de cláusulas exorbitantes que no se encuentran en los primeros (Marienhoff, 1983, III-A-78).

La causa de la existencia de estas cláusulas exorbitantes es encontrada por Marienhoff en el hecho de que “*el Estado no puede prescindir de su carácter de 'Poder' aun en las relaciones contractuales, y si no impone como poder el contrato, impone al que quiere contratar con él, condiciones que dejan a salvo ese poder*” (Marienhoff, 1983, III-A-84). Por esta razón es que el autor distingue la existencia de cláusulas exorbitantes “*virtuales*” o implícitas que “*corresponden a la Administración pública en su carácter de órgano esencial del Estado, en cuanto ella ejercita su capacidad para actuar en el campo del derecho público*” (Marienhoff, 1983, III-A-80).

Consecuentemente, en este esquema, más allá de las características específicas del contrato de que se trate, de si su contenido indica o no la necesidad del eventual empleo de ese “*Poder*” en ese caso concreto, la presencia de las cláusulas exorbitantes, para esta doctrina, es más que implícita, es presumida en todos los casos en que el Estado aparece involucrado en una relación contractual. Con esta posición de atribución de privilegio contractual permanente e irrenunciable a la Administración se conforma lo que se ha llamado la “*teoría del contrato administrativo*”.

Quienes sostienen la “*teoría*” definen al contrato administrativo como “*un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas en el que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, cuyo objeto está constituido por un fin público o*

propio de la Administración y contiene, explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del derecho privado” (Coviello, 2006, 108).

Entre estas cláusulas exorbitantes, solo concebibles jurídicamente dentro del marco del contrato, por ello llamado “*administrativo*”, se incluyen las siguientes:

- a) la ejecutoriedad propia de la Administración respecto de sus actos aun en el ámbito del contrato y no obstante la voluntad adversa expresa del cocontratante;
- b) el “*ius variandi*”, o facultad de modificar unilateralmente las prestaciones objeto de las obligaciones asumidas en el contrato por el cocontratante;
- c) la facultad de rescisión unilateral del contrato por razones de mérito, oportunidad o conveniencia sin indemnizar integralmente, por falta del pago del lucro cesante ocasionado, al cocontratante;
- d) la posibilidad de otorgar a su cocontratante, en el marco del contrato de concesión –sea que fuere de obra pública, de explotación de bienes del dominio público o de un servicio público–, de poderes jurídicos factibles de ser ejercidos frente a terceros sin la previa y necesaria aceptación de éstos;
- e) la facultad de dirección y control sobre el modo de cumplimiento del contrato;
- f) la facultad de interpretar unilateralmente el contenido del contrato, e imponerla al cocontratante, quien deberá obedecerla reservándose únicamente la facultad de reclamar daños y perjuicios si demostrara luego la ilegitimidad de esa interpretación.

Para la doctrina partidaria de la existencia de “*la teoría del contrato administrativo*” todas estas prerrogativas están presentes en el texto de todo contrato suscripto por la Administración aunque no estén escritas porque se trata de una cuestión de principio y no requiere de norma que las establezca (la Ley N° 63-620); es más, el empleo de la prerrogativa está habilitado para ser ejercido en forma unilateral y extrajudicialmente (Berçaitz, 209). Como límite, Marienhoff deja claramente sentada la prevalencia que sobre ellas posee la letra y el espíritu de la Constitución.

Nuestra hipótesis de trabajo para este ensayo consiste en lo siguiente: algunos contratos públicos, que son –en mayor o menor medida– todos los que celebra la Administración, contienen cláusulas que habilitan facultades extraordinarias a favor de la parte pública pero que, en modo alguno, pueden alcanzar un contenido que

fuera inválido o inadmisibles en el derecho común de los contratos en general dentro del cual está contenido también ese y todos los contratos administrativos.

No existe una exorbitancia admisible en el campo contractual, sea que fuere público o de derecho común. Por lo



Este análisis no tendría la importancia que consideramos que reviste si no estuviera inserto en la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de la Nación con un papel protagónico a la hora de distinguir los contratos públicos de los privados con el objeto de hacer aplicación de instrumentos jurídicos a favor de la Administración y en contra del contratante particular. Como acertadamente lo ha destacado alguna doctrina (Coviello, 1994, 111 y 1996, 166), conjuntamente con la presencia efectiva del Estado en la contratación y su vinculación con una finalidad pública o propia de la Administración, la presencia de cláusulas exorbitantes, explícitas o implícitas, es uno de los tres elementos tipificantes del contrato administrativo para la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema desde la propuesta, en minoría, de Fayt en el caso “*Dulcamara*” (Fallos: 313:376), luego ratificada por todo el máximo Tribunal en “*Cinplast*” (Fallos: 316:212).

De lo dicho surge entonces que, para la denominada “*teoría del contrato administrativo*”, la Administración celebra contratos que pueden ser calificados de “*administrativos*”, por la presencia de los tres requisitos mencionados, y también celebra contratos “*privados*” que no están sujetos al régimen propio de los primeros.

Esta circunstancia se presenta cuando se produce la ausencia del tercero de los requisitos ya que los dos primeros, presencia efectiva del Estado y existencia de una finalidad pública o propia de la Administración, no pueden faltar.

Según Berçaitz, quien ha seguido a importante doctrina jurisprudencial de la Corte de los Estados Unidos, la subordinación jurídica que supone la presencia de cláusulas exorbitantes tendría su origen y fundamento en la diferencia de propósitos que tienen las partes del contrato público (Berçaitz, 229). Así como el contratante particular persigue un beneficio económico, la Administración contrata en pos del logro de satisfacer una

tanto la posible presencia de cláusulas exorbitantes no es la pauta para distinguir contratos públicos de privados. La presencia de facultades distintas factibles de ser ejercidas por la Administración sobre la otra parte, o por ésta respecto de otras personas, encuentra su fundamento en razones que son extrañas al contrato.

B) La “sustantividad” del contrato administrativo y la cláusula exorbitante.

necesidad pública. Este interés público es de tal naturaleza que comprende también, en cuanto administrado, al cocontratante que ejecuta el contrato (Cassagne, 1994, 163).

No compartimos este enfoque porque la finalidad pública se encuentra presente de igual modo en un contrato de los denominados “*administrativos*” y también en aquellos que celebra la Administración que son, para nosotros erróneamente, denominados “*privados*” o de “*derecho común*” en la terminología de Marienhoff.

Los fines de la Administración están presentes en los contratos públicos y en los pretendidamente “*privados*” también. Pues no puede ésta celebrar contratos donde la finalidad de utilidad pública, o de la propia Administración, que es también una finalidad pública, estén ausentes porque estaría fuera de su objeto y razón jurídica de ser. Recordemos que la Administración no es libre para contratar sobre lo que desee sino que está sujeta a su objeto (Martínez López-Muñiz, 959) siempre en el marco del principio de legalidad.

Si seguimos las afirmaciones de Marienhoff, serán contratos administrativos por contener cláusulas exorbitantes aquellos donde la Administración se ve en la situación de encarnar el “*Poder*” (Marienhoff, 1983, III-A-84) del Estado del que está investida o para protegerlo. En otras palabras, en algunos contratos, no en todos, la Administración debería actuar ejerciendo el “*Poder*” que constitucionalmente le corresponde; en estos casos, esos contratos donde así actúa son los contratos administrativos; no los otros.

Cabe preguntarse: ¿en cuáles contratos es necesario que la Administración actúe investida de su “*Poder*” institucional que le es propio?, ¿en cuáles se hace necesario que la Administración imponga su superioridad en el caso concreto? Y, en ese caso, ¿cuál es la causa por la que recurre al contrato y no a una simple orden de

ejecución en ejercicio de sus facultades de intervención? Y, si opta por el contrato, ¿por qué razón necesita dejar abiertas determinadas “*vías de escape*” o “*tangentes*” para pasar por alto principios esenciales de los contratos como el “*lex inter partes*” o el “*pacta sunt servanda*”?

Otro interrogante: si existen cláusulas exorbitantes, cuya presencia hay que descubrir o –mejor– presumir que existen en un contrato, ¿quiere decir que la necesidad de la Administración de ejercer “*Poder*” es algo que se descubre después según las circunstancias de cada caso?, ¿no puede advertirse con antelación y hacer inclusión expresa de esas cláusulas al momento de celebrar el contrato?

Evidentemente, podríamos admitir por vía de hipótesis que habría contratos donde fuera necesario asegurar su resultado mediante el empleo del “*Poder*” y otros donde no; habría contratos donde el resultado requerido brindaría justificación a la presencia de las prerrogativas extraordinarias que implican las cláusulas pretendidamente exorbitantes. Aun en este supuesto, sigue sin explicación la causa de su no inclusión expresa en el marco jurídico del contrato; tampoco da razón de la necesidad de encontrar su fundamento contractual.

Podríamos anticipar que nuestra convicción radica en que solo la vinculación directa con las funciones esenciales del Estado y la cobertura de los servicios públicos, legalmente así calificados, son los únicos supuestos que pueden justificar, siempre que fuera necesario, el empleo de facultades de “*Poder*” de la parte estatal que pueden ser ejercidas aun sobre la contraparte del contrato. Pero la base de esas facultades no será contractual. No surgen del contrato sino de otras normas constitucionales y legales que le imponen deberes y obligaciones al Estado y que éste debe ejercer para cumplir con sus fines propios y específicos. “*Poderes*” que surgen de la tarea a cumplir y que la Administración posee –y que tiene la

facultad/deber de emplear– antes, durante y después del contrato, que no dependen de él, y que ejercería aun cuando no lo hubiera.

En otras palabras, se trata de actos de autoridad propios del ejercicio que el Estado puede hacer de sus funciones de policía, desde el mismo –o desde otro– órgano ajeno al contrato, fundado en deberes-facultades atribuidos por la Constitución y las leyes, y que, de ningún modo, consisten en “*cláusulas contractuales exorbitantes*” sino en facultades propias de autoridad que carecen de base contractual y encuentran su fundamento en la naturaleza de las funciones y cometidos del Estado calificadas, reiteramos, por la Constitución y las leyes (Cassagne, 1992, 21).

Negamos la existencia de cláusulas contractuales que trasuntan algún “*Poder*” de la Administración si por tal se entiende la presencia de instrumentos contractuales válidos que habiliten a la parte estatal a exceder el límite que le imponen los principios que rigen los contratos, a todos, a los públicos y a los privados.

Tampoco existe base o fundamento contractual para el ejercicio por particulares, contratistas o cocontratantes o concesionarios de la Administración, sobre terceras personas. Los casos en que aparece algún particular ejerciendo facultades en el marco de algún contrato, como el de concesión de un servicio público, no se trata de prerrogativas contractuales sino del ejercicio de atribuciones propias de la función pública confiada en el marco del contrato pero cuyo fundamento reposa en el régimen jurídico propio del servicio o de la función, ambos de carácter público, confiados.

Luego del análisis de las críticas volveremos sobre este punto de la cláusula exorbitante porque resulta central ya que, por su relevancia, hacia él se dirigen los embates de los críticos y las barreras de los que defienden la mencionada “*sustantividad*”.



Contra la denominada “teoría del contrato administrativo” se ha levantado, hace más de una década, la fuerte crítica de parte de una corriente encabezada por Mairal (ED, 179-675 y ED, 180-849) a la que ha contestado Cassagne (ED, 23-11-98 y ED, 23-3-99) y en la que participaron con su aporte Sarmiento García (1998), Barra (1999) y Bianchi (1999). El intercambio ha sido más que interesante y ha llevado a sostener al mismo Bianchi que “*el contrato administrativo en la Argentina ya no será igual después de esta polémica*” y a que Agustín Gordillo (2007, 837) afirme en su conferencia en el marco de las Jornadas de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, en Buenos Aires, en mayo de 2006, que “*¡la polémica la ganó Mairal!*”.

La crítica dirigida contra la “teoría del contrato administrativo”, que ya mereció nuestra atención (Pérez Hualde, 2002 y 2004), es resumida por su autor del siguiente modo: “[...] *nuestra tesis cuestiona la posibilidad de construir una teoría general del contrato administrativo según la cual existirían cláusulas exorbitantes implícitas en ciertos contratos que celebra el Estado, es decir, de reglas que se imponen a la voluntad de las partes más allá de las estipulaciones contractuales, y aun en contradicción con ellas, pese a no estar previstas en texto legal alguno. En la medida que tales reglas existan, la teoría del contrato administrativo será peligrosa por partir de una definición imprecisa, cuyos límites no se han podido determinar en ningún derecho, y pretender sujetar a los contratos que encuadrarían en esa definición, a un régimen también impreciso. La consecuencia es introducir un alto riesgo en la contratación estatal al impedir conocer de antemano, con certeza, cuáles son los derechos y obligaciones de sus partes. Para definir la tesis debería entonces demostrarse que la definición es precisa y que también lo son las consecuencias*” (Mairal, ED, 180-849).

El autor pone especial énfasis en que la “teoría del contrato administrativo”... “*no hace más que generalizar las reglas de la concesión de servicios públicos y del contrato de obra pública a todos los contratos que el Estado celebra*” (Mairal, ED, 179-675). Esta afirmación es efectuada sobre la base de que el crítico ha destacado que no cuestiona la presencia de

C) Críticas a la “teoría del contrato administrativo”.

cláusulas exorbitantes en aquellos contratos como el de obra pública y el de concesiones de servicio y de obra pública.

La polémica es también de límites imprecisos porque Cassagne contesta afirmando haber sido él quien ya cuestionó la existencia misma de la cláusula exorbitante inclinándose por su negación en su Tratado (Cassagne, 1982, 24 y 2006, 62) en la medida que distingue “*cláusula exorbitante*” de “*régimen exorbitante*”. Es el segundo, según el autor, el que inviste el Estado y se trata de una potestad que surge del ordenamiento jurídico general y es “*siempre ejercitable, aun si no hubiera pacto expreso o condición general predispuesta*”. Admite también el autor que “*implícito*” es un término confuso que no se vincula con la admisión o no de una facultad pública que no fue pactada ni contenida expresamente en el ordenamiento jurídico-administrativo (Cassagne, 1998, 3).

En términos muy parecidos participa otra doctrina que afirma que en todos los países del mundo, más o menos relacionados con el derecho francés, o con el *common law*, se percibe indudablemente la presencia clara de un sistema jurídico distinto que no es exorbitante porque se trata de otra naturaleza (Barra, 1999, 2; Bianchi, 1999, 3).

En el uso de cada una de las prerrogativas es donde harán los autores sus precisiones, y las veremos en la parte correspondiente, pero todas ellas ponen de manifiesto lo que nosotros interpretamos como verdaderos términos de la polémica que procuraremos sintetizar sin pretender abarcar toda la riqueza de las cuestiones planteadas por los contendientes sino de circunscribirnos al punto de las prerrogativas contractuales que son de nuestro interés puntual.

Mairal propone una toma de conciencia que nos devuelva a un más ajustado empleo del principio de legalidad y a un más estricto (“narrow”) alcance del poder de policía; con este objetivo se propone el autor que sea solo la ley la que pueda imponer prerrogativas a favor del contratante estatal, como lo hace la Ley de Obras Públicas o los marcos regulatorios de los servicios concesionados. La propuesta de Mairal tiene su argumentación en el hecho comprobable, para todos aquellos a los que nos ha tocado participar de negociaciones vinculadas a los contratos de

concesión de obras y servicios públicos, de que la imprecisión y la imprevisibilidad del alcance en el empleo de las prerrogativas por parte de la Administración argentina en un contrato administrativo acarrearán incertidumbre y, consecuentemente, un endurecimiento notable de los términos, sobre todo financieros –y más aun si es de largo plazo–, que perjudica directamente al propio Estado en sus contrataciones.

Este endurecimiento de los límites de la discrecionalidad administrativa apunta hacia una mejora evidente en la previsibilidad del comportamiento del funcionario y, con ello, de la seguridad de los contratos en vigencia y del sistema jurídico argentino en general.

La respuesta a la crítica se presenta en la línea de los seguidores del maestro Marienhoff quien tenía, además del fuerte bagaje doctrinario que hoy es puesto nuevamente a luz, una fuerte convicción acerca de la honorabilidad y ponderación del funcionario del Estado propia de un tiempo que, luego de los años que nos ha

tocado transitar, aparece hoy más desgastada y cuestionada por efecto del fenómeno, no exclusivamente administrativo, de la corrupción pública y de la falta de control.

Nadie duda de que el empleo razonable y previsible de cláusulas de prerrogativa estatal por parte de gente intachable hiciera innecesaria la formulación de muchas prevenciones. Pero la realidad indica una tendencia a estrechar los andarieles del funcionario administrativo marcándole más definidamente sus límites, achicando su capacidad de decisión discrecional, a través de pautas legislativas.

Asiste la razón a la crítica cuando señala la peligrosidad y la inutilidad de esa presunción de presencia de las exorbitancias que no hacen más que colocar un fondo de inseguridad jurídica en el análisis de la actividad contractual del Estado. La presunción atenta contra la naturaleza de la relación jurídica contractual que fue elegida por la misma Administración para la realización de sus fines.

D) Prerrogativas de la Administración.

Ya señalamos cómo, para los partidarios de la “*teoría del contrato administrativo*”, las cláusulas exorbitantes al derecho privado ponen en evidencia que nos encontramos ante un contrato donde sus partes intervinientes no están en un pie de igualdad. Una de las partes, el ente público, se sostiene, goza de privilegios y potestades, aceptadas voluntariamente –en forma explícita o implícita– por el cocontratante particular, que colocan al primero en un nivel de superioridad jurídica. Esta superioridad tiene su correlativa subordinación en el cocontratante que es, además, “*administrado*”.

Esta relación de superioridad y subordinación jurídicas serían las que ponen de manifiesto la clara diferencia que existe entre el mundo de los contratos privados y el de los públicos. El primero se caracterizaría por ser el campo de las relaciones de *coordinación* mientras que el segundo por las relaciones de *subordinación*.

Insistimos en que no alcanzamos a comprender la causa por la que el Estado, contando con otros medios de intervención, donde sí reina la diferencia de las partes, la superioridad y la subordinación, concurre al contrato como instrumento donde, por regla general, reina la igualdad de las partes sean cuales fueren ellas; donde se garantiza el equilibrio de las prestaciones, donde se persigue la realización de una declaración de voluntad común. Pareciera que es nuestro deseo adoptar las teorías positivas de la contratación pública, rechazamos las negatorias, pero sin un compromiso real con la verdadera naturaleza del contrato como instituto jurídico.

Analizaremos cada una de esas prerrogativas para arribar a la confirmación del hecho evidente y manifiesto de que no son tales, o –al menos– no lo son en forma exclusiva del terreno de los contratos públicos y, por ello, en caso alguno, “*exorbitantes*” al derecho común.



Cuando aquel exigir el cumplimiento de la prestación, que es derecho de todo contratante en todo contrato –administrativo, civil, comercial, etc.–, se transforma en la posibilidad de exigir al contratista particular la ejecución continuada del contrato bajo toda circunstancia –aun en caso de incumplimiento de las propias obligaciones contractuales del mismo reclamante estatal– sin que se pueda ver interrumpido por causa alguna, nos encontramos con una de las prerrogativas que la doctrina, y alguna jurisprudencia, ha reconocido a la Administración. La doctrina francesa la denomina como “*obligación de ejecutar*” (de Laubadère, Venezia y Gaudemet, 1996, 1-763).

Esta prerrogativa de “*continuidad*” estaría justificada en la superioridad del fin público del contrato y en la subordinación jurídica del cocontratante, y de sus objetivos lucrativos individuales, a ese fin. Es allí, según Escola, “*donde cobra carácter más señalado el rol de colaborador de la Administración pública que adquiere el particular*” (Escola, 1977, I-383).

Se constituye en regla general que el contrato debe continuar y que cualquier excepción a ello será interpretada en forma absolutamente restrictiva. Es más, cuando se trata de un servicio público la Administración podrá acudir a las vías de hecho para garantizar la continuidad en cualquier caso de amenaza; el concesionario debe cumplir y “*no está relevado de su obligación más que por la fuerza mayor*” (de Laubadère, Venezia y Gaudemet, 1996, 1-763).

No obstante lo expuesto, entre nosotros, la jurisprudencia argentina de segunda instancia ha relativizado un tanto semejante prerrogativa. Ha sostenido la Cámara Nacional Contencioso Administrativa Federal (sala II) que “*cuando el incumplimiento de la Administración de sus obligaciones contractuales –en el caso, se trata de un contrato de obra pública– es de tal magnitud que práctica y razonablemente imposibilita al cocontratante el cumplimiento de sus obligaciones, el incumplimiento de éste debe considerarse un derecho, pues ese hecho de la Administración se asimila a la fuerza mayor, y sirve a aquél de título idóneo para ser relevado de la obligación de cumplir lo convenido, pues lo contrario implicaría obligarlo a actuar como financiador de las obras*

1. La “*continuidad*”.

estatales” (caso “*UTE Macoin*”, en LL, 1999-C-511). De este modo, el fallo ha establecido un principio que desvirtúa en gran medida esa prerrogativa.

Debemos tener presente, como dijimos, que la facultad de exigir la ejecución considerada como cláusula exorbitante no puede ser confundida con la facultad de todo contratante público o privado de exigir el cumplimiento de la prestación a su contraparte; se trata de más que eso. No es la facultad contractual simple y llana de exigir el cumplimiento de la prestación; la cláusula exorbitante pretende colocarnos frente a una facultad de mayor envergadura que aquella ordinaria de hacer cumplir la prestación.

a) La “*exceptio non adimpleti contractus*”.

Esta exorbitancia consiste en que la Administración podría exigir el cumplimiento aun cuando no tiene razón, es decir, aun cuando no ha cumplido sus prestaciones o cuando no esté en condiciones de acreditar el haber cumplido con ellas o que su obligación es a plazo (Art. 1201 CC); más aun, consiste en que podría emplear la fuerza pública para poder asegurar el cumplimiento de la prestación. Según la formulación extrema de la prerrogativa la Administración podría considerarse, en circunstancias extremas, por encima del principio “*pacta sunt servanda*” y excluir al contratante particular de la posibilidad de uso de la “*exceptio non adimpleti contractus*” y también de su pariente la “*exceptio non rite adimpleti contractus*” (Comadira, 695).

Se ha resumido la posición de la doctrina estableciendo que “*la obligación que todo contratista tiene de mantener el servicio, aun cuando la Administración no cumpla con sus obligaciones contractuales (inaplicación de la exceptio non adimpleti contractus), tiene como límite el ejercicio 'normal' de ese derecho, ajustado a las exigencias de la buena fe y dentro del mantenimiento razonable de la 'economía del contrato'. En ningún supuesto la aplicación de la regla indicada puede tener efectos expoliatorios para el contratista. En consecuencia, el contratista puede suspender el servicio cuando las circunstancias que concurren en el incumplimiento por la Administración ponen en peligro su propia existencia*” (Sainz Moreno, 13).

Consideramos que el enfoque debe partir desde otro punto. Por regla general, ¿puede la Administración emplear estas facultades en cualquier contrato? Entendemos que no; así lo demuestra la mencionada jurisprudencia. Es más, consideramos que, en –y por– principio general, no puede; así lo exige el ámbito contractual al que la Administración concurrió sin estar obligada a ello y por su propia conveniencia.

¿Cuándo, excepcionalmente, puede? No cabe duda de que el “*Poder*”, al que alude Marienhoff, solo puede ser ejercido en esa magnitud cuando se encuentra de por medio la prestación inmediata de un servicio público o el cumplimiento de una función esencial del Estado. Nótese que frente a estos supuestos ceden incluso derechos fundamentales de rango constitucional como el derecho a la huelga (Art. 14 bis CN) de aquellos empleados de la Administración o –en su caso– de la misma empresa privada concesionaria, conforme previsión expresa de la Ley de Contrato de Trabajo si se trata de un servicio considerado “*esencial*”.

Y, entonces, nos preguntamos si, en ese supuesto, la fuente jurídica que obliga a los empleados del contratante particular a postergar o limitar severamente, cuando no totalmente, su derecho de huelga, ¿es el contrato suscripto por su patrón? La respuesta es necesariamente negativa; esa obligación no surge del contrato, surge de la naturaleza del servicio o de la función en que se encuentra involucrada en forma directa su prestación laboral. De igual modo, tampoco es el contrato el que impide el ejercicio de la “*exceptio*” al contratante particular.

Es más, podría darse el caso de que la “*continuidad*”, con su consiguiente exclusión de la posibilidad de ejercer la “*exceptio*”, lleve a someter a sus designios a un proveedor del concesionario del servicio público, ligado a éste por un contrato enteramente “*privado*” y por ninguno a la Administración responsable de la prestación del servicio público involucrado.

Decimos que la Administración puede actuar haciendo uso de la fuerza pública para asegurar la “*continuidad*”. Ahora bien, ¿a cuál continuidad nos referimos? ¿A la continuidad del servicio público o a un principio contractual? Dice Mairal que “*existe una relación tripartita de Estado concedente - concesionario - usuario, y donde la principal prestación que recibe el*

concesionario (el precio del servicio) proviene del usuario y no del Estado” (Mairal, 1998, 10). Por el contrario, Cassagne menciona una “*injerencia en la relación contractual del principio de continuidad del servicio público*” para terminar coincidiendo con el primero en la solución de inoponibilidad de la “*exceptio non adimpleti contractus*” (Cassagne, 1998, 4).

Entendemos que la facultad extraordinaria solo puede ser ejercida para asegurar la “*continuidad*” del servicio público que es una garantía constitucional contenida expresamente en el Artículo 42 CN; consideramos que es el contrato el que se ha inmiscuido en el terreno de los servicios públicos, y no al revés, y de allí los efectos que son consecuencia necesaria del especial rol que le compete a las “*autoridades*” (todas) como garantes del control efectivo de la calidad y eficiencia de los servicios públicos en el marco del mencionado Artículo 42 CN (Guajardo, 1995, 120).

Es la presencia del principio de “*continuidad*”, que impera como carácter esencial en los servicios públicos, sin el cual no existe la “*calidad*” –cuyo control efectivo es contenido de la garantía constitucional expresa–, el que brinda el justificativo y fundamento al ejercicio de la facultad excepcional y no una característica contractual. Por esa razón alcanza a terceros extraños al contrato como a los empleados del concesionario, del subcontratista, al proveedor, etc.

Es más, se trata del empleo apropiado de las facultades propias del “*Poder*” que no nacen del contrato, ni siquiera del contrato administrativo de concesión de la explotación del servicio público. Es más, si no hubiera contratante particular y se tratara de la prestación directa por parte del Estado, también ejercería esas facultades para allanar dificultades que obstruyeran la normal prestación del servicio. Pues allí –aun sin contrato– reinaría el principio de “*continuidad*” del servicio público.

Son competencias propias de la autoridad; “*el contrato no puede ser un obstáculo para el ejercicio normal de las competencias administrativas*”, han dicho prestigiosos autores franceses; y esto es así, afirman, porque “*esas diversas prerrogativas deben ser asignadas no al contrato en sí mismo, sino a las competencias de orden público conferidas a uno de los cocontratantes*” (Moderne y Delvolvé, 1991, 274).

Cabe concluir en que la pretendida cláusula exorbitante no se funda en circunstancias contractuales, porque no es utilizable por la Administración en cualquier contrato, sino únicamente cuando se encuentra de por medio un servicio público o una de sus funciones esenciales y es, entonces, la continuidad de éstos la que justifica el uso de las facultades, que –reiteramos– no son contractuales, de empleo del “Poder” del Estado.

La legislación vigente en materia de contrataciones del Estado Nacional (Decreto N° 1.023/2001, Art. 13, inc. c) impone al cocontratante particular: “*La obligación de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural, o actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato*”. Dentro de esta normativa contractual, los actos o incumplimientos de la Administración sí habilitarían la “*exceptio*” únicamente cuando impidan el cumplimiento del particular contratante.

Consideramos que una interpretación gramatical de esa norma es a todas luces incompatible con los principios del “*lex inter partes*” y del “*pacta sunt servanda*” esenciales para la vida de los contratos; podríamos decir que tal supuesto es contractualmente “*ilegítimo*”; pues no se concibe un contrato donde la obligación efectiva de cumplir recaer en una sola de las partes.

Esta facultad, que definimos –no obstante– como “*no contractual*”, porque su uso posible se presenta únicamente en abuso de los términos contractuales, tiene su origen en causas ajenas al contrato; no es un poder implícito o explícito de la Administración en el contrato sino que es ajeno al contrato.

Esta afirmación trae como consecuencia que no podría ejercer la parte estatal esta facultad sobre la base de la mera invocación al contrato sino que solo sería posible con una suficiente motivación sustancial en razones del ordenamiento jurídico propio del régimen del servicio público, o de las funciones esenciales del Estado –como la educación o la salud pública–, en los cuales sí encuentra su fundamento y sentido.

Asimismo, en la medida en que la razón se encuentre fuera del contrato es que procederán también los

reclamos económicos de reparación integral que fueran pertinentes en tanto y en cuanto se hayan traducido en un desequilibrio en la economía del contrato.

b) *La interpretación de los requisitos de la cláusula de incumplimiento.*

Por todas las razones expuestas es que afirmamos como conclusión que se trata de una prerrogativa no contractual de la Administración que no cabe incluir entre aquellas que caracterizan al contrato administrativo. En todo caso, la presencia del Estado contratante y la vinculación efectiva con un servicio o función pública podrían llegar a influir, dentro del marco contractual, en el rigor exigible en la valoración de los requisitos propios del instituto de la “*exceptio non adimpleti contractus*”.

La doctrina prevé, como carriles que encausan el ejercicio de la “*exceptio*”, dos principios: el de proporcionalidad y el de buena fe; ambos aplicables en toda la contratación civil, comercial y también pública. Es en este terreno donde podemos admitir un mayor rigor en la apreciación del intérprete que se ve en la situación de solucionar la situación de conflicto, pues coincidimos –en el fondo– con Pablo Comadira (701), en cuanto a que “*la cuestión se resume en determinar cuán exigentes o rigurosos debemos ser al momento de reconocerle legitimidad a la pretensión del contratista particular que intenta justificar el incumplimiento de sus obligaciones con fundamento en esta excepción*”.

En el marco de la “*proporcionalidad*” deberán sopesarse las circunstancias del caso concreto y según el significado de la prestación, la calidad de débil del usuario que es el destinatario directo afectado por la paralización, como ocurriría en el caso de concesión del servicio público, deberán ser tenidos en cuenta a la hora de valorar el adecuado ejercicio de la “*exceptio*” dentro del marco contractual.

En el terreno de la “*buena fe*” deberá ponderarse la actitud especial que es exigible a la empresa que ha contratado con la Administración y que está obligada a ser consciente de las consecuencias de sus actitudes contractuales para los terceros, usuarios –en su caso–, o para el interés público, involucrados en la función afectada en el marco del contrato; marco que, de buena fe, el cocontratante particular no puede ignorar.

En todos los casos, la restricción de uso de la “*exceptio non adimpleti contractus*”, a través de un mayor rigor en la interpretación de sus requisitos de proporcionalidad y buena fe, responde al hecho de que el destinatario directo de su ejercicio es el usuario, en el caso del servicio público, o el ciudadano requirente de la salud pública o de la educación estatal o de la seguridad pública, en el caso de las funciones esenciales del Estado, quienes no son parte del contrato en el ámbito en el cual se ejerce la “*exceptio*”.

Ni el usuario, a través de la tarifa, ni el ciudadano, a través de sus impuestos o tasas, son quienes pagan el precio de ese contrato público; más allá de que aquella tarifa o ese canon que puedan pagar integre el precio que la concedente, que sí es parte, pague en el marco del contrato de concesión. Pero su presencia no puede ser ignorada y desconocida por el contratante particular que se encuentra vinculado contractualmente a la



Sobre fundamentos similares se sostiene la existencia del derecho de la Administración a introducir unilateralmente cambios en la prestación contractual de tal modo que ha llevado a afirmar que rige en los contratos administrativos el principio de *mutabilidad*. Se sostiene que la Administración posee la facultad de introducir cambios en forma unilateral en las prestaciones a las que está obligado conforme al texto del contrato su cocontratante particular. Así establece la primera parte del Artículo 12 inc. b, del Decreto N° 1.023/2001, “*La facultad de aumentar o disminuir hasta un veinte por ciento (20%) el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos*”.

Pareciera que se pretende que rige el principio “*lex inter partes*” afirmando que en las contrataciones públicas, al igual que en las civiles y comerciales, el contrato es “*ley para las partes*” (Art. 1197 CC) pero con la diferencia de que esa ley no es inmutable, es más, es mutable en beneficio de una sola de las partes, la Administración. Ella, se dice, está facultada a introducir los cambios que resulten necesarios en función de sus sucesivas interpretaciones del fin público que la inspira durante la vida del contrato.

Administración y que mediante el vínculo contractual colabora con ella en la consecución de sus fines públicos.

En conclusión, cada contrato público posee una carga de interés público comprometido en concreto (Pablo Comadira, 702), que no es ignorada por el contratista particular, y que, en la medida de su buena fe, le habilita o no el empleo del remedio excepcional.

Por esta razón es comprensible, aunque no exorbitante –pues no sería nula en contrato alguno–, la cláusula expresa que se incorpora en los contratos de prestación del servicio público de distribución de agua potable y saneamiento en el sentido de establecer un período determinado –normalmente de hasta un año– de prestación obligatoria por parte del concesionario aun en el supuesto caso en que hubiera ejercido la facultad legal y contractual de rescindir su contrato de concesión por incumplimiento culpable de la Administración.

2. El “*ius variandi*”.

Según de Laubadère, esta prerrogativa no está admitida como general para todos los contratos sino, únicamente, para aquellos donde la materia es la prestación de un servicio público y solo puede dirigirse a introducir modificaciones sobre la prestación del servicio y no sobre sus condiciones económicas (de Laubadère, 1980, 47). En nuestro país se ha extendido a todos los contratos.

Esta facultad, en todos los casos, posee límites, ya que la variación no podrá afectar la naturaleza esencial del contrato ni su precio, y si ello ocurriera podría el contratista rescindir el contrato exigiendo una indemnización. Tampoco podrá afectar el equilibrio financiero del contrato (de Laubadère, Venezia y Gaudemet, 1996, 770). Si se trata de obras públicas, el cambio no obliga al contratista si conlleva la necesidad de emplear maquinarias o sistemas de trabajo distintos a los previstos en el contrato, así lo contempla la Ley de Obras Públicas de la provincia de Mendoza (Art. 49). En el terreno del contrato de suministro también prevé la ley límites o acuerdo de partes.

Es principio compartido que en todos los casos el contratista es pagado íntegramente de sus mayores esfuerzos ocasionados por el ejercicio del “*ius variandi*” por la Administración.

¿Dónde está la exorbitancia de esta cláusula? No se trata de una norma contractual cuya inclusión en un contrato privado se tornaría nula. Es plenamente válido prever en un contrato privado la posibilidad de introducir cambios en la prestación; especialmente es así si se considera que posee límites y mecanismos de resarcimiento.

De igual modo ocurre con respecto a las mejoras tecnológicas que se le imponen a los concesionarios de servicios públicos; los contratos prevén normas de incorporación de nuevas tecnologías y tienen la misma validez que tendrían esas mismas cláusulas en un contrato privado de empresas de tecnología donde es habitual su empleo. De igual modo, esta facultad de variación no existe en algunos contratos administrativos como el de empréstito público si no ha sido previsto en forma expresa previamente en el contrato.

Existen también en el terreno de los contratos propios de la actividad del mercado donde la introducción de cambios unilaterales es propia de la naturaleza de ellos, tal el caso del contrato de educación privada, de medicina prepaga, de servicios, de suministro para la industria –especialmente automotriz–, etc. a los que Lorenzetti (120) denomina “*de larga duración*” y Morello (1354) “*de renegociación permanente*”. Para Lorenzetti los contratos de concesión de servicios públicos se encuadran en este concepto.

Nosotros hemos preferido adoptar la traducción de su original en italiano, “*di durata*” –como los llama Messineo (I-429; sigue a Oppo, 143)–, y llamarlos contratos “*de duración*”. Es por esta causa, propia de la naturaleza del contrato, que a los concesionarios de servicios públicos es posible imponerles cambios “*no previstos*” contractualmente; porque el contrato de concesión de servicios públicos, por su propia naturaleza, está destinado “*ab initio*” a cambiar; lo normal es que cambie.

Al momento de su celebración, ambas partes saben y conocen que el contrato sufrirá múltiples variaciones. Algunas provenientes de órdenes del contratante fundadas en la necesidad de incorporación de innovaciones tecnológicas, que el concesionario estará obligado a cumplir, otras veces como consecuencia de decisiones tomadas por la reformulación de políticas de servicios públicos o de urbanismo, o de seguridad. También por razones propias de la economía general.

La ley española de contratos, en su Artículo 258 (inc. 1), establece que “*la Administración podrá modificar por razones de interés público las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios*”. Esos cambios provocarán merecidos y adecuados incrementos de precio de modo de preservar la remuneración del concesionario. Esta dinámica del contrato es la que lleva a las partes a acordar mecanismos de sostenimiento del equilibrio contractual; ese mismo que, por esa razón, Lorenzetti denomina “*equilibrio dinámico de las prestaciones*”.

La naturaleza del contrato ya habilita en esos contratos, tanto en los públicos como en los privados, de concesión de servicios o de suministro –que son “*de duración*”–, a establecer cambios unilaterales que el cocontratante debe acatar; y no es posible, por ello, hablar de nulidad o exorbitancia de esas cláusulas.

Distinto es el rol que les cabe, en el marco de los contratos de concesión de la explotación de un servicio público en Argentina, a los entes reguladores. La facultad que ellos ejercen de imponer otras reglas en la prestación del servicio público concesionado no nace del contrato de concesión sino del ejercicio que les ha sido conferido de ejercer la policía del servicio público. El carácter extracontractual de la facultad empleada por el Estado para introducir el cambio es por demás evidente.

Las normas de prestación son habitualmente adaptadas a la política del servicio público y son impartidas por la Administración; son retribuidas íntegramente en el marco del contrato en la medida en que signifiquen un recargo en la prestación contractual.

El fundamento de la reparación económica del contratante particular podrá encuadrarse en los principios que inspiran los términos de la “*teoría del hecho del príncipe*”, cuando el cambio proviene de una norma general –de naturaleza extracontractual–, o del “*hecho de la Administración*”, cuando lo es de una orden particular –y de carácter contractual–, y se hace procedente, en ambos casos, la reparación integral. Reiteramos, en el primero, de origen extracontractual, en el segundo, de carácter contractual.

Dice el mismo Artículo 258 (inc. 4) del régimen español de contratos que “*La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:*

a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las características del servicio contratado.

b) Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato”.

También en este punto los polemistas alcanzan un acuerdo por cuanto la incompatibilidad señalada por Mairal (ED, 179-675,6) entre el principio “*pacta sunt servanda*” y la prerrogativa del “*ius variandi*” en forma implícita es contestada por Cassagne (ED, 23-11-98) en el sentido de que está de acuerdo pues existe la prerrogativa de si está en la ley que rige el contrato (como es el caso de las obras públicas y del suministro) o cuando hay acuerdo de partes y no cuando es implícita, que es el núcleo de la crítica de Mairal. Nosotros agregaríamos el



El mencionado Reglamento de Contrataciones del Estado Nacional (Decreto N° 1.023/2001) establece que la Administración cuenta con “*El poder de control, inspección y dirección de la respectiva contratación*” (Art. 12, inc. c).

Afirman algunos autores que de la superioridad del fin público y de la subordinación jurídica del cocontratante particular surgen las facultades de control, inspección y dirección que inviste la Administración en la ejecución de los contratos. Se trataría también de una manifestación de la obligación constitucional que impone a la Administración su responsabilidad sobre la marcha de los negocios públicos; éste sería el fundamento de esta prerrogativa que, aun cuando no esté expresamente estipulada, también se entendería presente en todo contrato administrativo.

Reconoce la doctrina que, según la naturaleza del contrato de que se trate, el ejercicio de la facultad de control será más o menos posible, es “*variable según las categorías de contratos*” (de Laubadère, Venezia y Gaudemet, 1996, 1-765). En el caso de la obra pública está normalmente prevista en forma expresa en el marco legal que rige el contrato. Tal como lo está en el contrato

caso en que el cambio unilateral proviene de la naturaleza misma del contrato, como dijimos, de “*duración*”.

Podemos concluir en que no estamos en este caso frente a una prerrogativa extraordinaria de la Administración de naturaleza contractual sino ante una cláusula que también se usa en los contratos privados cuando se encuentra expresada en el texto, en forma supletoria en el contrato de locación de obra por su presencia expresa en el Código Civil; o que carece de carácter contractual, teniéndolo únicamente reglamentario, cuando aparece expresamente y es ejercida por quien detenta ese “*Poder*” con los límites que la misma norma contempla.

En conclusión, no responde a la definición que indica que la cláusula es exorbitante porque excede –o exorbita– a aquello que sería válido en el derecho privado.

3. Control, inspección y dirección.

de locación de obra en el Código Civil y también en el régimen del contrato de trabajo. No hay exorbitancia respecto del derecho privado, pues no es nulo incluir expresamente esta facultad en contrato alguno.

Por el contrario, sostiene Mairal (ED, 179-675) que en un orden constitucional donde rige el Artículo 19 CN que reza que “*nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe*” no puede concebirse esta facultad estatal sin un texto de rango legal expreso que lo respalde como es el caso en que así lo hace la Ley de Obras Públicas. El autor admite, ciertamente, la existencia de la relación de subordinación extracontractual que supone la existencia de las potestades que la ley le atribuye a la Administración y de las cuales no abdica por el hecho de firmar un contrato. Pero nosotros nos preguntamos: ¿acaso el locatario de obra privada carece de facultades de control, inspección y dirección de la obra?

La única diferencia de régimen, y allí sí el derecho público, es que la Administración no podría en caso alguno renunciar válidamente a esta facultad y el privado sí. Pero esto se debe al régimen que rige al Estado sea donde fuere que desempeñe sus actividades.



El Artículo 12 inc. d, del Decreto N° 1.023/2001, otorga a la Administración “*La facultad de imponer penalidades de las previstas en el presente Régimen a los oferentes y a los cocontratantes, cuando éstos incumplieren sus obligaciones*”.

Como señala la doctrina, es consecuencia directa y necesaria del poder de dirección y control de la Administración en la ejecución de los contratos administrativos, la existencia de una potestad de sancionar los incumplimientos a las directivas y órdenes impartidas en ejercicio de aquellas prerrogativas. Esta facultad no está incluida en el listado de cláusulas implícitas que nos brinda Marienhoff (1983, III-A-80).

No obstante, sostiene alguna doctrina que se trata también de una cláusula exorbitante que opera como principio, es decir, existiría la facultad de la Administración de sancionar al cocontratante aún cuando no se encuentre estipulada en forma expresa en el contrato. Sostiene Escola (1977, I-409) que no es legítimo que el contrato administrativo coarte esa facultad a la Administración. La doctrina francesa encuentra fundamento a esta prerrogativa en el hecho de que las sanciones que contempla el derecho privado resultarían insuficientes en el terreno de los contratos administrativos porque en éstos no solo se busca reprimir el incumplimiento sino también asegurar la ejecución del contrato público (de Laubadère, Venezia y Gaudemet, 1996, 1-765).



El Artículo 12 del Reglamento establece expresamente que, en los contratos que celebra, la Administración tiene la facultad de “*decretar su caducidad, rescisión o resolución y determinar los efectos de éstas*” (inc. a), y también la posibilidad de ordenar la “*revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante*” (inc. b segundo párrafo).

No debe confundirse la facultad de sanción rescisoria con la facultad rescisoria por razones de oportunidad, mérito o conveniencia de que gozaría la Administración. En ambos supuestos se extingue la relación contractual pero en un

4. Sanción.

Las sanciones que el ente público contratante puede aplicar son de naturaleza contractual, por ello, no deben ser confundidas con las sanciones administrativas que la Administración aplica en ejercicio de las facultades de policía. Las sanciones de naturaleza policial que la misma Administración impone tienen fuente legal, en norma dictada por el órgano legislativo en ejercicio del poder de policía (de comercio, de tránsito, de higiene, de seguridad, de los servicios públicos, de vinos, etc.). Igual naturaleza policial tienen las sanciones que se prevén contra el contratista de obras públicas incumplidor respecto de sus posibilidades de contratar en el futuro con la misma repartición oficial.

Las principales sanciones que la doctrina ha analizado son: pecuniarias, coercitivas y rescisorias. Las sanciones pecuniarias y rescisorias, como señala Mairal (ED, 179-675), ya están contempladas expresamente en el ordenamiento jurídico que rige a los contratos privados. Todas las demás deben estar previstas en la ley, en los reglamentos –en forma previa–, o en el contrato en forma expresa; por ello la norma del Reglamento de Contrataciones transcrita se refiere a las “*previstas en el presente régimen*”.

No existe sanción contractual sin texto expreso en el mismo contrato o en el marco jurídico que lo rige y lo integra, como la ley, el decreto reglamentario o los pliegos de la licitación. Así es en el terreno de los contratos públicos y también en el mundo de los contratos entre privados; no existe exorbitancia en su inclusión.

5. Rescisión unilateral.

caso se trata de una sanción y en el otro del uso de una prerrogativa que, a diferencia del primero, en caso de ser ejercida, el ente público deberá indemnizar –en principio– a su cocontratante.

La facultad de rescindir en forma anticipada consistiría en una prerrogativa de la que la Administración goza en virtud de las cláusulas exorbitantes que son inherentes a los contratos administrativos. Marienhoff denomina a esta facultad “*revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia*” y la doctrina francesa se refiere a ella poniendo de manifiesto que se trata de una “*rescisión discrecional de orden público*” (de Laubadère, Venezia y Gaudemet, 1996, 1-771).

Esta finalización del contrato por decisión unilateral no es propiamente una exclusividad de los contratos de la Administración. Está expresamente prevista a favor del locatario de la locación de obra en el Código Civil argentino en su Artículo 1638. Allí se prevé también una indemnización integral, que puede ser morigerada por el juez del contrato. Dice la norma que el locatario de la obra “*puede desistir de la ejecución de ella por su sola voluntad, aunque se haya empezado, indemnizando al locador todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener por el contrato. Empero, los jueces podrán reducir equitativamente la utilidad a reconocer si la aplicación estricta de la norma condujera a una notoria injusticia*”.

Por lo tanto, la exorbitancia estaría en el hecho de que la Administración puede ejercer esa facultad sin tener que indemnizar en forma integral sino que puede excluir de ella al lucro cesante. Pues, se interpreta que se trata de una extensión de los principios que rigen la expropiación (Comadira, 383), instituto en el cual el lucro cesante está excluido en forma expresa.

Alguna jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación efectuó precisiones sobre el alcance del principio denominado de “*expansión de los principios del régimen expropiatorio*” (Fallos: 306:1409, “*Sánchez Granel*” y Fallos: 316:1025, “*Ruiz Orrico*”) pero, más recientemente (Fallos: 328:2654 “*El Jacarandá*”), la actual composición del máximo Tribunal de la Nación estableció como principio general el de la reparación integral de las consecuencias ocasionadas por la decisión unilateral de finalizar el contrato por parte de la Administración; pero ello es así siempre y cuando no exista una ley, como hoy sí existe en la Argentina (en la Ley N° 25.344 –Art. 26– y en el Reglamento de Contrataciones del Estado Nacional), que limite en forma expresa esa indemnización.

En otras palabras, y así lo menciona el fallo, la regla general es la establecida por la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549 que, en su Artículo 18, establece el principio de que cuando existe revocación de un acto administrativo estable por razones de oportunidad, mérito o conveniencia corresponde la indemnización –sin exclusión de rubro alguno– a los afectados.

Expresa la Corte en su fallo que “*cabe recordar que cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares –cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general–, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito*” ... “*no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas*”.

Por lo tanto, la prerrogativa podría ser ejercida en el marco de un sistema legal que autorizara expresamente la exclusión de la indemnización integral; pero ello no lo torna necesariamente en conveniente a los intereses del Estado. Los nuevos instrumentos de financiación de grandes proyectos (“*financial projects*”) quedan fulminados, o –al menos– gravemente encarecidos en su costo, ante el solo riesgo del ejercicio de esa “*prerrogativa*” cuando llegara el momento del recupero de la inversión a través de la explotación comercial de la obra objeto del proyecto.

Coincidimos con Mairal (ED, 179-675), sin la oposición de Cassagne si se trata del rescate de la concesión de servicios públicos, en que no es posible que la autoridad del Poder Ejecutivo pueda gozar de la facultad de rescindir, sin reparación integral, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia cuando ello no está previsto en el contrato, o en su respaldo legislativo específico.

También cabe analizar, desde el punto de vista constitucional, si el ejercicio de esta facultad no afecta el principio de división de Poderes. La realización del contrato ha contado necesariamente, en su oportunidad, con una autorización legislativa, normalmente encarnada en la Ley de Presupuesto, verdadero programa de gobierno, y le está impedido al Poder Ejecutivo formular una reevaluación de la conveniencia u oportunidad de lo que ha fijado el Congreso. Si no hizo uso oportuno del veto, o de la –legalmente dudosa– facultad del Jefe de Gabinete de modificar ese destino de acuerdo con la Ley de Administración Financiera, mal puede revisar lo actuado por el Legislador en uso de sus poderes propios que le brinda la Constitución. Si no existe una norma legal que autorice al Ejecutivo a rescindir por razones de oportunidad o conveniencia, entendemos que carece de esta facultad.



El ya mencionado Reglamento de Contrataciones del Estado Nacional señala en su Artículo 12 inc. a que la Administración gozará de la “*prerrogativa de interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento*”.

Algunos autores como García de Enterría y Fernández (I-701), en España, y, en nuestro país, Vázquez (308), también incluyen expresamente entre las prerrogativas de la Administración esta de interpretar unilateralmente el contrato. En el caso español debe tenerse presente que la facultad se encuentra expresa en la Ley de Contrataciones.

Debe entenderse esta prerrogativa como aquella de autorizar a la entidad pública contratante a practicar la primera interpretación de los textos contractuales frente a un conflicto de intereses con el contratista particular y, sobre la base de ese análisis unilateral, continuar



Consideramos demostrado que no cabe admitir la subordinación como nota específica implícita de los contratos de la Administración. Tampoco es posible la incorporación o la interpretación de las que están ya incluidas en el régimen propio de la contratación pública, de cláusulas de tal modo tan exorbitantes al derecho común que pudieran ser consideradas nulas en ese ámbito. En principio las cláusulas nulas en el ámbito de los contratos en general son también nulas en el de la contratación administrativa.

Nos inclinamos a compartir con Gordillo (1998, 1-XI-53) su afirmación acerca de que todos los contratos que suscribe la Administración se ven, de un modo u otro, modificados por la presencia de la entidad pública estatal y aun los más cercanos al derecho privado “*no se mantienen con sus típicos caracteres civilistas*”.

Reconoce el autor que antes era posible hacer una distinción pero hoy ya no y establece grados de acercamiento al derecho administrativo clásico que van desde la suma proximidad como es la concesión de la explotación de servicios públicos en condiciones de

6. Interpretación unilateral del contrato.

inmediatamente la ejecución del contrato. Esta prerrogativa puede llegar al extremo de invertir un principio de derecho civil que impide que aquél que redactó una cláusula pueda beneficiarse con su oscuridad (Parada Hernández, 273).

Siempre estará a salvo el derecho del contratista a hacer valer su propia visión del conflicto mediante el empleo de todos los recursos administrativos que se encuentren a su disposición; pero el contenido de esa reclamación no tendrá por objeto la modificación del acto administrativo de interpretación sino las pretensiones económicas que se deduzcan como consecuencia de él.

Consideramos que se trata de una consecuencia de la naturaleza del contrato de “*duración*”, o –también– podría ser efecto necesario de la prerrogativa, no exorbitante, de “*dirección*”, o de la extracontractual de “*continuidad*”, que ya hemos analizado, y cabe reiterar respecto de ellas lo dicho en esa oportunidad.

E) Reflexiones finales.

monopolio o exclusividad hasta los más alejados como una mera compraventa o una locación que aun así no escapan indemnes a la presencia estatal.

Para el autor todos los contratos que celebra el Estado son administrativos y las prerrogativas se presentarán según su cercanía a la preponderante aplicación de las normas del derecho público; no está demasiado lejos de aquella presencia efectiva del “*Poder*” señalada por Marienhoff.

Coincidimos plenamente con la practicidad de la doctrina española en la medida en que considera que “*el problema no ha de plantearse en términos de singularidad, sustantividad o exorbitancia, sino, más sencillamente, sin dramatismos, inquiriendo cuáles son esas modulaciones o variantes que introduce la presencia subjetiva de la Administración sobre la abstracta institución contractual*” (García de Enterría y Fernández, 694).

No hay cláusulas contractuales exorbitantes; donde existe alguna facultad extraordinaria de la Administración, la misma responde a un régimen jurídico de otra naturaleza, coincidimos con Barra y Bianchi, y no de tipo contractual ni encuentra allí su fundamento.

El criterio expresado asume la realidad efectiva de la presencia del Estado y, a la vez, la multifacética actuación de éste bajo el ropaje de la investidura de “Poder” unas veces fundado en la ley, otras en la existencia de privilegios otorgados a particulares que claman por controles especiales y por la efectivización de responsabilidades también extraordinarias.

La Administración concurre al ámbito del contrato como medio apto para la realización de sus cometidos públicos sin estar obligada a ello; pues cuenta con otros instrumentos jurídicos que le permiten realizar esos fines. Ahora bien, habiendo recurrido a ese instituto jurídico, debe someterse a sus reglas propias, sobre todo a sus principios esenciales, que lo rigen desde los tiempos del derecho romano, como el “*lex inter partes*” y el “*pacta sunt servanda*”, sin los cuales no hay contrato.

Y si bien, en principio –también–, no es posible someter en modo definitivo los destinos públicos a compromisos contractuales asumidos por una Administración coyuntural, tampoco es posible admitir la salida indemne y sin reparación suficiente al contratista particular tercero de buena fe cuya protección es principio generalizado en el sistema jurídico; sistema general al que no escapa el derecho administrativo.

No propiciamos ni el cercenamiento esterilizante de facultades discrecionales a la Administración, que plantea alguna crítica, ni el otorgamiento de poderes omnímodos, de indudable tono autoritario, que a veces aparece debajo del discurso de los partidarios de la sustantividad. Otra vez el equilibrio y la ponderación de los matices, tan difícil para nosotros, es el que esperamos traiga como resultado los múltiples consensos que ya se encuentran evidentes en los discursos de la polémica aludida.

La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, siguiendo el Artículo 1198 CC, ha establecido que “*los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que las partes verosíblemente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y*

previsión. Dicha regla tiene singular importancia en los contratos administrativos, en los cuales se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación” (Fallos: 3316:382). En nuestro caso, lo que entendió y pudo entender la Administración al contratar, su finalidad perseguida y el contenido exacto de su única intención posible, de acuerdo al principio de legalidad, es formal y oficialmente conocido por su contraparte privada en la contratación.

Esta situación hace exigible al cocontratante particular un accionar acorde al principio de buena fe bajo las circunstancias extraordinarias que implica la presencia de su contraparte pública, que introduce reglas inusuales en los contratos privados, de ningún modo exorbitantes al derecho común de los contratos en general, entre los cuales, insistimos una vez más, se encuentran éstos que ha elegido celebrar la Administración.

Y hace también exigible a la Administración un accionar coherente con su decisión de no emplear sus atribuciones constitucionales y legales para ejecutar sus políticas y objetivos a través de la acción directa y de recurrir al contrato con particulares como un modo esencialmente participativo de llevar a cabo sus cometidos públicos. Consecuentemente, debe ajustar su comportamiento a las previsiones contractuales y legales acordes a la naturaleza de la relación.

Y, finalmente, consciente también de que el accionar estatal en ejercicio de facultades constitucionales y legales que pudiera provocar perjuicios por sus consecuencias producidas en el ámbito de un contrato celebrado por la Administración, deberá ésta mantener, en principio, indemne al contratante particular, quien podrá reclamar todos los daños con el alcance y las limitaciones que el régimen legal adoptado de común acuerdo por ambas partes le permita. Se trata del ámbito de la responsabilidad del Estado por su accionar lícito que no es el de la responsabilidad contractual. *

Bibliografía.

- * -----
- Ariño Ortiz, Gaspar, *La reforma de la ley de contratos del Estado*, Madrid, Unión Editorial S.A., 1984.
 - Barra, Rodolfo C., *Los actos administrativos contractuales*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1989.
 - , “La sustantividad del contrato administrativo”, en revista *El Derecho*, 23-4-99.
 - Berçaitz, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª edic., Buenos Aires, Depalma, 1980.
 - Bianchi, Alberto B., “Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo (una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos)”, primera parte, en revista *El Derecho*, 28-10-1999 y segunda parte en revista *El Derecho*, 26-11-1999, N° 9887, pp. 5/17.
 - Blanc, Joan y otros, *Introducción a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
 - Cassagne, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, prólogo de Jorge A. Aja Espil, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1992.
 - , “La sustantividad del contrato administrativo”, *Revista de Derecho Administrativo*, nº 15/16, enero-agosto 1994, Buenos Aires, Depalma, p. 163.
 - , “Impugnación administrativa y judicial de los actos relativos a la celebración, ejecución, modificación y extinción de los contratos de la Administración”, en revista *El Derecho*, 16-10-1998.
 - , “Un intento infructuoso: el rechazo de la figura del contrato administrativo”, en revista *El Derecho*, 23-11-1998.
 - , “La delimitación de la categoría del contrato administrativo (réplica a un ensayo crítico)”, en revista *El Derecho*, 23-3-1999.
 - , *El contrato administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1999.
 - , “La supervivencia de la figura del contrato administrativo y su categorización jurídica”, en Juan Carlos Cassagne y Enrique Rivero Ysern, directores, *La contratación pública*, tomo 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
 - Cassese, Sabino, *Bases del Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto de Administración Pública, 1994.
 - Chase Plate, Luis Enrique, *Los contratos de la administración*, en Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Contratos Públicos, Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, Universidad de Mendoza y Asociación Argentina de Derecho Administrativo, 1980.
 - Colomer, Luis Jesús y Colmenares Soto, Pedro, *Contratos de las Administraciones Públicas*, Ley N° 13/1995, del 18 de mayo, Madrid, Trivium, 1995.
 - Comadira, Julio Pablo, “La excepción de incumplimiento contractual en el derecho argentino”, en Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, *Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, p. 695; y en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1626/10.pdf>, p. 125 y sigs.
 - Comadira, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, prólogo de Miguel S. Marienhoff, segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Lexis Nexis, AbeledoPerrot, 2003.
 - Consejería de Presidencia de la Comunidad de Madrid, III Jornadas sobre sentencias fundamentales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Madrid, Comunidad de Madrid, 1994.
 - Coviello, Pedro José Jorge, “La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación 1863-1993*, Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, 1994.
 - , “El concepto de contrato administrativo”, en *El Derecho Administrativo argentino, hoy*, Aberastury (h) y otros, Buenos Aires, Ed. Ciencias de la Administración, 1996.
 - , “La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN”, en Juan Carlos Cassagne y Enrique Rivero Ysern, directores, *La contratación pública*, tomo 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
 - de Laubadère, André, *Contratos de la administración: caracteres y diferencias*, en Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Contratos Públicos, Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, Universidad de Mendoza y Asociación Argentina de Derecho Administrativo, 1980, p. 47.

- de Laubadère, André; Venezia, Jean-Claude y de Gaudemet, Yves, *Traité de Droit Administratif*, tomo 1, 14ª edición, Paris, LGDJ, 1996.
- Dromi, José Roberto, *La licitación pública*, Buenos Aires, Astrea, 1975.
- Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Tomo I, Parte General, Buenos Aires, Depalma, 1977.
- Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, edición oficial, Buenos Aires.
- Gambier, Beltrán, “El principio de igualdad en la licitación pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos”, en *RDA*, n° 19/20, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 441.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 1ª edición con notas de Agustín Gordillo, Buenos Aires, Thomson Civitas, La Ley, 2006.
- García-Trevijano Garnica, Ernesto, *El régimen de las garantías en la contratación administrativa*, Madrid, Civitas, 1997.
- Gimeno Feliu, José María, *El control de la contratación pública, Las normas comunitarias y su adaptación en España*, España, Civitas, 1995.
- Gordillo, Agustín A., “El informalismo y la concurrencia en la licitación pública”, en *RDA*, n° 11, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 293.
- , “La mutación del contrato administrativo”, *Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, en Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, p. 835 y sigs.
- , *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1, 10ª edición, Parte General, prólogo de Jorge A. Sáenz, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009.
- , *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 3, El acto administrativo, prólogo de Jorge A. Sáenz, 9ª edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2007.
- Granillo Ocampo, Raúl Enrique, *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Buenos Aires, Astrea, 1990.
- Guajardo, Carlos Alberto, “Algunas reflexiones sobre la protección a consumidores, usuarios y al mercado en el nuevo Artículo 42 de la Constitución Nacional”, en Sarmiento García y otros, *La reforma constitucional interpretada*, prólogo de Pedro J. Frías, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 120.
- Lorenzetti, Ricardo, *Tratado de los contratos*, tomo 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.
- Lucero Espinosa, Manuel, *La licitación pública*, prólogo de Gabriel Ortiz Reyes, México, Editorial Porrúa, 1993.
- Mairal, Héctor, *Licitación pública. Protección jurídica de los oferentes*, Buenos Aires, Depalma, 1975.
- , “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, en revista *El Derecho*, 179-675.
- , “El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo”, en revista *El Derecho*, 180-849.
- Marienhoff, Miguel S. y otros, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III-A, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1983.
- , “*El Derecho Administrativo argentino, hoy*”, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, 1996.
- Martínez López-Muñiz, José Luis, “Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español, su fundamento y sus consecuencias”, en *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1998.
- Martínez López-Muñiz, J. L. y J. C. Laguna De Paz (Coordinadores), *Contratación pública II*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- Mertehikian, Eduardo, *Estudios sobre contratación pública*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, 1996.
- Messineo, Francesco, *Doctrina general del contrato*, Notas de Derecho Argentino por Vittorio Neppi, trad. de Fontanarrosa, Sentís Melendo y Volterra, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Moderne, Frank y Delvolvé, Pierre, “Las transformaciones contemporáneas del contrato administrativo en el derecho francés”, en *Revista de Derecho Administrativo*, n° 7/8, mayo-diciembre de 1991, Buenos Aires, Depalma, pp. 274-275.

- Morello, Augusto M., “Los contratos de larga duración y la necesidad de una renegociación permanente”, revista *La Ley*, 1989-C, p. 1227.
- Moreno Molina, José Antonio, *Contratos públicos: Derecho Comunitario y Derecho Español*, Monografía, Madrid, Mc Graw Hill, 1996.
- Oppo, Giorgio, “I contratti di durata”, *Riv. Dir. Comm.*, 1943, I.
- Parada Hernández, Ramón, *Derecho Administrativo*, tomo I, Parte General, 4ª edición, Madrid, Marcial Pons, 1992.
- Pérez Hualde, Alejandro, *Los Contratos del Estado en las Constituciones provinciales*, en Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Pérez Guilhou, Dardo y otros, “Derecho Público Provincial”, Tomo II, Mendoza, Editorial Martín Fierro, Dist. Depalma, 1991, pp. 347 a 404.
- , “El contrato público. Versión crítica”, en Ismael Farrando (h) y otros, *Contratos públicos*, prólogo de Agustín A. Gordillo, Buenos Aires, LexisNexis, 2002, (pp. 439-458); también en *Revista Jurídica del Perú*, n° 56, mayo-junio de 2004, p. 315 y sigs.
- , “Extinción de los contratos administrativos”, en Juan Carlos Cassagne y Enrique Rivero Ysern, *La contratación pública*, tomo 2, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 1101 y sigs.
- , “Servicios públicos: los entes reguladores no son los organismos de control del Artículo 42 de la Constitución Nacional”, en AA VV, *Cuestiones de control de la Administración Pública. Administrativo, legislativo y judicial*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2010, pp. 715-726.
- Quintero, M. Andrés y Mutis, Andrés V., *Los contratos del Estado en la Ley N° 80 de 1993*, Temis, 1995.
- Richer, Laurent, *Les contrats administratifs*, Dalloz, 1991.
- Sainz Moreno, Fernando, “La 'exception non adimpleti contractus' en la contratación administrativa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 16/78, Estudios, Madrid, Civitas, enero 1978, p. 13 y sigs.
- Sainz De Vicuña Barroso, *La contratación exterior del Estado*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1986.
- Salomoni, José Luis, “Contratos administrativos y Mercosur”, *Revista ADEP*, n° 9, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 155 y sigs.
- Sánchez, Alberto M., “Licitación pública: ¿conurrencia vs. Igualdad?”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Serie Edición Aniversario, Buenos Aires, Ediciones Rap, octubre de 1999, p. 11 y sigs.
- Sánchez Isac, Jaime, *Teoría práctica de las concesiones de servicios locales*, Barcelona, Bayer Hnos., 1992.
- Santoro, Pelino, *Teoria e pratica del diritto, i controlli sull'attivitá contrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè Editore, 1992.
- Sarmiento García, Jorge H., “Primeras reflexiones sobre la tesis de Mairal frente al 'Contrato Administrativo’”, en revista *El Derecho*, 180-849.
- Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 6ª edición, puesta al día en 1988 por Daniel Martins, Clásicos Jurídicos Uruguayos, reimpresión, Montevideo, 1991.
- Soto Kloss, Eduardo, *Contratos de la Administración. Características y diferencias*, en Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Contratos Públicos, Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, Universidad de Mendoza y Asociación Argentina de Derecho Administrativo, 1980.
- Vázquez, Adolfo Roberto, *Responsabilidad contractual de la Administración pública*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1992.
- Villar Palasí, José Luis y Villar Ezcurra, José Luis, *Principios de Derecho Administrativo*, tomo III, Contratación Administrativa, Madrid, Universidad de Madrid, Sección Publicaciones, 1983.

LOS CONSEJOS DE ESTADO: ¿ÓRGANOS CONSULTIVOS, EJECUTIVOS O TRIBUNALES DE CONTROL? ENSAYO DE TIPOLOGÍA*

** Profesor de Derecho Administrativo. Exconsejero de Estado de Colombia. Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

* Ponencia presentada en las Segundas Jornadas Internacionales de la Función Consultiva. Coloquio internacional: “Panorama de los Consejos de Estado e Instituciones Consultivas afines”, realizadas en la Universidad Nacional Autónoma de México, durante los días 29 y 30 de marzo de 2012.

Libardo Rodríguez Rodríguez**

Introducción.

La comprensión de la naturaleza de las instituciones conocidas con el nombre de Consejos de Estado presenta dificultades para la mayoría de los juristas de los países en los cuales no existe una institución pública con esa denominación, y aún para muchos juristas y ciudadanos de países en los cuales dicho órgano hace parte de su estructura institucional.

El origen de esas dificultades se encuentra, ante todo, en la ambigüedad lingüística de la denominación. En efecto, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, “consejo”, como actividad, es el “parecer o dictamen que se da o toma para hacer o no hacer algo”, mientras que como institución es un “órgano colegiado con la función de informar al Gobierno o a la Administración sobre determinadas materias”, pero también es un “órgano superior de gobierno que asistía al rey en la administración del reino y para impartir justicia, y que tomaba el nombre del territorio o materia de su competencia”.

En lengua inglesa, frente al concepto de “consejo” aparecen dos posibles traducciones: las palabras “advice” y “council”. Así, de acuerdo con el Oxford English Dictionary, de una parte, “advice” significa “orientación o recomendaciones que se ofrecen en relación con una actuación prudente (*guidance or recommendations offered with regard to prudent action*)” y, de otra, “council” significa “un cuerpo de personas consultivo, deliberante o administrativo formalmente constituido y

que se reúne periódicamente (*an advisory, deliberative, or administrative body of people formally constituted and meeting regularly*)”.

En lengua francesa, según el Dictionnaire de l'Académie Française, la palabra “conseil” significa “consejo, opinión dada por una persona (*avis, opinion que donne une personne*)”, igualmente significa “asamblea de personas calificadas encargada de dar consejos u opiniones a la autoridad competente sobre los asuntos que le son sometidos o de adoptar decisiones (*assemblée de personnes qualifiées, chargée de fournir des avis à l'autorité compétente sur les questions qui lui sont soumises, ou de prendre des décisions*)”.

Como puede verse, la expresión “consejo” puede ser entendida en dos sentidos: funcional y orgánico. Así, el concepto funcional de “consejo”, que corresponde al significado natural y básico de la expresión, hace referencia a la actividad de aconsejar, expresar una opinión o dictaminar, es decir, al ejercicio de la llamada función consultiva. A su vez, las diferentes lenguas aceptan que existe un concepto orgánico de “consejo”, esto es, entendido como institución, que no solo se refiere a organismos que ejercen la citada función consultiva sino que también puede tratarse de organismos con funciones decisorias.

Pero parece claro que cuando se hace referencia no a cualquier “consejo” sino al “Consejo de Estado”, en el

Estado actual dicha referencia tiene un significado más preciso relacionado con la institución creada en Francia con ocasión de la Revolución Francesa y adoptada progresivamente por otros países como una de las instituciones básicas del Estado de Derecho, y que ha ido transformándose, tanto en Francia como en los demás países adoptantes de la institución, hasta presentar las diversas expresiones que hoy conocemos.

En ese orden de ideas, la confusión e incompreensión de muchos sectores de nuestros países frente a la institución denominada “Consejo de Estado” encuentra su explicación en que el ciudadano común y aún muchos juristas la relacionan automática y elementalmente con la idea de órgano asesor o consultivo, mientras que la realidad actual nos muestra que en algunos países dichos órganos no solo ejercen la mencionada función consultiva sino que otras veces ejercen funciones decisorias en diferentes campos de la actividad pública.

Es decir, que a pesar de que la definición natural y básica de la expresión “consejo” hace referencia fundamentalmente al sentido funcional, la realidad actual muestra que en la expresión “Consejo de Estado” no existe una concordancia clara entre los conceptos funcional y orgánico, pues si bien en unos casos es un cuerpo consultivo o de asesoría, en otros también cumple funciones decisorias, conjunta o separadamente con las consultivas.

Al triunfar la Revolución Francesa se produjo una circunstancia histórica consistente en la desconfianza de los hombres de la Revolución hacia los “parlamentos”, que eran los órganos encargados de administrar justicia en la época anterior a la Revolución.

En efecto, en los últimos tiempos de la monarquía, estos parlamentos se habían convertido en verdaderos obstáculos a la política y decisiones del rey, pues se idearon mecanismos para no aplicar las decisiones cuando las consideraban improcedentes. En esas condiciones, los nuevos gobernantes temieron que los parlamentos llegaran a entorpecer la nueva política surgida de la Revolución. Además, la teoría de la tridivisión del poder en ramas separadas e independientes hizo pensar que las labores jurisdiccionales debían estar

En términos generales, puede afirmarse que la institución conocida actualmente como “Consejo de Estado” nació como órgano consultivo o de asesoría y posteriormente se transformó en órgano de control. Al respecto, en algunos países la institución se adoptó en su concepción original y así se ha mantenido o ha ido evolucionando hacia órgano de control, mientras que en otros se ha adoptado directamente en su versión evolucionada de órgano de control. Pero, además, existen en otros Estados instituciones que también reciben la denominación de “Consejo de Estado”, pero que tienen funciones diferentes y más propias del órgano ejecutivo del Estado.

Esas diversas expresiones de la evolución nos permiten ensayar una tipología de los Consejos de Estado según las funciones que ejercen, con las dificultades y el carácter relativo propios de toda tipología, pero con la finalidad académica de contribuir a la mejor comprensión de la institución, así: Consejos de Estado con funciones exclusivamente consultivas (I); Consejos de Estado con funciones contenciosas y consultivas (II), y Consejos de Estado con funciones de órgano ejecutivo (III). Además, para completar la tipología, debemos referirnos a una serie de instituciones que aun cuando reciben otros nombres, realizan funciones similares o afines a las de los Consejos de Estado (IV).

A. Los Consejos de Estado con funciones exclusivamente consultivas.

completamente alejadas de la Administración. En consecuencia, mediante textos de carácter legal se prohibió a los jueces inmiscuirse en asuntos de la Administración.

Así, la Ley N° 16-24, de agosto de 1790, estableció que “las funciones judiciales son y continuarán siendo separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricato, inmiscuirse de manera alguna en las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los funcionarios de la Administración por razón de sus funciones”.

Este principio fue elevado a categoría constitucional mediante el Artículo 3° de la Constitución francesa de 1791, el cual determinó expresamente que “los tribunales

no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, ni en las funciones administrativas, o citar ante ellos a los funcionarios de la Administración por razón de sus funciones”¹.

Sin embargo, esta prohibición tenía graves secuelas desde el punto de vista de la ideología política propia de la Revolución, ya que implicaba que la Administración no tendría un juez que juzgara su conducta, lo que podría traer como fácil consecuencia la arbitrariedad, quedando así fundamentalmente desvirtuado el principio de legalidad, uno de los pilares de la nueva ideología política, según el cual la Administración debía someter su actividad al ordenamiento jurídico. Al no existir un juez o autoridad ante quien pudieran dirigirse los gobernados en caso de considerar que la Administración estaba actuando ilegalmente, este principio quedaba como un simple enunciado teórico.

Ante esta situación negativa, se pensó que la manera de remediar la mencionada irregularidad podría consistir en que los particulares presentaran sus reclamaciones ante la misma Administración. Es decir, se estableció la institución de la *Administración-juez*, según la cual las reclamaciones contra la Administración eran resueltas por ella misma.

Fue así como, mediante la Constitución de 1799, fundamentalmente obra de Napoleón, se creó el Consejo de Estado como una imitación, en algunos aspectos, del antiguo Consejo del Rey. A este nuevo organismo se le otorgaron dos grandes funciones, que debía ejercer bajo la dirección del Ejecutivo: redactar los proyectos de ley y de reglamentaciones administrativas y “resolver las dificultades que se presenten en materia administrativa”². La segunda función se traducía en que este cuerpo era el consejero del jefe de Estado. Por la misma época se crearon en los departamentos los Consejos de Prefectura con la función de asesorar al prefecto (gobernador), en la misma forma que el Consejo de Estado lo hacía respecto del Ejecutivo nacional. Como parte de su función de

asesoría o consejería, el Consejo de Estado y los Tribunales de Prefectura proponían al jefe del Ejecutivo las soluciones a las reclamaciones administrativas que presentaban los gobernados.

La creación del Consejo de Estado y de los Consejos de Prefectura como organismos asesores del jefe del Poder Ejecutivo implicaba que no tenían un carácter jurisdiccional, sino que hacían parte de la Administración. Esta situación se traducía, en materia de conflictos administrativos, en que se aplicaba la llamada “justicia retenida”, en el sentido de que si bien la Constitución señalaba que el Consejo de Estado tenía como una de sus funciones la de “resolver las dificultades”, en la práctica los organismos asesores estudiaban el caso y se limitaban a proponer la solución, de tal manera que el jefe del Ejecutivo “retenía” el poder de tomar propiamente la decisión.

Como puede verse, este nacimiento del Consejo de Estado francés, que es el referente para las instituciones similares que con esa denominación posteriormente se fueron creando en otros países, era un órgano con funciones esencialmente consultivas o de asesoría y hacía parte de la misma Administración a la cual asesoraba.

Como es bien conocido, esa naturaleza original del Consejo de Estado francés fue evolucionando hasta convertirse en un órgano de control jurisdiccional de la Administración, aunque conservando sus funciones originales consultivas o de asesoría.

Sin embargo, la evolución del derecho y las instituciones administrativas en algunos países ha llevado a crear órganos con la denominación de Consejos de Estado, pero dedicados exclusivamente a las funciones originales de carácter consultivo o asesor, o de apoyo a la Administración.

Podría decirse que esta solución se fundamenta en dos razones principales:

¹El texto de esta Constitución puede ser consultado en *Les constitutions de la France depuis 1789*, Paris, Garnier-Flammarion, 1970, p. 59.

²Artículo 52 de la Constitución francesa de 1799, el cual puede ser consultado en *ibídem*, p. 157.

En primer lugar, la conveniencia de separar claramente las funciones consultivas o de asesoría, que son de apoyo a la Administración, de las funciones de control de las decisiones de la misma Administración, con el fin de lograr una mayor autonomía de los órganos encargados del control.

En segundo lugar, evitar la confusión terminológica que se deriva de la denominación de “Consejo”, cuya significación evoca básicamente la actividad de aconsejar u opinar, mezclada con la función de tomar decisiones con carácter de juez frente a las actuaciones de la Administración.

Como ejemplos de este tipo de Consejos actualmente encontramos el Consejo de Estado de España, el Consejo de Estado de Luxemburgo y, en términos generales, el Consejo de Estado de Finlandia³. Igualmente, como ejemplos históricos, además del Consejo de Estado francés en su concepción original, podemos citar el Consejo de Estado creado por Bolívar en 1817 y que se considera como el antecedente inmediato del actual Consejo de Estado de Colombia.

En relación con el Consejo de Estado de España, debe señalarse que ha sido calificado como una de las instituciones con raíces más antiguas de ese país, en tanto que encuentra antecedentes en instituciones propias de las monarquías de la edad media, como el Aula Máxima de la monarquía de los visigodos, así como en la diversidad de consejos creados por las monarquías siguientes⁴.

Durante los siglos XIX y XX, el Consejo de Estado español tuvo diversas vicisitudes. Así, la Constitución de Cádiz de 1812 estableció al Consejo de Estado como un órgano con funciones puramente consultivas. Posteriormente, en 1845, pretendiendo una semejanza con el sistema francés, se atribuyeron al Consejo de Estado (denominado inicialmente Consejo Real) tanto funciones consultivas como competencias contenciosas. Finalmente, en 1904 se le eliminaron las competencias

jurisdiccionales, las cuales fueron atribuidas a una sala especializada del Tribunal Supremo, conservando el Consejo de Estado exclusivamente funciones consultivas⁵.

En la actualidad, el Artículo 107 de la Constitución española dispone que “el Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del gobierno”, función que es corroborada por el Artículo 1º de la Ley Orgánica N° 3 de 1980 (modificada en otros aspectos por la Ley Orgánica N° 3 de 2004). Este mismo Artículo 1º señala que la función consultiva se ejerce por parte del Consejo de Estado “con autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

Además, según el Artículo 2º de la misma ley orgánica, en cumplimiento de la función consultiva el Consejo de Estado debe velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, valorar los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exija el asunto o lo solicite el gobierno o la Administración y buscar la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus funciones.

Desde el punto de vista orgánico, el Consejo de Estado forma parte del gobierno. Incluso ha sido clasificado como parte de la “Administración consultiva”, pero con la aclaración de que tiene el carácter de cuerpo consultivo supremo, lo cual hace que sus dictámenes o los asuntos sobre los cuales versan los mismos no puedan ser sometidos a informe de ningún otro cuerpo u órgano de la Administración⁶.

Ahora bien, para el ejercicio de la función atribuida al Consejo de Estado, la ley orgánica prevé que existen dos clases de consultas. Las consultas facultativas, que son la regla general y se refieren a aquellos casos en los cuales el gobierno o la Administración solicitan su opinión o dictamen sobre un asunto en particular. De otra parte, existen las consultas preceptivas, que son la excepción y se concretan en aquellos casos en los cuales la ley exige

³ Sobre la consagración constitucional del Consejo de Estado de Finlandia, puede verse el texto de la Constitución en la siguiente página web: <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/es19990731> [consultada el 26 de marzo de 2012].

⁴ Véase a Sebastián Martín Retortillo-Baquer, *Instituciones de derecho administrativo*, Madrid, Editorial Civitas, 2007, p. 41 y sigs.

⁵ Sobre estos antecedentes históricos, véase a Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 9ª ed., Madrid, Thompson-Civitas, 2004, p. 552 y sigs., y a Ramón Parada, *Derecho administrativo*, t. I, Parte general, 14ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 703 y sigs.

⁶ Véase a Rafael Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo*, vol. I/2, Organización administrativa, 12ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1998, p. 134 y sigs.

imperativamente la consulta al Consejo de Estado para la adopción de una determinada decisión.

En todo caso, debe destacarse que, salvo que expresamente así lo diga la ley, los dictámenes del Consejo de Estado no resultan vinculantes para la autoridad que formula la consulta. Sin embargo, en caso de que se haya realizado dicha consulta, en la decisión definitiva que adopte la autoridad consultante deberá dejarse expreso que se consultó al Consejo de Estado y si la decisión se encuentra conforme al respectivo dictamen o se aparta del mismo.

Como puede verse, en el derecho español el Consejo de Estado, si bien es cierto que en alguna época de su evolución histórica tuvo funciones contenciosas y consultivas, en la actualidad se trata del cuerpo consultivo supremo del gobierno y la Administración.

Respecto del Consejo de Estado de Luxemburgo, debe señalarse que el mismo tiene su origen en la Constitución de 1856, cuyo Artículo 76 disponía que habría, junto al gobierno, “un consejo para deliberar sobre proyectos de ley y enmiendas que se puedan proponer, así como sobre las controversias acerca de la legalidad de las decisiones y, en general, para resolver los conflictos y cuestiones de lo contencioso administrativo, y para asesorar sobre otros asuntos señalados por el Gran Duque o por la ley”.

Como puede verse, en su origen al Consejo de Estado de Luxemburgo se le atribuyeron tanto funciones consultivas y de asesoría como funciones de control como tribunal de lo contencioso administrativo, lo cual muestra que dicho órgano fue creado con una importante semejanza con la evolución de su homólogo francés.

Posteriormente, mediante la enmienda constitucional de 1989, se creó el Artículo 83 bis que buscó clarificar la autonomía y las competencias del Consejo de Estado, creando concretamente la Comisión de lo Contencioso como cámara u órgano especializado al interior del Consejo de Estado. Así, de manera general, el Consejo de Estado, según dicha norma, era el encargado de “dar su opinión sobre proyectos de ley y enmiendas que se puedan proponer, así como sobre todas las demás cuestiones señaladas por el gobierno o la ley”; pero

específicamente, la Comisión de lo Contencioso, como un órgano especializado del Consejo de Estado, de conformidad con el mismo Artículo 83 bis, era “el máximo tribunal en materia administrativa”.

Más adelante, con la reforma constitucional de 1996, operó una importante transformación en materia de funciones del Consejo de Estado. Así, en el Artículo 83 bis se mantuvieron las funciones consultivas al Consejo de Estado, a la vez que se creó el Artículo 95 bis, mediante el cual se dispuso que “el contencioso administrativo es responsabilidad del tribunal administrativo y de la Corte Administrativa”.

En palabras del propio Consejo de Estado de Luxemburgo, la situación anterior a la entrada en vigor de la reforma constitucional de 1996 se concretaba en lo siguiente:

En efecto, hasta el 1º de enero de 1997, el Consejo de Estado estuvo investido, de una parte, de una función consultiva, en tanto que estaba encargado de dar su opinión sobre proyectos de ley y enmiendas, así como sobre todas las demás cuestiones señaladas por el gobierno o la ley, y en segundo lugar, de una función judicial, en tanto que la Comisión de lo Contencioso, integrada por once miembros, constituyó el máximo tribunal en materia administrativa⁷.

En consecuencia, a partir de la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 1996 operó una transformación muy importante respecto del Consejo de Estado de Luxemburgo, pues perdió sus competencias como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, y conservó únicamente las de supremo cuerpo consultivo.

Dicha reforma constitucional tuvo origen en el fallo “Procola c/ Luxemburgo”, del 18 de septiembre de 1995 de la Corte Europea de Derechos Humanos. En dicho fallo, sobre hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 1989, el demandante cuestionó el hecho de que diversos miembros del Consejo de Estado que habían dado su opinión respecto de un asunto en ejercicio de función consultiva, también decidieron la validez del acto en cumplimiento de la función jurisdiccional.

⁷Transcripción de la página web del Consejo de Estado de Luxemburgo: <http://www.conseil-etat.public.lu/fr/historique/index.html> [consultada el 19 de marzo de 2012].

Al respecto, la Corte decidió que dicha actuación del Consejo de Estado de Luxemburgo había violado el derecho consagrado en el Artículo 6º de la Convención Europea de Derechos Humanos, según el cual toda persona tiene derecho a que su causa sea resuelta por un tribunal independiente e imparcial. Según la Corte, el hecho de que los mismos miembros del Consejo de Estado que habían dado opinión sobre un determinado acto fueran quienes juzgaran su validez dio lugar a la violación del derecho mencionado.

En consecuencia, en la actualidad, con el fin de garantizar una separación absoluta entre las funciones consultivas y las funciones contenciosas, en Luxemburgo se decidió que el Consejo de Estado se limitaría a ser el cuerpo consultivo supremo en materia de proyectos de ley, enmiendas legales y demás asuntos requeridos por el gobierno o la ley. Además, se creó todo un aparato jurisdiccional separado e independiente del Consejo de Estado, con competencia para conocer de los asuntos contencioso administrativos.

Finalmente, en relación con el Consejo de Estado creado por Bolívar, los doctrinantes e historiadores coinciden en señalar que la primera expresión de esta institución se encuentra en un decreto del Libertador expedido en la ciudad de Angostura el 30 de octubre de 1817, en su calidad de “Jefe Supremo de la República de Venezuela y capitán general de sus ejércitos y de los de la Nueva Granada”. En este decreto se expresan como sus principales motivaciones la imposibilidad de “establecer por ahora un buen gobierno representativo y una Constitución eminentemente liberal [...]”, y el deseo de que las providencias importantes, las leyes, los reglamentos e instrucciones saludables que deben entre tanto publicarse para la Administración y organización de las provincias ya libres o que se liberten, sean propuestas, discutidas y acordadas en una asamblea que por su número y por la dignidad de los que la compongan merezca la confianza pública⁸.

No obstante que los considerandos del decreto podrían hacer pensar que se trataba de crear un órgano legislador, del Artículo 10 del mismo decreto se desprende claramente que sus funciones eran simplemente consultivas y de asesoría, pues “si convocado el Consejo de Estado o una o dos secciones, se conformara el Jefe Supremo con su dictamen”, lo allí acordado era objeto de un decreto expedido por el mismo Jefe Supremo. Además, si en virtud de una convocatoria del Consejo de Estado, o de una o dos secciones, el Jefe Supremo estuviere de acuerdo con su dictamen, el decreto que se expidiera sobre ese asunto contendría la siguiente fórmula: “oído el Consejo de Estado” u “oída la Sección N.” o “las Secciones N.N. del Consejo de Estado”, lo cual refleja que este Consejo carecía de funciones decisorias y se limitaba a ser un órgano asesor del Jefe Supremo. Igualmente, a pesar de que de él hacían parte el presidente y los ministros de la Alta Corte de Justicia, dadas sus funciones, no se trataba de un órgano judicial sino de un órgano que hacía parte del Poder Ejecutivo, aunque con carácter simplemente asesor y consultivo y, por consiguiente, sin poder decisorio.

Sin embargo, debe anotarse que dicho Consejo fue creado en la época de la reconquista española, durante la cual la vida institucional era casi nula ante la apenas embrionaria y un tanto teórica Declaración de Independencia en Santa Fe en 1810, seguida por el intento fallido de constituir un Estado independiente formado por las diversas provincias, pues cada una de ellas decidió expedir su propia Constitución, sin que ninguna de las mismas hubiera podido realmente consolidarse ante la campaña de reconquista lanzada por el imperio español.

Así, si bien se creó un Consejo de Estado por medio de un decreto de Simón Bolívar, con funciones eminentemente consultivas y de asesoría, dicho órgano no tuvo mayor permanencia en el tiempo, pues a pesar de que las Constituciones posteriores consagraron órganos similares con esa u otras denominaciones, el actual Consejo de Estado colombiano solo vino a configurarse de manera definitiva a comienzos del siglo XX y no exclusivamente con funciones consultivas, como lo veremos más adelante⁹.

A pesar de las razones de lógica y de conveniencia

⁸El texto completo de este decreto puede consultarse en Manuel Antonio Pombo y José Joaquín Guerra, *Constituciones de Colombia*, t. III, 4a. ed, Bogotá, Biblioteca Banco Popular, 1986, pp. 12 a 14.

⁹Sobre el Consejo de Estado de Simón Bolívar y su evolución histórica, véase a Libardo Rodríguez Rodríguez, “El Consejo de Estado de Colombia: una institución bolivariana”, en *Estudio, Órgano de la Academia de Historia de Santander*, año LXVI, núm. 327, Bucaramanga, enero de 2002, p. 7 y sigs., y “El Consejo de Estado de Colombia: una institución bicentenario”, en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núm. 343-344, Bogotá, julio de 2010, p. 232 y sigs.

B. Los Consejos de Estado con funciones contenciosas y consultivas.

tendientes a evitar la confusión terminológica, un buen número de países han creado o conservado la institución del Consejo de Estado con funciones tanto contenciosas como consultivas.

Tal es el caso, en primer lugar, de Francia, donde la institución de la “justicia retenida”, es decir, impartida por la misma Administración, fue evolucionando lenta pero progresivamente. En primer término, en 1806 se creó dentro del Consejo de Estado una comisión contenciosa, para separar la asesoría en materia de conflictos de todos los demás aspectos de que conocía ese organismo. La creación de esta comisión implicó, entonces, una especialización de quienes la componían. Además, el Consejo de Estado fue adquiriendo una importancia tal que empezó a ser visto como una institución cada día más respetable. Fue así como en un momento dado, a pesar de que la justicia administrativa *seguía retenida* en manos del jefe del Ejecutivo, empezó a considerarse que en la práctica quien administraba justicia era el Consejo de Estado, pues aquel se limitaba a firmar las soluciones a los conflictos que este le proponía. Es decir, a pesar de que teóricamente el Consejo de Estado no tenía el poder de decidir, en la práctica su punto de vista se imponía.

Ese auge del Consejo de Estado trajo como consecuencia el que mediante ley del 24 de mayo de 1872 se le reconociera carácter jurisdiccional y se instalara el sistema de *justicia delegada*.

El carácter jurisdiccional quiere decir que se le reconoció como juez de la Administración y no ya como un simple cuerpo asesor de ella. Con la *justicia delegada* ya no era el jefe del Ejecutivo quien tomaba las decisiones, sino que ellas correspondían directamente al Consejo de Estado, “en nombre del pueblo”. Igualmente, en ese momento se creó el Tribunal de Conflictos, para resolver las dudas que se presentaran en cuanto a la competencia entre los tri-

bunales comunes y los tribunales administrativos. Es decir, se creó el sistema de la “dualidad de jurisdicciones”, por cuanto la función de administrar justicia quedaba dividida en dos brazos independientes entre sí: la jurisdicción común, que se encargaba de los litigios civiles y penales, y la jurisdicción administrativa o contencioso-administrativa, encargada de los litigios de la Administración.

Sin embargo, la competencia jurisdiccional que se le otorgó al Consejo de Estado fue de carácter especial y no general, lo cual quiere decir que solo podía conocer de aquellos asuntos que expresamente le otorgara la ley; los demás seguían sometidos a la decisión de la misma Administración, bajo el sistema de la “Administración-juez”. Pero el mismo Consejo de Estado puso fin a esta situación de limitación a su competencia, mediante el *fallo “Cadot”*, de 1889, con lo cual demostró definitivamente el poder jurídico que había adquirido a través del tiempo: allí se autoconferió la competencia general en materia de litigios de la Administración, a pesar de que, como hemos visto, la ley solo le confería una competencia especial¹⁰.

Además, en 1873 se había producido el *fallo “Blanco”*, del Tribunal de Conflictos, en el cual se consagró clara y expresamente el principio consistente en que la Administración debe regirse por normas especiales diferentes de las aplicables a las relaciones entre los particulares, afirmación que constituye la base y justificación de la existencia del derecho administrativo¹¹.

A partir de ese momento, el Consejo de Estado francés continuó creando progresivamente los principios especiales aplicables a la actividad administrativa, con lo cual el derecho administrativo fue adquiriendo una identidad más clara y definida¹².

En esta forma dejó de tener vigencia la justificación

El texto de este fallo puede ser consultado en *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17ª ed., Paris, Éditions Dalloz, 2009, pp. 36 a 38.

¹⁰ El texto de este fallo puede ser consultado en *ibídem*, pp. 1 a 7.

¹² Sobre la evolución de la justicia administrativa en Francia, véase a Franck Moderne, “Origine et évolution de la juridiction administrative en France”, en *Deuxième centenaire du Conseil d’État*, vol. II, número especial de La revue administrative, Presses Universitaires de France, 2001, p. 185 y sigs. Una versión en español de este estudio puede verse en *Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina*, Memorias del Coloquio conmemorativo del bicentenario del Consejo de Estado francés, Bogotá, Editorial Temis, 1999, p. 29 y sigs.

histórica que dio origen a la jurisdicción administrativa y al derecho administrativo, para dar paso a una justificación práctica en cuanto a su permanencia, consistente en que esa nueva rama del derecho es hoy ya una realidad palpable en Francia y en los países que acogieron su sistema.

Igualmente otros países que adoptaron la solución francesa lo han hecho conservando la dualidad de funciones, tanto consultivas como jurisdiccionales, de sus respectivos Consejos de Estado.

Tal es el caso, entre otros, de Italia, Bélgica, Holanda, Grecia, Colombia, Líbano, Egipto, Turquía, Tailandia, Argelia, Burkina Faso, Gabón, Senegal y la República Centroafricana¹³. Además, existe el Consejo de Estado de Túnez, el cual está conformado por un Tribunal Administrativo y una Corte de Cuentas.

Sobre el ejercicio de funciones tanto consultivas como jurisdiccionales por parte de los Consejos de Estado, es preciso hacer mención nuevamente al fallo “Procola c/ Luxemburgo”, del 18 de septiembre de 1995, de la Corte Europea de Derechos Humanos. Este fallo, como lo vimos, consideró violado un derecho protegido por la Convención Europea de los Derechos Humanos por cuanto diversos miembros del Consejo de Estado de Luxemburgo ejercieron funciones consultivas y judiciales en el mismo asunto. Esta decisión fue trascendental pues no solo precisó la necesidad de separar debidamente las funciones consultivas o de asesoría de las funciones contenciosas o de control, sino que, incluso, hizo pensar que no podían concentrarse en el mismo órgano esas dos clases de funciones. Sin embargo, frente a esas conclusiones, la doctrina ha precisado lo siguiente:

“[...] en dos sentencias posteriores, la Corte Europea de Derechos del Hombre ha precisado que esta jurisprudencia no cuestionaba el modelo institucional del Consejo de Estado como tal y las condiciones en las

cuales su compatibilidad con el Artículo 6° de la Convención podía estar asegurada”. La sentencia “Kleyn”, de 2003, se refirió al Consejo de Estado de Holanda y la sentencia “Sacilor – Lormines”, de 2006, al Consejo de Estado francés. Con base en estas dos sentencias, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos del Hombre puede resumirse de la siguiente manera.

La Corte admite la compatibilidad del modelo institucional del Consejo de Estado con el Artículo 6° de la Convención, pero con ciertas condiciones: 1° que la independencia institucional de los miembros del Consejo de Estado esté asegurada, lo que se reconoce explícitamente como establecido en el caso del Consejo de Estado francés; 2° que el ejercicio sucesivo de una función consultiva y de una función jurisdiccional no conlleve en la primera una implicación de naturaleza a atentar contra la imparcialidad del interesado en la formulación del juicio; 3° que la consulta y el juicio no se refieran al “mismo asunto” o a “cuestiones análogas”; 4° que el concepto haya tratado la cuestión de manera “general y abstracta”, si existe una relación entre las cuestiones jurídicas¹⁴.

Como puede verse, al menos en el derecho europeo, para justificar contemporáneamente la existencia de Consejos de Estado con competencias consultivas y contenciosas, es necesario que se garantice debidamente la separación en el ejercicio de una y otra clase de competencias, lo cual ha motivado que varios países como Francia, Holanda y Bélgica hayan hecho modificaciones a la organización de sus Consejos de Estado en orden a cumplir con esta exigencia¹⁵. A su vez, según lo anota la doctrina, en otros países como Italia, Grecia, Turquía, Egipto y Líbano –a los cuales podemos adicionar a Colombia–, desde antes de estos pronunciamientos jurisprudenciales la organización interna y el funcionamiento de sus Consejos de Estado garantizan la separación del ejercicio de las dos clases de funciones¹⁶.

¹³Sobre estos ejemplos, véase a Guy Braibant, “La juridiction administrative en droit comparé”, en *Deuxième centenaire du Conseil d’État*, vol. II, cit., p. 374 y sigs. (una versión en español de este estudio puede verse en *Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina*, cit., p. 323 y sigs.) y a Gérard Marcou, “La función consultiva jurídica central. Aproximación de derecho comparado”, en *Memorias del Seminario franco-colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa*, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 2008, p. 272 y sigs.

¹⁴Gérard Marcou, “La función consultiva jurídica central. Aproximación de derecho comparado”, cit., p. 273.

¹⁵Véase a Dragoljub Popović, “European Court of Human Rights and the Concept of Separation of Powers”, en <http://www.enelsyn.gr/papers/w4/Paper%20by%20Judge%20Dragoljub%20Popovic> [consultado el 20 de marzo de 2012].

¹⁶Véase a Gérard Marcou, “La función consultiva jurídica central. Aproximación de derecho comparado”, cit., pp. 274 y 275.

En relación con los diversos ejemplos de Consejos de Estado con funciones consultivas y contenciosas, es oportuno analizar detenidamente los casos de Italia y Colombia.

En relación con el Consejo de Estado de Italia, debe comenzarse por señalar que el mismo tiene origen en el derecho francés, en tanto que Napoleón, durante la época de la invasión, creó un Consejo de Estado y Consejos de Prefectura para Italia con una idea similar a la francesa. Posteriormente, pero antes de la unificación, en el Reino de Piamonte se creó en 1831 un Consejo de Estado con funciones consultivas y políticas, así como con algunas funciones contenciosas muy limitadas. Más adelante, con posterioridad a la unificación italiana, se mantuvo la figura del Consejo de Estado con funciones consultivas y algunas atribuciones contenciosas, las cuales eran compartidas también con jueces ordinarios. Es decir, que a pesar de que se reconocía la existencia de un Consejo de Estado semejante al francés, con competencias consultivas y contenciosas, el control jurisdiccional de la Administración estaba compartido con los jueces ordinarios¹⁷.

En la actualidad, debe señalarse que de acuerdo con el Artículo 100 de la Constitución italiana, el Consejo de Estado es “órgano de consulta jurídico-administrativa y de salvaguardia de la justicia en la Administración”, lo cual implica que constitucionalmente se le atribuyen a este órgano tanto funciones consultivas o de asesoría como competencias contenciosas¹⁸.

Desde el punto de vista orgánico, el Consejo de Estado italiano pertenece al Poder Ejecutivo, lo cual ha permitido a la doctrina sostener que el sistema italiano “se asemeja mucho al francés en cuanto se basa en el establecimiento de una jurisdicción administrativa especializada, formalmente adscrita al Poder Ejecutivo, pero dotada de autonomía”¹⁹. Es decir, de manera similar a lo que ocurre con su homólogo francés, el Consejo de Estado italiano, a pesar de no pertenecer formalmente al

Poder Judicial, es juez de la Administración pública y tiene funciones consultivas²⁰.

Ahora bien, a pesar de esas semejanzas con el sistema francés, el sistema italiano tiene como particularidad que el control judicial de la Administración se basa en una distribución de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especializada para la Administración. Concretamente, la jurisdicción judicial u ordinaria es competente, de manera general, para conocer de los conflictos de la Administración pública donde se discutan derechos subjetivos. En cambio, el Consejo de Estado, que es el órgano superior de la jurisdicción administrativa, de acuerdo con los Artículos 100 y 103 de la Constitución, además de ser cuerpo consultivo supremo del Estado, conoce, junto con los demás órganos de dicha jurisdicción, de los litigios en los cuales sea parte la Administración pública que versen sobre intereses legítimos y de los asuntos específicamente señalados por la ley donde se pretenda la protección de los derechos subjetivos.

Finalmente, debe señalarse que, como se expresó anteriormente, la doctrina ha reconocido que a pesar de pertenecer al Poder Ejecutivo y que se le atribuyan funciones tanto consultivas como contenciosas, la organización y el funcionamiento interno del Consejo de Estado italiano garantizan una adecuada separación entre los miembros del Consejo que ejercen funciones consultivas y los que cumplen competencias jurisdiccionales, cumpliendo así con lo ordenado por la Corte Europea de Derechos Humanos²¹.

Respecto del Consejo de Estado de Colombia, debe señalarse que el mismo, como se expresó atrás, tiene su origen mediato en el Consejo de Estado creado por Simón Bolívar en 1817, por lo cual se reconoce que tuvo raíces monárquicas y napoleónicas en Europa, más concretamente en Francia, en cuanto tuvo como referencia al Consejo de Estado de Napoleón y de manera indirecta al Consejo del Rey de la monarquía francesa.

¹⁷Sobre estos antecedentes históricos, véase a Tomás Hutchinson, *Derecho procesal administrativo*, t. I, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2009, p. 164 y sigs.

¹⁸En relación con el Consejo de Estado italiano, véase a Luciano Parejo Alfonso, “La función consultiva en Europa: los Consejos de Estado francés e italiano”, en *Documentación administrativa*, n° 226, enero - marzo 1991, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, p. 63 y sigs.

¹⁹José Ovalle Favela, “Algunas consideraciones sobre la justicia administrativa en el derecho comparado y en el ordenamiento mexicano”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n° 110, México, Universidad Nacional Autónoma de México, mayo-agosto 1978, p. 452.

²⁰Nicola Daniele, voz “Consiglio di Stato”, en *Enciclopedia del diritto*, t. IX, Milán, Giuffrè, 1961, “El Consejo de Estado es un órgano complejo de la Administración central del Estado con funciones consultivas en materia jurídico-administrativa y con funciones jurisdiccionales que, en general, se refieren al juzgamiento de la legitimidad de los actos administrativos lesivos de los intereses legítimos”.

²¹Véase a Gérard Marcou, “La función consultiva jurídica central. Aproximación de derecho comparado”, cit., p. 275.

Posteriormente se contempló la existencia con carácter constitucional de un órgano consultivo del gobierno, unas veces propiamente con el nombre de Consejo de Estado, como en el decreto orgánico del 27 de agosto de 1828 y en las Constituciones de 1830 y 1832, y otras con el nombre de Consejo de Gobierno, como en las Constituciones de 1821 y 1843. Además, en la Constitución de 1832 se consagraron tanto el Consejo de Estado como un Consejo de Gobierno, ambos con funciones consultivas y asesoras en diferentes materias. Con la Constitución de 1853, desaparecieron ambos organismos. Debe notarse que durante esta etapa de su existencia, esta institución se caracterizó por sus funciones simplemente de asesoría o consulta, sin que se pensara en un posible carácter jurisdiccional²².

Luego del receso mencionado, el Consejo de Estado reapareció en la Constitución de 1886 ya con dos funciones globales claramente diferenciadas: ser cuerpo consultivo del gobierno, es decir, la función tradicional, y ser el tribunal superior de la jurisdicción contencioso-administrativa, “si la ley estableciere esta jurisdicción”. Sin embargo, terminó el siglo XIX sin que se estableciera en la práctica la jurisdicción contencioso-administrativa y, por consiguiente, sin que tuviera ejecución la segunda función atribuida al Consejo de Estado.

Mediante el acto legislativo 10 de 1905, el Consejo de Estado fue nuevamente suprimido, sin que hubiera ejercido en la práctica la función jurisdiccional. Posteriormente, el acto legislativo 3 de 1910 ordenó que “la ley establecerá y organizará la jurisdicción contencioso administrativa”, lo cual se llevó a cabo mediante la Ley N° 130 de 1913, que creó el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo como cabeza de la jurisdicción. A su vez,

por el acto legislativo 1 de 1914 se restableció nuevamente el Consejo de Estado con la doble función de consulta o asesoría y la de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, en reemplazo del Tribunal creado en la Ley N° 130 de 1913. En este momento quedó establecido en Colombia, como en Francia, el sistema de la “dualidad de jurisdicciones”.

En la actualidad, el Artículo 237 de la Constitución Política señala como funciones generales del Consejo de Estado colombiano las de “desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley” y “actuar como cuerpo supremo consultivo del gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos en que la Constitución y las leyes determinan”. Es decir, que en la composición constitucional actual del Consejo de Estado, éste constituye el órgano consultivo supremo del gobierno y el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.

Desde el punto de vista de su ubicación dentro de la organización del Estado, de acuerdo con el Artículo 116 de la Constitución, el Consejo de Estado pertenece a la rama judicial del poder público, lo cual marca una muy importante diferencia con su homólogo francés. Sin embargo, el Consejo se encuentra dividido en una Sala de lo Contencioso Administrativo (encargada de las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo) y una Sala de Consulta y Servicio Civil (encargada de las funciones de órgano consultivo supremo del gobierno), conformadas por consejeros o magistrados diferentes, con lo cual se garantiza debidamente la separación de las citadas funciones.

Como lo evidenciamos en la introducción, uno de los problemas que producen mayor confusión en

²²Para los detalles de esta evolución puede verse a Miguel González Rodríguez, *Derecho procesal administrativo*, 11ª ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, p. 227 y sigs., y a Luis Alberto Luna Benítez, *Lo contencioso administrativo*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1981, p. 29 y sigs. Especialmente véase a Libardo Rodríguez Rodríguez, “El Consejo de Estado de Colombia: una institución bolivariana”, cit., p. 7 y sigs.; “El Consejo de Estado de Colombia: una institución bicentenaria”, cit., p. 232 y sigs., y “Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia”, en *Deuxième centenaire du Conseil d'État*, vol. II, cit., p. 201 y sigs. (una versión en español de este estudio puede verse en *Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina*, cit., p. 43 y sigs.).

C. Los Consejos de Estado con funciones de órgano ejecutivo.

relación con la figura del Consejo de Estado se refiere a la falta de unanimidad en el contenido del concepto y, especialmente, en las funciones que se le atribuyen a dicha figura dentro de los diferentes Estados. Así, en los anteriores dos grupos analizados aparece como nota común que se trata de un órgano del Estado con funciones consultivas, en unos casos de manera exclusiva, y en otros, en combinación con atribuciones jurisdiccionales.

Sin embargo, en este tercer grupo de Consejos de Estado se rompe esa lógica de órgano con funciones consultivas que caracteriza a las dos primeras tipologías. En efecto, esta tercera tipología se refiere a los Consejos de Estado que constituyen un órgano decisorio, pero no de carácter jurisdiccional, sino que se trata del órgano que ejerce las funciones propias del Poder Ejecutivo en el respectivo Estado y aún funciones legislativas.

Esta tipología de Consejos de Estado es propia de los Estados socialistas, que, en general, se reconoce que tienen origen en la figura del Soviet Supremo de la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, que era el “órgano supremo del poder estatal”, según lo pregonaba el Artículo 108 de la Constitución soviética²³, lo cual se traducía en que “encarna el poder supremo del Estado y, en consecuencia, ejerce todas las atribuciones de la Federación que no sean competencia concreta de otros órganos”²⁴.

En efecto, como lo ha expresado la doctrina, desde el punto de vista histórico las figuras que existieron en la época socialista y que recibieron el nombre de Consejo de Estado, fueron prácticamente una réplica del Soviet Supremo de la Unión Soviética²⁵. En este sentido, debe señalarse que existieron Consejos de Estado como cabeza de la organización estatal en Polonia, República Democrática Alemana, Rumania y Bulgaria. La doctrina

explica la figura socialista en los siguientes términos:

“Por lo que respecta al colegio más restringido situado en el vértice de la organización estatal, se ha conservado la expresión soviética de *Presidium* en Albania y, por el contrario, se ha adoptado la de *Oficina Presidencial de la Asamblea Federal* en Checoslovaquia, la de *Consejo de la Presidencia* en Hungría y la de *Consejo de Estado* en los restantes países, para señalar una mayor autonomía frente a las asambleas, aun cuando se trata siempre de un órgano electo por las mismas y, cuando menos teóricamente, responsable ante ellas. El número de integrantes varía generalmente de 15 a 20 [...] Sus funciones asumen un doble aspecto: en cuanto ejercitan a título propio, las atribuciones que son típicas de los jefes de Estado en el mundo occidental, en tanto que a título sustitutivo de las respectivas asambleas representativas pueden efectuar casi todas las funciones de éstas cuando no se encuentran en sesión. Así, la gran mayoría de actos normativos del más alto nivel está constituida por decretos legislativos expedidos por los órganos colegiados mencionados, ratificados posteriormente por las asambleas, por lo que los propios organismos terminan por funcionar como comisiones permanentes con competencia general”²⁶.

Como se expresó, la característica fundamental de estos Consejos de Estado consiste en que, contrario a lo que puede sugerir su nombre, no se trata de un órgano con competencias consultivas o de asesoría como ocurre con sus homólogos analizados atrás, así como tampoco un órgano con funciones jurisdiccionales, sino que se trata del órgano supremo del Estado, con competencias ejecutivas e incluso legislativas.

Como ejemplos actuales de países en los cuales se puede constatar la existencia de esta clase de Consejos de Estado podemos mencionar a China y Cuba.

²³ Sobre la figura del Soviet Supremo, véase a Paolo Biscaretti di Ruffia, *Introducción al derecho constitucional comparado*, traducción de la 1ª ed. italiana, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 374 y sigs., y a Marcel Prélot, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 4ª ed., Paris, Dalloz, 1969, p. 163 y sigs.

²⁴ Manuel García-Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1984, p. 599.

²⁵ Véase a Georges Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 6ª ed., Paris, LGDJ, 1974, pp. 222 y 223.

²⁶ Paolo Biscaretti di Ruffia, *Introducción al derecho constitucional comparado*, cit., pp. 411 y 412.

En la República Popular de China, la Constitución Política de 1982 consagra la existencia del Consejo de Estado, también denominado Gobierno Popular Central, el cual tiene como antecedente inmediato el Consejo del Gobierno Popular Central existente en el régimen constitucional anterior²⁷.

Según el Artículo 85 de la Constitución, el Consejo de Estado es “el órgano ejecutivo del órgano supremo del poder del Estado” y también es “el órgano administrativo supremo del Estado”. A su vez, de acuerdo con el Artículo 86, el Consejo de Estado chino se encuentra conformado por el Primer Ministro, los Viceprimeros Ministros, los Consejeros de Estado, los Ministros, los Presidentes de las Comisiones, el Auditor General y el Secretario General. Este órgano, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 88, es presidido por el Primer Ministro.

En cuanto a las funciones que se encomiendan a este órgano, el Artículo 89 las detalla, pero básicamente pueden ser resumidas así: (i) formular las medidas administrativas, elaborar las disposiciones administrativas y emitir las órdenes para el adecuado cumplimiento de la Constitución y la ley; (ii) dirigir la organización y las tareas de los diversos órganos administrativos del Estado chino; (iii) dirigir y administrar el desarrollo de los principales aspectos de la vida social, así como de la defensa nacional, y (iv) modificar o anular los actos de los órganos administrativos inferiores de la organización central y de los órganos administrativos provinciales y locales.

Como puede verse, las principales funciones atribuidas constitucionalmente al Consejo de Estado chino son las funciones propias del órgano ejecutivo supremo de un Estado, y no las de órgano consultivo, de asesoría o de control jurisdiccional, como ocurre en los Consejos de Estado estudiados en los puntos anteriores. Además, debe resaltarse que al Consejo de Estado chino también se le atribuye una función de control de los actos de los organismos administrativos, pero con un carácter de control jerárquico, centralizado, de sentido más político y no necesariamente jurídico.

Por su parte, el Consejo de Estado de Cuba, a pesar de tener algunos antecedentes inspirados en el modelo francés inicial de Consejo de Estado como cuerpo consultivo del gobierno²⁸, en la actualidad es uno de los órganos superiores del poder popular con la connotación propia de órgano ejecutivo.

En efecto, de acuerdo con el Artículo 89 de la Constitución de 1976, el Consejo de Estado “es el órgano de la Asamblea Nacional del Poder Popular que la representa entre uno y otro período de sesiones, ejecuta los acuerdos de ésta y cumple las demás funciones que la Constitución le atribuye”. Igualmente, según la misma norma, “tiene un carácter colegiado y, a los fines nacionales e internacionales, ostenta la suprema representación del Estado cubano”.

Además, el Artículo 74 de la Constitución señala: “La Asamblea Nacional del Poder Popular elige, de entre sus diputados, al Consejo de Estado, integrado por un Presidente, un Primer Vicepresidente, cinco Vicepresidentes, un Secretario y veintitrés miembros más”. Este órgano, de acuerdo con el Artículo 93 de la Constitución cubana, es encabezado por el Presidente, quien es el jefe de Gobierno y, según el Artículo 96, es también jefe de Estado y presidente del Consejo de Ministros.

En materia de funciones, el Artículo 90 de la Constitución establece un listado muy amplio. Sin embargo, en términos generales, dicha norma detalla las funciones genéricas fijadas en el Artículo 89 transcrito anteriormente. De esta manera, el Consejo de Estado se encarga de expedir las normas con fuerza de ley que resulten indispensables mientras se encuentre en receso la Asamblea Nacional Popular, así como de adoptar las decisiones y ejecutar los actos para el cumplimiento de las normas con fuerza de ley y para el adecuado funcionamiento del Estado.

Como puede verse, el Consejo de Estado cubano es una figura muy similar a su homólogo en los Estados socialistas de Europa del Este a los que nos referimos

²⁷ Sobre el Consejo del Gobierno Popular Central, véase a Tsien Tche-hao, *La République Populaire de Chine. Droit constitutionnel et institutions*, París, LGDJ, 1970, p. 167 y sigs.

²⁸ Sobre los antecedentes históricos del Consejo de Estado cubano, véase a Andry Matilla Correa, “Eliseo Giberga y el ‘primer tiempo’ del Consejo de Estado en Cuba”, en *El derecho como saber cultural. Homenaje al Dr. Delio Carreras Cuevas*, La Habana, Editorial UH Editorial de Ciencias Sociales, 2011, p. 219 y sigs.

atrás, en el sentido de que se trata del órgano ejecutivo supremo del Estado, aunque con un carácter plural y con unas funciones tan amplias que incluso puede hacer las veces de legislador.



Como lo anunciamos en la introducción, con el fin de que el ensayo de tipificación propuesto contribuya lo mejor posible a la comprensión de la institución de los Consejos de Estado, es necesario tipificar un cuarto grupo de órganos estatales que, a pesar de no tener la denominación de Consejo de Estado, por lo cual parecerían desbordar el objeto del presente trabajo, realizan funciones similares a los citados Consejos.

Al respecto, en primer lugar, existen órganos que ejercen funciones consultivas para el Estado de manera similar a como lo hacen los Consejos de Estado con funciones puramente consultivas, esto es, como órganos consultivos del nivel superior del Estado. Dentro de este grupo de órganos es preciso mencionar los *Consejos Legislativos* de Suecia, Polonia, Rumania, República Checa, Eslovaquia y Eslovenia. Estos Consejos Legislativos se encargan fundamentalmente de analizar los proyectos de ley sometidos a su consideración por el gobierno o, eventualmente, por el parlamento, con el fin de confrontar el respectivo proyecto con la Constitución, los principios generales del derecho, el derecho comunitario, los tratados de derechos humanos y otros compromisos internacionales de los Estados. Igualmente, estos Consejos analizan la coherencia de los proyectos de ley y los posibles problemas prácticos que ocasionaría su implementación²⁹.

En segundo lugar, es posible identificar órganos que ejercen funciones jurisdiccionales y consultivas o de asesoría de forma análoga a como lo hacen los Consejos de Estado con funciones contenciosas y consultivas. Dentro de este grupo aparece el caso de Túnez, donde existe un *Tribunal Administratif* como parte del Consejo de Estado, que es al mismo tiempo el cuerpo consultivo

D. Órganos con funciones similares o afines a las de los Consejos de Estado.

supremo de la administración y el órgano superior de control jurisdiccional de la misma³⁰. Igualmente, dentro de este grupo puede incluirse a la *Corte de Constitucionalidad* de Guatemala, que además de ejercer el control de constitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, absuelve consultas sobre la constitucionalidad de tratados, convenios y proyectos de ley que le pueden ser sometidas por cualquier órgano del Estado.

Finalmente, en tercer lugar, podemos identificar otro grupo de órganos que realizan una función semejante a la de los Consejos de Estado, los cuales, sin tener esa denominación, ejercen funciones de control jurisdiccional de la Administración en el nivel superior del Estado y carecen de funciones consultivas. En este grupo pueden ubicarse, por ejemplo, el *Tribunal Contencioso Administrativo Federal* de Alemania, la *Alta Corte Administrativa* de Polonia, la *Corte Suprema Administrativa* de Suecia, el *Tribunal Supremo Administrativo* de Finlandia, el *Tribunal Supremo Administrativo* de Austria, la *Corte Administrativa* de Luxemburgo y el *Tribunal de lo Contencioso Administrativo* de Uruguay. Igualmente, por su importancia, pueden ubicarse dentro de este grupo, aunque contra sus decisiones procedan recursos, las cortes administrativas especializadas al nivel superior del Estado en países que hacen parte de la tradición del derecho anglosajón, como la *Administrative Court* de Inglaterra, el *Central Administrative Tribunal* de la India y la *Court of Appeals for the Armed Forces*, la *Tax Court*, la *Court of International Trade* y la *Court of Federal Claims* de los Estados Unidos, que tienen competencias jurisdiccionales para controlar ciertas decisiones o resolver litigios de la Administración³¹. Además, dentro de este grupo puede

³⁰En relación con este tribunal, véase a Guy Braibant, "La juridiction administrative en droit comparé", cit., p. 374 y sigs.

³¹Sobre algunas de estas cortes administrativas especializadas, véase a Libardo Rodríguez Rodríguez, "Los sistemas de control jurisdiccional de la administración en el derecho comparado", en Alejandro Canónico Sarabia (coord.), *El control y la responsabilidad de la Administración pública. Memorias del IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo Margarita 2012*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012, p. 503 y sigs.

²⁹Sobre algunos de estos Consejos Legislativos, véase a Gérard Marcou, "La función consultiva jurídica central. Aproximación de derecho comparado", cit., p. 279 y sigs.

ubicarse al *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa* de México, autorizado por el numeral XXIX del Artículo 73 de la Constitución mexicana, que es un órgano jurisdiccional competente para conocer de los litigios de la Administración señalados en el Artículo 14 de la Ley Orgánica del Tribunal, publicada el 6 de diciembre de 2007³².



De los análisis y reflexiones anteriores, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. La comprensión de la naturaleza de las instituciones conocidas con el nombre de “Consejo de Estado” presenta diversas dificultades, las cuales se originan en la ambigüedad lingüística de la denominación. En efecto, la expresión “consejo” puede entenderse en sentido funcional como la actividad de aconsejar, expresar una opinión o dictaminar, es decir, el ejercicio de la llamada función consultiva, y en sentido orgánico, esto es, como institución, se refiere a organismos que ejercen la citada función consultiva pero, además, a organismos con funciones decisorias.

2. Históricamente la expresión “Consejo de Estado” hace referencia fundamentalmente a la institución creada en Francia con ocasión de la Revolución francesa y adoptada progresivamente por otros países como una de las instituciones básicas del Estado de derecho, que ha ido transformándose, tanto en Francia como en los demás países adoptantes de la institución.

3. Esas transformaciones muestran que la institución conocida como “Consejo de Estado”, en algunos países, nació como órgano consultivo o de asesoría y posteriormente se transformó en órgano con funciones decisorias en diferentes campos de la actividad pública, lo cual ha producido confusión en su comprensión por no existir concordancia clara entre los conceptos funcional y orgánico.

4. Dada esa dificultad en la comprensión del concepto de “Consejo de Estado”, con la finalidad de contribuir a la mejor comprensión de la institución, es oportuno ensayar una tipología de los Consejos de Estado según las

Conclusiones.

funciones que ejercen, con las limitaciones y el carácter relativo propios de toda tipología.

5. En primer lugar, existen los Consejos de Estado con funciones puramente consultivas o de asesoría al gobierno y a la Administración, dentro de los cuales pueden citarse los casos históricos del Consejo de Estado de Francia en su primera etapa y del Consejo de Estado creado por Simón Bolívar en 1817 que constituye el antecedente del actual Consejo de Estado de Colombia. Como ejemplos actuales de este tipo de Consejos de Estado se encuentran los casos de España, Luxemburgo y Finlandia.

6. En segundo lugar, existen los Consejos de Estado que ejercen simultáneamente, pero de forma separada en cuanto a su organización interna, funciones consultivas o de asesoría y de control jurisdiccional de la Administración. Es el caso del actual Consejo de Estado de Francia, así como de los Consejos de Estado de Italia, Bélgica, Holanda, Grecia, Colombia, Líbano, Egipto, Turquía, Tailandia, Argelia, Burkina Faso, Gabón, Senegal y la República Centroafricana. Además, es el caso del Consejo de Estado de Túnez, conformado por el Tribunal Administrativo y la Corte de Cuentas.

7. En tercer lugar, también con la denominación de Consejo de Estado, encontramos órganos estatales que no ejercen funciones consultivas ni jurisdiccionales sino que constituyen órganos supremos del Estado con competencias ejecutivas e, incluso, legislativas, los cuales son propios de los Estados socialistas y tienen su origen en la institución del Soviet Supremo de la antigua Unión Soviética. Son los casos históricos de Polonia, Rumania, Bulgaria y la República Democrática Alemana, y los casos actuales de China y Cuba.

³² Sobre la existencia y funciones del mencionado Tribunal, puede consultarse la página web del mismo: <http://www.tff.gob.mx/> [consultada el 28 de marzo de 2012].



8. En cuarto lugar, aunque no reciben la denominación de Consejo de Estado, es posible constatar la existencia de órganos a nivel superior del Estado que ejercen funciones afines a las de los citados Consejos. Así, existen órganos con funciones exclusivamente consultivas, como los *Consejos Legislativos* de Suecia, Polonia, Rumania, República Checa, Eslovaquia y Eslovenia. Órganos con funciones consultivas y contenciosas, como el *Tribunal Administratif* de Túnez (que forma parte del Consejo de Estado) y la *Corte de Constitucionalidad* de Guatemala. Y órganos especializados para el control jurisdiccional de la Administración, como el *Tribunal Contencioso Administrativo Federal* de Alemania, la *Alta Corte Administrativa* de Polonia, la *Corte Suprema*

Administrativa de Suecia, el *Tribunal Supremo Administrativo* de Finlandia, el *Tribunal Supremo Administrativo* de Austria, la *Corte Administrativa* de Luxemburgo, el *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa* de México y el *Tribunal de lo Contencioso Administrativo* de Uruguay. En este último grupo también pueden incluirse, por su importancia, a pesar de que contra sus decisiones proceden recursos, las cortes especializadas en control jurisdiccional de la Administración del derecho anglosajón, como son los casos de la *Administrative Court* de Inglaterra, el *Central Administrative Tribunal* de la India y la *Court of Appeals for the Armed Forces*, la *Tax Court*, la *Court of International Trade* y la *Court of Federal Claims* de los Estados Unidos.*

Responsable:
Dr. Eduardo Sbriz
Coordinador:
Dr. Juan Novillo

COMENTARIO AL FALLO

La Asociación por los Derechos Civiles (ADC) interpuso una acción de amparo contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI) a fin de que se hiciera entrega de “[...] la información relativa al presupuesto en concepto de publicidad oficial de dicho organismo para el año 2009 y a la inversión publicitaria de dicha institución correspondiente a los meses de mayo y junio de 2009 detallada según el rubro (medios gráficos, radiales, televisivos, cinematográficos, sitios de internet y vía pública) y medio de comunicación, productora o programa al cual fue asignada; el tipo de campaña al cual corresponde la pauta asignada en cada caso y la indicación de la agencia de publicidad o intermediario a través de la cual se procedió a contratar espacios en los medios”. Asimismo, solicitó la aplicación, en la especie, del Decreto N° 1.172/2003 de “Acceso a la Información Pública”, dictado por el Poder Ejecutivo Nacional (3-12-2003), en virtud del cual se aprobaron los Reglamentos Generales de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional, para la Publicidad de la Gestión de Intereses en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, para la Elaboración Participativa de Normas, del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional y de Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos, formularios de inscripciones, registro y presentación de opiniones y propuestas. Como así también se estableció el acceso libre y gratuito –vía internet– a la edición diaria del Boletín Oficial de la República Argentina.

La Sra. Juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal –quien fue la primera magistrada en entender en la causa– hizo lugar a la acción de amparo y condenó a hacer entrega de la información solicitada.

En grado de apelación, le tocó el turno a la Sala IV del mismo fuero, en analizar la decisión recurrida y confirmó dicho pronunciamiento apelado. Los fundamentos del mencionado decisorio hallaron sustento en que el demandado había omitido presentar la totalidad de los datos requeridos. Señaló además que no había informado el monto total presupuestado en concepto de publicidad para el año 2009 ni brindado el detalle suficiente de la inversión publicitaria de mayo y junio del mismo año.

En otro considerando, el Tribunal describió: “[...] que la negativa al acceso a la información completa por parte del PAMI configuraba una acción arbitraria en forma manifiesta. Ya que el principio de publicidad de los actos de gobierno constituye uno de los pilares de todo gobierno republicano y ese derecho, si bien no enumerado expresamente en la Constitución Nacional, había sido reconocido por este Tribunal como un derecho de naturaleza social que garantiza a toda persona –pública o privada, física o jurídica– el conocimiento y la participación en todo cuanto se relaciona con los procesos gubernamentales, políticos y administrativos y se evidencia en la obtención de información de datos públicos. Además agregó con cita de los tratados internacionales relacionados con la materia, que, en el sub lite, el demandado no había acreditado la existencia de restricciones legales a fin de justificar su omisión”.

Contra tal pronunciamiento, el INSSJP dedujo recurso extraordinario federal, el cual fue concedido. Para así decidir, el Tribunal entendió que el planteo realizado por el recurrente resultaba procedente ya que el fundamento era la interpretación de una norma de carácter federal –Decreto N° 1.172/2003– por la que no se encontraría obligado a brindar la información solicitada, y la decisión recurrida ha sido contraria tanto a esa interpretación de la ley como al derecho que en ella se apoya.

Los argumentos utilizados por el recurrente se apoyaron en dos puntos: por un lado, sostiene que el Decreto N° 1.172/2003 que regula el “Acceso a la Información Pública” no le es aplicable pues se refiere específicamente a las instituciones que forman parte del Estado, lo que no es su caso, en función de su naturaleza jurídica. Mientras que, por el otro, destaca que no fue mencionado expresamente en la disposición como uno de los sujetos obligados. En consecuencia, no se encuentra obligado a brindar la información solicitada.

Llegado a conocimiento del más Alto Tribunal constitucional, entendió que el debate constitucional en la presente causa consiste en dilucidar si, en función del derecho de acceso a la información pública, el PAMI se halla obligado a brindar la información acerca de la publicidad oficial que desarrolla el instituto, y si con ese alcance, le es aplicable el Decreto N° 1.172/2003.

“El fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan, mediante el acceso a la información”. En el informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos en el año 2003, la CIDH impuso la obligación de suministrar la información solicitada y de dar respuesta fundamentada a la solicitud en caso de negativa de conformidad con las excepciones dispuestas; toda vez “[...] que la información pertenece a las personas, la información no es propiedad del Estado y el acceso a ella no se debe a una gracia o favor del gobierno. Este tiene la información solo en cuanto representante de los individuos [...]”.


Por su parte, la CSJN ha dicho en reiteradas oportunidades que la libertad de prensa que “[...] ésta confiere al derecho de dar y recibir información es una especial relevancia que se hace aún más evidente para con la difusión de asuntos atinentes a la cosa pública o que tenga trascendencia para el interés general” (*Fallos*: 316:1623).

Recientemente en el precedente “Editorial Río Negro” manifestó: “[...] que es deber de los tribunales proteger los medios para que exista un debate plural sobre los asuntos públicos, que constituye un presupuesto esencial para el gobierno democrático”, y remarcó que “la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción a las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”.

Sobre todos estos basamentos, la CSJN consideró que carece de sustento la negativa del aquí recurrente a brindar la información o a brindarla en forma incompleta, ya que la actora cumple con los requisitos internacionales requeridos y con el alcance dado al Decreto N° 1.172/2003 por el tribunal de alzada.

Además, se debe tener en cuenta que el instituto demandado no arguyó la existencia de algún impedimento legal que le restrinja acceder a lo solicitado, ya que el fundamento radica en que no se encuentra alcanzado por la norma por no ser un organismo que pertenezca al Estado.

Con lo cual, el objeto del reclamo se basa en la solicitud de una información pública, a una institución que gestiona intereses públicos y que detenta una función delegada del Estado. Por lo que, por un lado, la asociación posee el pleno derecho a que se le brinde la información solicitada en forma completa y, por el otro, la demandada tiene la obligación de brindarla, siempre que no demuestre que no se ha dado en la especie que le cabe alguna restricción legal, situación que no se ha dado en la causa en análisis.

Por lo tanto, el máximo Tribunal consideró que lo decidido por el a quo, en cuanto a hacer lugar al amparo deducido y en cuanto ordenó al Instituto demandado a hacer efectiva la entrega de la información solicitada, se ajusta a lo previsto en nuestra Carta Magna (Artículos 14, 16 y 33, 41, 42 y 43 y a la jurisprudencia internacional reseñada), era procedente y confirmó la sentencia recurrida. 



Responsable:

Dr. Carlos Aguirre

Coordinador:

Dr. Mariano Lombardi

**1. Resolución N° 390-
Superintendencia de Riesgos del Trabajo –
B.O.: 8-2-2013.**

Resumen: Se crea el Programa de Promoción de la Investigación, Formación y Divulgación sobre Riesgos del Trabajo, cuyos objetivos son el fomento, desarrollo y divulgación de actividades científicas y técnicas relacionadas con la prevención, tratamiento, rehabilitación, legislación y gestión de los riesgos del trabajo, en su sentido más amplio. Además de establecer dos (2) líneas de investigación que podrán ser financiadas por esta Superintendencia conforme lo establece la presente resolución.

**2. Resolución N° 2.205 -
Autoridad Federal de Servicios de
Comunicación Audiovisual (AFSCA) –
B.O.: 4-12-2012.**

Resumen: La Ley N° 26.522 establece los mecanismos de transición para la adecuación de las licencias y los registros regulados por la citada ley. Una vez recibidas las propuestas de Adecuación Voluntaria, con vigencia hasta el 7 de Diciembre de 2012, los licenciatarios cuentan con un plazo de ciento ochenta (180) días corridos para transferir las licencias. Los días mencionados se contabilizan desde la notificación del acto por el cual se hubiere admitido —total o parcialmente— la Propuesta de Adecuación Voluntaria.

Durante el período de transferencia los licenciatarios deberán asegurar la continuidad del servicio en condiciones de regularidad como así también proteger las fuentes de trabajo y mantenerlas en las mismas condiciones anteriores. El adquirente de las licencias deberá respetar y sostener esas mismas condiciones de trabajo.

**3. Resolución N° 2.206 -
Autoridad Federal de Servicios de
Comunicación Audiovisual (AFSCA) –
B.O. 4-12-2012.**

Resumen: Aquellos licenciatarios que hasta el 7 de diciembre de 2012 inclusive no hubieran presentado su Propuesta de Adecuación Voluntaria de acuerdo al Artículo 161 de la Ley N°26.522 y la Resolución N° 297-AFSCA/2010, serán objeto de tasación de las licencias por parte del Tribunal de Tasaciones de la Nación y de los bienes imprescindibles afectados a ellas y de las transferencias de oficio que correspondiesen

Los pliegos de condiciones generales y de especificaciones particulares para cada licencia o para cada grupo de licencias que se concursaran conjuntamente, serán elaborados por la AFSCA y aprobados por su Directorio debiendo publicitarse en el Boletín Oficial y en dos diarios de circulación nacional por un mínimo de dos (2) publicaciones consecutivas en cada uno de ellos. La apertura de los sobres se efectuará como mínimo transcurridos veinte (20) días corridos después de la última publicación que se hubiera efectuado.

**4.Ley N° 26.790 -
Poder Legislativo Nacional -
B.O. 4-12-2012.**

Resumen: Se incorpora al Código Procesal Civil y Comercial, el Artículo 257 bis que establece que sólo serán susceptibles del recurso extraordinario por salto de instancia las sentencias definitivas de primera instancia, las resoluciones equiparables a ellas en sus efectos y aquellas dictadas a título de medidas cautelares.

Asimismo, el Artículo 257 ter dispone que el recurso extraordinario por salto de instancia deberá interponerse directamente ante la Corte Suprema mediante escrito fundado y autónomo, dentro de los diez (10) días de notificada la resolución que fuera impugnada.

**5.Resolución N° 2.636 –
Secretaría de Empleo –
B.O. 19-12-2012.**

Resumen: A través de la Resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social N° 256/2003, se creó el Plan Integral para la Promoción del Empleo cuyo objetivo principal es contribuir a la generación, sostenimiento y mejora del empleo.

Además en el año 2008 se crea el Programa Jóvenes con Más y Mejor Trabajo destinado a generar oportunidades de inserción social y laboral para jóvenes de dieciocho (18) a veinticuatro (24) años de edad con estudios formales incompletos, a través de su inclusión en acciones integradas que les permitieran identificar el perfil profesional en el cual desearían desempeñarse, finalizar su escolaridad obligatoria, realizar experiencias de formación y/o prácticas calificantes en ambientes e iniciar una actividad productiva de manera independiente o insertarse en un empleo.

La Resolución N° 695/2012 creó el Programa “Construir Empleo” que tiene por objeto potenciar las calificaciones y habilidades laborales de trabajadores afectados por problemáticas de empleo, mediante su incorporación en obras de infraestructura comunitaria o productiva. A través de la presente normativa, se reglamenta su aplicación.

FISCAL E INGRESOS PÚBLICOS

Responsable:

Dr. Harry Schurig

Coordinadora:

Dra. Cristina del Carmen Mansilla

Normativa.

**RESOLUCIÓN 880 -
ADMINISTRACIÓN GUBERNAMENTAL
DE INGRESOS PÚBLICOS -
BO 5-12-2012**

Se establece la aplicación de una bonificación del cincuenta por ciento (50%) del valor de una cuota N° 6, para los contribuyentes inscriptos en el Régimen Simplificado del Impuesto sobre los Ingresos Brutos, siempre que se hallen adheridos al débito automático bancario y en la medida que no registren deuda pendiente.

**RESOLUCIÓN NORMATIVA 46 -
AGENCIA DE RECAUDACIÓN
Provincia de Buenos Aires -
BO 8-12-2012**

Los contribuyentes del Impuesto sobre los Ingresos Brutos que empleen personas con capacidades diferentes y/o que revisten en la categoría de tutelados o liberados según el Artículo 161 de la Ley N° 12.256 (expresidarios) podrán imputar hasta el cincuenta por ciento (50%) de las remuneraciones nominales que éstas perciban, como pago a cuenta del citado impuesto, dando cumplimiento a un régimen de información.

**RESOLUCIÓN GENERAL 12 -
INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA -
11-12-2012**

Según la Ley N° 19.550, una sociedad solo se considera regularmente constituida a partir de su inscripción en el IGJ, así la entrada en vigencia de toda designación o cese de administración o modificación es que resulta necesario implementar la emisión de un Certificado de Vigencia y Pleno Cumplimiento (CEVIP), que será expedido por la Inspección General de Justicia a requerimiento de sus representantes o apoderados. Tendrá el certificado una vigencia de 6 (seis) meses desde su emisión.

**LEY N° 26.795 -
PODER LEGISLATIVO NACIONAL -
BO 13-12-2012**

Se aprobó el Código Aduanero del Mercosur, donde se regula el tráfico internacional de los Estados Partes con terceros países o bloques de países. Manteniendo su validez los tratados internacionales que se encuentren vigentes en cada Estado Parte a la fecha de entrada en vigor del presente.

**COMUNICACIÓN A 5377 -
BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA -
BO 17-12-2012**

Flexibilizan algunas operaciones de cobro y pago en moneda extranjera en el exterior, en la medida que cumpla con los requerimientos de la presente comunicación que modifica la A-5462/2012 (BCRA).

**RESOLUCIÓN GENERAL 3411 -
ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS -
BO 19-12-2012**

Se creó el “Registro de Comercializadores de Bienes Usados No Registrables”, que permitirá la correcta individualización de los agentes económicos intervinientes en las operaciones de compraventa de dichos bienes, además de establecer un régimen especial de percepción del Impuesto al Valor Agregado y un régimen de retención del impuesto a las ganancias, aplicables a las operaciones de compraventa alcanzadas. Los sujetos pasivos tendrán que emitir factura electrónica a partir del ingreso a este registro.

**RESOLUCIÓN GENERAL 3412 -
ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS -
BO 19-12-2012**

Respecto de los certificados de exclusión en los regímenes de retención, percepción y/o pagos a cuenta del Impuesto al Valor Agregado, de resultar procedente la exclusión, la misma será de carácter total, y se otorgará por períodos mensuales completos y tendrá una vigencia máxima de seis (6) meses calendarios, contados a partir del primer día del mes inmediato siguiente a aquel en que sea resuelta favorablemente.

**RESOLUCIÓN GENERAL 3413 -
ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS -
BO 19-12-2012**

La RG 2437 estableció un régimen de retención en el Impuesto a las Ganancias, aplicables a las rentas comprendidas del inciso a) del desempeño de cargos públicos, b) trabajo personal ejecutado en relación de dependencia, c) jubilaciones, pensiones, retiros o subsidios de cualquier especie en cuanto tengan su origen en el trabajo personal y d) servicios personales prestados por los socios de las sociedades cooperativas del Artículo 79 de la Ley del Gravamen, pero como una excepción se estableció que los aguinaldos cuya mayor remuneración bruta mensual devengada entre los meses de julio a diciembre de 2012, no supere la suma de veinticinco mil pesos (\$25.000.-) quedarán excluidos del gravamen a la renta.

**RESOLUCIÓN GENERAL 3414 -
ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS -
BO 19-12-2012**

Mediante la RG 1983 se estableció feria administrativa, a efectos de que no se computen los plazos previstos en los distintos procedimientos vigentes, durante todo el mes de enero de cada año, haciendo aconsejable además implementar un régimen opcional para la presentación y pago de las declaraciones juradas y pagos, en la medida que cumplan con ciertos requisitos previstos en la presente.

**RESOLUCIÓN 984 -
ADMINISTRACIÓN GUBERNAMENTAL
DE INGRESOS PÚBLICOS -
BO 19-12-2012**

Conforme la Resolución N° 59-DGR/2006 se estableció en el ámbito de la Dirección General de Rentas de la Ciudad de Buenos Aires, una feria administrativa a efectos de que no se computen los plazos procedimentales, en días hábiles comprendidos en la primera quincena de enero de cada año, que van desde el 2 al 15 de

enero de 2013 y la primera semana correspondiente a la feria judicial de invierno que establezca para cada año el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

**RESOLUCIÓN NORMATIVA 51 -
AGENCIA DE RECAUDACIÓN BUENOS AIRES -
BO 20-12-2012**

Se excluyen del régimen de retención del Impuesto sobre los Ingresos Brutos a través de las cuentas bancarias los importes que se acrediten en cuentas abiertas en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, en concepto de honorarios judiciales, como consecuencia de libranzas judiciales, en tanto dichas acreditaciones se efectivicen mediante transferencias de fondos provenientes de cuentas abiertas por mandato judicial a partir del 1º de enero de 2013, y que sus funciones no se desarrollen bajo relación de dependencia.

**RESOLUCIÓN NORMATIVA 52 -
AGENCIA DE RECAUDACIÓN BUENOS AIRES -
BO 20-12-2012**

Conforme la Disposición Normativa Serie “B” N° 1/04 y modificatorias, se aplica la retención al Impuesto sobre los Ingresos Brutos, la que se hará efectiva cuando se realicen pagos a contribuyentes de la Provincia de Buenos Aires, en tanto hayan figurado durante el período mensual liquidado, en el padrón que se halla en la página web de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (www.arba.gov.ar) a fin de cumplir con las obligaciones a su cargo, el cual será actualizado mensualmente.

Los contribuyentes podrán manifestar su disconformidad a través de la aplicación informática denominada Reclamos por disconformidad. Régimen de Tarjetas de Compra y de Crédito. Agrega que los sujetos interesados podrán obtener hasta tres (3) Certificados de Reducción Total y Temporaria, consecutivos o alternados, dentro de un mismo período fiscal.

**RESOLUCIÓN NORMATIVA 53 -
AGENCIA DE RECAUDACIÓN BUENOS AIRES -
BO 20-12-2012**

Se implementó un régimen de liquidación administrativa de anticipos mensuales del Impuesto sobre los Ingresos Brutos, para aquellos sujetos que hubieran obtenido en el año calendario inmediato anterior, ingresos brutos operativos (gravados, no gravados y exentos) por un importe igual o inferior a la suma de pesos trescientos mil (\$300.000), es decir, responsables no inscriptos, salvo que sean responsables inscriptos en IVA e Ingresos Brutos.

**RESOLUCIÓN GENERAL 3416 -
ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE
INGRESOS PÚBLICOS -
BO 20-12-201**

Se establece a través de la presente la entrada en vigencia de la fiscalización electrónica, que será notificada al contribuyente por las vías del Artículo 100 de la Ley N° 11.683 (t.o. en 1998 y sus modif.) en el domicilio fiscal denunciado por el contribuyente, a quien se le cursara además el requerimiento electrónico que tendrá que ser

contestado de manera virtual en la página del Organismo (www.afip.gob.ar) y la prueba documental que desee ofrecer en formato “pdf”. El incumplimiento al requerimiento implicará multa formal, inclusión en el registro de riesgo fiscal, en caso de corresponder exclusión de determinados registros fiscales que habilitan beneficios a los contribuyentes incluidos.

**RESOLUCIÓN GENERAL 3419 -
ADMINISTRACIÓN FEDERAL
DE INGRESOS PÚBLICOS -
BO 21-12-2012**

Establécese un régimen especial obligatorio para la emisión electrónica de la “Liquidación Primaria de Granos” para respaldar las operaciones de compraventa y, en su caso, de consignación de granos no destinados a la siembra –cereales y oleaginosos– y legumbres secas –porotos, arvejas y lentejas–, ya sean personas físicas o jurídicas que sean productores agrícolas, adquirentes-exportadores, acopiadores, cooperativas, consignatarios, acopiadores-consignatarios, demás intermediarios y los mercados de cereales a término.

**RESOLUCIÓN GENERAL 3415 -
ADMINISTRACIÓN FEDERAL
DE INGRESOS PÚBLICOS -
BO 21-12-2012**

Se establece el ingreso e información de las percepciones por adquisiciones en moneda extranjera, conforme lo dispuesto por la Resolución General N° 2.233, sus modificatorias y complementarias –Sistema de Control de Retenciones (SICORE)–, debiendo informarse respecto de cada sujeto pasible la Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT), Clave Única de Identificación Laboral (CUIL) o Clave de Identificación (CDI), según corresponda, y el importe total percibido en el período comprendido en cada liquidación de la tarjeta correspondiente.

**RESOLUCIÓN GENERAL 3420 -
ADMINISTRACIÓN FEDERAL
DE INGRESOS PÚBLICOS -
BO 21-12-2012**

Se estableció un régimen de percepción sobre la adquisición de bienes y servicios en moneda extranjera, realizados a proveedores del exterior a través del uso de la tarjeta de crédito y/o compra o ventas en portales virtuales.

Dicha percepción del gravamen será computable en la declaración jurada del impuesto a las ganancias o, en su caso, del impuesto sobre los bienes personales, correspondientes al período fiscal en el cual les fueron practicadas. Sin embargo, se consideró que hay sujetos que no se hallan inscriptos en ninguno de los gravámenes antes enunciados y por lo tanto imposibilitados de computar las aludidas percepciones, entonces podrán solicitar la devolución del gravamen percibido, en la forma y condiciones que se establecen en la presente resolución general, a partir del 1° de febrero de 2013.

**RESOLUCIÓN GENERAL 3421 -
ADMINISTRACIÓN FEDERAL
DE INGRESOS PÚBLICOS -
BO 26-12-2012**

A través de distintas normas reglamentarias se han implementado regímenes de información impositivos correspondientes a la actividad financiera, por lo que se entiende conveniente agruparlos en un solo cuerpo normativo, debiendo cumplir la obligación formal mediante transferencia electrónica de datos a través del sitio “web” del Organismo (<http://www.afip.gob.ar>), aunque la declaración informativa a presentarse no tenga información, “sin movimientos”. El cumplimiento de lo establecido por la presente será requisito para la tramitación de solicitudes que efectúen los contribuyentes y/o responsables, a partir de su vigencia, para la permanencia en los distintos registros implementados por esta Administración federal, o para la obtención de certificados de crédito fiscal y/o de constancias de situación impositiva o previsional, entre otras.

**LEY N° 26.831 -
PODER LEGISLATIVO NACIONAL -
BO 28-12-2012**

Se crea el mercado de capitales cuyo objeto es la regulación de los sujetos y valores negociables con el objetivo de promover la participación de pequeños inversores, asociaciones sindicales, asociaciones y cámaras empresariales, organizaciones profesionales y de todas las instituciones de ahorro público, favoreciendo especialmente los mecanismos que fomenten el ahorro nacional y su canalización hacia el desarrollo productivo.

**RESOLUCIÓN GENERAL 3439 -
ADMINISTRACIÓN FEDERAL
DE INGRESOS PÚBLICOS -
BO 6-2-2013**

Entra en vigencia el nuevo programa aplicativo, de uso obligatorio, para el desarrollo de las declaraciones juradas unificadas del Impuesto a las Ganancias y Bienes Personales, Versión 14, encontrándose disponible en el sitio “web” de este Organismo (<http://www.afip.gob.ar>) para los períodos 2007 y siguientes cuando se deban presentar las declaraciones juradas originales o rectificativas.

**RESOLUCIÓN GENERAL 3440 -
ADMINISTRACIÓN FEDERAL
DE INGRESOS PÚBLICOS -
BO 6-2-2013**

Entra en vigencia a partir de enero/2013 el nuevo programa aplicativo para desarrollar la declaración jurada mensual determinativa de impuestos, establecidos en el Artículo 94 de la Ley N° 26.522, por el desarrollo de servicios de comunicación audiovisual, además de exigir el pago de la obligación a través del procedimiento de transferencia electrónica de fondos.

**DECRETO N° 125 -
PODER EJECUTIVO NACIONAL -
BO 6-2-2013**

La Ley N° 26.476 estableció en su título II que todos aquellos empleadores que voluntariamente corrigieran la situación informal de sus trabajadores y cumplieran con los requisitos del título gozarán del beneficio de una reducción en el pago de contribuciones de la seguridad so-

cial del 50% a 75%, prorrogándose el mismo para todo el período calendario desde el 1° de enero hasta el 31 de diciembre de 2013, frente a la efectividad que ha mostrado su aplicación.

**RESOLUCIÓN CONJUNTA 133/2013 y 53/2013 -
MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y
SEGURIDAD SOCIAL (MTE y SS) -
MINISTERIO DE JUSTICIA Y
DERECHOS HUMANOS (MJ y DH) -
BO 13-2-2013**

Se actualizan las tasas y honorarios a los profesionales que actúen como mediadores en el ámbito del Régimen de Conciliación Laboral Obligatoria (SECCLO).

**RESOLUCIÓN 79 -
MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y
SEGURIDAD SOCIAL -
BO 14-2-2013**

Se crea el Régimen de Crédito Fiscal con el fin de promover la inclusión social, la calidad del empleo y la mejora de las trayectorias laborales de trabajadores desocupados y ocupados de nivel operativo a través de la aprobación de proyectos presentados por empresas o talleres protegidos de producción, y su integración en proyectos que combinen las modalidades formativas.

Las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (PYMEs) podrán financiar proyectos mediante el presente régimen por un importe equivalente al 8% de la suma total de sueldos, salarios y remuneraciones y sus respectivas contribuciones patronales, abonados entre los meses de enero y diciembre de 2012, al igual que las grandes empresas por un importe equivalente al 8% de la suma total.

Los Certificados de Crédito Fiscal solo podrán ser utilizados para la cancelación de obligaciones fiscales emergentes del Impuesto a las Ganancias, Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, Impuesto al Valor Agregado (IVA) y/o impuestos internos, excluyendo el régimen de seguridad social.

**RESOLUCIÓN 29 -
UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA -
BO 8-2-2013**

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, siguiendo la recomendación del Grupo de Acción Financiera Internacional, modificó el Código Penal incorporando nuevos párrafos al Artículo 306; asimismo se precisa la modalidad por la cual aplicarán el congelamiento administrativo de bienes o dinero respecto de las personas físicas o jurídicas o entidades designadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta las operatorias o funciones que cada sujeto obligado desarrolla, incluidas las entidades sin fines de lucro.

CONTABLE - FINANCIERA

Responsable:

Cdra. Roxana Reinaudi

Coordinador:

Cdor. Cristian Kathrein

EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA

Como todos sabemos, uno de los requisitos esenciales en el proceso de desarrollo de un Estado es la implementación de políticas que promuevan el crecimiento económico-social junto con los demás objetivos de la Política Fiscal. Para ello, es vital el fortalecimiento del rol que debe desempeñar el Presupuesto Público al captar, asignar y distribuir los recursos públicos en un horizonte de planeamiento de mediano y largo plazo.

Siguiendo con el análisis de la temática desarrollada en artículos anteriores, referida al ciclo presupuestario, en esta oportunidad abordaremos una de las etapas que lo conforman: el momento de la ejecución propiamente dicha, la “hora de la verdad”, según varios autores, ya que en ella se concretan efectivamente los objetivos plasmados en el Presupuesto Público, a través de las operaciones relacionadas con la recaudación de los recursos y la realización de los gastos por parte del Estado.

Es importante destacar que, en nuestro país, la ejecución presupuestaria comprende solo las operaciones de erogación, dado que la Ley de Presupuesto simplemente hace una estimación de los ingresos que se van a recaudar, sin contener normas tributarias, ni autorizaciones para la recaudación de los recursos. Esta recaudación se rige por las leyes especiales sancionadas a tal efecto y el mismo Artículo 21 de la Ley N° 24.156 establece: “[...] se considerarán como recursos del ejercicio todos aquellos que se prevén recaudar durante el período en cualquier organismo, oficina o agencia autorizada a percibirlos en nombre de la Administración central [...]”.

Asimismo, la Ley de Contabilidad, que precedió a la Ley de Administración Financiera, tampoco contemplaba normas que regularan los actos inherentes a la recaudación, pero sí contenía normas que versaban sobre las operaciones propias del procedimiento de realización del gasto.

Podemos decir que, en un sentido restringido, la ejecución del Presupuesto Público hace referencia al conjunto de actos u operaciones instituidos para la realización de los gastos públicos.

En este sentido, nos detendremos a estudiar las operaciones referidas al gasto, analizando la forma en que se han reglamentado en la legislación nacional.

La Ley N° 24.156 establece las etapas sucesivas en el procedimiento de la realización de los gastos públicos, y ellas son:

- 1- Orden de disposición de fondos.
- 2- Compromiso.
- 3- Devengamiento.
- 4- Liquidación.
- 5- Libramiento.
- 6- Pago.

-Orden de disposición de fondos: es el instrumento normativo que da el puntapié inicial para ejecutar el gasto. Implica el ejercicio de la atribución constitucional que posee el Ejecutivo para decretar el uso de las autorizaciones para gastar y el empleo de los recursos necesarios para su financiamiento. Estas facultades, luego de la reforma constitucional de 1994, quedaron en cabeza del Jefe de Gabinete de Ministros, con la supervisión del Presidente de la Nación.

Se inicia, de esta manera, la etapa de la ejecución presupuestaria, de trascendental importancia debido a que su materialización mostrará la incidencia económico-financiera del presupuesto en la economía de un país.

Así, tomando como base el monto total del presupuesto aprobado por el Congreso (límite máximo de las autorizaciones para gastar), el Jefe de Gabinete es quien debe hacer la distribución administrativa de los montos; es decir, que desagrega hasta el último nivel las grandes cifras que aparecen en la Ley de Presupuesto y autoriza la utilización de los créditos a cada entidad y jurisdicción. Esta información figura en planillas anexas, siendo de vital importancia los clasificadores presupuestarios, tema que se abordará en posteriores ediciones.

Esta distribución se efectúa considerando los objetivos programados. Las jurisdicciones y entidades deben

programar para cada ejercicio la ejecución física y financiera de sus presupuestos, no pudiendo disponer créditos para una finalidad distinta a la prevista. Con ello, se garantiza una correcta ejecución del presupuesto coordinando los resultados esperados con los recursos obtenidos. En forma trimestral se va controlando el cumplimiento de los objetivos con las metas cumplidas, para lo cual se confecciona un informe que es presentado ante la Secretaría de Hacienda, que actúa como órgano coordinador del sistema.

Una vez distribuidos los créditos, es necesario analizar cómo se concretan y registran los gastos efectuados.

Es así que los órganos rectores del sistema presupuestario (Oficina Nacional de Presupuesto) y del sistema de tesorería (Tesorería General de la Nación) fijan los procedimientos que deben ser seguidos por las jurisdicciones y entidades en la ejecución de sus presupuestos.

Partiendo de la premisa de que se gasta en función de lo que se recauda, se confecciona un programa financiero a través de cuotas de compromiso distribuidas en forma trimestral durante el ejercicio financiero. Según surge de la Ley de Presupuesto, la autorización a gastar durante el ejercicio financiero es el monto a distribuir en cuatro cuotas de compromiso. A medida que se van realizando los gastos, se van realizando los ajustes necesarios y controlando que efectivamente se ha ido cumpliendo el programa, de este modo también se controla y analiza el comportamiento de la Tesorería a fin de saber cuáles son los fondos que se están recaudando.

La Tesorería no es solo un simple órgano de pago, sino que trabaja como una gerencia financiera, y esto es lógico si recordamos la teoría de sistemas receptada por la Ley de Administración Financiera.

Es dable aclarar que la distribución en cuotas de compromiso no implica una división del crédito, sino una programación de acuerdo a lo que se ha planeado cumplir durante el año ya que es más fácil trabajar con períodos cortos si hay que hacer ajustes y controles.

-*Compromiso*: es una etapa del registro del gasto de carácter preventivo, en la que se exteriorizan las características de un determinado gasto a ejecutar, pero cuya ejecución está condicionada a la efectiva contraprestación del proveedor o contratista, circunstancia que es inherente a la etapa del devengamiento.

El compromiso tiene por finalidad reflejar la realidad económica. Se dice que es un registro preventivo del gasto porque produce el efecto de inmovilizar el importe respectivo, para que no pueda utilizárselo para fines

distintos a los previstos en el presupuesto; así lo establece el Artículo 32 de la Ley N° 24.156, cuando dice que “el compromiso es el mecanismo para afectar preventivamente la disponibilidad de los créditos presupuestarios”. Asimismo, con el compromiso se busca evitar perjuicios a terceros acreedores estableciendo un doble límite: por un lado, se prohíbe adquirir compromisos para los cuales no quedan saldos disponibles y, por otro, se prohíbe disponer los créditos para una finalidad distinta a la prevista.

El Decreto Reglamentario N° 1.344/2001 establece claramente lo que implica el compromiso:

- 1- *Relación jurídica de carácter eventual*: el origen de una relación jurídica con terceros que producirá una eventual salida de fondos u otros valores, sea para cancelar una deuda o para su aplicación al pago de un bien o de un servicio determinado.
- 2- *Funcionarios intervinientes debidamente facultados*: la aprobación, por parte de un funcionario competente, de la aplicación de recursos por un concepto o importe determinados y de la tramitación administrativa cumplida.
- 3- *Identificación de la contraparte y de los bienes a recibir*: la identificación de la persona física o jurídica con la cual se establece la relación que da origen al compromiso, así como la especie y cantidad de los bienes o servicios a recibir, o, en su caso, el carácter de los gastos sin contraprestación.
- 4- *Existencia de un crédito presupuestario previo*: la afectación del crédito presupuestario que corresponde en razón de un concepto de gasto.

-*Devengamiento*: con la sanción de la Ley N° 24.156 se ha introducido esta etapa en el proceso de gasto, que es posterior a la adquisición del compromiso. Teniendo en cuenta que luego de comprometido un crédito, la obligación aun continua vigente, la Ley de Administración Financiera redefine los distintos momentos del gasto en función de su incidencia patrimonial, sin olvidar los aspectos legales que precisan la responsabilidad de los actos de los funcionarios.

Tanto el compromiso como el devengamiento tienen consecuencias jurídicas internas y externas, pero desde el punto de vista del principio de la realidad económica para mostrar la modificación patrimonial del Estado se prioriza el momento del devengamiento.

Según el Artículo 31 del Decreto N° 1.344/2007, el gasto

devengado implica:

- 1- Una modificación cuantitativa y cualitativa en la composición del patrimonio de la respectiva jurisdicción o entidad, originada por transacciones con gravitación económica y/o incidencia financiera.
- 2- El surgimiento de una obligación de pago mediante la recepción de conformidad de bienes o servicios oportunamente contratados, o por haberse cumplido los requisitos administrativos dispuestos para los casos de gastos sin contraprestación (subsidios, becas, pensiones, entre otros).
- 3- La liquidación del gasto y, cuando corresponda, la simultánea emisión de la respectiva orden de pago dentro de los tres (3) días hábiles de devengado dicho gasto.
- 4- La afectación definitiva del crédito presupuestario correspondiente.

El Artículo 31 de la Ley N° 24.156 señala al devengamiento como el momento del registro del gasto y como el momento en que se considera gastado un crédito y ejecutado definitivamente. Es en este momento en el que el Sistema de Contabilidad registrará *por única vez* el gasto, es decir que se imputará definitivamente ese gasto devengado al presupuesto, y se dará el alta del bien que ha ingresado al patrimonio y registrará la cuenta del acreedor que es quien tiene derecho a cobrar.

En este momento se considera ejecutado el presupuesto, independientemente de que se produzca o no una salida de dinero. En caso de finalizado el ejercicio y aun no pagado, deberá figurar como cuentas a pagar pero con cargo al ejercicio en el cual se devengó, o sea que inciden financieramente en el período siguiente, pero no en el presupuesto.

Los efectos jurídico-económicos del devengado se pueden expresar:

-Jurídicamente, en una obligación de pago irreversible (ocurre cuando se ha satisfecho la contraprestación con la recepción de bienes y servicios; o se han cumplido los respectivos recaudos administrativos en el caso de gastos sin contraprestación, como por

ejemplo, un subsidio).

-Económicamente, en una modificación patrimonial que puede ser permutativa o modificativa. Siempre se debe tener en cuenta, por una parte, que el sistema de contabilidad tiene por objeto la registración de las transacciones que produzcan y afecten la situación económico financiera de las jurisdicciones y entidades, y por otra parte, que por aplicación de la Teoría de los Sistemas esta variación que registra el Sistema de Contabilidad está mostrando la interrelación con los otros sistemas. Esto no sucede en la etapa del compromiso, donde la registración únicamente es a nivel de cada organismo en forma interna, es decir que esa información no alimenta al sistema en general evitando de este modo simultaneidad de registraciones que no favorecerían la claridad de la información.

-*Liquidación*: la erogación que fue calculada a los efectos del compromiso y del devengamiento se hace concreta y fija mediante la liquidación, es decir, se constituye en “deuda líquida”. En muchos casos, la liquidación ya existe con anterioridad, pero en otros, el importe exacto solo es posible determinar con posterioridad, una vez cumplidas las prestaciones o realizados los servicios.

Este paso es condición previa del inmediato siguiente, que es el libramiento y su importancia es reconocida en el Decreto N° 1.344/2007 que, al reglamentar el Artículo 31 de la Ley N° 24.156, dispone que el devengamiento del gasto conlleva la liquidación del mismo y la simultánea emisión de la respectiva orden de pago dentro de los tres (3) días hábiles de haberse recibido de conformidad los bienes o servicios contratados o de haberse cumplido los requisitos cuando se trata de gastos sin contraprestación.

-*Libramiento*: es el nombre que se le atribuye a la orden o mandato de pago, para que la Tesorería General haga efectivas las erogaciones comprometidas, devengadas y liquidadas.

-*Pago*: es el acto final del proceso y marca la separación destacada por la doctrina francesa entre “administradores” y “contables”, en razón de cumplirse por una autoridad distinta de aquella que dispuso el pago. El pago no es únicamente la operación material de entrega del dinero, sino también una operación jurídica, ya que el tesorero controla la regularidad jurídica del libramiento,



que compromete su responsabilidad.

El ejercicio financiero comienza el 1° de enero y finaliza el 31 de diciembre de cada año. Luego de la fecha de cierre, no se puede asumir ningún compromiso, ni devengarse ningún gasto con cargo al presupuesto cerrado.

Los gastos que se hubieran devengado hasta el 31 de diciembre y que no se hubieran pagado a tal fecha se cancelan durante el ejercicio siguiente pero se imputarán al presupuesto correspondiente del ejercicio en el cual se hubieran originado.

Por el contrario, aquellos gastos que al cierre de cuentas solo estuvieran comprometidos, se afectan automáticamente al ejercicio siguiente. No obstante, la cuota de compromiso correspondiente al último trimestre del año cae y debe volverse a determinar una cuota de compromiso para el primer trimestre del ejercicio siguiente a efectos de poder hacer frente a aquellos gastos comprometidos.

Al momento del cierre del ejercicio, se debe reunir toda la información proveniente de los entes encargados de la recaudación y se procede al cierre del presupuesto de recursos. Se opera de igual modo respecto de los gastos. Esto permite tener un resultado de tipo presupuestario (otros resultados son los económicos o los financieros). La característica del resultado presupuestario es que toma en cuenta los recursos efectivamente ingresados menos los gastos —que los toma con el criterio del devengado— y de esta operación surge el resultado.

Los compromisos no devengados se cargan al ejercicio siguiente, lo mandado a pagar que no fue pagado se carga al ejercicio cerrado y se fijan los gastos en base a los recursos proyectados. Para hacer que estos conceptos se



El Artículo 37 de la Ley de Administración Financiera faculta al Poder Ejecutivo a efectuar modificaciones presupuestarias siempre que no implique una modificación total o un cambio en el destino de los recursos, es decir que no podrá en ningún caso establecer reglamentariamente la disposición de fondos de recursos de capital para atender gastos corrientes, aunque sí se aceptaba a la inversa.

A partir de 2002, esta situación se modificó con el dictado

Cierre de cuentas

mantengan en estrecha relación, se estableció el concepto de cuota financiera, lo que significa que trimestralmente se fija una cuota de compromisos que se puede atender y una cuota mensual de devengado que se puede atender.

Esa cuota no es otra cosa que el presupuesto de caja que elabora la Tesorería General de la Nación con la Oficina Nacional de Presupuesto, de este modo el gasto acompaña al recurso y no a la inversa. Por su parte, los gastos devengados pero no pagados se deben cargar al ejercicio cerrado porque ya tenía la cuota asignada, y deberá ser pagado con las disponibilidades existentes al cierre. Si no se puede pagar es necesario aclarar que, desde el punto de vista contable, ya está ejecutado el presupuesto y será un problema de Tesorería si faltan los fondos.

Toda esta información, junto con el informe que prepara la Oficina Nacional de Presupuesto respecto de los gastos realizados y los bienes y servicios producidos, es centralizada por la Contaduría General de la Nación que elaborará la Cuenta de Inversión del ejercicio, que el Poder Ejecutivo de la Nación remite anualmente al Congreso para su tratamiento.

El Artículo 44 de la Ley de Administración Financiera establece que la Oficina Nacional de Presupuesto realiza una evaluación de la ejecución presupuestaria, tanto periódicamente (durante el ejercicio) así como al final del mismo. Ello permite demostrar los resultados físicos y financieros que se hubieran logrado de acuerdo a lo que se había planificado.

Con esto finaliza el proceso presupuestario dando comienzo a la etapa del control en relación a la inversión de las rentas públicas que en ejercicio de las facultades constitucionales le corresponde al mismo órgano que autorizó el gasto, el Congreso Nacional, al “aprobar o desechar la cuenta de inversión”.

Modificaciones presupuestarias

de Decretos de Necesidad y Urgencia que facultaban al Jefe de Gabinete a disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del total aprobado por cada ley de presupuesto.

Cesada la situación de emergencia, se modificó este polémico Artículo 37 a través del dictado de la Ley N° 26.124, reforma que muchos críticos consideraron inconstitucional por violar la división de poderes establecida en la Constitución Nacional, y que algunos denominaron la “ley de superpoderes”. Este artículo quedó enunciado: “El

Jefe de Gabinete de Ministros puede disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del total aprobado por cada ley de presupuesto, quedando comprendidas las modificaciones que involucren a gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de las finalidades. A tales fines, exceptúase al Jefe de Gabinete de Ministros de lo establecido en el Artículo 15 de la Ley N° 25.917. El incremento de las partidas que refieran gastos reservados y de inteligencia solo podrá disponerse por el Congreso de la Nación”.

Es decir que durante el ejercicio presupuestario puede presentarse la necesidad de modificar el presupuesto aprobado. Dichas modificaciones pueden implicar aumentos, disminuciones o reasignaciones de los créditos y de los recursos presupuestarios.

Estas modificaciones presupuestarias son variaciones que experimentan los créditos presupuestarios originalmente aprobados, de acuerdo a las normas legales vigentes, y se originan por varios motivos, entre los cuales pueden mencionarse:

- Sobreestimaciones o subestimaciones de dichos créditos.
- Incorporación, reducción o eliminación de categorías programáticas.
- Cambios no previstos en la proyección de los ingresos.

El régimen de modificaciones presupuestarias tiene su fundamento en el principio presupuestario de *flexibilidad*. La aplicación de este principio conduce a que el presupuesto no adolezca de rigideces que le impidan constituirse en un eficaz instrumento de administración, de gobierno y de programación.

Para lograr esta condición en la ejecución del presupuesto, es necesario remover los factores que obstaculizan una fluida concreción de esta etapa presupuestaria, dotando a los niveles administrativos participantes del poder suficiente para modificar los medios en provecho de los fines prioritarios del Estado.

La flexibilidad tiende al cumplimiento de los objetivos del Estado, para lo cual deben posibilitarse las modificaciones presupuestarias que sean necesarias para su consecución.

De acuerdo con la naturaleza de la modificación, se requiere un nivel de autorización y aprobación específicamente delegado. Esa delegación está básicamente determinada por su impacto en el ordenamiento presupuestario en función del clasificador (por ejemplo, Finalidad, Económico, Fuente de Financiamiento, Institucional, etc.), y se encuentra prevista de la siguiente manera:

- Modificaciones reservadas al Congreso Nacional.
- Modificaciones que requieren el dictado de un Decreto del Poder Ejecutivo Nacional o bien de una Decisión Administrativa del Jefe de Gabinete de Ministros.
- Modificaciones delegadas en el Órgano Coordinador de la Administración Financiera.
- Modificaciones delegadas en los Órganos Periféricos, y en función de la naturaleza del ajuste son aprobadas por el Ministro respectivo, Secretario, Titular de Organismo Descentralizado o bien por el responsable de una Unidad Ejecutora de Programa.

Toda solicitud de modificaciones presupuestarias que se tramite de acuerdo con los niveles de aprobación comentados precedentemente debe acompañarse con la información que justifique dicha solicitud, en forma razonada, según las causas de la misma, con detalles tales como:

- Grado de afectación de los objetivos y de modificaciones de las acciones previstas inicialmente.
- Debe expresar si se trata de modificaciones para realizar nuevas acciones y su vinculación con las políticas gubernamentales.
- Cualificación de la incidencia financiera que origina la modificación en ejercicios futuros.
- Base de cálculo empleada.
- Debe expresar, si es el caso, el grado de afectación que la modificación presupuestaria causa en la programación de la ejecución física y financiera del presupuesto previamente aprobada.
- Cualquier información adicional que se estime conveniente para una mejor justificación de la modificación presupuestaria que se tramita.

Una vez aprobada la modificación presupuestaria, previo análisis de los órganos competentes, se incorpora al presupuesto vigente.



Algunas consideraciones del mecanismo de las modificaciones presupuestarias

Un tema a destacar es el de la delegación de facultades para la aprobación de modificaciones presupuestarias. En los últimos años, ha tenido lugar un proceso de delegación de facultades importante en el Poder Ejecutivo Nacional en materia presupuestaria. Ello como consecuencia de la necesidad de dar respuestas inminentes a requerimientos y demandas de los organismos de la Administración pública nacional.

En relación a esto, se han incorporado atribuciones explícitas al Jefe de Gabinete de Ministros para modificar el presupuesto.

Asimismo, el Poder Ejecutivo ha dictado Decretos de Necesidad y Urgencia dado que las circunstancias imperantes no han permitido seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes.

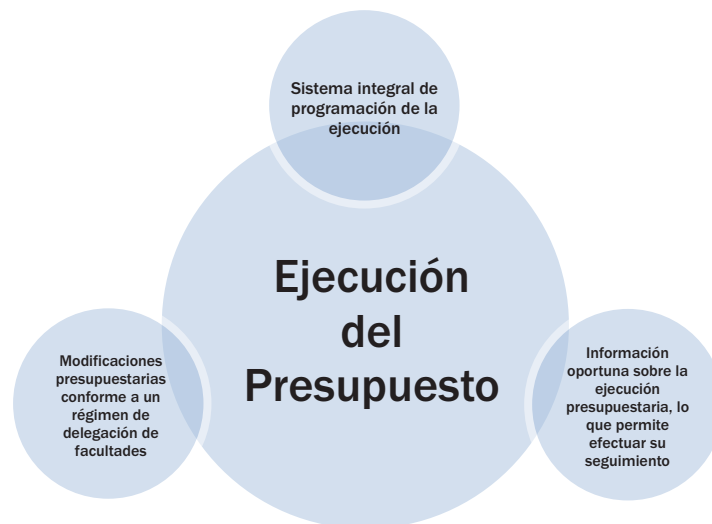
Otra cuestión relevante se relaciona con la excesiva cantidad de modificaciones presupuestarias que se tramitan

durante un ejercicio presupuestario. Ello se produce, entre varias cuestiones, por las limitaciones que presenta la programación presupuestaria. El presupuesto se ajusta no tanto como consecuencia de un cambio en la política jurisdiccional, sino para cubrir las insuficiencias que el trabajo cotidiano genera.

Por otro lado, hay cierta debilidad en las jurisdicciones y entidades para consolidar las necesidades de programas y así reducir el número de modificaciones presupuestarias.

No obstante las consideraciones vertidas precedentemente, el instrumento de las modificaciones presupuestarias resulta útil, en la medida que permite hacer cambios en las asignaciones en función de las necesidades de ejecución de los organismos, reflejando nuevas prioridades y cambios en el entorno.

En resumen, podemos concluir que la Ejecución del Presupuesto dispone de:



Responsable:

Dra. Cecilia Bertolé

Coordinadora:

Dra. Gabriela C. Taberero

EL MECANISMO DE SEGUIMIENTO DE LA CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION

La Convención Interamericana contra la Corrupción fue adoptada en la Ciudad de Caracas, Venezuela, en 1996 y entró en vigencia en 1997, con la finalidad de prevenir y combatir la corrupción en el continente americano; no estableció dentro de sus disposiciones un mecanismo de control o monitoreo que impulsara el seguimiento y eficaz funcionamiento de la misma.

Dos años después se logró suscribir el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la CICC (MESICIC), “instaurado como instrumento efectivo de cara a medir y determinar el nivel de compromiso de cada Estado parte respecto al articulado establecido en este marco jurídico internacional”¹.

En el desarrollo de la tercera cumbre de las Américas, realizada en Quebec (Canadá, en el año 2001), los Estados manifestaron su compromiso en fortalecer la lucha contra la corrupción y establecer un mecanismo de seguimiento para la implementación de la Convención Interamericana, en virtud de la recomendación del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos.

El 4 de junio del año 2001, en el marco de la XXXI reunión de la Asamblea General de la OEA, en la Ciudad de San José de Costa Rica, la Conferencia de los Estados Partes elaboró un documento denominado “Documento

de Buenos Aires” para el establecimiento del mecanismo de seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

La aplicación del mecanismo de seguimiento se basa en el respeto de los principios de soberanía, no intervención e igualdad jurídica entre los Estados. Contando con las características de imparcialidad y objetividad.

El mecanismo se encuentra formado por dos órganos, a saber: “**A) La Conferencia de los Estados Parte:** Esta Conferencia es integrada por representantes de los Estados miembros y se constituye en la autoridad responsable de instrumentar el mecanismo, y **B) El Comité de Expertos:** Este Comité se integra por servidores públicos con amplios conocimientos en materia de combate a la corrupción designados por cada Estado Parte, cuya responsabilidad radica en analizar técnicamente la implementación de las disposiciones de la Convención”².

El MESICIC desarrolla, entre otras actividades, un proceso de evaluación recíproca entre los Estados que lo integran, en el marco de “rondas” sucesivas en las cuales se analiza cómo los Estados están implementando las disposiciones de la Convención seleccionadas para cada ronda.

Actualmente se encuentra en pleno proceso de desarrollo la cuarta ronda de análisis.

¹“Mecanismo de Seguimiento a la Convención Interamericana contra la Corrupción” (MESICIC). “Informe de respuestas de la Sociedad Civil de Nicaragua” al cuestionario de la 3ª Ronda de Evaluación Grupo Cívico Ética y Transparencia.

²Moisés Herrera Solís, “Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción”, p. 6.



En el mes de octubre del año 2012 tuvo lugar, entre los días 16 y 18, la primera visita *in situ* del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción en nuestro país.

Las visitas *in situ* son un mecanismo innovador cuyo propósito es contar con información objetiva y completa de los Estados y conocer, de primera mano, sus buenas prácticas y eventuales dificultades para implementar la Convención y en ellas participan los miembros del respectivo subgrupo de análisis y la Secretaría Técnica del MESICIC³.

La incorporación de las visitas *in situ* fue acordada por el Comité de Expertos del MESICIC en marzo del año 2011 en la Decimoctava Reunión en cumplimiento de una de las recomendaciones que le hiciera la Conferencia de los Estados Parte de dicho mecanismo durante su tercer encuentro en diciembre de 2010 en Brasilia⁴.

Estas visitas forman parte del proceso de análisis del mecanismo, con los propósitos, entre otros, de propiciar que el mecanismo cuente con información objetiva y completa, posibilitar el conocimiento de eventuales dificultades para la implementación de la Convención, facilitar la obtención de información relacionada con buenas prácticas y brindar al Estado la oportunidad de beneficiarse o solicitar asistencia técnica.

MESICIC en Argentina

La delegación que visitó nuestro país estuvo integrada por especialistas de Guatemala y Suriname, y miembros de la Secretaría Técnica de la OEA. Se trata de la primera ronda de evaluación que incorpora la presencia *in situ* en los países que suscribieron la Convención.

Durante la visita tuvieron lugar una serie de reuniones con funcionarios de la Oficina Anticorrupción, de la Procuradora General de la Nación, del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, en representación del Estado argentino, con integrantes del Poder Judicial, del Consejo de la Magistratura, de la Auditoría General de la Nación, de la Sindicatura General de la Nación, de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, del Congreso de la Nación e integrantes de la sociedad civil, asociaciones profesionales e instituciones académicas.

En el marco de la visita se recabó información sobre la implementación en Argentina de la Convención Interamericana contra la Corrupción en lo relativo a los órganos de control superior y sobre el grado de cumplimiento de las recomendaciones que le fueron formuladas por el MESICIC a Argentina en la Primera Ronda de Análisis, atinentes, entre otras, a la prevención de conflictos de intereses, la preservación de recursos públicos, los sistemas de declaración patrimonial, la participación de la sociedad civil y el acceso a la información pública.

La información así obtenida se incorporará al Informe que el Comité de Expertos del MESICIC adoptará en relación con la Argentina en su próxima reunión plenaria, que tendrá lugar en la sede de la OEA en Washington en marzo de 2013⁵.

 ³ http://www.oas.org/juridico/newsletter/nl_sp_91.htm

 ⁴ http://www.oas.org/juridico/newsletter/nl_sp_58.htm

⁵ www.oas.org/juridico/newsletter/nl_sp.htm



¿RECURSO DE APELACIÓN O DE CASACIÓN?

María Andrea Garmendia Orueta

Sabido es que el Artículo 432 del Código Procesal Penal de la Nación establece como regla general que las resoluciones judiciales son recurribles solo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley, y delimita quién puede recurrir. Se complementa con el Artículo 438 CPP, que dispone que deberán ser interpuestos, bajo pena de inadmisibilidad, en las condiciones de tiempo y forma que se determinan, con específica indicación de los motivos en que se basen.

De esta manera, la inadmisibilidad funciona como una sanción procesal, aunque como tal, al momento de evaluar su configuración debe serlo con carácter restrictivo, conforme las pautas generales establecidas en el Artículo 2° del mismo cuerpo normativo.

De las causales de inadmisibilidad señaladas, habré de centrarme en lo que hace a la fundamentación, o efectiva individualización de los agravios en los que debe basarse el recurrente para interponer un recurso de apelación.

¿Qué se necesita fundamentar para que proceda una apelación?

La expresión de los motivos consiste en el desarrollo de aquellos puntos en los que el recurrente se considera agraviado por la injusticia o desacierto de la resolución que pone así en crisis. En razón de ello es que cuando a juicio de la Juez de Primera Instancia hay ausencia de la concreta indicación de los motivos, resuelve rechazar el recurso en cuestión, o bien, llegado a conocimiento de la Alzada, ésta adopta el criterio de declarar mal concedido el recurso.

Es cuantiosa la jurisprudencia que en este sentido encontramos procedente de las Sala I y II de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Capital Federal. (Cfr. C. N° 45.537 rta. el 13-4-2011, C. N° 45.852 rta. 5-7-2011; C. N° 47.019 rta. el 24-5-2012, C. N° 47.009 rta. el 24-5-2012, entre otros).

Los argumentos habitualmente utilizados al efecto han sido: “[...] debe indicarse cuáles son los motivos de agravio que la resolución genera como exigencia que no solo hace al juicio de admisibilidad, esto es, que el recurso sea interpuesto por quien resulta afectado, sino que también se encarga de limitar la competencia del Tribunal [...] esos mismos puntos de agravio, así como su ulterior desarrollo ya en la propia instancia recursiva, suponen la exhibición de la senda que debe transitarse como preludio de la decisión que se estipula justa; en ellos se cristaliza cuál es el pronunciamiento que se procura obtener del Superior como cabal respuesta ante la controversia. De ahí, pues, la previsión contemplada en el Artículo 450 del

Código Procesal Penal de la Nación”. “[...] Observamos que el recurrente, pese a apelar a formulaciones que la lógica habitualmente enlaza con estas vías impugnativas, lejos estuvo de dar cumplimiento con ese requisito de motivación que la ley exige bajo pena de inadmisibilidad”.

“Solo una crítica concreta y razonada de las partes del fallo recurrido, a través de la individualización detallada de los desaciertos, omisiones y demás deficiencias que pudiera reprocharse al pronunciamiento recurrido, así como la refutación de las conclusiones de hecho, prueba y derecho en que se fundó el juez de instrucción, constituye un genuino recurso de apelación [...] nada de ello puede tenerse por cumplido en el particular [...]”.

Y como conclusión argumentan: “[...] si se considera que el recurso es formalmente improcedente y ha sido mal concedido podrá desecharse *sin que medie pronunciamiento sobre el fondo* en cualquier momento, ya sea antes o después de la audiencia para informar o al tiempo de dictar sentencia” (el destacado me pertenece), citando luego jurisprudencia de las Salas II y III de la CNCP.

Sin embargo, en algunas oportunidades, conviene ahondar en el caso en particular, pues el análisis de admisibilidad que realiza la Alzada puede llegar a tildarse de arbitrario por exigirle al recurso de apelación requisitos propios del recurso de casación. Veamos de qué se trata.

En un caso “x” nos encontramos con que luego de que el Fiscal de Primera Instancia transcribiera los argumentos en los cuales se basa el “a quo” para sobreseer al imputado, señala que “no comparte el criterio sustentado por V.S. por creerlo prematuro por las consideraciones de hecho y de derecho que expondré a continuación [...]” y así el Fiscal luego enumera sus fundamentos, esencialmente orientados a ausencia de producción de prueba, lo que le sirve para sostener que la resolución de sobreseimiento es prematura.

Sin embargo, esta presentación para los Sres. Camaristas integrantes de la Sala I no cumplió con el requisito de “motivación del recurso” exigido por el Artículo 438 del CPP.

Aquí radica la arbitrariedad a la que se venía haciendo referencia. Ello por cuanto el Sr. Fiscal acompañó una apelación contra un auto de sobreseimiento, señalando que la prueba en la que se basó el Sr. Juez para arribar a dicho pronunciamiento resultaba prematura, y detallando a continuación cuáles han quedado pendientes de producción, al menos hasta ese momento de la investigación. Todas estas medidas guardan relación con


el objeto procesal, así lo reconocen los propios Camaristas cuando señalan: “[...] pese a deslizarse una crítica ajustada al objeto de la causa [...]”.

Lo que sucede aquí es que a la obligación que contiene el Artículo 438 aludido, se le ha agregado *arbitrariamente* la exigencia de que la motivación del recurso contenga además “argumentos con capacidad para demostrar, a este Tribunal, el desacierto de la resolución emitida y la conveniencia de proceder a su revocatoria”. Pero esto ya no forma parte del juicio de admisibilidad del recurso, sino en todo caso de la valoración de los elementos de prueba y la crítica razonada de ellos para confirmar o revocar la resolución que mediante apelación tuviera puesta en crisis ante la Alzada.

Otro aspecto que puede señalarse es que si la Alzada, para fundamentar un pronunciamiento de estas características, analiza prueba propiciada por el recurrente, también puede ser cuestionada señalando que de dicha manera no se está cumpliendo con los preceptos contenidos en el Artículo 444, segundo párrafo del CPP, que establece: “[...] si el recurso hubiere sido concedido erróneamente el tribunal de alzada deberá declararlo así, sin pronunciarse sobre el fondo”.

Mejor revisar si es aplicable la jurisprudencia que nos citan.

Es más, las citas de jurisprudencia emanada de la Cámara Nacional de Casación Penal que también se habían señalado en dicho caso, tampoco resultaban aplicables, puesto que: 1) En causa “Lupidat Lardizabal” se declaró mal concedido el recurso de casación interpuesto por el Sr. Fiscal Federal, toda vez que el impugnante no había invocado alguna de las causales previstas por la ley procesal (Art. 456, incs. 1 y 2 del CPPN), ni señalado el motivo concreto del agravio o aludido a la inobservancia de alguna de las normas que el mencionado Código establece bajo pena de admisibilidad, caducidad o nulidad. Y a su vez, el intento de ampliación requerido por el Sr. Fiscal ya ante dicha Cámara de Casación había sido introducido en la oportunidad prevista por el Artículo 466 del Código de Forma y no había sido motivo expreso de agravio en el recurso de casación. 2) En la causa “Rojas Condori”, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró formalmente inadmisibles los recursos de las defensas que se basaban en la falta de fundamentación de la decisión del Juez de ordenar intervenciones telefónicas, recaudos que para los integrantes de la Sala II

 Este análisis, a su vez, puede ser reforzado si nos tomamos el trabajo de localizar y analizar cada una de las citas jurisprudenciales que se detallan en el resolutorio. En el caso en particular que hemos venido analizando nos encontramos en aquella oportunidad que en la cita del caso “Morasso” y “Millán” se había declarado mal concedido el recurso de apelación deducido por el pretense querellante, y en el segundo, del recurso de queja planteado también por un pretense querellante, pero sin volcar desarrollo alguno sobre el fondo del asunto, y es más, aludiendo a que no resultaba suficiente para motivar el recurso de apelación la sola mención a que el recurso fue deducido en tiempo oportuno, o por quien se hallaba legitimado para ello o que se cumpliera con los recaudos formales que impone la ley.

Así también en otra cita jurisprudencial, que es la Causa N° 41.202, “Banco República”, en donde hubo ausencia del informe previsto en el Artículo 454 CPPN, pero por sobre todas las cosas, no se declaró mal concedido el recurso, sino que se confirmó el sobreseimiento que había sido materia de apelación.

se encontraban cumplidos, y en los restantes planteos de las defensas orientados a provocar un reexamen del material probatorio que resultaba de imposible concreción mediante la impugnación deducida. 3) En el precedente “Fontanes, Amalia Rosa”, de la Sala III, sobre tres puntos de agravio de la defensa de Amalia Fontanes, por los dos primeros rechazan el recurso de casación interpuesto, y sobre el tercero, basado en que la imputada carecía de la calidad requerida para ser autor del delito por el que fue condenada por el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 1, esto es autora del delito de libramiento de cheques y posterior contraorden de pago fuera de los casos en que la ley autoriza a hacerlo, es que declaran el recurso mal concedido, por considerar que “[...] estas circunstancias han sido objeto de análisis y decisión por el

tribunal oral, a la luz de las probanzas colectadas, por lo tanto, examinar cuestiones de hecho y prueba sería incursionar en extremos vedados en esta instancia casatoria, salvo la existencia de arbitrariedad o absurdo, que en el caso no se aprecian”.

Como se observa son todos antecedentes de casos donde se analiza la viabilidad del recurso en los términos de una casación, y no de apelación, por lo que el pedido de reexamen de la prueba valorada por el Tribunal de juicio no es admisible –salvo arbitrariedad–, a diferencia de lo que sucede con una apelación de un sobreseimiento como sucedía en el caso que veníamos analizando.

Queda así esperar lo que la Cámara Nacional de Casación Penal resuelva sobre este tipo de planteos, que al día de la fecha se encuentran pendientes. 

Responsable:
Dra. Melania Alonso

ANUNCIOS INSTITUCIONALES

“La gente y sus derechos”

A partir del mes de febrero comenzaron las nuevas emisiones del programa radial “La gente y sus derechos”, conducido por la Dra. Miriam M. Ivanega –presidente del Centro de Estudios sobre Gestión Pública y Responsabilidad–, por FM Aprender (106.1 Mhz; www.fmaprender.com.ar).

El programa tendrá lugar todos los miércoles a partir de las 19.00 y cuenta con invitados especialmente elegidos para abordar diferentes temáticas que nos ocupan como ciudadanos.

El formato permite además responder a todas las inquietudes y consultas de los oyentes, las cuales pueden hacerse llegar a través de la página web o vía telefónica al 011-4305-1501.

Nueva página web del Centro de Estudios sobre Gestión Pública y Responsabilidad-CGPYR

El centro de Estudios está a la fecha trabajando en un nuevo diseño del sitio www.gestion-publica.org.ar con el fin de incrementar la información, facilitar la búsqueda de los contenidos disponibles, entre otras mejoras pensadas para desarrollar una herramienta que resulte de suma utilidad para la labor profesional y académica de sus lectores.

PRÓXIMAS ACTIVIDADES ACADÉMICAS EN ARGENTINA Y EL EXTERIOR

Jornada de Derecho Tributario: “Temas problemáticos del procedimiento fiscal”

Organizada por el Departamento de Derecho Empresarial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fecha: martes 16 de abril de 2013 a las 16.00. Lugar de realización: Salón Azul, Facultad de Derecho. Entrada libre y gratuita. Vacantes limitadas. Informes e inscripción: Av. Figueroa Alcorta 2263, 1º piso / Teléfono: 4809-5618 / E-mail: deconomi@derecho.uba.ar.

Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo de la Universidad Austral: “Contratos Públicos: entre la regulación económica y los derechos humanos”

Organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Fecha: 15, 16 y 17 de mayo de 2013. Lugar de realización: sede de la Facultad, Juan de Garay 125, CABA. Informes e inscripción: (+54) (11) 5921-8080-8090-8000/ E-mail: informesfd@ius.austral.edu.ar / <http://www.austral.edu.ar/fd/actividad/jornadas-de-derecho-administrativo>.

**V Congreso Internacional de Derecho Administrativo:
“Actualidad del contencioso administrativo y otros
mecanismos de control jurisdiccional del poder público”**

Organizado, entre otras instituciones, por el Centro de Adiestramiento Jurídico de Venezuela (CAJO) y la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA). Fecha: desde el 6 al 8 de junio de 2013. Lugar de realización: Isla de Margarita, Venezuela. Informes e inscripción: <http://www.cajo.com.ve/evento.php?ide=11>.

**“49° Conferencia de la Fundación
Interamericana de Abogados”**

Organizada por la Fundación Interamericana de Abogadas. Fecha: del 20 al 24 de junio de 2013. Lugar de realización: Asunción, Paraguay. Vacantes limitadas. Informes e inscripción: 595-21-490-608-595-21-227808/E-mail: presidencia@conferenciafia.com/secretaria@conferenciafia.com/inscripciones@conferenciafia.com/www.conferenciafia.com.

**XVIII Congreso Internacional del Centro
Latinoamericano de Administración para el Desarrollo
sobre la Reforma del Estado y de la
Administración Pública**

Organizado por el CLAD. Fecha: del 29 de octubre al 1° de noviembre de 2013. Lugar de realización: Montevideo, Uruguay. Informes e inscripción: Tel (58-212) 2709211 / Fax: (58-212) 2709214 / Mail: clad@clad.org www.clad.org.

ESTUDIOS DE POSGRADO

ARGENTINA
**Carrera de Especialización en Administración del
Mercado Eléctrico**

Organizada por el Instituto Tecnológico de Buenos Aires (ITBA). Fecha de inicio: abril 2013. Para más información dirigirse a: mcferran@itba.edu.ar / www.itba.edu.ar o al teléfono (011) 6393-4840.

MÉXICO
**“Diplomado en Ampliación y Profundización de
Conocimientos en materia de
Derecho Administrativo”**

Organizado por la Universidad Nacional de México, Programa de Educación a Distancia. Período de cursada: del 19 de marzo al 27 de septiembre de 2013, con una duración de 240 horas. Para más información dirigirse a: <http://www.derecho.unam.mx/oferta-educativa/licenciatura/distancia>.

ESPAÑA
**Máster Internacional en Administración Marítima y
Portuaria (Edición 2013/15 on line)**

Organizado por la Escuela de Negocios de las Islas Canarias (ENIC) de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP). Dirigido a Titulados Universitarios y/o Profesionales con experiencia. Para más información dirigirse a: <http://mastermaritimo.com/> <http://www.facebook.com/mastermaritimo/mastermaritimo@enic.edu.es>.

**Tercera Edición de los Cursos de Posgrado en Derecho
de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona**

Organizados por el Departamento de Derecho de la Universidad. Fecha de cursada: desde el 19 de junio al 5 de julio de 2013. Oferta: Curso 1) *La garantía*

internacional de los Derechos Humanos y su proyección en los Estados / Curso 2) Poder Judicial y democracia.

Para más información dirigirse a:

Teléfono: (34)935422998/Fax. (34)935421719/
<http://www.upf.edu/dret/es/cursos/postgrau.html>.

Curso sobre “Derecho e Instituciones de la Unión Europea”

Organizado por la Escuela Complutense de Verano 2013 de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Fecha de cursada: del 8 al 26 de julio de 2013. Plazo de matrícula: del 5 de febrero al 7 de junio de 2013. Para más información dirigirse a: http://www.ucm.es/info/fgu/formacion/escuela_verano/index.php. Información de interés: para la realización del curso, la Universidad brinda becas de alojamiento y pensión completa a postulantes extranjero. (Plazo de solicitud: desde el 5 de febrero hasta el 5 de marzo de 2013).

VIRTUAL Carrera de Especialización en Gobierno y Desarrollo Local

Organizada por la Unión Iberoamericana de Municipalistas. Inscripciones: hasta el 1º de abril del corriente. Fecha de cursada: Desde el 8 de abril hasta el 3 de noviembre de 2013 (210 horas). Para más información dirigirse a: <http://www.pga.uimunicipalistas.org/catalogo/11>.

INFORMACIÓN DE BECAS

ESTADOS UNIDOS Fullbright

Se encuentra abierta la inscripción para aplicar a las becas Fulbright para realizar Máster y Doctorado en Estados Unidos durante el ciclo lectivo 2014. La fecha límite de inscripción es mediados del mes de abril de 2013. Para más información: <http://fulbright.edu.ar>.

FRANCIA École Nationale D'Administration

Para participar del “Ciclo Internacional de Perfeccionamiento” de 8 meses de duración, destinado a funcionarios o agentes públicos universitarios con excelente dominio del idioma francés. Fecha límite de postulación: 9 de marzo de 2013. Fecha de los exámenes oral y escrito: 18 de marzo de 2013. Más información: www.ena.fr y Embajada de Francia - Servicio de Cooperación y Acción Cultural, Basavilbaso 1253, Buenos Aires. Tel. (54 11) 4515-6910.