

Bolsas de Cereales y función administrativa (*) - [EDA, (31/10/2008, nro 12.123)]

Por Moscariello, Agustín R.

1

Introducción

El comercio de granos y legumbres se encuentra regulado principalmente por la resolución general AFIP 2300/07, además de por los usos y costumbres y normativas particulares de distintos mercados.

La resolución mencionada prevé, como veremos en detalle más abajo, un sistema de control de las operaciones de comercio de granos por la AFIP, así como otra vía alternativa por ante las Bolsas de Cereales (art. 38)(1), que resulta más ágil. Se trata de un sistema que tiene unos diez años de antigüedad, pero sólo recientemente se han generado algunos cuestionamientos al respecto.

En general, las Bolsas se han resistido a ver su actuación alternativa como una delegación de atribuciones públicas, conduciéndose al respecto como si se tratara de una actividad enteramente privada y, por tanto, totalmente potestativa de ellas.

Al tiempo que la realidad de los negocios agroindustriales indica que la denegación por parte de las Bolsas de prestar este sistema optativo, las más de las veces deja fuera de los principales mercados al usuario rechazado (especialmente si se trata de un corredor).

La temática a desarrollar en este trabajo será analizar la naturaleza jurídico-administrativa de esta actividad de las Bolsas y las implicancias que de ello surgen. En tal economía comenzaremos con una breve repaso de la naturaleza de las Bolsas de Cereales.

2

Bolsas de Cereales

Las Bolsas de Cereales en nuestro país han sido constituidas de forma privada, sin injerencia estatal y utilizando formas típicas del derecho privado(2). A partir de recientes resoluciones de la AFIP se les ha exigido a estas entidades una autorización del Poder Ejecutivo Nacional para actuar en el comercio de granos (actual resolución general AFIP 2300/07, antes 1394/02, 991/02 y 129/98).

Por otra parte, la ley 17.811 regula la constitución y funcionamiento de Bolsas y Mercados de Valores. En su art. 22 los autoriza a constituirse tanto como S.A. como asociaciones civiles(3).

En el caso particular de la Bolsa de Comercio de Rosario -la cual hace las veces además de Bolsa de Cereales(4)- tiene dentro de su seno al Mercado a Término de Cereales (el llamado Rofex, constituido como S.A.) y a la Bolsa de Valores, cumpliendo por tanto una doble función. A su vez en el marco del comercio de granos y oleaginosos y subproductos, la Bolsa de Rosario nuclea además un mercado de granos informal, autorregulado, llamado Mercado Físico de Granos, integrado por todos los operadores de granos, principalmente corredores y compradores (exportadores). Para intervenir en el mismo se requiere ser socio de la institución y estar habilitado al efecto, debiendo el operador interesado rendir un examen. Este mercado informal tiene un reglamento interno aprobado por la Bolsa de Comercio de Rosario(5).

3

La resolución general AFIP 2300/07

y la delegación de cometidos a las Bolsas

En lo que a este estudio interesa, la resolución mencionada reglamenta el comúnmente llamado servicio de "oblea", esto es, de certificación de contratos del comercio de granos, oleaginosos y legumbres secas (art. 38).

La norma, como ya dijimos, prevé la existencia de un doble sistema: a) el sistema de "oblea" de las Bolsas de Cereales y b) la certificación de distintas documentaciones(6) mediante escribano público de todos los contratos (art. 36, in fine), verificando además la veracidad de las operaciones, la inclusión en el Registro de los contratantes y la

acreditación como operador.

El sistema b) sería el "oficial" ante la AFIP, mientras que el a) sería el "opcional" ante las Bolsas. En ambos casos el sujeto interesado debe estar inscripto en el Registro Fiscal de Operadores en la Compraventa de Granos y Legumbres Secas de la AFIP(7).

El servicio que las Bolsas prestan consiste en acreditar la existencia real de los sujetos intervinientes, su acreditación como operadores y el cumplimiento de la normativa fiscal de los intervinientes en la compraventa, así como del corredor(8). Acreditado lo cual, la Bolsa respectiva pasa a incorporar una oblea al contrato, con lo cual se dan por acreditados los extremos antes mencionados.

La realidad indica que la gran mayoría de las operaciones se realizan mediante la certificación del contrato a través de las bolsas de cereales(9); el factor definitorio para ello está dado por el hecho de que utilizando el "servicio de oblea" el exportador le retiene al vendedor 2,5 puntos menos del IVA (recordemos que el agro tiene en parte, y al menos por ahora, un IVA preferencial del 10,5%), esto es el 8% (conf. art. 36, resolución AFIP 2300/07).

La resolución 2300/07 prevé que ante la suspensión de un sujeto del registro de operadores de granos de la AFIP, el exportador le retendrá el 10,5% del IVA al comprador (art. 41, resolución AFIP 2300/07).

Sin embargo, en la práctica, los exportadores retienen el 10,5% también a aquellos vendedores que hayan sido suspendidos del sistema "alternativo" de la oblea que prestan las Bolsas de Cereales. Con lo cual vemos que en los hechos, la suspensión del servicio de oblea que realizan las Bolsas opera con la misma virtualidad que la suspensión en el Registro Fiscal de Operadores en la Compraventa de Granos y Legumbres Secas que realiza la AFIP, especialmente si se trata de un corredor de granos.

Esto se ve agravado por la "reciprocidad" que la norma prevé entre las Bolsas, vale decir que para el caso que una institución deniegue la oblea para una operación, las restantes Bolsas "deberán conceder idéntico tratamiento", negando por tanto el servicio (art. 38, párr. 3º, resolución 2300/07, con igual redacción en su antecesora 1394/02).

Todo ello hace que el sistema, si bien es optativo en teoría, en los hechos no lo es tanto. Debido a que la velocidad de los negocios actuales hace inconveniente la certificación mediante escribano público de todo contrato de compraventa de granos (negocio que

generalmente se formaliza por teléfono o por medios electrónicos), sumado al hecho de que al serle retenido el 10,5% le crea un desequilibrio financiero, constituyendo una desventaja económica respecto de aquel vendedor (acopiador o productor la más de las veces) al que el exportador sólo le retiene el 8% y le paga el 2,5%. Esto se ve magnificado por las sumas que se suelen manejar en este rubro.

Así las cosas, considero que la actividad de certificación de contratos de las Bolsas mediante el llamado servicio de "oblea" excede la mera actividad entre particulares y configura una delegación transestructural de cometidos de la Administración hacia una organización privada(10), la que ejecuta una suerte de función "parafiscal", o como se ha llamado en Italia, un ejercicio privado de funciones públicas(11).

Se trata entonces de una delegación de cometidos o transferencia con fines de "autoadministración"(12) desde la AFIP (titular de la potestad) hacia las Bolsas de Cereales, las cuales actúan como "sujetos auxiliares" del Estado(13).

Configura por tanto un medio de ayuda o colaboración de los particulares al cumplimiento de fines públicos(14).

De este modo lo ha entendido la sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, donde en el voto de los Dres. Galli y Uslenghi se dijo que esta actividad "excede claramente el mero interés privado de aquéllas (las partes), reconociendo un interés público, común a los eventuales operadores económicos pertenecientes a ese sector determinado y al adecuado funcionamiento del mercado general"(15).

4

¿Configuran las Bolsas de Cereales entes públicos no estatales?

En primer lugar, corresponde recordar que no toda la doctrina es conteste en la existencia de esta categoría(16). Sin embargo, a los fines de nuestra investigación, partiremos de la hipótesis de su existencia como categoría jurídica para interrogarnos acerca de si las Bolsas de Cereales pueden calificarse como tales.

Ya hemos dicho que estas instituciones ejecutan una actividad pública que le ha sido

delegada por la AFIP mediante la resolución 2300/07 cuando certifican contratos, mas ello, ¿es suficiente para considerar a las Bolsas como entes públicos no estatales?

Hasta aquí encontramos que las Bolsas de Cereales han sido tratadas por autores comercialistas como simples organizaciones privadas (con o sin fines de lucro de acuerdo con los estatutos de su constitución), sin tener en cuenta la injerencia en funciones públicas que puedan tener.

Veamos primero el régimen de estos entes. Se trata de entes que están "junto o al lado del Estado colaborando con él en la satisfacción del interés general"(17).

En doctrina la primera caracterización de las "personas públicas no estatales" la realizó Sayagués Laso(18), para quien estos entes son los que reúnen los siguientes extremos: 1) creación legal (aunque el autor acepta que podría ser que el ente no sea creado directamente por ley, pero sí autorizada su creación y funcionamiento por ley); 2) su organización supone un cierto elemento coactivo, ya sea en la obligación de afiliarse, incorporarse a la entidad o a contribuir a la integración de su patrimonio; 3) las autoridades estatales intervienen en la dirección y administración de los entes (generalmente mediante la designación de alguno de sus miembros); 4) el Estado ejerce un contralor intenso sobre su actividad, y 5) tienen a su cargo la ejecución de cometido público o de interés general.

Respecto de esta caracterización vemos que no todos los requisitos se presentan en el caso de las Bolsas de Cereales en la Argentina.

Así, no aparece el extremo de la creación legal, como tampoco la intervención de autoridades estatales en la dirección, ni la colegiación obligatoria(19) (requisito éste que la doctrina nacional suele mencionar como esencial para tal calificación[20]). Sin embargo, en el caso en estudio se verifica una delegación de cometidos, que si bien no hecha por medio de una ley (como sucede en el caso de las profesiones liberales)(21), fue realizada mediante una resolución general de la AFIP(22). También aparece el fuerte contralor estatal(23). Ello es en virtud de que la AFIP es el titular de la potestad (por tanto es quien deba delegarlo, y en virtud del principio del paralelismo de las competencias, sería quien pudiera retomar dichas atribuciones[24]).

Entonces vemos que sólo aparecen claramente los requisitos del fuerte contralor estatal (explicable por el rol fundamental que desempeñan estos cuerpos intermedios) y la delegación transestructural de cometidos, a favor de una institución que nace de la libre asociación de sus miembros.

Por ello, y según la caracterización que realizara Sayagués Laso y la doctrina judicial que ha surgido al respecto en la Argentina(25), considero que actualmente no sería posible predicar que las Bolsas de Cereales configuran entes públicos no estatales.

Sin embargo, las Bolsas de Cereales, a la luz de las consideraciones que venimos haciendo y siguiendo la terminología de Gordillo, no podrán ser consideradas ya entidades netamente privadas sino que como mínimo deberían ser tomadas como asociaciones privadas de interés público(26). Y en lo relativo al ejercicio de las atribuciones delegadas por la AFIP, podemos decir que se trata de personas privadas en ejercicio de funciones públicas.

Finalmente, también es posible sostener que las Bolsas se encuentran en una relación de sujeción especial(27).

5

Control judicial

El control judicial de la actividad de las Bolsas desplegada por delegación o transferencia de la AFIP, al ser considerada funciones públicas "paraestatales" o "parafiscales" nutre de mayores garantías a los usuarios del sistema y posibilita su control judicial a la luz del régimen administrativo(28).

Por ello, las Bolsas de Cereales no podrán considerar al servicio de oblea como "meramente facultativo" o manejarse como si se tratara de una actividad totalmente privada con este servicio, otorgando o negando la certificación del contrato de modo "potestativo", sino que deberán hacerlo con respecto a principios y normas de derecho público (y ello incluye las garantías de los administrados), al tratarse de una función materialmente administrativa.

Por ello, el control judicial de esta actividad desarrollada por las Bolsas lo será tanto de legalidad, así como también de razonabilidad (sobre el núcleo duro de la discrecionalidad).

Respecto del control de legalidad, si consideramos que no estamos ante un ente público no estatal será casi imposible afirmar que se trata de un acto administrativo(29). Por ello, el contralor no será de los elementos reglados del acto que surgen de la LPA, sino que será respecto de los elementos "reglados" que surjan de los reglamentos internos de la Bolsa respectiva (si los hubiere) y del respeto al debido procedimiento adjetivo y al derecho de defensa(30).

Al respecto recordemos que ya en la actividad de las organizaciones netamente privadas, el derecho rechaza las decisiones arbitrarias y contrarias al debido proceso(31). Con más razón deberán respetarse estos principios si consideramos que estamos ante una actividad desplegada a raíz de una delegación de cometidos de la Administración(32).

Para el caso en que haya un amplio margen de discrecionalidad de la Bolsa al momento de decidir prestar o no el servicio de oblea (porque carece de reglamentos al respecto), ello aumentará el deber de motivar las decisiones que al respecto se tomen(33).

Por otro lado, también se puede realizar un control de los "hechos determinantes de la sanción"(34) (verificando la existencia de los hechos alegados como antecedentes de la medida).

Caso contrario, de no respetarse estos extremos, al afectar gravemente un derecho constitucional (a trabajar y ejercer industria lícita del art. 14, CN, así como al derecho de propiedad(35) -art. 17, CN-), la sanción impuesta por una Bolsa de Cereales, como podría ser la suspensión o baja definitiva del "servicio de oblea" configuraría una vía de hecho(36).

En resumidas cuentas, el control judicial sobre la actividad delegada a las Bolsas podrá recaer sobre la razonabilidad de la medida(37), su legalidad, sobre si ha respetado el derecho de defensa del sancionado, el debido proceso adjetivo(38), la proporcionalidad de la decisión(39), la igualdad (si ante una misma situación ha tratado o no de igual modo a distintos usuarios del servicio de oblea), defensa de la competencia (art. 42, CN)(40), en fin, control por medio de los principios generales del derecho(41).

En cuanto al aspecto procesal, la vía a emplear para impugnar tal decisión por el perjudicado será la acción de amparo(42) o una mera declarativa con una medida cautelar.

La jurisdicción judicial que debe entender en estas cuestiones es la justicia federal. En el

interior del país, los jueces federales (que tengan competencia en cuestiones contencioso administrativas) y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el fuero especializado contencioso administrativo federal.

Esta jurisdicción federal se justifica por el hecho de que se trata del ejercicio de una competencia que viene delegada por un organismo del Estado federal.

Respecto del interrogante a si hay que agotar la vía administrativa previo a la judicial, el mismo ha sido respondido al considerar que no estamos ante un acto administrativo (es claro que sin acto, no habrá recurso administrativo a interponer)(43).

Finalmente, si el obrar de las Bolsas es reputado ilegítimo, y con esa conducta se ha causado un daño al administrado (el usuario del sistema) -y al mismo tiempo se verifican los extremos de factor de atribución y nexo causal-, podría generarse un supuesto de responsabilidad de las Bolsas.

6

Conclusión

Si bien las Bolsas de Cereales se parecen bastante a los entes públicos no estatales, no estamos seguros de poder calificarlos como tales sin margen de error (como si fuesen Colegios Profesionales). De todos modos, embarcándonos dentro de la corriente que acepta la existencia de tales entes, la semejanza existe y es indudable.

De todos modos, aunque digamos que en el particular las Bolsas no configuran exactamente entes públicos no estatales, es incontestable que cuando ejercen las funciones paraestatales que les ha delegado la AFIP mediante la resolución 2300/07 (y sus antecesoras) actúan como "personas privadas en ejercicio de funciones públicas", en una situación asimilable a los concesionarios de servicios públicos(44) (en cuanto no son entes públicos no estatales pero parte de su actividad cae dentro de la órbita del derecho público).

Y si bien, las decisiones que tomen al respecto es claro que no configuran actos administrativos, por el significado económico que tienen para el interesado dichas decisiones (v.gr. una baja o suspensión del servicio de "oblea", que virtualmente excluye

al vendedor -acopiador o productor- de los mercados más importantes de granos y oleaginosas de la Argentina), y al ser en ejercicio de funciones "parafiscales" materialmente administrativas, habrá que dotar a las mismas de todas las garantías que otorga el ordenamiento jurídico administrativo para evitar la arbitrariedad de la medida, desde el momento en que ese segmento de la actividad de las Bolsas cae dentro de la regulación del derecho administrativo.

voces: bolsas y mercados - derecho administrativo - recursos naturales - impuestos - poder judicial

*** - El autor es Abogado graduado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia Universidad Católica Argentina. Adscripto a la materia Derecho Administrativo en la misma facultad. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral.**

1 - Resolución general AFIP 2300/07. "Bolsas de Cereales Autorizadas. Certificación. Art. 38. El agente de retención podrá sustituir los procedimientos previstos en los arts. 36 y 37 -excepto las obligaciones establecidas en el inc. a) del art. 37-, mediante una certificación extendida por alguna de las Bolsas de Cereales autorizadas por el Poder Ejecutivo Nacional para actuar en el comercio de granos. En tal caso, el agente de retención solicitará dicha certificación por escrito cumpliendo las demás formalidades que aquéllas establezcan. De acceder alguna de las entidades citadas a la emisión de la mencionada certificación, ésta se extenderá por cada operación registrada ante la Bolsa de Cereales certificante. En caso de que una de las Bolsas de Cereales no acceda a otorgar al agente de retención solicitante la certificación indicada en el primer párrafo de este artículo, las restantes Bolsas deberán conceder idéntico tratamiento. Dicho procedimiento no afectará las facultades de esas entidades para registrar operaciones y cumplir normas legales derivadas de la realización de las mismas en su jurisdicción. Las Bolsas de Cereales autorizadas por el Poder Ejecutivo Nacional para actuar en el comercio de granos, a los efectos de poner a disposición del personal fiscalizador de este Organismo la información de las operaciones, quedan obligadas a: a) contar con una única e integrada base de datos conteniendo la información de las operaciones primarias y secundarias, certificadas e informadas, que pueda ser consultada en forma independiente por las operaciones correspondientes a cada una de las entidades; b) conservar en archivo la documentación y los elementos que dieron origen a la certificación extendida, y la información suministrada por los agentes de retención de acuerdo con lo previsto en el art. 17, por el término establecido en el art. 48 del decreto reglamentario de la ley 11.683, texto ordenado en 1998 y sus modificaciones".

2 - ***En el caso de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires, ha sido constituida como asociación civil sin fines de lucro (art. 1º, inc. c] del Estatuto, según la redacción actual del Consejo Directivo del 13-12-00).***

3 - ***Tal es el caso de la Bolsa de Comercio de Rosario, art. 1º de su Estatuto y Reglamento General 2003, sancionado por Asamblea General Extraordinaria de fecha 18-8-1884 y sucesivas modificaciones.***

4 - ***Al igual que la Bolsa de la Ciudad de Santa Fe.***

5 - ***A su vez, esta institución tiene una Cámara Arbitral de Cereales, en la cual se dirimen los conflictos del comercio de granos, de sujeción voluntaria, aunque en la realidad comercial prácticamente todos los contratos prevén la prórroga de jurisdicción a la misma.***

6 - ***En caso de tratarse de personas jurídicas, copia certificada del acta constitutiva de la sociedad, del acto en el cual se resuelve la designación de los administradores y representantes de la misma, etcétera.***

7 - ***Art. 20 y sigs. de la resolución general AFIP 2300/07.***

8 - ***Es obvio que el corredor no es "parte" del contrato de compraventa de cereales, sino que por su rol acerca a vendedor y comprador; sin embargo, según los usos y costumbres del ramo, en los contratos se suele hacer responsable al corredor por el incumplimiento del vendedor. Con ello su participación en el contrato es más comprometida que la de corredores en otros ámbitos. Por otro lado, surge el interrogante de ¿para qué se estableció dentro de las categorías del Registro Fiscal de Operadores de Granos a los corredores si no son agentes de retención ni sujetos pasibles de las mismas?***

9 - ***Casi el 50% de la cosecha en la Argentina se comercia mediante el sistema de oblea a través de las Bolsas. El resto utiliza otras vías como la venta directa a exportadores, que no siempre deriva en el uso de la oblea.***

10 - ***Conf. Barra, Rodolfo C., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, Ábaco, 2006, t. 3, pág. 607; de igual modo Barra, Rodolfo, Principios de***

derecho administrativo, Buenos Aires, Ábaco, 1980, pág. 246 y sigs.

11 - Cassese, Sabino, Las bases del derecho administrativo, Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 1994, pág. 188. De igual modo, Zanobini, Guido, Curso de derecho administrativo, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1954, t. I, traducción de la quinta edición italiana de 1949, traducida por Héctor Masnatta y actualizada con la 6ª ed. (1950) por Francisco Humberto Picote, págs. 194/6, autor que considera a estos entes como conservando su posición de particulares, al tiempo que los "considera como 'órganos indirectos' del Estado, utilizando la expresión en sentido amplio e impropio".

12 - García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de derecho administrativo, con notas de Agustín Gordillo, 1ª ed. argentina de la duodécima edición española, Buenos Aires, Thomson Civitas La Ley, 2006, t. I, pág. 399. Por su parte, Hutchinson habla por su parte de "funciones administrativas 'sustitutas'" (Hutchinson, Tomás, Las corporaciones profesionales, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1982, pág. 75 y sigs.).

13 - Conf. Monti, Laura, Responsabilidad de las personas públicas no estatales, en AA.VV., Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, pág. 325. La doctrina uruguaya ha presentado a estos entes como una técnica de o instrumento de la reforma del Estado. Flores Dapkevicius, Rubén, Manual de derecho público. Derecho administrativo, Montevideo-Buenos Aires, Julio César Faira Editor, 2007, t. II, pág. 375.

14 - Gauna, Juan O., Ejercicio privado de funciones públicas, LL, 1990-D-1205.

15 - In re: "Biagio Cereales S.A. c. Bolsa de Cereales de BA", El Derecho 3-10-07, pág. 21, consid. 9 del voto de la mayoría y continúa: "Aun cuando las Bolsas de Cereales revisten el carácter de personas jurídicas privadas, y su ámbito de actuación sea preponderantemente privado, su actividad está inserta en operaciones que, en muchos casos, reconoce una regulación más intensa que otras, cuya realización involucra cuestiones de interés público o vinculadas con terceros".

16 - En contra: Barra, R., Principios..., cit., págs. 235/237: "Las entidades 'intermedias' que realizan actividades de cogestión o autogestión-administrativa, no son estatales. Por consiguiente, son personas jurídicas privadas"; y Cap. VI,

Hutchinson, Tomás, Las corporaciones profesionales, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1982, pág. 72; Canosa, Armando N., Algunas reflexiones acerca de las denominadas personas públicas no estatales, ED, 152-239/40. A favor: Marienhoff (Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, t. I, pág. 366 y sigs.), Gordillo (Tratado de derecho administrativo, 5ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1998, t. I, pág. XIV-13 y sigs.), Cassagne (Derecho administrativo, 5ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, t. I, pág. 225), Ivanega (Principios de la administración pública, Buenos Aires, Ábaco, 1998, pág. 105 y sigs.) y Comadira, Julio R. y Muratorio, Jorge I., La constitucionalización de los partidos políticos (estudio preliminar sobre su personalidad y actos jurídicos), LL, 1995-D-1388 y sigs.

17 - Marienhoff, Miguel S., Tratado..., cit., t. I, pág. 506.

18 - Conf. Sayagués Laso, Enrique, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, Martín Bianchi Altuna, 1959, t. II, pág. 234.

19 - El único supuesto que se asemeja a la colegiación obligatoria está dado por el mercado informal, autorregulado el Mercado Físico de Granos que funciona en el marco de la Bolsa de Comercio de Rosario (llamado "el recinto de operaciones"), ya que quien pretenda comerciar en el mismo deberá asociarse a la Bolsa e inscribirse en el "Registro de Operadores del Mercado Físico de Granos" que lleva la misma (conf. art. 2º y sigs., Reglamento de Operadores de Mercado Físico de Granos, aprobado por el Consejo Directivo en fecha 8-7-03).

20 - Conf. Marafuschi, Miguel Á. y Masi, Raúl A., Reflexiones acerca de la naturaleza jurídica del INSSJP (Pami) y la embargabilidad de sus fondos, LL, 1998-B-159. También Ekmekdjian lo presenta con requisito fundamental (Ekmekdjian, Miguel Á., De nuevo sobre el tema de la colegiación obligatoria de los abogados, LL, 1989-A-1190).

21 - La titularidad del poder de policía sobre el ejercicio de las profesiones liberales corresponde a las provincias, al ser considerada una materia "no delegada" al Gobierno Federal. Conf. CS, Fallos: 307:2116 y 308:403. De igual modo, Dromi, José R., Policía profesional: ¿Competencia nacional o provincial?, JA, 1981-IV-744 y Coviello, Pedro J. J., Policía de las profesiones liberales, en AA.VV. Servicio Público, Policía y Fomento, Buenos Aires, RAP, 2004, pág. 565 y sigs. En el caso que nos ocupa, la delegación la hace un organismo del Estado Nacional, al tratarse de una competencia federal.

22 - **En tal sentido, la "delegación de cometidos" a las Bolsas sería en realidad una "sub-delegación de cometidos" (nuevamente aparece el tema de la sub-delegación en temas jurídicos relacionados con el campo) ya que se trata de una potestad que originalmente fue delegada a la AFIP a través de un "bloque de normas" compuesto por el art. 27 de la ley del IVA (ley 23.349 t.o. por decreto 280/97), el art. 22 de la ley 11.683, texto según ley 26.044 (que delega en la AFIP la posibilidad de disponer qué personas intervendrán como agentes de retención) y el art. 7º del decreto 618/97 (que prevé la facultad de reglamentación de la AFIP, la cual está organizada como entidad autárquica).**

23 - **Conf. art. 18 de la resolución 2300/07, por el cual las Bolsas deben informar a la AFIP las operaciones primarias en las que la institución haya certificado contratos según las potestades del art. 38.**

24 - **Conf. Carelo, Luis, La colegiación profesional de los corredores públicos inmobiliarios, La Ley Litoral, año 12, nº 5, junio 2008, pág. 477.**

25 - **CS, "Colegio Público c. Martínez Echenique", ED, 152-234, donde en el dictamen del procurador que la Corte hace propio se resalta el hecho de la creación por ley de la institución a la cual se le delegan los fines públicos, por lo cual "el Colegio Público de Abogados no es una asociación (art. 14, CN) que se integra con la adhesión libre y espontánea de cada componente, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al Estado y que éste por delegación circunstanciada normativamente, transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario de todos los abogados de la Capital Federal". De igual modo se había manifestado la Corte en "Ferrari" (Fallos: 308:987), al discutirse la constitucionalidad de la matriculación obligatoria en Capital impuesta por la ley 23.187. La CS también reconoció que los partidos políticos son "organizaciones de derecho público no estatales" en "Apoderados de Partidos: Liberal, Todos por la Alianza, Pacto Autonomista Liberal y Democracia Progresista", Fallos: 322:2425.**

26 - **Conf. Gordillo, Agustín, Tratado..., cit., t. I, pág. XIV-34. De "interés público" surge por el rol social y económico fundamental que tienen las Bolsas, así como por la delegación de cometidos que reciben. Una postura máxima, en cambio, sería considerar a las Bolsas como "corporaciones públicas", en caso de aceptar que se le aplica un régimen de derecho público de un modo integral. Gordillo, Agustín, Tratado..., cit., pág. XIV-32, donde el autor menciona dentro de tal género a las "cámaras industriales y comerciales", tesis que no suscribimos, ya que la aplicación del derecho público se acota sólo al régimen que le ha sido delegado, aislado a ese aspecto y no de modo integral a toda su actividad (ni siquiera a una parte sustancial de la misma).**

27 - **Teoría receptada por la CS en el fallo "Columbia" (fallo del 19-5-92, en Comadira, Julio R., Elementos de derecho administrativo, Buenos Aires, LL, 2005-1149). La sujeción especial se traba con un "administrado calificado" y se contrapone a la sujeción "general" (reconocida por la CS en "Motor Once" LL, 1989-D-25) que corresponde a un "administrado simple" (conf. Pastor Santamaria, Juan A., Principios de derecho administrativo general I, 1ª ed., Madrid, lustel, 2004, pág. 416). Conf. Hutchinson, Tomás, Las corporaciones profesionales..., cit., pág. 81, donde para el autor la caracterización justificaría la imposición de sanciones administrativas por defectuoso cumplimiento de los cometidos delegados, e inclusive la extinción del "acto habilitante".**

28 - **Esta actividad puede considerarse "administrativa a los efectos de su régimen jurídico y de su eventual enjuiciamiento jurisdiccional". García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás R., Curso de derecho..., cit., t. I, pág. 400. De igual modo: "No cabe duda que el tercero administrado no puede estar sometido, en su relación con el delegado, a un régimen distinto del que mantendría con el delegante de no haberse operado la delegación... Dicha relación jurídica, seguirá siendo de derecho público, pues no puede modificar su naturaleza cada vez que la delegación se opere o se extinga" (Barra, R., Principios..., cit., pág. 249).**

29 - **Ya en doctrina hay quienes niegan que los entes públicos no estatales dicten actos administrativos. Conf. Escola, Héctor J., Compendio de derecho administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1990, t. I, pág. 290; de igual modo Cassagne, Juan C., Derecho administrativo, cit., t. I, pág. 225. De igual modo, la jurisprudencia también ha negado que los entes públicos no estatales dicten actos administrativos: CS, "Farmacia Roca c. Instituto Nacional de Seguridad Social para Jubilados y Pensionados", LL, 1989-C-327, CNCont.-adm. Fed., sala II, in re "Pupilent S.A. - Laboratorio - Pfortner Cornealent SACI (UTE) c. Estado Nacional y otros", LL, 2008-C-177. Por otro lado, autores como Altamira Gigena (Altamira Gigena, Julio I., Actos administrativos que emanan de personas públicas no estatales y personas privadas, LLC, 2004-659) sostiene que los entes públicos no estatales pueden dictar actos administrativos. De todos modos, al negar que se trate de un ente público no estatal, la posibilidad de sostener que estamos ante un acto administrativo se aleja considerablemente. Entonces, la aplicación del derecho público al caso vendrá por el hecho de que estamos ante una potestad delegada y el ejercicio de funciones materialmente administrativas, y no porque estemos ante un acto administrativo. La Suprema Corte de Buenos Aires se ha manifestado en forma positiva respecto de la posibilidad de que estos entes dicten actos administrativos en "Caja de Previsión y Seguro Médico de Bs. As. c. Instituto Médico Asistencial", JA, 16-607.**

30 - **Ello en virtud de que dentro de toda actividad "discrecional" encontramos elementos reglados. Conf. García de Enterría, Eduardo, La lucha contra las inmunidades del poder, Madrid, Civitas, 1983, reimpresión de 2004, pág. 30 y sigs. De igual modo lo ha entendido la CS in re "Consejo de Presidencia de la**

Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos", consid. 9º, LL, 1992-E-101.

31 - Ver Lavalle Cobo, Jorge E., Aspectos procesales en el poder disciplinario de las asociaciones, LL, 1990-A-518. De igual modo, Paez, Juan L., El derecho de las asociaciones. Doctrina, legislación, jurisprudencia (asociaciones civiles), Buenos Aires, Kraft, 1940, págs. 319/21, 347/8 y 373.

32 - En tal sentido, una vez que hemos definido que estamos ante una actividad delegada, le será aplicable todo la doctrina de interdicción de la arbitrariedad que con tanto esfuerzo han impuesto los autores de derecho administrativo. Así en primera medida, habrá que distinguir discrecionalidad de arbitrariedad, y luego emplear las modernas técnicas de control de la discrecionalidad.

33 - Ésta es una ya clásica máxima del derecho público magistralmente expuesta por Tomás Ramón Fernández: "A mayor libertad, más precisa y cuidadosa debe ser la fundamentación de la decisión" (Fernández, Tomás Ramón, De la arbitrariedad de la administración, 4ª ed. corregida, Madrid, Civitas, 2002, pág. 90). En gran parte, la historia del derecho administrativo ha sido la lucha para acotar los márgenes de arbitrariedad del poder, y hacer una clara distinción entre lo discrecional y lo arbitrario.

34 - Padrós, Ramiro S., Consideraciones sobre los actos administrativos de las personas públicas no estatales, RDA, 2006-989. De igual modo, Pérez Fernández, Vicente E., Los límites a la discrecionalidad administrativa (los conceptos jurídicos indeterminados y los hechos determinantes), LL, 1994-D-1066; Buteler, Alfonso, Control judicial de la discrecionalidad administrativa, La Ley diario del 22-7-08, pág. 1 y sigs. y García de Enterría, Eduardo, La lucha..., cit., pág. 36 y sigs.

35 - De acuerdo con la concepción amplia que ha adoptado la CS ya desde "Bourdie c. Municipalidad de la Capital", Fallos: 145:307.

36 - Al respecto ver Hutchinson, Tomás, Régimen de procedimientos administrativos, ley 19.549, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1994, pág. 92 y sigs.

37 - **En cuanto principio general del derecho y de la juridicidad toda. Conf. Ivanega, Miriam M., Los principios constitucionales en el acto administrativo, en AA.VV., Bases constitucionales del derecho administrativo. XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Buenos Aires, RAP, 2004, nº 309, pág. 161. En este sentido se ha llegado a decir que lo contrario a lo razonable es lo arbitrario, lo injusto (conf. Bidart Campos, Germán, La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional, Buenos Aires, Ediar, 1987, pág. 92 y sigs. Asimismo Bidart Campos, Germán, Derecho Constitucional, Buenos Aires, Ediar, 1964, t. I, págs. 228-9), lo caprichoso (conf. Sagüés, Néstor P., Elementos de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Astrea, 1999, t. II, págs. 882/3 y sigs.), en definitiva, lo irrazonable es lo contrario a derecho. En similar sentido se ha expresado Tomás Ramón Fernández: "En el fondo, todo lo que el derecho pide son razones. Con ellas se conforma en cualquier caso, porque lo único que el derecho no tolera es la sinrazón" (Fernández, Tomás Ramón, De la arbitrariedad de la administración, 4ª ed. corregida, Madrid, Civitas, 2002, pág. 192).**

38 - **Usualmente se suele mencionar que el "debido proceso adjetivo" abarca: el derecho a ser oído, el de ofrecer y producir prueba y el de una decisión fundada. Y en esta misma idea, Pedro J. J. Coviello cita a la defensa que Nicodemo realiza de Jesús en el Evangelio de San Juan: "?Permite nuestra Ley condenar a alguien antes de haberlo oído y de haber conocido sus hechos?" (Coviello, Pedro J. J., El debido procedimiento adjetivo y el procedimiento administrativo, en AA.VV., Cuestiones de Procedimiento Administrativo, Buenos Aires, RAP, 2005, págs. 588, 596). Con ello vemos que esta garantía responde a la idea más elemental de justicia, más allá del espacio y del tiempo en que se viva.**

39 - **Postulación más moderna del tradicional principio de razonabilidad, éste de vertiente anglo-norteamericana tributario del due process of law; mientras que el juicio de proporcionalidad proviene del derecho continental europeo, alemán y español especialmente. Conf. Cianciardo, Juan, El principio de razonabilidad, Buenos Aires, Ábaco, 2004, págs. 32-54.**

40 - **Consid. 9 del voto de la mayoría en "Biagio Cereales S.A. c. Bolsa de Cereales BA", El Derecho, 3-10-07, pág. 21.**

41 - **García de Enterría, Eduardo, La lucha..., cit., pág. 48 y sigs.**

42 - **Recordemos que el amparo contra actos de particulares tuvo recepción constitucional en la reforma de 1994 (art. 43), si bien la CS ya había aceptado pretorianamente esta clase de amparos en "Kot" (Fallos: 241:291 y LL, 92-627). La particularidad al respecto está dada que ante un amparo contra actos de un particular -por más que sostengamos que actúa por delegación- el trámite va a ser**

el sumarísimo. Conf. art. 321, inc. 2º, CPCCN.

43 - Salvo que el ordenamiento jurídico lo haya previsto expresamente, como en el caso del art. 8º del decreto 1446/90.

44 - Conf. Padrós, Ramiro S., Consideraciones..., cit., pág. 967.