

tísimas contribuciones al campo jurídico a que ha dedicado sus mayores esfuerzos. Su tarea en la Comisión de Carrera Docente y en la Asociación Sindical de Profesores y Funcionarios Universitarios señalan su deseo de cumplir con la tarea universitaria en todos los aspectos.

Don Guillermo Padilla ha sido abogado, diplomático, funcionario público nacional e internacional y persona vinculada a una gama enorme de actividades. Pero, para nosotros, fundamentalmente habrá de ser siempre el profesor de Derecho Penal, el maestro rodeado del amor de sus discípulos, el superior y compañero amable, preocupado por los problemas de la juventud y deseoso de servirla. Representará también el hombre que, con la fructífera labor realizada como profesor de tiempo completo, después de un largo servicio como profesor horario, señala la necesidad de que todo el personal académico universitario alcance esa situación y pueda servir mejor la enseñanza e investigación de las disciplinas científicas que se le han encomendado y por medio de ellas, a toda la comunidad costarricense. Por todas esas cosas, este es nuestro homenaje.

## LOS INGRESOS DE LOS ENTES PÚBLICOS MENORES Y LA RESERVA DE LA LEY (\*)

PROF. MASSIMO SEVERO GIANNINI  
Ordinario de la Universidad de Roma  
(traduce: Walter Antillón)

1. Desde 1951 la doctrina y la jurisprudencia han comenzado a ocuparse de los aspectos constitucionales de la finanza de los entes públicos menores, surgiendo controversias entre poderes públicos y sujetos privados acerca de la validez constitucional de ciertas normas, o también sobre la legitimidad de actos no normativos, por efecto de los cuales los primeros pretendían de los segundos el pago de determinadas sumas de dinero. Las más importantes entre estas controversias han versado sobre: los tributos a favor de los entes provinciales de turismo, las "contribuciones" al Ente Nacional de la Celulosa y el Papel, los "derechos" del Ente para el Arroz, los pagos de utilidad para bombas de metano al Ente del Metano y después al Ente Nacional de Hidrocarburos, los "sobrepresos" termoelectrónicos, los "sobrecánones" a favor de los Municipios comprendidos en las cuencas fluviales; de modo indirecto y accidental se ha discutido también sobre las "contribuciones" agrícolas unificadas, sobre los ingresos de las casas de juego, de los "derechos" de pegar anuncios, de los "derechos" por ocupar áreas públicas, del impuesto municipal sobre los consumos, sobre el ganado, y del sobreimpuesto municipal territorial; y ya se anuncian otras controversias sobre otros temas similares.<sup>(1)</sup>

(\*) Publicado originalmente en "Rivista di Diritto finanziario e Scienza delle finanze", Año XVI, N. 1, Parte I.

(1) Sobre los problemas generales véase: TREVES, "Regolamenti in deroga alla legge", en la revista *Giurisprudenza Italiana*, 1953, 1, 2, 11; M. S. GIANNINI, "Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali", en la revista "Foro Italiano", 1953, III, 9; G. GUARINO, "Legge e regolamento", en *Foro It.*, 1953, I, 118; Idem, "Sul carattere discrezionale dei regolamenti", *Foro It.*, 1953, I, 536; A. M. SANDULLI, "Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo", *Foro It.*, 1954, IV, 217.

Una meritoria y completa reseña de los problemas aquí tocados, en ZINGALI, *Il concetto di tributo nella più recente elaborazione giurisprudenziale* en la revista "Archivio finanziario", 1956, 220, quien con ocasión de este trabajo reafirmó sus tesis sobre la materia. Sucesivamente véase F. FORTE, "Note sulla nozione di tributo nell'ordinamento finanziario italiano e sul significato dell'art. 23 della Costituzione", en "Rivista dir. finanziario e scienza delle finanze", 1956, I, 248. Ambos estudiosos se colocan desde un ángulo visual muy especializado, utilizando poco la literatura de Derecho constitucional y administrativo.

La decisión jurisdiccional que existía al respecto era aquella relativa a la controversia sobre los productos del Ente de la Celulosa; en la práctica forense llegó a ser casi un punto de referencia, de modo que debe exponerse brevemente su contenido.

El Ente de la Celulosa gozaba de varios ingresos entre los cuales había una "contribución" a cargo de los productores de fibras textiles artificiales, una "contribución" a cargo de los productores e importadores de papel y cartón, una "contribución" por cada quintal de celulosa producida o importada. El monto de estas "contribuciones" fue fijado con normas de ley (n. 868 de 13 de junio de 1940); otras normas de la misma ley atribuyeron además a los Ministros de Industria (entonces Ministro de las Corporaciones) y de Finanzas el poder de regular las modalidades de aplicación y recaudación y, sobre todo, de modificar las tarifas (alícuotas). Ocurrió que habiendo modificado ambos ministros la tarifa de las contribuciones, aumentándola uno en una medida más bien considerable, se levantaron las empresas de papel alegando en diferentes sentidos pero sobre todo sosteniendo que los miembros habían perdido el poder que les había conferido las leyes de 1940, tratándose de un poder normativo y no reconociendo ya la Constitución Republicana los reglamentos ministeriales; y que de todos modos el poder ya no habría podido ser ejercitado, en cuanto según el Art. 23 Constitucional, existía una reserva de ley relativa a toda la imposición y, por ende, no se podía proveer en materia de tributos mediante actos diversos a la ley.

El pronunciamiento de la Corte de Casación (Secciones Unidas, N<sup>o</sup> 2465 de 14 de julio de 1954) <sup>(2)</sup> a que aludimos, rechazó el primer argumento y acogió el segundo. Reconoció existentes en nuestro sistema positivo los reglamentos ministeriales, pero estimó que las providencias ministeriales —reglamentos o no— no podían superar ciertos límites indicados, como los señalados en el Art. 23 Constitucional. Resulta difícil en verdad usar expresiones menos genéricas, porque el pronunciamiento de la Corte es oscuro: no distingue entre reglamentos ministeriales y actos administrativos generales; habla de "reglamentos ministeriales delegados" pero no se sabe qué entiende por esa locución; muestra no tener clara la diferencia entre delegación de funciones normativas a titulares de poder

(2) Publicada en muchos periódicos, v. Foro It., 1954, I, 1065; Giur. It., 1954, I, 1, 1675.

normativos secundarios y atribución atípica de funciones normativas secundarias hecha originalmente por el legislador; parece aludir a una distinción entre poder que corresponde a un ministro de determinar elementos de un tributo con estructura predeterminada en la ley, y poder de determinar elementos de un tributo de modo más libre, considerando legítimo el primero y no el segundo. Desgraciadamente no puede decirse otra cosa.

Pese a todas sus oscuridades la sentencia ha difundido la opinión de que según el Art. 23 Const. los ministros no tienen ya poder de disciplinar, mediante sus actos, la finanza de los entes públicos menores, con la consecuencia de que se tornaría dudosa la validez de millares de actos de los ministros emanados cada año. <sup>(3)</sup>

En estas notas se pretende tratar de iluminar algunos aspectos del principio enunciado en el Art. 23 Const., para demostrar que está bien lejos del simplismo que una interpretación fácil le ha atribuido.

Para no hacer muy complejo el discurso nos ocuparemos prevalentemente de la finanza de los entes nacionales, y menos de la de los entes territoriales y locales.

2. La opinión arriba expuesta se basa en un concepto inexpressado: que la finanza de los entes públicos menores tiene carácter unitario desde el punto de vista jurídico. En su apoyo se ha invocado a veces la noción de parafiscalidad, <sup>(4)</sup> de origen económico: confiando a entes nacionales funciones y servicios públicos, el Estado les atribuye a la vez el poder de recaudar dinero de los administrados.

Ahora bien, cualquiera ve que esta descripción del fenómeno es jurídicamente muy imprecisa para poder servir para calificaciones jurídicas. Las actividades confiadas por las normas a los entes públicos son de diversísima especie desde el ángulo jurídico.

(3) En efecto, la cuestión interesa —y a veces en relación con varias especies de proventos— los 7.500 municipios, los 2.000 consorcios de bonificación, los millares de otros consorcios, los entes locales y provinciales para el turismo, las provincias, las cámaras de comercio, además de a casi todos los entes nacionales.

(4) E. MORSELLI, "Le finanze degli enti pubblici non territoriali," Padua, 1943; Id., La fórmula finanziaria, en Arch. fin., 1950, 231; BUSCEMA, "Considerazioni sulla parafiscalità e sul suo controllo", en Riv. pol. ec., 1956.

Hay entes públicos que sólo actúan en el campo de la actividad industrial y comercial, como los bancos, las sociedades financieras, empresarios mineros, etc. Otros que realizan actividades de doble naturaleza, es decir, una actividad industrial y comercial, y una actividad que podríamos describir, para usar un término cómodo, como "no de derecho privado común": la Oficina Italiana de Cambios trabaja como cambista y ejerce un monopolio de Estado; el Banco de Italia hace de banquero y regula la moneda del Estado; El I.M.I. funge como sociedad financiera y supervisa empresas privadas por causas de interés público, etc. Hay luego entes públicos que realizan actividades cuya naturaleza pública es evidente porque se manifiesta a través de actos administrativos.

Los proventos de estos entes, luego de un examen elemental y de primera aproximación, pueden caracterizarse como contraprestaciones de contratos privados, como contraprestaciones en relaciones regidas por normas especiales o finalmente como entradas derivadas de poderes de imposición.

Admitiendo que pueda usarse la noción de parafiscalidad, ¿dónde recaería la distinción? Es evidente que si dicha noción abarca todas las entradas del ente público, carecería de utilidad desde el ángulo jurídico. Pero si se aplica sólo con las entradas a título de imposición, o se la lleva al límite de las entradas a título conmutativo, ¿qué nos daría de más, fuera de lo que ya se conoce en la ciencia del Derecho tributario en relación con los tributos del Estado?

Debe entonces admitirse, y es más, debe establecerse como un punto de fondo, que las entradas y los entes públicos menores pueden clasificarse con los mismos sistemas y dentro las mismas categorías en que lo son las entradas del Estado. Tenemos entonces, en concreto: impuestos, tasas, contribuciones especiales, contraprestaciones de derecho especial, contraprestaciones de derecho privado común.

La finanza de los entes públicos menores, aún admitiendo (mas no concediendo) que bajo el aspecto económico pueda presentarse con caracteres unitarios, bajo el jurídico está diferenciada como la estatal. Precisa entonces examinar caso por caso los caracteres jurídicos de cada entrada, es decir, conducirse del mismo modo que se hace en presencia de cualquier entrada del Estado.

Además estimaría que la unidad jurídica de las entradas de los entes de que hablamos no puede constituirse tampoco en orden al control que sobre ellos ejercitan órganos del Estado. El principio organizativo enunciado por el Art. 100, segundo apartado, de la Constitución, según el cual la Corte de Cuentas participa en el control sobre la gestión financiera de algunos entes, se refiere exclusivamente a los entes subvencionados por el Estado.<sup>(5)</sup> Ahora bien, no todos los entes públicos menores están subvencionados por el Estado, mientras que, a la inversa, lo están incluso entes que tienen una naturaleza jurídica privada indiscutible.

Dejamos de lado otros aspectos relativos al alcance y ámbito del principio organizativo expresado en el Art. 100, porque no son directamente pertinentes a nuestro tema; nos interesa demostrar que, pese a los esfuerzos egregiamente motivados en contrario,<sup>(6)</sup> sería azaroso, al menos en relación con nuestro derecho positivo, pretender encontrar en el enunciado de la norma formulada en el Art. 100 el fundamento del control de la parafiscalidad.

3. Casi nunca se preocupa, sin embargo, el legislador, de definir la naturaleza de la entrada del ente público nacional. Las denominaciones que usa son genéricas: derechos, cánones, con más frecuencia contribuciones. De todos modos el uso de este último vocablo ha generado en la práctica una extraña opinión que queremos eliminar de inmediato: que dichas entradas sean algo distinto de las debidas al mayor ente público, sea el Estado, o a los entes públicos menores que tienen un poder tributario más antiguo, como los entes públicos territoriales.

En realidad el vocablo "contribución" encuentra casi siempre una razón práctica en la voluntad del legislador de no comprometerse en la definición de la naturaleza jurídica del provento. A esto debe agregarse una razón histórica: hubo un período en que en nuestra doctrina se propuso llamar contribuciones a todos aquellos proventos que tenían carácter incierto, en parte similares a los impuestos y en parte a las tasas. Y no habiendo sido determinados

(5) FRANCHINI, "Natura e limiti del controllo sugli enti sovvenzionati dallo Stato", en Riv. trim. dir. pub., 1954, 480; O. SEPE, "Il controllo della Corte dei Conti sugli enti sovvenzionati", en "Nuova Rassegna", 1955, 1668.

(6) BUSCEMA, op. cit.

exactamente los caracteres de esa categoría, se llegó así a llamar contribución a todo provento de derecho público cuya naturaleza no fuera claramente definida al crearlo.

Hoy la categoría de los tributos inciertos ha desaparecido, pero ha adquirido fisonomía definida la categoría de los tributos especiales, a la que muchos refieren el vocablo de "contribución": se trata de prestaciones debidas por quienes obtengan una utilidad económica individual o individualizable por efecto de realizarse una actividad administrativa de carácter general, ya sea que tal utilidad se concrete en una ventaja para el patrimonio del sujeto, o bien que se concrete en una ventaja para la empresa.<sup>(7)</sup>

Habrán por lo tanto entradas de entes menores que pertenezcan a la categoría de los tributos especiales o contribuciones en sentido propio, pero no es que todas las entradas de tales entes puedan adscribirse a tal categoría.

4. El Art. 23 Const. enuncia en su forma moderna un antiguo principio constitucional: la reserva de ley para las prestaciones reales y personales que los poderes públicos pueden imponer a los ciudadanos. Pero debe decirse también que permanece incierto el contenido preciso del principio, en el sentido de que mientras se da lo que podría decirse un núcleo central de la materia contemplada en el principio sobre el que todos están de acuerdo, esto es, lo referente a las prestaciones que atañen a la principal categoría de tributos, que son los impuestos, permanecen en cambio indiferenciadas las zonas marginales: por un lado un concepto preciso de prestaciones, en especial de prestaciones personales; por el otro un diseño más nítido de la figura de la reserva de ley.

Veamos primero esta última. Se trata de un instituto poco estudiado, independientemente de las aplicaciones que recibe. Es dudoso si pueda considerársela una garantía (constitucional). Como quiera que sea, puede decirse descriptivamente que es una especie del género "reserva de normación",<sup>(8)</sup> que se expresa en una norma sobre la normación y sobre la producción normativa, que vincula

(7) Con otra enunciación, ésta es, sin embargo, la tesis dominante: A. D. GIANNINI, "Istituzioni di diritto tributario", Milano, 1956, 41.

(8) Pero existen también otras reservas. En sede dogmática toda actividad jurídicamente relevante puede ser objeto de reserva y, por ende, también la jurisdicción, la administración y las actividades atípicas.

el poder de disciplinar normativamente una determinada materia al uso de un solo tipo de acto normativo con exclusión de los actos normativos subordinados, o bien al uso de un solo tipo de norma, con exclusión de las normas de cualquier otro orden. La reserva de ley sería así una norma sobre la producción normativa atinente a los actos que tienen fuerza de ley y a las normas primarias. Bajo el aspecto objetivo podría considerarse un hecho de legitimación a legisferar; bajo el subjetivo se podría perfilar como un límite al legislador en función de tutela de particulares posiciones jurídicas fundamentales del ciudadano.

Pero con lo dicho no hemos aún completado el cuadro de la reserva de ley. En efecto, en sede teórica y en sede positiva la reserva de ley (y nuestro derecho positivo es prueba de ello) puede establecerse con diferente fuerza. Existen varias especies del género reserva de ley, diferenciadas entre ellas según la amplitud de la acción reservada al legislador primario. A propósito la doctrina estima que puede distinguir dos especies de reserva.<sup>(9)</sup> En la primera la materia reservada puede ser disciplinada sólo mediante normas primarias, de donde se excluye por ilegítima su disciplina por normas secundarias (reglamentos) (la ilegitimidad de una disciplina mediante actos administrativos se basa en tal caso, no tanto del Art. 23, sino del principio de legalidad de los actos administrativos). En la segunda la materia reservada es menos amplia: no se requieren siempre y en todo caso normas primarias sino que es suficiente un acto normativo primario que contenga la disciplina general de la materia. De modo que en ésta la garantía impropia viene instrumentada mediante un diverso mecanismo: la presencia y la existencia del acto normativo primario señalan un límite de contención de las posibles normas secundarias, las que no podrán nunca contrastar lo dispuesto por las primarias, pero por otro lado se ha acrecido el margen libre del legislador primario, que puede dejar el desarrollo de la materia a la disciplina, más simple y fácil, del reglamento, así como puede atribuir poderes sustanciales a la autoridad administrativa en orden a dicha materia.

(9) Aunque no existen monografías sobre el tema, la distinción es comúnmente aceptada; sobre la reserva, la preferencia de ley y las figuras limítrofes véase de todas maneras: C. ESPOSITO, "La validità della legge", Padua, 1934, 146; BODDA, "I regolamente degli enti autarchici", Turin, 1932, 158; G. BALLADORE PALLIERI, "Diritto costituzionale", Milano 1953, 312; G. FERRARI, "Gli organi ausiliari", Milano 1956, 158; específicamente para la materia tributaria; G. TREVES, op. cit., 14; F. FORTE, op. cit., 276.

De modo que, en concreto, la diferencia entre lo que podría llamarse reserva de norma primera y lo que podría llamarse reserva de acto normativo primario (¿o tal vez sólo de ley en sentido propio?) viene a ser todo menos leve. En la primera sólo el legislador primario tiene el poder de regular la materia, y queda libre lo que no es regulado por él; en cambio en la segunda el legislador primario, en cuanto ha proveído al respecto ha absuelto su cometido y, siempre que la norma dictada por él se mantenga en el ámbito de la legitimidad constitucional, lo que quedó regulado en ella puede serlo por otras autoridades a las que se haya atribuido un poder específico para hacerlo.

Nadie discute que el Art. 23 Const. acogió el segundo tipo de reserva de ley. Tanto el texto ("con base en la ley") como la tradición doctrinal en la que el principio se ha encuadrado, como también el sistema dentro del que el principio fue enunciado y cuyos inconvenientes trataba de eliminar, muestran que se trata de reserva de acto normativo primario y no ya de reserva de norma primaria (o como también se dice, reserva de la ley y no reserva de ley.)<sup>(10)</sup>

Según el principio constitucional, tanto la ley en materia tributaria como toda otra ley en materia de prestaciones personales o reales<sup>(11)</sup> es legítima siempre que la prestación (en este caso la prestación tributaria) sea configurada con suficiente nitidez por las normas de la ley o, dicho de otro modo, no se atribuya a las autoridades administrativas una discrecionalidad de alcance tan amplio que permita alterar su naturaleza en vía de aplicación.<sup>(12)</sup>

Concretar el criterio de la "suficiente nitidez": he aquí el tema a estudiar. Que la ley tributaria deba determinar la naturaleza jurídica del tributo y su estructura fundamental es algo obvio; también lo es que deba indicar rigurosamente los sujetos pasivos y los auxiliares de la obligación; en orden a los presupuestos, la ley tributaria tendría que disciplinar directamente al menos los presu-

(10) Además es sabido que la dicción "con base en la ley" fue introducida en vez de "por ley" que contenía el proyecto, por la Asamblea Constituyente (15 de abril 1947, Disc. 2866).

(11) Salvo que no sean objeto de particular reserva de norma primaria.

(12) Un ejemplo de ley en materia de prestaciones personales inconstitucional por indeterminación se hubiera producido en el caso del conocido proyecto sobre la defensa civil.

REV 141540  
340 R  
1970  
N. 15-

puestos necesarios; se diría en cambio que debe existir una mayor latitud acerca del objeto del tributo, de las alícuotas, de los actos de los procedimientos de accertamiento y de imposición, así como de recaudación. Sin embargo, incluso cuando el legislador deje la mayor amplitud al administrador en la determinación de los elementos que quedan indeterminados, siempre debería indicarle, aun que sea de modo implícito, los criterios que señalen límites al uso de la discrecionalidad de la administración: de otro modo la norma de ley está viciada porque abre la entrada a prestaciones que sólo aparentemente (y no en la realidad) están "fundadas en la ley".

5. Hemos fijado así las proposiciones que forman la base de un planteamiento correcto de los problemas que existen en la materia: las entradas de los entes públicos menores corresponden a las del Estado en cuanto a la clasificación jurídica; la Constitución sólo establece una reserva de acto normativo primario para la materia de las prestaciones reales o personales.

Ahora es posible resolver los problemas principales planteados en la materia, partiendo del referente a los poderes conferidos a órganos administrativos.

Hemos visto que la ley tributaria bien puede confiar a órganos de la administración el poder de determinar elementos del tributo, de la obligación tributaria y de los relativos procedimientos, siempre que delimite dicho poder dentro de confines determinados.

Puede ocurrir que de la letra del texto normativo el confin pueda aparecer indeterminado: en tal caso es preciso que al menos pueda deducirse de normas implícitas. Si tampoco ello es posible, se estaría atribuyendo a la administración, en contra de la Constitución, el poder de excogitar tributos innominados, entendiéndose por tales no sólo aquellos cuyos elementos sean inventados por la administración, sino también aquellos que, aún teniendo elementos parcialmente determinados por las normas, en sus elementos indeterminados reciban determinaciones de tal índole que su función quede desnaturalizada.

Sin embargo se debe recordar que para la finanza de los entes menores —y no solo para los entes menores nacionales, sino también para los locales— el principio seguido en nuestro sistema

es el de la indeterminación parcial.<sup>(13)</sup> Para todas las entradas de los entes menores corresponden a órganos administrativos poderes variadísimos: fijar su medida, autorizar la aplicación de alicuotas máximas, autorizar la superación de límites normales, fijar escalones o progresiones, fijar el valor a los imponibles, fijar mínimos exentos, reducciones a la base, exenciones parciales, determinar en concreto categorías de obligados, fijar el objeto de especie, o las dimensiones o cualidades del objeto, etc.

Este principio —sobre el cual debe insistirse particularmente, pues casi siempre se lo olvida— no es casual, sino el fruto de una precisa fórmula de dirección política que se ha transfundido constantemente en las leyes relativas a los diversos entes menores, fórmula que ha sido siempre enunciada en la necesidad de subordinar las entradas de dichos entes a la situación de las finanzas del Estado. De modo que la maniobra de las entradas de los entes menores, instrumentada a través de los controles que ejercita el Estado sobre ellos, existe en función de la oportunidad de adecuar dichas entradas a las estatales, para no provocar desequilibrios a costa de ciertos grupos de contribuyentes o de usuarios, siendo uno de los términos del equilibrio —el constituido por la incidencia de las exacciones realizadas por el Estado— necesariamente dominante.

Cuando las normas contenidas en las leyes tributarias relativas a entes menores, al adoptar el principio de la indeterminación parcial, respeten en todo caso el límite de la suficiencia según ha sido descrito arriba, serán constitucionalmente válidas y habrá sido observado entonces el cánón del artículo 23.<sup>(14)</sup>

Con respecto a la validez constitucional de estas normas —y pasamos así a otro problema— puede considerarse en cierto modo indiferente la naturaleza del acto de la administración a través del cual se resuelve la indeterminación. Tal acto puede ser un reglamento gubernativo o un reglamento ministerial, pero también puede ser un reglamento del ente mismo, provisto de los actos de control positivos que estén prescritos; puede ser además un proveído

(13) M. S. GIANNINI, "Provvedimenti amministrativi", cit. N° 3. Los tributaristas que se han ocupado luego del tema no se ocuparon de dicha sugerencia, que se originaba en una intuición precisa de GRIZIOTTI.

(14) Esto no quiere decir que, de "jure condendo" no sean necesarios profundos retoques a esta legislación, que está desordenadísima.

administrativo general —una decisión— o un proveído administrativo individual. La naturaleza del acto podrá ser importante para efectos de su impugnación, no para efectos del juego del principio de reserva de la ley (reserva del acto normativo), respecto al cual es suficiente que el acto sea nominado, es decir, previsto y disciplinado en sus límites de la suficiente nitidez o determinación por parte de la ley reguladora de la materia tributaria.<sup>(15)</sup>

6. Todo lo que hasta ahora se ha dicho vale sin embargo solamente para las entradas de los entes menores que tengan naturaleza tributaria; no vale en cambio para las entradas que sean contraprestaciones de las llamadas prestaciones no obligatorias realizadas por la administración. El principio del Art. 23, en efecto, opera mientras se esté en presencia de prestaciones reales "impuestas", o sea, de proveídos administrativos de carácter ablatorio, o con otras palabras, de exacciones a título imperativo.

Y es innegablemente aquí donde se plantea el grupo más delicado de cuestiones a que da lugar la aplicación de ese principio constitucional; aunque las otras cuestiones relativas a la regla de la determinación suficiente y a los actos encomendados a los órganos administrativos han sido las más discutidas en jurisprudencia y en doctrina.

La reafirmación del principio constitucional y su adopción en un sistema de constitución rígida ha otorgado de este modo actualidad e incluso plena relevancia positiva a la cuestión de la clasificación de las entradas de los entes públicos, la cual parecía adormecida por la repetida proclamación de su teoriedad. En efecto, es claro que el principio constitucional es aplicable a los impuestos en sentido propio, como se ha estimado siempre por todos; la doctrina moderna lo considera aplicable a las tasas y, debería considerarse, también a las contribuciones especiales. Pero sabemos la confusión que se ha hecho, un poco por parte de todos y a veces involuntariamente, sobre el modo de distinguir tasas y contribuciones especiales por un lado, contraprestaciones del otro, es decir, entre ingresos tributarios e ingresos patrimoniales.

(15) La naturaleza de estos actos, cuando son diversos de los reglamentos gubernativos, no es sin embargo siempre fácil de determinar. La doctrina admite hoy la posibilidad de reglamentos ministeriales, pero está en desacuerdo sobre la distinción entre actos reglamentarios y proveídos administrativos generales: véase, A. DE VALLES, en Foro It., 1951, IV, 97, y las obras citadas en la nota 1, de Treves, M. S. Giannini y Sandulli.

Aún no siendo este el lugar para reexaminar a fondo tales institutos, siempre en obsequio al criterio de remitirnos en cierto Derecho público, y no servicio asumido por un poder público. De eliminar de inmediato la principal fuente de confusión: la de servicio público.

Sorprende constatar hasta qué punto se ha difundido la creencia de que servicio público significa servicio regido por normas de Derecho Público, y no servicio asumido por un poder público. De ahí se pretende deducir que las entradas derivadas del servicio público serían tasas y no contraprestaciones.

Esta creencia está errada desde la raíz, pues existen servicios públicos erogados según normas de Derecho público así como servicios públicos erogados según normas de Derecho privado. Obsérvese luego que si en teoría es fácil comprender qué son "normas de Derecho público", ello resulta difícilísimo en la práctica, y no sin razón. Por lo tanto, los proventos de los servicios públicos deberían ser adscritos a las tasas o a las contraprestaciones, sin perjuicio de discutir después sobre las distintas clases de éstas.

La verdad es que para los fines de las entradas de los entes públicos, las nociones de servicio público, de servicio ejercitado por entes públicos, de servicio regido por normas de Derecho público y similares, tienen importancia indirecta. Más que la clasificación de las actividades de los poderes públicos basada en el criterio del ejercicio de las potestades de soberanía (dentro de la cual se proponen precisamente las categorías de la función pública y las diversas de servicio público), tiene importancia la clasificación de las actividades mismas en base al criterio del acto ejecutado y de la relativa relación. La naturaleza de la entrada del ente público se adecúa a éstos, y no a una actividad abstracta, pública, privada o de derecho especial que sea.

Se puede decir entonces que la tasa corresponde y se relaciona con la emanación de actos administrativos o jurisdiccionales; cuando en cambio el acto realizado no tiene esa naturaleza se está en presencia de entradas patrimoniales (o contraprestaciones). Naturalmente que este criterio exige cierta fineza en su aplicación, y subsidiariamente podrá integrarse con criterios concernientes al análisis de la actividad desarrollada.

El criterio aquí expuesto diverge del que en cierto momento recogió el consenso de la doctrina, fundado en conceptos de origen económico: el servicio "público" divisible da lugar a tasas, mientras que la contraprestación (que incluso se llamaba, con criterio jurídicamente erróneo, "precio") correspondería al servicio de naturaleza privada prestado por los poderes públicos. Tal criterio es imperfecto desde el inicio (aparte de otras impropiedades) porque olvida aquellas entradas que provienen de actividades realizadas por poderes públicos que no pueden estimarse de Derecho público por que no se manifiestan propiamente en actos administrativos, pero, que tampoco son de Derecho privado común, porque están reguladas por normas especiales que divergen en mayor o menor medida de las relativas a materias análogas establecidas en el Código Civil: por ej. las actividades de los servicios de correos, ferrocarriles, telecomunicaciones, haciendas municipalizadas, etc.

Diverge también del otro criterio que sucedió cronológicamente al precedente, y que se funda en la distinción entre carácter conmutativo y carácter contributivo de la entrada; prescindiendo de la intrínseca contradicción del criterio propuesto, se observa que en las entradas a título conmutativo vendrían a incluirse las tasas, las contraprestaciones por los servicios de Derecho especial y tal vez también, si los conceptos se interpretan según determinadas concepciones, las contribuciones especiales y las contraprestaciones por actividades de Derecho privado común.

Está sustancialmente más cerca del criterio sugerido por la orientación más reciente,<sup>(16)</sup> según el cual a la contraprestación correspondería siempre un contrato entre la administración pública y el administrado; todas las demás entradas conmutativas no derivadas de contrato estarían entre las tasas. Me parece que tal criterio peca por exceso, pues requiere en todo caso la presencia de un contrato entre poder público y administrado; pierde de vista —lo que ocurre a menudo a los publicistas— que una cosa es contrato y otra obligación: en efecto hay actividades administrativas que dan lugar a relaciones obligatorias, a menudo incluso de Derecho privado común, nacidas directamente de la ley y a cuyo respecto

(16) Para ello, y para las diversas tesis relativas a la noción de tasa véase A. D. GIANNINI, "Il concetto giuridico di tassa", Riv. it. dir. fin., 1937, I, 7; A. BERLIRI, "Per una precisazione del concetto giuridico di tassa; rapporto di tassa e rapporto contrattuale", en Riv. dir. fin. sc. fin., 1951, I, 139.

la intervención de actos de la administración y del administrado tiene simplemente valor de hecho ocasional constitutivo de la relación: tales son, por ejemplo, las actividades cuyo arquetipo es el servicio postal, las actividades asistenciales directas de toda especie, y similares.

7. No coincide en cambio nuestro criterio con lo que parece ser la orientación reciente de algunos estudiosos de finanzas y de Derecho tributario, quienes a pesar de declarar expresamente no desearlo, transfieren al campo jurídico esquemas elaborativos de tipo económico.<sup>(17)</sup> En sustancia su orientación se funda en los conceptos de servicio público impuesto y servicio público voluntario, que se distinguirían por el carácter de la demanda: si ésta es "coactiva", dicen, se trata de tasa; si es libre, entonces se trata de contraprestación. Tasa equivaldría entonces a "imperio", "coerción" y similares.

El lenguaje jurídico de estos egregios estudiosos no es de los más rigurosos; como quiera que sea, aparte de la coacción, la coerción, el imperio y otras nociones no pertinentes y de valor variable, de los ejemplos dados en sede aplicativa resulta bastante clara su tesis. Llamam tasa a la contraprestación de cualquier servicio necesario prestado por los poderes públicos. De modo que es tributo el canon por los servicios de retiro de basura, porque el ciudadano no puede no servirse de ellos; y lo mismo para los proventos de los monopolios fiscales, pues para la satisfacción de la relativa necesidad el ciudadano está obligado a monopolizar los bienes monopolizados; y lo mismo para las contribuciones de los consortistas en los consorcios obligatorios, pues las prestaciones del ente consorcio no pueden ser rehusadas; lo mismo para los sobrepagos a favor de las cajas de compensación, autoritariamente impuestos a quien realice determinados negocios privados, y así por el estilo.

Son muchas las objeciones teóricas al criterio propuesto, pero sus defectos se revelan principalmente al aplicarlo. Si son tributos

(17) ZINGALI, op. cit., y anteriormente en: "Ai confini tra l'entrata-tributo e l'entrata-prezzo", en "Annali della Facoltà di Catania" 1948; FORTE (op. cit.) consciente de la insostenibilidad de este método, intenta reaccionar a él, pero permanece dentro del mismo giro en cuanto asume como fundamento de su investigación la noción de exacción coactiva, tributaria y no tributaria.

las sumas pagadas para adquirir bienes de monopolio estatal, con mayor razón lo serían las pagadas por el suministro del agua, del gas o de la energía eléctrica por parte de haciendas municipales, siendo aquí el proveedor un monopolista y estando las relativas necesidades, sin ninguna duda, entre las fundamentales del hombre; si lo son las sumas pagadas a la hacienda municipal de limpieza urbana, lo deben ser también las que se pagan a la Oficina Italiana de Cambios por adquirir moneda extranjera, o a la "Federconsorzi" para obtener los servicios que el Estado le ha confiado exclusivamente; y si lo son las contribuciones consortiles, no se ve por qué no tienen carácter tributario las prestaciones en dinero realizadas en ventas coactivas, locaciones o reconducciones coactivas, administraciones controladas y similares, siempre que una de las partes sea un ente público. El criterio peca, entonces, por exceso.

En suma, sus autores quedaron impresionados por el hecho de que los proventos derivados de algunas de estas actividades son incluidos en los presupuestos de los entes y destinados a fines de utilidad general; pero jurídicamente una cosa es el destino del provento y otra su origen; y según creo se podría agregar también que una cosa es la masa de los proventos en cuanto entrada de presupuesto y otra el conjunto de ellos en cuanto "proventos".

No obstante lo cual en el criterio expuesto hay sensibilizaciones a dos problemas que ameritan ciertamente ser recogidos y explicados. En breve trataremos de uno de ellos (Nº 12). Ahora veremos el otro, que es el siguiente: en muchísimos casos la actividad realizada por el organismo público se desenvuelve a través de normas que no son de Derecho privado común, sino que en todo o en parte contienen limitaciones publicísticas a la actividad negocial de derecho común. Al hablar, desde el comienzo de este escrito, de contraprestaciones o retribuciones a prestaciones de derecho especial, se anticipaba una noción poco conocida en la doctrina tributaria, pero indispensable para explicar la estructura jurídica de los hechos de los que ahora se discute, y que corresponde aclarar.

A propósito de las tasas la doctrina ha observado ya que ni la posición monopolista que pueda ser propia del organismo público, ni el hecho de que el contrato entre éste y el particular se riga por normas de ley o por actos administrativos y no por cláusulas nacidas enteramente de la voluntad de las partes, serían capaces de trans-

formar en tasa las retribuciones de las prestaciones realizadas por el organismo público.<sup>(18)</sup>

Se ha demostrado en el párrafo precedente la insuficiencia de esta tesis —certeramente rechazada por los tributaristas— en cuanto asume el concepto de contrato para delimitar negativamente la noción de tasa. Pero que si se ponía la obligación (de Derecho privado) en el lugar asumido por el contrato, entonces la tesis podía retomar fuerza.

Es decir, hay prestaciones de los entes públicos regidas enteramente por normas de Derecho privado, en las que la prestación es objeto de obligación contractual; consecuentemente, en éstas el contrato es el acto a través del cual el ente público hace adquirir al particular el resultado de la prestación. Por otro lado hay prestaciones de los entes públicos regidas enteramente por normas de Derecho administrativo, en las que la prestación es objeto de un deber legal ocasionado por un proveído administrativo; así, éste viene a ser el acto que hace adquirir al particular el resultado de la prestación.<sup>(19)</sup>

Entre las dos, no como tercer género sino como especie —de vastas dimensiones— del primero, están aquellas prestaciones que son objeto de obligaciones que se inspiran en los esquemas del Derecho privado común, pero que, o surgen directamente de la ley (de hechos constitutivos previstos en la ley) o incluso de contratos (en sentido lato y a menudo impropio) disciplinados en gran parte por leyes o proveídos de la autoridad. Las normas que las regulan son entonces, en el fondo, normas de Derecho privado, pero fuertemente modificadas por normas de Derecho administrativo: se pueden entonces identificar como prestaciones de servicios de derecho especial, entendiéndose el vocablo “especial” en una acepción convencional que no corresponde a la de rigor (derecho que constituye una partición de especie dentro de un género).

Se ha dicho que en los servicios monopolizados por poderes públicos el acto que surge entre el ente y el particular está regu-

(18) Véase el último BERLIRI, op. cit., 135, quien sobre el punto recuerda la doctrina acorde administrativa y privatística (Orlando, Romano, Forti, Vitta, Barassi, etc.).

(19) Son las que en particular ha estudiado R. ALESSI, “Le prestazioni amministrative rese ai privati”, Milán, 1956.

lado por la ley en su contenido, que es inderogable, pero que es siempre un contrato, aun si las partes tienen autonomía negocial mínima (en el “an” y en el “quantum”); la privación de la facultad de elección de la parte, o de la facultad de regulación autónoma del contenido del acto no alteran la naturaleza de éste.<sup>(20)</sup> Lo mismo pasa cuando el particular sufre una limitación aún más grave, es decir, se encuentre frente a una de las llamadas figuras de coacción para contratar, como ocurre en el caso de los cúmulos obligatorios (para quien los conciba como ventas obligatorias) o en los empréstitos forzosos. Pese a la difusión de las normas administrativas, siempre surgen entre la administración y el particular relaciones de obligación reguladas por el Derecho privado común o también por normas especiales de Derecho privado.

En todo caso podemos encontrarnos siempre en el campo privado incluso cuando no exista contrato y la obligación nacida entre las partes tenga como fuente la ley o el proveído administrativo. Cuando las administraciones locales imponen a sus ciudadanos un servicio prestado por ellas —agua, energía eléctrica, mercados generales, limpieza urbana, etc.— puede ocurrir hasta que se haga innecesaria la solicitud del ciudadano dirigida a obtener la prestación, y que esta se le brinde automáticamente por el solo verificarse de ciertos hechos materiales. Pero no hay duda de que esta prestación es objeto de obligaciones de Derecho común, y que su incumplimiento por parte del municipio constituye un ilícito civil.<sup>(21)</sup>

8. En Derecho positivo puede darse casos en que el ente público, al prestar cierta actividad y al recibir su retribución, imponga y perciba también un tributo, que será un impuesto indirecto (no puede pensarse en una tasa, si falta el proveído administrativo o jurisdiccional). Mejor dicho: el legislador utiliza la prestación del bien o del servicio por parte del ente para imponer y recaudar un impuesto indirecto que viene pagado junto a la retribución.

(20) Es casi innecesario recordar que el fenómeno se da también en Derecho privado, en gran cantidad de figuras.

(21) Del resto, fuera del campo de los tributos y de los servicios prestados por entes públicos, no resultan nada insólitas las obligaciones privadas originadas en proveídos administrativos o en normas. Se conocen además obligaciones entre particulares que derivan de actos administrativos (G. TREVES, “Gli atti amministrativi costitutivi di rapporti fra privati”, in Riv. trim. dir. pub., 1954, 314).

En este caso la retribución y el tributo pueden mantener cada uno su identidad, y entonces tendremos la figura del sobreprecio.<sup>(22)</sup> Pero puede ocurrir que se confundan en una deuda pecuniaria única; así ocurre para las tarifas de venta de los "géneros" de los monopolios fiscales, para las tarifas de los avisos públicos y también en el caso de los proventos de los mataderos públicos.

La jurisprudencia ha reconocido a veces la existencia de estos proventos intrínsecamente mixtos; no así la doctrina, que ha permanecido casi dominada por la idea de tener que construirlos a toda costa con carácter unitario.

En estas hipótesis puede ocurrir que retribución y tributo sean separables, y también puede ocurrir que sean inseparables: así pasa respectivamente a los proventos de los mataderos públicos y mercados generales, y a los proventos de los monopolios fiscales. En el primer caso cada uno (retribución y tributo) sigue sus reglas; en el segundo debe recurrirse por fuerza a otro criterio, que podría ser el de la prevalencia; de modo que el provento tendrá la disciplina de la retribución si la obligación privatística prevalece sobre la tributaria, y la del tributo en el caso inverso. Ejemplos, respectivamente, las tarifas de los monopolios fiscales y los proventos de los servicios de carteles o anuncios públicos.

9. Para probar la exactitud del criterio sugerido basta considerar algunos casos aplicativos relativos a la finanza estatal.

En materia judicial, por parte de quien solicita los actos de la autoridad deben pagarse sumas a título de tributos y, concretamente, de impuestos de timbre, o mediante el uso de papel sellado o mediante el depósito de sumas que deberán utilizarse luego para extender los originales de los actos de autoridad. Pero también se pagan tasas y retribuciones: así cuando se piden copias de actas o documentos con certificación de conformidad, esta certificación, expedida por el secretario, por ser un acto administrativo da lugar al

(22) La naturaleza tributaria del sobreprecio es indiscutible: confr. G. ZINGALI, op. cit., 229, 23 (contribuciones a las "Sepral"), 252 (sobreprecios para el Fondo de Socorro invernal). Pero debe también advertirse que precisa cuidarse de las imprecisiones de vocabulario: los sobreprecios para las Cajas de Compensación, pese a la tesis contraria sostenida agudamente por A. M. PESENTI (Studi parmensi, 1951, 421) y por A. D. GIANNINI (Foro padano 1953, I, 993; cfr. también ZINGALI, op. cit. 232) parecen más bien contribuciones consortiales o consortiles, conforme lo dice GUGLIELMI ("Rassegna della Avvocatura nell' Stato", 1951, 200): la cuestión requeriría un estudio más amplio.

pago de una tasa; y es una simple retribución la obtención de documentos y copias no certificados, y en tal caso la actividad desarrollada por los empleados de la oficina constituye una prestación de obras regulada por el Derecho privado común.

En las concesiones administrativas de bienes públicos, la entrada que se produce por la pura y simple emanación del proveído de concesión es indudablemente una tasa. Pero el canon que se paga a la administración por el uso excepcional del bien público es una retribución, aunque no esté regido por normas de Derecho privado común, porque no se relaciona con un acto de concesión sino con la convención estipulada entre la administración y el administrado, que no se concreta en un proveído administrativo sino en un acto del que surgen obligaciones de Derecho común.

En los servicios escolares (de educación) deben considerarse tasas las sumas que se pagan por la inscripción, así como por la expedición de diplomas, porque están vinculadas con actos administrativos de admisión y de constatación-certificación, respectivamente. Pero son retribuciones por actividades de Derecho común las sumas que se pagan para obtener ciertas ventajas, por ejemplo asistenciales o culturales.

Con base en el criterio propuesto no pueden considerarse tasas sino retribuciones las sumas que se pagan a las oficinas de ferrocarriles, correos y telecomunicaciones. Para las tarifas ferroviarias existe hoy una orientación bastante concorde en este sentido, en la doctrina y la jurisprudencia; para los cánones telefónicos no puede discutirse siquiera la naturaleza jurídica de las retribuciones; en cambio para las tarifas postales prevalece la opinión de que se trata de tasas. Pero en realidad no hay ninguna razón que la abone, puesto que la prestación del servicio postal no se realiza mediante actos administrativos de ninguna especie.

10. Para los entes públicos menores, en línea dogmática el criterio sugerido no debería dar lugar a particulares dificultades, si recordamos la proposición ya fijada según la cual hay correspondencia taxonómica entre las entradas de aquéllos y las del Estado. Sin embargo en la exégesis de ciertos textos normativos concernientes a las actividades de dichos entes pueden surgir algunas dificultades.

En líneas generales no se dan tasas sino retribuciones de servicios, aunque estén regidos por normas especiales, cuando el ente público no sea atributivo de poderes de autarquía, es decir, cuando no emane actos administrativos. Por ejemplo los institutos de instrucción manejados por municipios o provincias, pese a la naturaleza pública que les deriva de su carácter de instituciones comunales o provinciales, no perciben tasas sino retribuciones, puesto que realizan una actividad similar a la de los institutos privados —de los que copian el régimen jurídico—, esto es, una prestación de obra.

Análogamente son retribuciones de Derecho privado común las entradas de los bancos de Derecho público, de los entes públicos aseguradores y financieros (INA, IMI, IRI), mineros o comerciales, etc. Tales entradas son puros y simples proventos de actividad empresarial y no entradas normalmente disciplinadas en vía preventiva mediante actos normativos o de la autoridad. Pero también cuando existen actos de este tipo, como ocurre en el caso de las haciendas municipalizadas, cuyas tarifas están siempre determinadas, se da sin embargo la figura de la entrada patrimonial de Derecho privado común, pues no hay diferencia entre los actos realizados entre ellas y los usuarios y los que podrían nacer entre un empresario privado y sus clientes.

En fin, son casi siempre retribuciones de Derecho privado o especial, las entradas del ente menor derivadas de actividades desarrolladas por él en monopolio o en privativa, o incluso por simple encargo autoritario (derivado de ley o de proveído administrativo), siempre que por efecto del desarrollo de tales actividades surjan obligaciones de Derecho privado, en el sentido ya aclarado. De este modo los municipios y provincias operan haciendas, a menudo en régimen de exclusividad, y nadie ha pensado nunca que no realicen contratos de suministro, de provisión, de transporte, etc.

11. Se podría objetar que la presencia del acto administrativo o jurisdiccional para identificar la tasa es un expediente para reconocerla y no una explicación de su naturaleza.

La observación es certera. Pero como nos servía sobre todo un criterio práctico para distinguir tasas de retribuciones, nos parece que el propuesto cumple tal función. Si en cambio debemos pro-

ceder a una explicación, precisaría retornar temas que parecen ásporos a la doctrina y aún más a la jurisprudencia, es decir, la clasificación de las actividades públicas en las categorías de la función pública y de los servicios públicos. Evidentemente no es éste el lugar para hacerlo.

Bástenos constatar que a la tasa corresponden ante todo actividades de los poderes públicos que del todo carecen del carácter de servicios, siendo más bien funciones: las actividades que se extrinsecan en actos jurisdiccionales y muchas de las que se extrinsecan en actos administrativos, tales como autorizaciones (licencias, permisos, dispensas, etc.) o certificaciones-constataciones (certificados, atestados, patentes, diplomas). Pueden también corresponder actividades que tienen carácter de servicio, pero que se trata de servicios que no provienen de actividades del tipo empresarial: gestión de los bienes demaniales, las calles, la sanidad, la asistencia.

Obsérvese que estas actividades de los poderes públicos no siempre tienen carácter necesario, en el sentido en que la doctrina antes dicha (Nº 7) considera indicativo de los presupuestos de la entrada tributaria: la función certificadora de los poderes públicos es sustituible con el servicio de un notario; la función del juez con la del árbitro; el servicio del oficial sanitario con el de un médico privado, etc.

Todo esto muestra la insuficiencia de la definición corriente de la tasa, y por ello también se ha preferido aquí indicar sus rasgos propios y no ocuparse de los elementos de su definición, para lo cual se requiere una labor mucho más amplia. De todos modos es aceptable el carácter conmutativo de la tasa,<sup>(23)</sup> pero ésta no constituye ciertamente una retribución.

12. Lo dicho hasta ahora atañe a la distinción entre tributos y retribuciones (contraprestaciones) para fines de aplicación del principio de reserva de la ley del Art. 23 Const.: este opera en caso de tributos y no en el caso de retribuciones.

Pero aquí se plantea otro grupo de problemas. Puede ocurrir que el principio del Art. 23 opere lo mismo aunque no se esté en presencia de tributos, sino de prestaciones patrimoniales impues-

(23) ZANOBINI, "Diritto amministrativo", Milán, IV, 1955, 337.

tas por la ley independientemente de prestaciones del ente público. Que la ley pueda requerir prestaciones patrimoniales diversas de las tributarias es algo que se admite en teoría, y también se admite que interesen la aplicación del principio del Art. 23 citado.<sup>(24)</sup> La determinación de una deuda pecuniaria como tributo o a otro título será útil en estos casos para fines diversos del principio de reserva de ley, y frente a éste devendrá colateral. Por ejemplo, en orden a la determinación suficiente para la deuda no tributaria se requerirá menor rigor de las normas de la ley que cumplirá la función de actualización de la reserva, en comparación del que requeriría el tributo, pues es connatural al concepto mismo de deuda no tributaria la adecuación a una cierta medida. De modo que mientras la norma que regula un tributo dejando indeterminada su medida será ilegítima si le falta un criterio de determinabilidad concreta, no ocurrirá lo mismo a la norma que regule una deuda no tributaria dejando indeterminada su medida, pues siempre existirá su determinabilidad. Será el juez quien, si acaso, controle concretamente, no la norma sino el acto de autoridad determinativo de la medida, definiendo si se incurrió en inobservancia o en aplicación errónea de los criterios de determinación.

De todos modos es rarísimo el caso práctico en que la ley impone directamente una prestación pecuniaria con naturaleza no tributaria. Pueden mencionarse los sobrecánones a favor de los municipios rivereños y de los comprendidos en los perímetros de las cuencas fluviales (Art. 53 del Texto Unico sobre Aguas, N° 1775 de 11 de diciembre de 1953, y la Ley sobre cuencas fluviales, N° 959 de 27 de diciembre de 1953): éstos han sido considerados tributos<sup>(25)</sup> pero en realidad son indemnizaciones de naturaleza reparatoria de la substracción de riqueza que sufren las colectividades locales por efecto de derivaciones hidráulicas para uso de electricidad, similares a tantos otros que se imponen en las concesiones de uso excepcional de bienes públicos por determinación de las autoridades concedentes.

Debemos ahora estudiar una figura frecuente en Derecho positivo: aquella en que la ley impone no una prestación pecuniaria

(24) Véase sobre todo LUCIFREDI, "Le prestazioni obbligatorie in natura dei privati alla pubblica amministrazione", Padua, 1934, 74.

(25) ZINGALI, op. cit., 232; S. D'ALBERGO, Giur. it., 1956, III, 53, los considera cánones de Derecho privado.

sino el deber de valerse de una prestación de entes públicos de la que luego la contraprestación pecuniaria deriva como consecuencia lógica.

En estas figuras no hay imposición de prestaciones reales o pecuniarias: objeto de la norma legal no es la imposición de una prestación pecuniaria, sino la privación parcial, por razones de utilidad pública, de un derecho o facultad del administrado, y la entrega del contenido de ese derecho o facultad a un poder público.

Estamos entonces fuera del ámbito de aplicación del Art. 23 Const., y si acaso, cuando más, en el ámbito de otras disposiciones constitucionales, particularmente del Art. 41, 3° apartado (límites a la libertad de empresa) y 42, 2° apartado (límites a la propiedad) las cuales establecen también reservas de la ley (reservas de acto normativo) como el citado Art. 23.

Así, cuando existan centrales de leche el servicio de su pasteurización está reservado a ellas en exclusiva, y las empresas que comercian con la leche no pueden servirse de otra organización; análogo es el caso de los mercados generales con privativa, de los mataderos públicos y de otras instituciones locales. Numerosos entes públicos ejercen también actividades de este tipo, y antes existían más: el Ente para el aprovisionamiento de carbón adquiría el carbón fósil en el extranjero en exclusiva, y lo vendía luego a grupos regionales de comerciantes; los entes económicos para la agricultura realizaban en exclusiva la venta de bienes de interés para las categorías productoras; sólo el Ente de distribución de chatarra era quien cuidaba de la recolección y venta de chatarra de hierro, etc. Al recibir del ente el bien o el servicio, el particular paga su precio, pero junto al precio debe pagar también la prestación que el ente mismo le ofrece al organizarle el servicio de obtención del bien o del servicio.

En aquellos pocos casos en que la jurisprudencia y la doctrina se han ocupado de las prestaciones pecuniarias de que aquí se habla, las han incluido entre las prestaciones pecuniarias obligatorias, y a veces han empezado a discutir si se trataba de tributos o de prestaciones pecuniarias de otro tipo. Orientación insuficiente, o mejor, errónea, pues con las prestaciones de las que aquí se discute estamos en presencia de un fenómeno de ámbito mucho más vasto y cualitativamente mucho más complejo. En efecto, una cosa es

imponer a un sujeto el deber de pagar una suma con ocasión de verificarse de hechos jurídicos de contenido económico, y otra es privarlo de una facultad, de un derecho, de un poder, y obligarlo a sufrir, por las actividades que formaban objeto de facultad, derecho o poder, una prestación ajena a título oneroso.

Se podría observar que, para los limitados fines del problema de nuestro estudio, es decir, para la existencia de una reserva "de ley" o "de la ley", la cuestión no tendría mayor relieve en la práctica, si es verdad que siempre se estaría en el caso de reserva de la ley, sea cual sea la norma constitucional que se aplique. Y efectivamente tanto la disposición del Art. 23 como en las de los Art. 41, 3º apartado y 42, 2º apartado, se establece solamente una reserva de acto normativo primario. De todos modos no es tanto la existencia de la reserva de la ley lo que en efecto opera, sino el contenido de ella.

Y con esto hemos llegado a un punto en el que el discurso debería ampliarse en horizontes más generales. En efecto, se trataría de establecer con mayor claridad qué cosa son las reservas de normación, cómo operan, cómo se compaginan con otras disposiciones constitucionales. Es evidente que por su parte la reserva de ley es un instituto bastante simple, pues resolviéndose en un mandato de integral y exclusiva regulación de una materia mediante normas primarias solamente, viene a excluir por eso mismo problemas de relación positiva con otros principios de disciplina de la normación. En cambio la reserva de la ley abre continuos problemas positivos de relación, por su misma naturaleza.

Hay entonces un problema de fondo, de clara evidencia: si para todas las libertades y para todas las actividades del particular frente a los poderes públicos el principio conocido como de legalidad de la acción administrativa sólo es el aspecto administrativo de un principio general de reserva de la ley, por la incidencia del ejercicio de la autoridad en el campo de las libertades. Y hasta se podría pensar que, debiéndose en línea de máxima dar respuesta positiva al problema, el Art. 23 Const. deba considerarse, más que un principio atinente a las "prestaciones" en sentido propio, el enunciado del principio institucional ahora mencionado, en una de administrativos que se resuelven no en limitaciones de la libertad, sus más importantes extrinsecaciones, esto es, la de los proveídos sino en imposiciones de actividad al administrado.

La duda fue planteada por Calamandrei, pero pareciera preferible considerar el principio institucional mencionado como un principio no escrito, que recibiría diversas aplicaciones, con diversos contenidos, en los artículos de la Constitución con los cuales se establecen reservas de la ley en orden a las diversas libertades y actividades. De donde el ámbito del principio del Art. 23 vendría a circunscribirse sustancialmente a los proveídos administrativos impositivos de prestaciones al administrado, o bien, para enunciarlo con mayor precisión, a los proveídos administrativos ablatorios productores de deberes o de obligaciones cuyo objeto sea prestaciones del administrado de dar o de hacer.

Mientras que, en cambio, las aplicaciones del Art. 41, 3º apartado y 42, 2º apartado, tendrían un contenido mucho más complejo que el del Art. 23. Con la consecuencia práctica, nada leve, de permitir un control de legitimidad constitucional más articulado y penetrante del que puede permitirse a través del instrumento; más bien simple, ofrecido por el Art. 23.

Pero volviendo a las prestaciones pecuniarias de que se trataba y que podríamos llamar, de modo totalmente convencional, prestaciones pecuniarias obligatorias mediatas, puede concluirse, sin perjuicio de una revisión de toda la problemática de la materia que conduciría a remeditaciones de mayor profundidad y amplitud, diciendo que dichas prestaciones, desde el punto de vista constitucional, tienen relevancia en orden a la reserva de la ley, de contenido mucho más complejo, concerniente a las limitaciones al derecho de propiedad y al de empresa.

13. Examinemos ahora algunos de los casos que se han presentado, escogiendo entre los más significativos.

Los proventos del Ente de la Celulosa deben considerarse tributos, y particularmente impuestos. Como impuestos indirectos gravan también a sujetos no asociados al Ente, en la medida en que realicen actos previstos por las normas (venta, por parte de importadores, de papel y cartón, importaciones de celulosa), y además gravan a los asociados (venta de papel, de cartones y de celulosa). En realidad se podría pensar que frente a los asociados (consortistas obligatorios) se trate de cuotas asociativas y no de tributos, y tendríamos así un caso que revestiría cierto interés,

idéntico al que se plantea para los consorcios obligatorios, en que las cuotas deben considerarse proventos de Derecho privado, según la interpretación preferible. Pero el mecanismo adoptado por la ley de un porcentaje sobre el importe de las facturas emitidas, hace imposible adoptar tal construcción, siendo característica típica de las cuotas de los consortistas su conmensuración a los gastos del ente, destinando los residuos al pago de las cuotas de los años sucesivos. Y esto sin mencionar el hecho de que el Ente no es en realidad un consorcio obligatorio.

Siendo impuestos, los proventos de dicho ente caen bajo lo dispuesto en el principio constitucional de reserva de la ley. En el caso de estudio la ley había sido emanada y determinaba exactamente los sujetos activos y pasivos, los presupuestos, el objeto de los tributos; en cuanto a la medida, con base en una primera determinación hecha directamente por la ley, eran posibles determinaciones interministeriales de aumento o disminución (nos referimos a la legislación vigente en el momento del pronunciamiento, y no a la que está ahora en vigor). Entonces el problema era éste: ¿podía deducirse de la ley, aunque fuera implícitamente, un criterio al cual los ministros tendrían que atenerse para realizar la determinación a ellos confiada? Si existía dicho criterio y los ministros no lo habían tomado en cuenta, su proveído (decreto ministerial) era ilegítimo; si en cambio el criterio faltaba debía considerarse inválida la norma que atribuía el poder a los ministros.

La Casación no vio del todo este problema. Se limitó a afirmar rotundamente que la medida máxima del tributo debía estar fijada siempre por norma de ley, confundiendo así la práctica seguida en la mayoría de los casos con un principio normativo absoluto, sin darse cuenta de que el caso del Ente de la Celulosa no era aislado en lo que atañe a la determinación de la medida máxima del tributo.<sup>(26)</sup>

Ahora que las normas han sido sustituidas por otras la cuestión ha perdido importancia práctica; pero yo estimaría que del Art. 2 de la ley institutiva, N° 1453 de 13 de junio de 1935, según como fue modificado después, podrían derivarse los criterios con base en los cuales se podría ejercitar el poder de variación de la medida de los tributos.

(26) Ver los escritos citados en la nota (1).

14. El Ente Nacional de Hidrocarburos tiene muchos proventos. Han dado lugar a debates los que ya percibía el preexistente Ente Nacional del Metano, reordenados mediante Ley N° 640 de 8 de julio de 1950, esto es, las “retribuciones por uso de las bombas de metano”.<sup>(27)</sup>

Conviene advertir que la Ley N° 640 de 1950, al disciplinar la materia ha conservado el principio de la propiedad privada de los cilindros o bombas de metano, pero para no crear obstáculos a la circulación de ellos, ha reafirmado además el llamado principio de la intercambiabilidad de los cilindros: es decir, las bombas o cilindros circulan entre todos los usuarios independientemente de su propiedad y sin vínculos de retorno necesarios entre los diversos usuarios. El Ente Nacional de Hidrocarburos provee al mantenimiento de los cilindros, y provee también a la sustitución de las que no sirven, mantiene las relaciones con los órganos que realizan el control (Asociación Nacional para el control de la combustión; Administración de los ferrocarriles) y también cuida del seguro colectivo de responsabilidad hacia terceros. De modo que el derecho de propiedad sobre los cilindros está parcialmente reducido en el interés de los propietarios y también de la colectividad, y están concentradas en el ente público las incumbencias técnicas concernientes a la manutención y la circulación de esta particular categoría de bienes.

La ley dispone que por las prestaciones de las actividades que el ente provee a los interesados le sea pagada una “retribución de uso” cuyo monto es determinado por un comité cuya sede es el ente mismo, y que está a cargo de los usuarios de los cilindros, o sea de quienes los emplean para utilizarlos como tales (la determinación exacta de la noción de usuario del cilindro ha dado lugar a cuestiones sutiles, especialmente en orden a la diferencia entre usuario del cilindro y usuario del gas; pero esto no interesa aquí). La “retribución” comprende la compensación por el uso del cilindro, la cual es luego girada al propietario mediante operaciones internas (y de ahí que si el propietario es también usuario, paga la contribución de uso, pero luego recibe en restitución la compensación que él mismo se pagó) y una compensación al Ente, calculada de

(27) Véase F. FORTE, Note sulla nozione di tributo, cit.; en nota reporta también dos sentencias contradictorias: una de la Corte de Apelación de Roma y la otra del Tribunal de Florencia.

modo que queden cubiertos los gastos soportados por éste y por el comité.

¿Cuál es la naturaleza de la retribución de uso? Se ha dicho <sup>(28)</sup> que es un tributo porque deriva de una actividad de Derecho público del ente en régimen de monopolio.

Pero como tributo, ¿qué podría ser? No un impuesto, pues resulta de servicios divisibles e indivisibles, según sea el número de cilindros alquilados al usuario. No un tributo especial, porque éste presupone la existencia de un servicio indivisible junto a una ventaja específica, y falta en el esquema, obviamente, ese servicio indivisible. Sólo podría ser una tasa.

La realidad es que esa figura constituye un claro ejemplo de retribución por actividad regulada por normas de Derecho especial. Incluso si prescindimos del hecho de que ya de por sí comprende la compensación al propietario por el uso que del cilindro hacen los terceros, por la parte por la que la retribución atañe a las prestaciones realizadas por el ente, este último no emana ningún acto administrativo (por lo que se excluye la posibilidad de que se trata de una tasa). Por el contrario, la actividad realizada por el ente no difiere de la que llevarían a cabo los propietarios de cilindros si tuvieran que proveer ellos mismos al mantenimiento, a las visitas de control y al aseguramiento de tales cilindros (como ocurre con los cilindros destinados a contener gases distintos del metano). Con base en la regla de la intercambiabilidad de los cilindros, una vez que éstos entran en circulación no puede distinguirse en concreto el modo en que dicha circulación se verifica.

En la medida en que la “retribución” es efectivamente tal, estamos fuera del campo de aplicación del Art. 23 Const. Pero —se dice— es necesario ver si esa retribución da lugar a una prestación real con fisonomía propia, e “impuesta” por la ley.

La confusión que dicha objeción contiene es sin embargo evidente: la ley no impone al propietario o usuario de cilindros una prestación patrimonial; al contrario, lo obliga a aceptar una prestación personal de un tercero, y restringe los derechos de propiedad y de empresa al imponer la intercambiabilidad de los cilindros y al confiar al ente público el servicio de mantenimiento y control.

(28) Exacción coactiva no tributaria, según FORTE, op. cit.

De todos modos estaría observada la reserva de la ley, porque el monto de la retribución debe adecuarse a los gastos de gestión del ente: cualquier juez estaría entonces en grado de controlar la observancia del criterio que debe usarse para determinar la medida de la retribución. <sup>(29)</sup>

15. El Ente para el Arroz desarrolla actividades de tutela seccional; sus actividades no están bien definidas, pero la ley ciertamente (en particular el R.D.L. N° 1183 de 11 de agosto de 1933) les atribuye tareas que se manifiestan en funciones públicas que conllevan poderes autoritarios de constatación que se manifiestan en controles sobre las superficies cultivadas, sobre las calidades, sobre la producción y el comercio de las variedades del arroz; también extiende certificaciones, a veces incluso certificaciones en función autoritativa, en cuanto ello sea requerido para el cumplimiento de negocios privados.

Sobre las ventas de arroz y en proporción a sus cantidades, el Ente percibe un “derecho de contrato” cuya medida es fijada anualmente por el órgano directivo del Ente, mediante decisión sometida a aprobación (control de mérito) por parte de los Ministros de Agricultura, Industria y Finanzas (Art. 9 de la ley).

El “derecho de contrato” es entonces una entrada cuyos elementos sólo parcialmente vienen determinados en la ley. Se determinan los presupuestos (contratos) y el objeto (valor de los contratos), los sujetos pasivos y las modalidades de recaudación. Indeterminado queda lo que atañe a la medida, y además se da la particularidad de que la medida es determinada por el mismo órgano del Ente.

Este último hecho no parece causa de ilegitimidad de la norma: el ente tiene carácter seccional, y aún no siendo asociativo es ciertamente un ente de categoría. Tiene naturaleza pública y cumple servicios y funciones públicas: el órgano del ente es por lo tanto un órgano público, al cual no puede negarse la atribución del poder de proveer en relación con las finanzas del ente mismo.

El aspecto relativo a la determinación de la medida de la entrada es más delicado.

(29) En sentido conforme FORTE, op. cit. 282.

Aquí no se da ninguna vicisitud del tipo de la que se vio en el caso del Ente de los Hidrocarburos: el "derecho de contrato" no es una retribución por servicios obligatorios realizados por el Ente que ocupen el lugar de las correspondientes facultades del empresario o del propietario, pues no puede decirse que la ley haya asignado al Ente ningún servicio de ese tipo. El Ente realiza actividades que se concretan, en su mayor parte, en servicios, pero en servicios que se añaden a la actividad de los particulares y no que sustituyen a esa actividad. Otra parte de la actividad del Ente constituye función pública, pues conlleva el ejercicio de acciones de policía económica y la emisión de actos certificativos.

Estando coordinado el pago del "derecho" con la emanación de certificaciones, podría pensarse que se está en presencia de un tributo, y especialmente de una tasa. Pero estando la deuda adecuada a las cantidades de producto negociadas, más correcto parecería considerar que este provento es un impuesto indirecto.

Se daría entonces el caso de ente público que determina la medida de un tributo que la ley le atribuye; gran parte de los tributos locales se encuentran en esta situación, con la diferencia de que la norma estatal determina al menos las medidas máximas. Puesto que, en la especie, la norma no determina la medida máxima, se plantea el mismo problema que varias veces hemos tratado: ¿existe en las normas predeterminación de criterios idóneos para hacer determinable el monto de la medida?

Aquí podría entenderse la locución de la norma "necesidades del ente" en el sentido de adecuación de la medida de los derechos a los gastos que el ente debe soportar para desarrollar sus actividades. En tal caso la reserva de la ley vendría respetada, y el "derecho" de contrato sería constitucionalmente legítimo.

16. Para algunas de las controversias de que se habló al principio ha sido investida la Corte Constitucional. Encontrándose este estudio pendiente de publicación aparecieron dos decisiones: la sentencia N° 4 de 26 de enero de 1957, sobre la legitimidad de las normas concernientes a los derechos de contrato del Ente para el Arroz, y la N° 30 de 26 de enero de 1957, sobre la legitimidad de las normas concernientes a las retribuciones de uso del ente Nacional de Hidrocarburos.<sup>(30)</sup> Ambas sentencias reconocen la

(30) En la revista "Giurisprudenza Costituzionale", 1957, 22, 407.

legitimidad constitucional de las normas deducidas en juicio, con base en el mismo orden de argumentos.

La Corte Constitucional ha considerado exacta la tesis, expuesta también en este estudio, según la cual el Art. 23 Const. configura una reserva de acto normativo (reserva de la ley) y no una reserva de norma primaria (reserva de ley) para las prestaciones patrimoniales y personales. Y por consecuencia ha considerado constitucionalmente legítimas las normas primarias reguladoras de tales prestaciones cuando se dejen indeterminados algunos elementos, siempre que de cualquier modo dichas leyes establezcan criterios capaces de delimitar suficientemente los poderes de determinar en concreto dichos elementos.

Las sentencias no se pronunciaron explícitamente sobre la naturaleza de los actos con los cuales tales poderes deben ejercerse; pero implícitamente han admitido que puedan ser incluso proveídos administrativos: en efecto, en los dos casos examinados por ellas se proveía mediante decisión de órganos dirigentes del ente público o mediante decisión (decreto) interministerial.

En ambos casos el elemento que se dejó indeterminado por parte de la norma era la medida (del tributo para el Ente del Arroz, de la retribución para el Ente de los Hidrocarburos). En el primero la sentencia ha estimado que en el concepto de necesidad del ente está contenido el criterio de adecuación de la medida del tributo a los gastos para sostener el desarrollo de la función o del servicio; en el segundo ha observado que las normas mismas establecen el criterio de adecuación de la medida de la contribución a los gastos. Y ha observado además, en ambas providencias, que existen mecanismos de control suficientes para permitir a los mismos interesados defenderse contra posibles excesos de los órganos deliberantes. De modo que contra el proveído administrativo con el cual se viola la norma determinativa de los criterios concernientes a la medida de los proventos, es posible acordar medidas de tutela de los derechos de los interesados (aunque haya opiniones contrarias debe pensarse en que las controversias correspondan a la jurisdicción voluntaria).

Mientras que para las contribuciones de uso a favor del Ente de los Hidrocarburos el razonamiento de la Corte nos parece irreprochable, no quedamos tan convencidos en orden a los tributos

(derechos de contrato) a favor del Ente para el Arroz: pero no es ésta la sede para examinar a fondo esa particular cuestión.

Es necesario en cambio formular algunas reservas sobre la solución que la Corte Constitucional ha adoptado en orden a la noción de prestaciones patrimoniales y personales. Es principalmente en la sentencia N° 4 que se encuentra delineada esta noción, pues la sentencia N° 30 no hace otra cosa que remitirse a aquélla. Se dice en tal sentencia que deben considerarse prestaciones, en el sentido del Art. 23 Constitucional, las que son "establecidas como obligatorias a cargo de una persona sin el concurso de su voluntad", en tal caso, se dice, la prestación es "impuesta", y ninguna relevancia tienen, para los fines de la norma, no sólo la denominación con que el legislador la designa (y esto es obviamente exacto), sino que tampoco su naturaleza: es suficiente que se trate de prestación instituida por acto de la autoridad.

La amplitud de esta noción nos parece inaceptable por las razones antes dichas y que no repetiremos. Además, en el caso del Ente para el Arroz, la Corte Constitucional se encontraba frente a un provento de naturaleza claramente tributaria y, por ende, podía incluso no ver los problemas que ha planteado la existencia de retribuciones de Derecho privado, de retribuciones de derecho privado especial, de prestaciones pecuniarias mediatas, de las que hemos tratado de proponer en este estudio aspectos nuevos. Pero en el caso del Ente Nacional de los Hidrocarburos estos problemas debieron ser decididos; y con mayor precisión debió resolverse el que planteaba el caso, esto es, como también se mencionó antes, la imposición al particular de una prestación obligatoria de un ente público a título oneroso.

Por lo tanto, es de esperar que por una parte la doctrina quiera enfocar los problemas aquí discutidos, transitando por vías menos simplistas que las recorridas hasta ahora y, consiguientemente, más conformes a la realidad cada vez más complicada de un ordenamiento moderno; y por otra parte que la misma Corte Constitucional quiera plantearse en el futuro los problemas dejados en la sombra en sus dos primeros pronunciamientos; éstos han establecido puntos fundamentales para la disciplina de la materia —y en esto está su indiscutible mérito—: ahora se trata de articular su aplicación a una realidad que es más compleja de lo que la tratadística tradicional podía hacer pensar.

## LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN LA ORGANIZACIÓN Y LA DISCIPLINA DE LAS EMPRESAS

PROF. GIUSEPPE GUARINO  
Catedrático de la Universidad de Roma  
Traduce: Walter Antillón

1. Los medios de producción: materias primas, máquinas, capacidades humanas bajo la forma de trabajo, capital financiero, a pesar de ésa su denominación, comúnmente aceptada, nada pueden producir separadamente, constituyendo sólo elementos, ninguno por sí mismo suficiente y tampoco todos juntos siempre necesarios, de una combinación que se realiza dentro del ámbito y por medio de una especial organización, que es la empresa.

Se estaría tentado a considerar a la empresa, en cuanto organización, como un medio distinto de producción junto a los otros. Pero este planteamiento daría una visión deformada de la realidad puesto que la empresa es el todo, frente al cual materias primas, máquinas, trabajo y capital financiero representan sólo partes singulares. La empresa tiene su propio grupo de mando y se vale de su propio sistema de normas: según un concepto, profundizado en particular por la doctrina jurídica italiana, la empresa constituye, desde el punto de vista jurídico, un ordenamiento.

Caracteriza a la empresa la circunstancia de que, en una cierta medida, debe permanecer autónoma respecto a cualquier otra organización de tipo político o de igual tipo productivo. Reduciendo a unidad una multiplicidad de elementos, la empresa tiene una existencia propia objetiva y real y, por ende, una individualidad. Y puesto que la empresa es un momento necesario de la producción, no sería incorrecto considerarla como el verdadero y efectivo "medio de producción": no diverso parece, por lo demás, el concepto