



# Revista de DERECHO

## MENSAJE DEL DECANO

La retórica y su empleo

## DOCTRINA

### DELPIAZZO, Carlos E.

Los derechos de la familia .....17

### HOWARD, Walter

El derecho de acrecer en materia sucesoria .....25

### JAVIER, Juvenal M.

Sistema económico, mercado y estado en la  
Constitución uruguaya.....39

### MONTANO, Pedro J.

Legítima defensa: ¿el fin justifica los medios?.....59

## CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

### ARCIA, Sebastián y HESSDÖRFER, Andres

Responsable del responsable y “nuevo estándar”  
de conducta de la responsabilidad de  
los representantes.....67

## JURISPRUDENCIA COMENTADA

### FERNÁNDEZ, Isabel María

La transacción y el principio de irrenunciabilidad .....85

## INFORMACIONES

Grado y Postgrado.....105

## TESINAS DE MASTERS

### FIGUEREDO FUENTES, Valeria

Macrocriminalidad económica y las 40  
recomendaciones del GAFI para combatirla .....117

## MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

### BRITO, María del Pilar

Concurso de los consumidores,  
ejemplos mundiales.....147

## NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

### MANUAL DE DERECHO EMPRESARIAL

de Bragard, Bomio, Berro, Orticochea y Berkman.  
La ley, Uruguay, Montevideo, 2016  
por Miguel Casanova .....157



## MENSAJE DEL DECANO

### *La retórica y su empleo*

La retórica es la ciencia y el arte de hablar en público. Es ciencia porque debe conocerse y aprenderse mediante ciertas reglas y parámetros que vienen dados desde varios siglos antes de Cristo y que comenzaron a desarrollar los griegos. Es también arte, pues una vez conocidas esas reglas y parámetros, siempre queda espacio para la creatividad, innovación y originalidad de quien la vaya a utilizar. Por eso hay mejores y peores oradores; como existen mejores y peores bailarines o músicos que tocan mejor o peor su instrumento. Una vez recibida la hoja de ruta, asimilada la técnica y aprendidas las notas en el pentagrama, siempre se abre la posibilidad de una mejor o peor interpretación. Eso depende del genio (un don) y la capacidad del ejecutante de salirse de la propia técnica para trascender a otras dimensiones con un estilo propio y especial. Esto mismo también ocurre con la interpretación de los textos jurídicos, leyes o normas de cualquier tipo. Hay peores y mejores juristas porque unos repiten sin innovar lo ya establecido y escrito, mientras otros frente a ese mismo texto, pueden darle un nuevo significado, actualizado, rejuvenecido. Esta sería la hermenéutica abierta y creativa; aquella sería la hermenéutica circular o repetitiva.

Pero volvamos a la retórica. Con ella ocurre algo parecido al liderazgo. Son neutros en cuanto a su valoración. Todo depende de cómo sea empleada (la retórica) u orientado (el liderazgo).

¿Quién puede dudar que Mussolini o Hitler fueron maestros en el arte de hablar en público?

¿Y quién cuestiona las dotes de liderazgo que ambos tuvieron? Con sus palabras y su carisma conmovieron y movilizaron multitudes.

Es comprensible que Platón no se llevara bien con la retórica y con los sofistas. Veía en esa elegante cualidad de hablar en público un arma peligrosísima. Por la posibilidad que tenía el orador de despertar y mover pasiones, suscitar las emociones más diversas, acallar la racionalidad, narcotizar las voluntades, tergiversar los hechos y la realidad mostrándolos de otra manera, deformada, falaz,



## Revista de DERECHO

Publicación semestral de la  
Facultad de Derecho de la  
Universidad de Montevideo

### Director

Dr. Santiago Pérez del Castillo

### Director Fundador

Dr. Carlos E. Delpiazzo

### Sub. Director y Redactor Responsable

Dr. Miguel Casanova  
Lord Ponsonby 2506

### Consejo Editorial

Dr. Carlos de Cores  
Dr. Alberto Faget Prati  
Dr. Jorge Fernández Reyes  
Dra. Mercedes Jiménez de Aréchaga  
Dr. Pedro Montano Gómez  
Dr. Santiago Pérez del Castillo  
Dr. Siegbert Rippe

### Comisión de Publicaciones

Dra. Beatriz Bugallo  
Dr. Miguel Casanova  
Dr. Juan Manuel Gutiérrez

### Secretaría Técnica

Dra. Natalia Veloso

### Redacción y suscripciones

Facultad de Derecho  
Universidad de Montevideo  
Lord Ponsonby 2506  
11600 Montevideo – Uruguay

### Impresión

Tradinco S.A.  
Minas 1367  
Telefax: 2409 4463 – 2409 5589  
Montevideo – Uruguay

E-mail: tradinco@adinet.com.uy  
Depósito Legal 360.809 / 12  
Edición amparada en el decreto  
218/996 (Comisión del Papel)  
ISSN: 1510-5172

ISSN (en línea): 2307-1610

Indexada en: Dialnet, EBSCO -  
Fuente Académica, Latindex

Las expresiones y opiniones  
vertidas  
por los autores de cada obra  
publicada en esta Revista, son de su  
exclusiva responsabilidad  
Año XIV (2016), N° 29

encubierta con juegos de lenguaje y eufemismos. También desconfiaba de la retórica por el riesgo de ser utilizada para hablar mucho y decir poco, para llenar el tiempo con discursos llenos de palabras vacías, huecas o ambiguas. Por suerte uno de sus discípulos no fue tan radical y negativo de cara a la retórica. No sólo discrepó en parte con su maestro, sino que escribió un tratado acerca del arte de hablar en público que hasta nuestros días es considerado en varios aspectos como insuperable. La Retórica de Aristóteles sigue siendo libro de cabecera para muchas empresas de publicidad, de marketing y de comunicación. Y más de un político no sólo la ha leído, sino que la ha estudiado y repasado con asiduidad.

Desde la época clásica los romanos comenzaron a distinguir entre una retórica simplemente bella y elegante (*Ars bene dicendi*) de una que fuera además de lo anterior, orientada a buscar y transmitir la verdad (*Ars recte dicendi*) en donde no alcanza con expresarse con fluidez y belleza sino apuntando a lo verdadero, recto y justo. Por último en la Roma clásica se señala el discurso pronunciado no solamente por el experto en oratoria, sino por quien además de hablar correctamente, posee y cultiva una serie de virtudes y actitudes humanas que le dan un fuerte respaldo a sus palabras; es el *Vir bonus dicendi peritus*. Este orador puede tener incluso alguna falla en su expresión formal, por algún defecto en su discurso, pero el auditorio ante el que se presenta no tendrá en cuenta esos errores siempre y cuando provengan de una persona revestida de cierta autoridad moral. No alcanza entonces con la experiencia y la excelencia técnica o el conocimiento de experto; se precisa antes y sobre todo, un buen antecedente moral y ético que respalde con valores, virtudes y conductas previamente asumidas y vividas lo que el orador está transmitiendo ahora mediante palabras.

A los interesados en estos temas les recomiendo la lectura de los discursos de Marco Bruto y de Marco Antonio - uno a continuación del otro - en la famosa obra "Julio César" de Shakespeare. Son un muy buen ejemplo de cómo dos estupendos oradores pueden cautivar, orientar y manipular durante un cierto tiempo a su auditorio hacia donde cada uno de los dos quiere.

Las palabras son como luces que iluminan realidades. Pero también son espejos que reflejan esas realidades. Al decir árbol o libro ilumino la mente de otros con los que quiero comunicarme, y esa misma palabra me señala la realidad árbol o libro, aunque no un árbol o libro específico, sino la universalidad de los árboles y libros. La metáfora de la luz o del espejo no es casual sino intencional, pues la luz puede ser más fuerte o más débil y el espejo puede estar más limpio y nítido o más sucio y opaco. Con las palabras y el lenguaje sucede lo mismo; pueden reflejar mejor o peor las realidades.

No es poca cosa definir bien las cosas para transmitir con la mayor precisión posible qué significan. No es lo mismo decir que algo es "lindo", que decir que tiene tal matiz de color, textura, sonido armónico u olor a flores frescas. Y ello se torna más necesario en áreas como el derecho, la medicina o la política.

Hablar de "irregularidades" o "errores" cuando en realidad se trata de delitos es lo mismo que decir que fue simplemente un golpe o porrazo lo que fue una fractura ósea. Y en política habría que saber exactamente a qué nos estamos refiriendo cuando decimos que una línea de acción o una persona es liberal o conservadora, de izquierda o de derecha, socialista o incluso cuando pretendemos manifestar lo que se entiende por democracia. Porque las palabras y el lenguaje, así como pueden ilustrar significados, también los oscurecen, los enturbian y los confunden. En el arte u oficio de jugar con el lenguaje se pueden quebrar

o desvirtuar todas las reglas; y se puede usar – hasta profesionalmente – las palabras para que tengan otros sentidos, otros mensajes, otras significaciones y de ese modo modificar las pautas de valoración de los receptores de las mismas. Un homicidio se transforma entonces en una ejecución o ajuste de cuentas; una coima deviene una simplificación de trámites; una información veraz y objetiva es reconvertida en un complot y ataque de la oposición, sea ella cual sea. Entonces las realidades se esfuman y se metamorfosean en otras muy diferentes; y las personas aceptan, muchas veces por acostumbramiento, esas nuevas maneras de ver la realidad mil y una vez expresada de manera diferente.

Si seguimos con los ejemplos, ¿Qué significa que hay que convenir un préstamo no reintegrable? ¿Qué sentido tiene hablar de matrimonio igualitario? ¿Qué implica la interrupción de un embarazo? ¿Los préstamos por esencia no deben devolverse? ¿Hay matrimonios no igualitarios? ¿Una interrupción de un proceso no implica que puede recomenzarse lo interrumpido, pues es sólo una puesta entre paréntesis? En realidad, la expresión “cancelación” del embarazo hubiera sido mucho más precisa...

La estrategia de repetir y de manipular el lenguaje no es nueva; sólo se ha tornado más aguda y eficiente con el auge de los gobiernos populistas. Con miras cortoplacistas y meramente electorales, el populismo invierte y reformula el refrán oriental de que al hambriento hay que darle de comer, por supuesto, pero sobre todo que hay que enseñarle a pescar, a que se valga por sí mismo; esto a los gobiernos populistas no les sirve, pues necesitan votos y emociones cautivas. Para ello arrojan diferentes tipos de carnadas, no para enseñar a pescar sino para precisamente tirar del anzuelo cada tanto y pescar ellos a sus manipulados seguidores. Las carnadas pueden ser diversas, pero las más utilizadas dentro de los juegos del lenguaje son las expresiones maniqueístas (“nosotros somos los buenos, ellos los malos”), el anti-hismo pertinaz (“los otros son enemigos a los que se debe destruir”), el recurso a la burla o crítica cínica y despiadada, al llanto y emociones fáciles o al odio y resentimiento de las multitudes. Cuando todo ello no alcanza, siempre queda espacio para el lenguaje distractor, que entretiene por sus tonos y expresiones, aunque sea hueco y superficial; es el lenguaje que buscan los que quieren adormecer sus conciencias o las ajenas con entretenimientos livianos y efímeros.

No se pone en duda que una misma realidad puede ser percibida de diferente manera por distintas personas. Es como el daltonismo que determina que unas personas vean en tonos verdes lo que otras ven en color marrón. Tampoco se discute que la realidad pueda ser interpretada de diversas maneras; viva la diversidad y la creatividad del ser humano para tener hermenéuticas diferentes a la hora de recibir los mensajes de otras personas por el medio que sea. O de la naturaleza, que también envía mensajes de todo tipo por múltiples vías. Por algo existen mejores intérpretes en el campo del derecho, de la música, de la medicina o la economía.

Sin perjuicio de ello, lo que aquí pretendemos argumentar y discrepar, no es que se vean e interpreten diferentes realidades, sino que a distintas realidades se le quiera designar con la misma palabra o expresión. Si un hecho delictivo es un soborno, no es justo llamarlo “simplificación administrativa” porque ambas expresiones iluminan y reflejan realidades muy disímiles. Un cohecho o un peculado no es un “simple error”, pues son cosas incomparables. Un ataque terrorista no debe (aunque puede) ser referido como “una acción militarizada por motivos políticos”; lo mismo que un asesinato no debe ser designado como “mera ejecución”. Pero el riesgo del acostumbramiento existe; y a fuerza de repetir y repetir cualquiera

puede adquirir el hábito de no llamar a las cosas por su nombre.

Una tarea por delante de quienes estamos en los ámbitos universitarios es la de recuperar el verdadero significado de las palabras y usar un lenguaje veraz y no tendencioso. Docentes y estudiantes con sed de valores como la verdad, del bien y de la belleza (reales, no virtuales) tenemos el deber de no ser malabaristas de la palabra, equilibristas del lenguaje, manipuladores de la realidad. Ello por un mero deber de justicia aristotélica, que nos exhorta a tratar de manera igual a lo igual y en forma desigual a las personas o situaciones desiguales.

De cómo usemos las palabras y nuestro lenguaje depende mucho cómo vamos a construir o destruir el mundo que nos circunda; el legado del lenguaje y las palabras que definen la realidad no es una parte menor que heredarán los que nos siguen. Pues en definitiva, una cosa es reconocer y aceptar las realidades y otra muy dispar, pretender negarlas y reconstruirlas según nuestro arbitrario parecer. A cada cosa y situación, su justo nombre.

Mayo de 2016

**Nicolás Etcheverry Estrázulas**

# REGLAMENTO EDITORIAL

La **Revista de Derecho** es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Desde el año 2002 ha aparecido regularmente, incluyendo las siguientes secciones:

- Mensaje del Decano o del Director
- Doctrina
- Conferencias y clases magistrales
- Jurisprudencia comentada
- Información de la Facultad
- Tesinas de Masters
- Monografías de estudiantes
- Notas de libros y revistas

Desde el punto de vista sustancial, la valoración científica preliminar de los trabajos a publicar se realiza por un calificado Consejo Editorial integrado por Catedráticos de distintas disciplinas. Posteriormente, los trabajos preseleccionados son revisados por pares externos (peer review) quienes evalúan los trabajos recibidos y hacen recomendaciones para su eventual publicación. Cumplido el proceso, el Consejo Editorial elige los trabajos a ser publicados en cada sección de la revista.

El envío de trabajos a la **Revista de Derecho** de la Universidad de Montevideo implica la autorización para que los mismos sean publicados y reproducidos en cualquier medio de difusión aplicado por la Revista. Las expresiones y opiniones vertidas por los autores de cada obra publicada en esta Revista, son de su exclusiva responsabilidad.

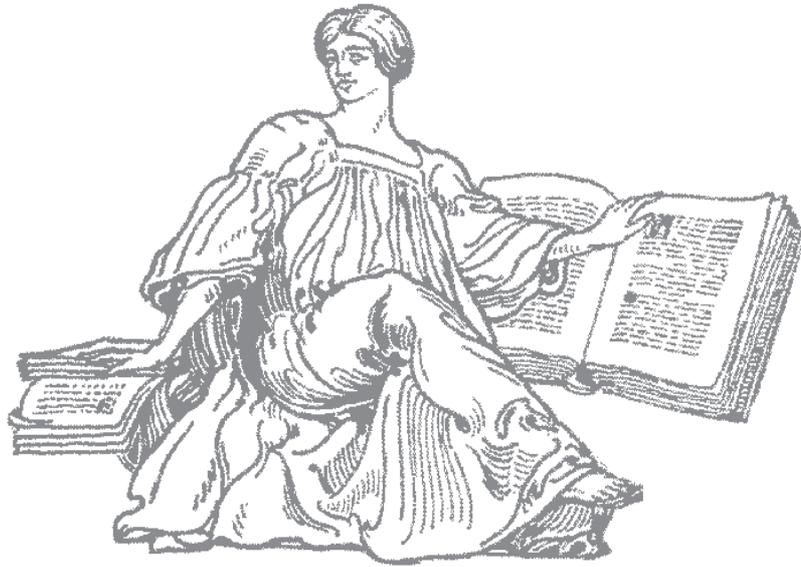
## **Normas Formales de publicación de trabajos de doctrina**

- 1) Los trabajos deben ser enviados por correo electrónico a [redaccionfder@um.edu.uy](mailto:redaccionfder@um.edu.uy).
- 2) Deben ser inéditos, originales y podrán ser enviados en español o en inglés.
- 3) Aunque no existe una limitación estricta de la extensión de los trabajos, se recomienda que no excedan las 10.000 palabras.
- 4) Los trabajos deben ser remitidos en formato Word, Times New Roman, Tamaño 12, interlineado sencillo.
- 5) El trabajo debe ir acompañado de una presentación que incluya la siguiente información:
  - i) Título en español y en inglés.
  - ii) Nombre de los autores con indicación de la institución a la que pertenecen.
  - iii) Dirección electrónica para la correspondencia con la revista.
  - iv) Abstract del trabajo (entre 100 y 200 palabras)
  - v) Establecer entre 3 y 5 palabras claves (key words) del trabajo en inglés y en español.
- 6) Los diferentes apartados del trabajo deben estructurarse según la numeración arábica: 1., 1.1., 1.1.1. y sucesivamente.

- 7) Las siglas que se incluyan deben acompañarse por su significado, entre paréntesis, la primera vez que se utilicen. Ejemplo: CC (Código Civil).
- 8) Las referencias bibliográficas deben ser realizadas al pie del texto (formato: Times New Roman, Tamaño 10, interlineado sencillo) siguiendo el siguiente estructura:
  - Libros: AUTOR, Título, Editorial, Ciudad, Año.  
Ejemplo: GAGLIARDO, M., Sociedades Anónimas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
  - Revistas: AUTOR, "Título", Revista, Volumen, Número, Año y Páginas.  
Ejemplo: HAYEK, F., "The use of Knowledge in society", en The American Economic Review, vol. 35, n° 4, 1945, pp. 51 y ss.
- 9) Las referencias de Jurisprudencia deben establecer: país de origen, órgano judicial que dictó, número y fecha de la sentencia.
- 10) Las referencias de Derecho positivo deben incluir: país de origen, órgano que dictó la norma, nombre (en caso de corresponder), número y fecha.







## DOCTRINA

*DELPIAZZO, Carlos E.*  
Los derechos de la familia

*HOWARD, Walter*  
El derecho de acrecer en materia sucesoria

*JAVIER, Juvenal M.*  
Sistema económico, mercado y estado en la constitución uruguaya

*MONTANO, Pedro J.*  
Legítima defensa: ¿el fin justifica los medios?



---

# LOS DERECHOS DE LA FAMILIA

DR. CARLOS E. DELPIAZZO<sup>1</sup>

## SUMARIO:

**I) FAMILIA Y REALIDAD.** 1 – Reafirmación del valor de la familia. 2 – Reivindicación de la sana laicidad. **II) DERECHOS DE BASE.** 1 – El derecho a constituir una familia. 2 – El derecho a la estabilidad del vínculo. 3 – El derecho a vivir en familia. **III) DERECHOS FRENTE AL ESTADO.** 1 – El derecho a la actuación positiva del Estado. 2 – El derecho a la abstención del Estado. 3 – El derecho a políticas públicas promotoras de la maternidad y paternidad. 4 – El derecho a que no se confunda la enseñanza con la educación. 5 – Los derechos de los padres a la educación de sus hijos. **IV) CONCLUSION.** Importancia de rescatar el ámbito familiar para el ejercicio de los derechos.

## I) FAMILIA Y REALIDAD

Reflexionar acerca de los derechos de la familia en el mundo actual implica reaccionar frente al relativismo cultural que campea en sociedades secularizadas.

Para hacerlo, dos ejes que permiten construir la plataforma de lanzamiento del tema pueden ser la reafirmación del valor de la familia y la reivindicación de la sana laicidad.

### 1 – Reafirmación del valor de la familia

Antes de ahora he postulado que el hombre es inconcebible sin relaciones familiares<sup>2</sup>, en línea con la generalidad de la doctrina cuando, más allá de credos e ideologías, destaca que la importancia de la familia "es enorme en la vida social y política de los países... La familia es una célula social, un organismo social interpuesto como entidad autónoma entre el individuo y el Estado. Señala el tránsito de la persona individual a la social, es intermedia entre el individuo considerado aisladamente y la nación entera... La familia tiene un destino, generar vida y preparar para vivirla, y un dinamismo poderoso que la empuja a cumplir su finalidad"<sup>3</sup>.

Ello es así porque "utilizando nada más que nuestra capacidad de observación, vemos que la per-

---

1 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga. Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Ex Catedrático de Derecho Administrativo, de Derecho Informático y de Derecho Telemático en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Autor de 71 libros y más de 500 trabajos publicados en el país y en el exterior. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor Visitante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Miembro del Comité Académico de la Maestría de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Argentina) y de la Comisión Académica del Programa de Doctorado de Derecho Administrativo Iberoamericano liderado por la Universidad de La Coruña (España). Ex Director y miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Academia Internacional de Derecho Comparado, y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo. Miembro fundador y Vicepresidente para América del Sur de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

2 Carlos E. DELPIAZZO – "Dignidad humana y Derecho" (U.M., Montevideo, 2001), pág. 37 y sigtes.

3 Saúl D. CESTAU - "Derecho de familia y familia" (F.C.U., Montevideo, 1977), volumen I, pág. 20.

sona nace en una familia, en ella establece sus primeros contactos biológicos y afectivos, y de ella depende para su seguridad hasta la edad de la emancipación”<sup>4</sup>.

Es que la familia es una comunidad de personas ligadas por una unidad de origen. Es indiscutible que “todo hombre es hijo y nunca deja de serlo. Ser hijo es incluso más radical que ser varón o mujer, porque indica el modo de originarse uno mismo: nacer. Todos nacemos, no de la tierra, sino de unos padres concretos... Por tanto, la filiación es una característica radical de la persona... Ser hijo significa depender, proceder de, tener un origen determinado, reconocible en nombres y apellidos: es la estirpe a la que uno pertenece. Ser hijo significa, por tanto, tener padres, pertenecer a una familia de muchas generaciones (los abuelos son la presencia viva de la estirpe)”<sup>5</sup>.

De ahí el indiscutible valor de la familia, y de ahí también el sólido fundamento de su ser y existir perdurable.

Coincidentemente, al tenor de la primera frase del art. 40 de la Constitución uruguaya, “La familia es la base de nuestra sociedad”<sup>6</sup>.

*Desde el punto de vista formal*, corresponde destacar que la redacción en presente del indicativo del verbo “es” denota el carácter declarativo del texto en cuanto al papel básico que asume la familia para el constituyente en nuestra sociedad<sup>7</sup>.

*Desde el punto de vista sustancial*, la referencia a que la familia es “la” base de la sociedad y no “una” de sus bases, tiene una importancia inequívoca ya que hace de ella la base fundamental de nuestra sociedad<sup>8</sup>.

En ese sentido, la disposición constitucional se alinea con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, conforme a la cual “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (art. 16, num. 3).

Der modo similar, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, conocida como Pacto de San José, preceptúa que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (art. 17, num. 1). A renglón seguido, “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia...” (art. 17, num. 2).

## 2 - Reivindicación de la sana laicidad

El relativismo cultural ha propiciado conceptos funcionales de familia, muchas veces ambientados desde el Estado por normas legales contrarias al modelo de familia formado por un hombre y una mujer unidos en matrimonio, en base a una mal entendida laicidad.

Al respecto, corresponde distinguir entre laicidad y laicismo<sup>9</sup>.

Cuando se habla de *lo laico con referencia al Estado*, quiere significarse que éste no adopta religión, que su neutralidad deriva de su propio ser instrumental para el bien común, y que dicha neutralidad no implica desconocer ni rechazar los hechos sociales y las instituciones concernientes al ejercicio de la libertad religiosa.

En cambio, cuando se habla de *lo laico con referencia a la sociedad*, se alude a una corriente de pensamiento o ideología que aspira a imponerse.

4 David ISAACS - “La educación de las virtudes humanas” (EUNSA, Pamplona, 1988), pág. 17.

5 Ricardo YEPES STORK - “Fundamentos de Antropología” (EUNSA, Pamplona, 1996), págs. 285 y 286.

6 Carlos E. DELPIAZZO - “Las dimensiones del administrado”, en “Jornadas organizadas por el Anuario de Derecho Administrativo en homenaje al Prof. Dr. Mariano R. Brito” (U.M., Montevideo, 2014), pág. 234 y sigtes.

7 Horacio CASSINELLI MUÑOZ - “La familia en la Constitución”, en A.A.V.V. - “El Derecho y la Familia” (F.C.U., Montevideo, 1998), pág. 228.

8 Mariano R. BRITO - “Funciones del Estado en relación a la familia”, en A.A.V.V. - “El Derecho y la Familia” cit., págs. 204 y 205.

9 José Anibal CAGNONI - “Conceptos de laicidad y laicismo”, en Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales N° 7 (Montevideo, 1988), pág. 13 y sigtes.

En rigor, corresponde reservar el término laicidad para referirse al primer concepto y utilizar el de laicismo para el segundo. Mientras que la laicidad refiere a la separación de los campos de la Iglesia y del Estado, el laicismo prescinde de lo religioso, lo excluye de la vida pública y lo arrincona al ámbito de la conciencia individual<sup>10</sup>.

Por eso, con carácter general, el Papa Benedicto XVI promovió una “sana laicidad”, enseñando que la misma “implica que las realidades terrenas ciertamente gozan de una autonomía efectiva de la esfera eclesiástica, pero no del orden moral”. Ello supone que “el Estado no considere la religión como un simple sentimiento individual, que se podría confinar al ámbito privado. Al contrario, la religión, al estar organizada también en estructuras visibles, como sucede con la Iglesia, se ha de reconocer como presencia comunitaria pública. Esto supone, además, que a cada confesión religiosa (con tal de que no esté en contraste con el orden moral y no sea peligrosa para el orden público) se le garantice el libre ejercicio de las actividades de culto -espirituales, culturales, educativas y caritativas- de la comunidad de los creyentes”. En consecuencia, “no es expresión de laicidad, sino su degeneración en laicismo, la hostilidad contra cualquier forma de relevancia política y cultural de la religión, en particular, contra la presencia de todo símbolo religioso en las instituciones públicas”<sup>11</sup>.

En nuestro país, la confusión entre laicidad y laicismo tiene larga data<sup>12</sup> y se manifiesta permanentemente en distintos ámbitos generando una situación que ha sido calificada por Monseñor Daniel Sturla como “laicismo profesional tolerante”<sup>13</sup>.

Recientemente, la pretensión de imponer una Guía de la Diversidad Sexual en los centros educativos, en la que se deconstruye -rectius: se destruye- la familia sustentada en el matrimonio heterosexual, promoviendo una ideología de género, ha motivado fuerte polémica.

Con claro sentido de la “sana laicidad”, los Obispos uruguayos proclamaron enfáticamente que “al Estado laico no le compete promover ninguna concepción filosófica de la persona y de la sexualidad y, aún menos, una ideología que, justificándose en la no discriminación, pretende encerrar en el armario la educación según las ideas cristianas”<sup>14</sup>.

## II) DERECHOS DE BASE

Para que pueda concretarse la magnífica realidad de que un hombre y una mujer gasten su vida juntos hasta que la muerte los separe, es necesario garantizar el pleno ejercicio de los derechos a constituir familia, a la estabilidad del vínculo y a vivir en familia.

### 1 – El derecho a constituir una familia

En primer lugar, procede destacar que el matrimonio es una opción de libertad de un hombre y una mujer que se entregan gratuita y libremente el uno al otro<sup>15</sup>, simplemente porque quieren.

Por lo tanto, no es una carga impuesta ni una especie de esclavitud que cae pesadamente sobre los cónyuges.

Consecuentemente, el primer y fundamental derecho refiere a constituir una familia, esto es, a unirse en una alianza conyugal -comunidad de vida y de amor- contrayendo matrimonio.

10 Daniel STURLA – “¿Santa o de Turismo? Calendario y secularización en el Uruguay” (Montevideo, 2010), pág. 10 y sigtes.

11 BENEDICTO XVI – Alocución del 9 de diciembre de 2006 al 56 Congreso nacional de la Unión de Juristas Católicos Italianos.

12 Pablo DA SILVEIRA y Susana MONREAL – “Liberalismo y jacobinismo en el Uruguay batllista. La polémica entre José E. Rodó y Pedro Díaz” (Taurus, Montevideo, 2003).

13 Daniel STURLA – “¿Santa o de Turismo? Calendario y secularización en el Uruguay” cit., pág. 168 y sigtes.

14 Declaración de la Conferencia Episcopal del Uruguay de 10 de noviembre de 2014, num. 7.

15 Gianni GUTIERREZ PRIETO – “Familia, camino de esperanza” (ALAFa, Montevideo, 2009), pág. 29 y sigtes.

## 2 – El derecho a la estabilidad del vínculo

Admitido el anterior, constituye otro derecho humano fundamental el de la estabilidad del vínculo conyugal y la institución familiar <sup>16</sup>.

Desde una mirada externa, este segundo derecho implica el no ser perturbado por intromisiones de la autoridad estatal (sea el legislador o el administrador) que hagan ilusoria esa estabilidad, la degraden o transformen en una excepción o incluso la hagan desaparecer.

Desde una mirada interna, este derecho implica la fidelidad, es decir, la perseverancia a fin de superar el tiempo, escapar del tedio, de la costumbre y de las tentaciones <sup>17</sup>.

Como bien se ha destacado, “La dificultad de la vida es conservar la identidad bajo formas variadas. También es eso la fidelidad, que debe ser inventiva. Ese es, por otra parte, el misterio de toda existencia: renovarse permaneciendo el mismo y para seguir siendo el mismo. Arte supremo de la vida de a dos” <sup>18</sup>.

Siendo así, la riqueza de la virtud de la fidelidad es inmensa porque excluye la traición, se opone al oportunismo y se mantiene desinteresada. Consecuentemente, ambienta una vida conyugal plena de felicidad y esperanza, que se proyectan a los hijos y nietos.

## 3 – El derecho a vivir en familia

Lo propio de la familia se desarrolla en el hogar, en el que sus integrantes son corresponsables de la creación del clima apropiado para que reine la alegría, sin perjuicio de las contrariedades de la vida cotidiana.

La familia es “el lugar de la persona” <sup>19</sup>. En ella, el hombre nace, crece, se educa, se casa, cría a sus hijos y finalmente muere.

Vivir en familia es de las cosas más hermosas que alguien puede experimentar en la medida que es la familia el ámbito apropiado para generar el clima que toda persona desea.

Más allá de las diferencias generacionales -que son una verdadera riqueza en el hogar- la experiencia del amor compartido es siempre fuente de alegría.

Ese clima de alegría no implica desconocer las múltiples contrariedades que la vida cotidiana seguramente planteará a la familia y a sus integrantes. La alegría no es la ausencia de problemas sino un modo de vivirlos, apoyándose los unos a los otros, mirando cada uno por el otro y capitalizando las propias experiencias en beneficio de los demás. Una manifestación externa de esa alegría es la sonrisa, que revela la dicha interior más allá de las contradicciones externas.

No hay que confundir el contento pasajero o la obtención de un placer ocasional con la verdadera alegría de vivir, que es durable, profunda y vinculada al sentido de la vida.

## III) DERECHOS FRENTE AL ESTADO

Es necesario concientizar que el Estado tiene un rol fundamental en la promoción de la familia y que el mismo se concreta no sólo en acciones positivas sino también en la debida abstención.

### 1 – El derecho a la actuación positiva del Estado

16 Eduardo SOTO KLOSS – “Los derechos fundamentales de la familia”, en Academia de Derecho de la Universidad Santo Tomás – “Derecho y Familia” (Santiago de Chile, 1999), pág. 34.

17 V. JANKELEVITCH – “Traité des vertus” (Flammarion, 1986), pág. 421.

18 Jean GUITTON – “Sabiduría cotidiana. El libro de las virtudes recuperadas” (Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2002), pág. 88.

19 Adolfo GELSI BIDART - “La familia y el Derecho”, en A.A.V.V. - “El Derecho y la Familia” cit., pág. 248.

A partir de la afirmación de la familia como sociedad natural y anterior a la sociedad civil -ya que la parte (la familia) es anterior al todo (la sociedad civil)- resulta con evidencia que el Estado debe estar al servicio de la familia<sup>20</sup> para la procura de sus derechos fundamentales, entre los que cabe destacar<sup>21</sup>:

- a) el derecho fundamental de libertad para constituir una familia;
- b) el derecho fundamental a la estabilidad de la institución familiar;
- c) el derecho fundamental a decidir el número de hijos;
- d) el derecho fundamental a educar a los hijos según las propias convicciones morales y religiosas;
- e) el derecho fundamental a desarrollar cualquier actividad lícita en el campo económico y laboral para obtener el sustento y progreso de los miembros de la familia;
- f) el derecho fundamental a una vivienda digna;
- g) el derecho fundamental de asociación para agruparse con otras familias, hacer oír su voz y participar activamente en la vida social para promoción del bien común familiar y defensa de su unidad, estabilidad y fortalecimiento como célula básica y viva de la sociedad; y
- h) el derecho fundamental a la asistencia y beneficios por parte del Estado, tanto para las familias que "tengan a su cargo numerosa prole" (como reza el art. 41 de la Constitución uruguaya) como para las que cuenten entre sus miembros con discapacitados, impedidos, ancianos, etc.

Así como los derechos fundamentales de la persona son inviolables, en cuanto no pueden ser desconocidos sino limitados sólo en razón del bien común, y en las condiciones en que no se afecte la esencia de ellos, así también esos derechos fundamentales de la familia son igualmente inviolables, y aún más inviolables que aquéllos, pues ni siquiera pueden ser limitados por el Estado, ya que emanan de la naturaleza misma de ser sociedad natural primaria y sociedad necesaria, fundada en derechos inherentes a la naturaleza humana.

Al respeto y edificación de tales derechos fundamentales deben coadyuvar la ciencia y la tecnología encuadradas en su quehacer y direccionadas en su progreso por el respeto a la dignidad humana y de la familia<sup>22</sup>.

## 2 – El derecho a la abstención del Estado

No obstante, la familia también es acreedora del cuidado estatal a través de la abstención. En efecto, al Estado no le cabe introducirse en los aspectos que hacen al fuero personal de los integrantes de la familia, especialmente en lo que refiere a la aptitud para la trasmisión de la vida. Una injerencia estatal sustituyente de la familia en sus misiones naturales sería lesiva de la dignidad humana<sup>23</sup>.

Es que mientras la familia es en sí misma una célula social que actúa como factor activo positivo dentro de la sociedad para la trasmisión de la vida, la educación de los hijos y su socialización, el Estado se caracteriza por su ser instrumental; como organización jurídica de la sociedad, carece de existencia sustantiva, "es un ser para otros"<sup>24</sup>, para que los componentes del cuerpo social -individuos, familias y otros grupos intermedios- puedan alcanzar plenamente sus fines propios<sup>25</sup>.

## 3 – El derecho a políticas públicas promotoras de la maternidad y paternidad

Una exigencia del Estado constitucional de Derecho, que ubica a la persona y sus derechos en el

20 Carlos E. DELPIAZZO – "Dignidad humana y Derecho" cit., pág. 41 y sigtes.

21 Eduardo SOTO KLOSS – "Los derechos fundamentales de la familia" cit., págs. 34 y 35.

22 Mariano R. BRITO - "Familia, vida, manipulaciones genéticas", en Academia de Derecho de la Universidad Santo Tomás – "Derecho y Familia" cit, pág. 99 y sigtes.

23 Mariano R. BRITO - "El cuidado de la familia por el Estado y la procuración del bien común en nuestros países", en Rev. de Derecho Público (Santiago de Chile, 1995), N° 57 – 58, pág. 170 y sigtes.; y "Funciones del Estado en relación a la familia", en A.A.V.V. - "El Derecho y la Familia" cit, pág. 205 y sigtes.

24 Mariano R. BRITO – "Planificación y libertad en el Estado social de Derecho", en Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos (Montevideo, 1977), N° 1, pág. 35.

25 Carlos E. DELPIAZZO – "Derecho Administrativo General" (A.M.F., Montevideo, 2011), volumen 1, pág. 25 y sigtes.

centro del sistema jurídico<sup>26</sup>, es la adopción de medidas de carácter socioeconómico para atender a los padres carenciados y, especialmente, a las mujeres gestantes que, por encontrarse en riesgo de exclusión social, ser menores de edad o tener alguna discapacidad, necesitan de un apoyo integral<sup>27</sup>.

En primer lugar, se impone la *promoción de la ayuda familiar* por terceros que realicen aportes económicos a familias necesitadas con el fin de que los hijos no sean desvinculados de su hogar natural.

En segundo lugar, corresponde que la *asignación familiar* proveniente del Estado debe responder al principio de suficiencia de cualquier prestación de seguridad social, de modo de permitir la manutención de los menores.

En tercer lugar, es necesario que la *adopción* discurra por procedimientos razonables que permitan atender a situaciones en que los padres no pueden hacerse cargo de sus hijos.

En cuarto lugar, cabe incentivar la experiencia exitosa de los llamados *centros de acogida*, que brindan alojamiento y asistencia médica y psicológica a mujeres embarazadas en situación de desamparo, facilitando posteriormente la crianza de los hijos.

En suma, se trata de promover políticas positivas hacia la maternidad/paternidad y no escapes facilistas a través de la regulación del aborto y su despenalización, con lo que ello implica para la sociedad: que lo que antes era calificado negativamente como un delito pasa a ser algo positivo al presentarlo como un derecho. Dicho en otras palabras, lo que antes estaba mal ahora está bien<sup>28</sup>.

#### 4 – El derecho a que no se confunda la enseñanza con la educación

La misión educadora de la familia enfrenta muchas dificultades en el mundo actual. Un primer aspecto fundamental para superarlas consiste clarificar los diferentes alcances y roles en materia de enseñanza y educación.

Si bien es habitual hablar de enseñanza y de educación como sinónimos, se trata de conceptos distintos y que traducen actividades en las que los actores pueden ser diferentes.

Por una parte, ambos términos no se subsumen en términos de identidad<sup>29</sup>: mientras que la *enseñanza* implica transmitir el propio saber, lo que se cree o entiende sobre algún punto, la educación importa la transmisión de valores<sup>30</sup>, por lo que “educar es incorporar a alguien a cierta tradición cultural, infundiéndole principios”<sup>31</sup>.

Por eso, puede decirse que la *educación* es medio para la formación del hombre en plenitud; a través de ella se avanza en la afirmación de las facultades, capacidades o potencias de la persona humana<sup>32</sup>.

Por otra parte, mientras que la *familia* tiene una función original e insustituible en la educación de los hijos<sup>33</sup>, especialmente en materia religiosa<sup>34</sup>, a las *instituciones de enseñanza*, sean públicas o priva-

26 Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” cit., volumen 1, pág. 32 y sigtes., y volumen 2, pág. 219 y sigtes.

27 Pedro MONTANO – “Aspectos penales y criminológicos de la ley N° 18.987 que legaliza el aborto en Uruguay”, en Omar FRANÇA TARRAGO (Coordinador) – “El aborto y la protección de toda vida” (Editorial Grupo Magro, Montevideo, 2014), pág. 168 y sigtes.

28 Mario SPANGENEBERG BOLIVAR – “El derecho al delito. Aborto y ley N° 18.987”, en Omar FRANÇA TARRAGO (Coordinador) – “El aborto y la protección de toda vida” cit., pág. 137 y sigtes.

29 Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo Especial” (A.M.F., Montevideo, 2010), volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 11.

30 Mariano R. BRITO y Héctor FRUGONE SCHIAVONE - “Régimen jurídico de la educación y de la enseñanza en el Uruguay” (C.E.N., Montevideo, 1973), pág. 15 y sigtes.

31 Justino JIMENEZ DE ARECHAGA - “La Constitución Nacional” (Medina, Montevideo, s/f), tomo II, pág. 99.

32 Mariano R. BRITO - “Educación y persona humana”, en Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales N° 7 (Montevideo, 1988), pág. 41 y sigtes.

33 PONTIFICIO CONSEJO JUSTICIA Y PAZ – “Compendio de la doctrina social de la iglesia” (Librería Editorial Arquidiocesana, Montevideo, 2005), N° 239.

34 Carlos E. DELPIAZZO - “Derechos de los padres en materia de enseñanza religiosa”, en Rev. de Derecho de la Uni-

das, les cabe un rol primario en la materia que les es propia (enseñar), coadyuvando complementariamente en la educación.

Si bien el contenido de la educación -en cuanto transmisión de valores e ideas- es más amplio que el de la enseñanza, es indudable que enseñar es también educar y, por ende, mediante la enseñanza, las entidades respectivas, especialmente las estatales, pueden transmitir los valores y principios propios de la concepción humanista que inspira a los Estados democráticos, quedando excluida su actuación en los demás aspectos de la educación, reservados a los padres.

Confundir enseñanza con educación aparece como consecuencia desconocer el protagonismo originario de los padres en la formación de sus hijos y habilita la intromisión estatal en campos que le son ajenos.

### 5 – Los derechos de los padres a la educación de sus hijos

Es preciso enfatizar también en el protagonismo de la familia y, más concretamente, de los padres respecto a sus hijos en materia educativa.

*Desde el punto de vista natural*, bien se ha enseñado que “El derecho y deber de los padres a la educación de la prole se debe considerar como *esencial*, relacionado como está con la trasmisión de la vida humana; como *original y primario* respecto al deber educativo de los demás, por la relación de unicidad de amor que subsiste entre padres e hijos; como *insustituible e inalienable* y, por consiguiente, no puede ser totalmente delegado o usurpado por otros”<sup>35</sup>.

*Desde el punto de vista jurídico*, la consideración de la familia como la base de la sociedad, aparece inescindiblemente el deber y derecho de los padres al “cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social” (como dice el art. 41 de la Constitución uruguaya).

Se trata del reconocimiento del derecho-deber de los padres, que forman corporalmente a sus hijos por la generación, a formarlos espiritualmente por la educación. Este derecho-deber de los padres -por extensión, de la familia<sup>36</sup>- es anterior a cualquier otro derecho de la sociedad y del Estado, al cual, en principio, le queda vedado el campo de la educación.

Una manifestación fundamental de ese derecho-deber de los padres es la de elegir, para la enseñanza de sus hijos, los maestros o instituciones que deseen.

Dicho derecho de los padres a la libre elección de los maestros e instituciones que deseen para sus hijos, puede considerarse integrado, a su vez, por varios derechos que es posible separar y distinguir<sup>37</sup>, a saber:

- a) el derecho a la libre elección de instituciones de enseñanza pública o privada;
- b) el derecho a educar a los hijos conforme a las propias determinaciones;
- c) el derecho a que los hijos reciban una formación moral y religiosa acorde con sus propias convicciones;
- d) el derecho a la financiación pública de la enseñanza obligatoria; y
- e) el derecho a la ayuda económica pública en los niveles de enseñanza no obligatoria.

Es preciso convencerse y trasladar convicción acerca del deber inexcusable del Estado de contribuir con fondos públicos al financiamiento de la enseñanza privada en general y, de modo particular, en los

versidad de Montevideo (Montevideo, 2014), Año XIII, N° 25, pág. 13 y sigtes.

35 JUAN PABLO II – “Familiaris Consortio” (Ediciones Paulinas, Montevideo, 1981), N° 36.

36 Adolfo GELSI BIDART - “Cuestiones de Cultura y Enseñanza” (A.M.F., Montevideo, 1974), págs. 253 y sigtes.

37 Carlos E. DELPIAZZO - “El derecho de los padres a la libre elección de instituciones de enseñanza para sus hijos”, en Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales N° 7 (Montevideo, 1988), pág. 113 y sigtes.

niveles obligatorios a fin de que los padres puedan ejercitar su derecho de elección en forma libre, sin cortapisas económicas, en un marco pluralista y de justicia distributiva. Mientras ello no ocurra, bajo un ropaje de pretendida neutralidad estatal, se estará obligando a quienes carecen de recursos a optar -sin poder elegir- en función de consideraciones económicas.

Y ello no es neutralidad ni laicidad sino laicismo mal entendido, que atenta contra los derechos del niño (ampliamente reconocidos en el Código respectivo), generando un desequilibrio entre su persona, la familia a la que pertenece y el Estado como organización servicial de la sociedad a la que se debe<sup>38</sup>.

#### IV) CONCLUSION

A modo de conclusión, se impone destacar la importancia de rescatar el ámbito familiar para el ejercicio de los derechos.

Ello es así porque “En la familia se aprende a vivir. La familia es la principal tarea humana, tanto pasiva (la niñez) como activa (la madurez): en ella se pueden llevar a la plenitud algunas de las dimensiones humanas más radicales. La familia proporciona un perfil genético propio, tanto en lo físico como en lo psíquico (carácter, aptitudes, urdimbre afectiva, aprendizaje de conducta, costumbres, gestos, modos de hablar, cultura práctica, etc.). Pero además, la familia es el depósito de los valores que más profunda y permanentemente quedan grabados en el espíritu de sus miembros mediante la educación (actitudes religiosas, virtudes morales, modos de valorar, ideales, etc.)”<sup>39</sup>.

Por eso, la intimidad de las relaciones familiares requiere de un ámbito digno de desarrollo. Por eso, el hogar es algo más que el aspecto material constituido por una casa: forma parte de la intimidad de cada uno (en tanto es el lugar donde cada quien se encuentra consigo mismo) y es donde la intimidad se hace común con otras personas (en tanto es el sitio donde se comparte la intimidad, donde las personas se manifiestan como realmente son). Esa es la dimensión de la intimidad familiar. Según se ha enfatizado, “en el hogar nuestro ser es completado por un entorno afectivo y material, en el que empezamos a formar parte de una familia, y donde se realiza principalmente el proceso de formación de la personalidad humana. Allí es donde nacen los hijos, es el marco natural del amor, del sexo, de la familia... El hogar es, en consecuencia, el lugar donde se despliegan de modo más intenso las dimensiones más profundas de la persona: la intimidad, la manifestación, el diálogo, el dar”<sup>40</sup>.

38 Felipe ROTONDO TORNARIA – “Persona, educación y Estado”, en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins (F.C.U., Montevideo, 2008), pág. 609 y sigtes.

39 Ricardo YEPES STORK – “Fundamentos de Antropología” cit., págs. 284 y 285.

40 Ricardo YEPES STORK – “Fundamentos de Antropología” cit., pág. 112.

---

# EL DERECHO DE ACRECER EN MATERIA SUCESORIA

WALTER HOWARD

## SUMARIO

1. Planteamiento. 2. El derecho de acrecer y los demás medios de suceder. 3. Fundamento del derecho de acrecer. 4. Requisitos del acrecimiento. 5. La inexistencia de designación de partes en la sucesión testada. 6. Efectos del acrecimiento. 7. Acrecimiento en el legado de usufructo, uso o habitación.

### 1. Planteamiento

Bajo la denominación de «derecho de acrecer» en los arts. 1044 y siguientes del C.C.U. se establece un régimen jurídico aplicable a la sucesión intestada (art. 1044), como a la testada (art. 1045), en la cual aquel a quien se le defiere parte de una herencia, o en su caso, se lo beneficia con una cuota de un legado (art. 1047), está imposibilitado –por no querer o no poder aceptar– de recibir cualquiera de ellos, con lo que la parte o cuota que le correspondía amplifica la de sus coherederos o colegatarios.

El art. 1044 prevé que «en las sucesiones intestadas, la parte del que no puede o no quiere aceptar, acrece a los coherederos, salvo el derecho de representación».

El art. 1045 dispone que «en las sucesiones testamentarias, el derecho de acrecer sólo tiene lugar cuando dos o más son llamados por el testador a una misma herencia o a una porción de ella, sin designación especial de partes a cada uno de los llamados».

Entretanto, el art. 1047 previene que «lo dispuesto en los artículos anteriores se observará igualmente en los legados».

El *ius adcrescendi* supone una institución solidaria a favor de varios sujetos que son llamados a suceder en forma conjunta, sea por testamento o por la ley, y que conduce a que si uno de ellos, por cualesquiera razones, no sucede, su cuota –al quedar vacante– acrece a quienes fueron llamados con él. La figura se puede explicar como un efecto sucesorio que tiene lugar en el ámbito específico de las instituciones a título universal o singular plurales y que ante la imposibilidad de uno o más de los llamados a concurrir a la sucesión –sea porque no pueden o no quieren hacerlo– apareja la expansión automática de la cuota vacante a favor de quienes sí suceden<sup>1</sup>.

La doctrina moderna distingue entre la vocación parciaria y la vocación solidaria. La primera tiene lugar cuando el testador llama a varios sucesores en cuotas distintas; mientras que la segunda existe cuando cada sucesor ha sido llamado a la totalidad, de manera que las cuotas no han sido queridas por el testador, sino que son consecuencia necesaria del concurso de varios derechos de la misma fuerza sobre la misma herencia: *concurso partes fiunt*<sup>2</sup>. En la vocación solidaria, la falta de uno de los llamados produce el acrecentamiento a favor de los demás; en cambio, si la vocación es parciaria, la cuota vacante –si no hay sustitución– se defiere a los herederos abintestato<sup>3</sup>.

1 Cfr. BALESTRA, Lorenzo, *Successioni e donazioni*, AA.VV. (Dir.: Balestra y Di Marzio), 2ª. Ed., Milán, CEDAM, 2014, pág. 1169.

2 CAMPAGNOLO, Roberto, *Le successioni "mortis causa"*, Torino, Ed. Utet Giuridica, 2011, pág. 143; LACRUZ BERDEJO, en LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1992, pág. 65 y PÉREZ LASALA, José Luis, *Derecho de sucesiones*, vol. I, Bs. As., Ediciones Depalma, 1978, pág. 296. Este último autor sigue a MESSINEO y señala que la vocación parciaria sólo puede darse en la sucesión testamentaria, dado que no es concebible en la intestada; no obstante, agrega que no hay obstáculos para hablar de vocación solidaria dentro del ámbito de la sucesión intestada.

3 PÉREZ LASALA, *op. cit.*, pág. 296.

Hay una delación solidaria en la herencia, cuando ella es ofrecida para ser recibida, si ello fuera posible, entera por cada uno de los herederos, pero como son más de uno, no se puede más que reducir sólo a una parte lo que irá a cada cual, pero con la intención de que lo que quede vacante por falta de alguno, sea para los otros, hasta el extremo de que si es uno solo que sucede, sea todo para él. El fraccionamiento se produce porque concurren varios sucesores, *concurso partes fiunt*, y no porque sea voluntad del disponente o de la ley que cada instituido o llamado reciba, no la herencia entera, sino una fracción de la misma<sup>4</sup>.

Con la operatividad del acrecimiento, la cuota de los demás llamados se expande, abrazando la de aquel llamado que no ha podido o querido aceptar<sup>5</sup>.

Cabe decir desde ahora que es un medio de suceder que opera en todos los órdenes, aun cuando en alguno de ellos presenta ciertas particularidades, dado que sólo funciona dentro de la clase a que refiere la imposibilidad de suceder de uno de los llamados (así, por ejemplo, en el tercer orden es lo que acontece entre los hermanos, en que si el imposibilitado es uno de éstos, el acrecimiento opera sólo para los demás hermanos, pero no para los hijos adoptivos).

Cuando la sucesión es mixta el acrecimiento opera dentro de cada una de las especies de llamamiento, esto es, los que tienen vocación en la sucesión abintestato pueden acrecer entre ellos y los llamados a la parte testada entre ellos –supuestas las condiciones previstas por la ley-. Ello siempre que queden sucesores tanto en el llamado por testamento como en el que se efectúa por parte de la ley. En caso contrario, es necesario distinguir, en el sentido de que si faltan todos los llamados en la sucesión testada, la cuota que hubiese pertenecido a éstos se defiere según las reglas de la intestada; entretanto, si faltan los originariamente llamados por la ley, la consecuencia de que no exista ningún componente de un orden, hace que la cuestión de a quién se defiere la herencia se traslade al orden de llamamiento siguiente.

La figura que venimos estudiando ya se hallaba contemplada en distintas épocas del Derecho romano, y se reconocían al menos tres clases de conjunciones:

a) conjunción *re et verbis*, o sea, la conjunción en la cosa y en la palabra, que tenía lugar cuando el causante instituida legatarios conjuntamente sobre la misma cosa o la misma cuota de una universalidad; por ende, si uno de ellos no sucedía su cuota beneficiaba al otro u otros;

b) conjunción *re tantum*, en que el testador instituye en cláusulas diferentes de su testamento a dos o más personas respecto a un mismo objeto, de forma que no existe llamamiento conjunto, sino separado, pero sobre la misma cosa o alícuota hereditaria; de suerte que si uno de ellos no sucede, su cuota beneficia a los otros;

c) conjunción *verbis tantum*, en la cual se llama conjuntamente a dos o más colegatarios pero con asignación de partes para cada uno, en cuyo caso no hay acrecimiento entre los beneficiarios<sup>6</sup>.

Como es fácil de ver, la figura que nos ocupa sólo interviene en nuestro Derecho en los dos primeros casos.

## 2. El derecho de acrecer y los demás medios de suceder

Según el codificador, el derecho de acrecer es la última forma de suceder, en la medida en que prevalecen sobre él la representación, la transmisión y la sustitución. En este sentido, el art. 1048 dispone que «el derecho de transmisión, establecido por el artículo 1040 excluye el derecho de acrecer» y el art.

4 ALBALADEJO, Manuel, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XIII, vol. 2°, *Artículos 959 a 987 del Código Civil* –Dir.: Albaladejo-, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1981, pág. 295.

5 CAMPAGNOLO, *op. cit.*, pág. 143.

6 ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, T. 2, 5ª. ed., Bs. As., Ed. Astrea, 2008, págs. 494-496 y BALESTRA, *op. cit.*, pág. 1168.

864 que «el derecho de transmisión excluye al de sustitución y el de sustitución al de acrecimiento». Con respecto a la representación –figura exclusiva de la sucesión intestada o de la mixta en lo que se vincula con la parte regulada abintestato-, el ya transcrito art. 1044 la hace predominar sobre el acrecimiento.

En realidad, cuando se emplea en las aludidas disposiciones el vocablo «excluye» es erróneo, desde que nada impide, que en lo atinente a un mismo llamado puedan coexistir más de un medio de suceder. Así las cosas, estimo que es más adecuado el término «prevalece». Como muestra, si el causante lega un inmueble a A y B y para A nombra sustituto a C, es palmario que si A está imposibilitado de suceder ingresa en su lugar C, por lo que no opera el acrecimiento a favor de B, puesto que sobre él prevalece la sustitución. Sin embargo, si el que no quiere o no puede aceptar el legado es B, para quien no hay sustituto, opera el acrecimiento a favor de A (o de su sustituto C). Por consiguiente, en dicho supuesto no es que exista exclusión del derecho de acrecer, sino una preferencia de la sustitución por parte del legislador. Sólo en caso de que los sustitutos no sucedan, se abre paso la figura del acrecimiento. Incluso en el ejemplo propuesto si no sucede ni el llamado originario (A), ni el sustituto (C), opera el acrecimiento a favor del otro instituido (B).

De modo que, en la sucesión testada la sustitución dispuesta por el testador para el caso de que uno de los instituidos no quiera o no pueda aceptar, lleva a que dicha figura prevalezca sobre el derecho de acrecer de los coherederos o colegatarios.

Mientras que, existiendo descendientes del llamado originalmente en el primer y tercer órdenes de la sucesión intestada, frente a la ineficacia del llamado, opera la representación, pero si ellos no existen o no quieren o no pueden aceptar, acrece a los coherederos del llamado en forma primigenia.

En la sucesión intestada la representación prevalece, en algunas ocasiones y en otras no, sobre la sustitución, pero siempre sobre el acrecimiento. Por cierto, en el caso del primer orden de llamamiento, la representación predomina sobre la sustitución, dado que aun cuando el padre haya nombrado sustituto a uno de sus hijos, si éste llega a faltar, su sucesión se defiere a sus descendientes (que también son legitimarios) por representación, sin que ingrese en su lugar el sustituto. Sin embargo, diferentes son las cosas en el tercer orden de llamamiento, en la clase de los hermanos, en virtud de que si uno de éstos no quiere o no puede aceptar, y el testador le nombró sustituto, aunque tenga hijos, no opera la representación, sino que prevalece la sustitución. Naturalmente que las aludidas diferencias tienen por base la consideración de que en el primer orden estamos frente a la asignación forzosa de las legítimas, lo que no acontece en el tercer orden.

Entonces, la figura del acrecimiento, aunque interviene en ambas especies de sucesión, se halla sujeta a la no concurrencia de sucesores llamados por representación o sustitución.

Cuando se previó una sustitución, la exclusión del acrecimiento sólo tiene lugar en la medida en que aquélla tenga efecto, vale decir, si el llamado en sustitución adquiere la cuota que a él le corresponde. Por el contrario, si la sustitución no produce efectos (por ejemplo, porque el sustituto premurió al testador) la cuota que correspondía al llamado faltante acrece al resto de los coherederos o colegatarios, y no se transmite a los sucesores abintestato<sup>7</sup>. Lo anterior encuentra fundamento en la idea ya expuesta de que –a pesar del tenor literal de los preceptos legales- la sustitución no excluye al acrecimiento, sino que simplemente prevalece sobre éste.

En lo que se vincula con la transmisión, esta figura opera en hipótesis diversas a las del acrecimiento. Desde luego, la primera exige que el instituido o llamado (transmisor) haya sobrevivido al causante, pero que fallezca sin aceptar o repudiar la herencia o el legado que se le defirió; por lo que en tal caso transmite a sus herederos (transmisarios), cuando éstos aceptan su herencia (art. 1040), la facultad de aceptar o repudiar el beneficio derivado de la sucesión del primer causante. Por consecuencia, cuando el causante originario ha instituido a una pluralidad de beneficiarios, pero uno de ellos fallece con posterioridad a aquél –dado que la cuota de herencia o de legado deferido ya ingresó en su

7 BONILINI, Giovanni, *Le disposizioni testamentarie* (Dir.: Bonilini; Coordinador: Barba), Milán, Utet Giuridica, 2012, pág. 1046.

patrimonio-, no opera el acrecimiento, sino que el derecho de aceptar o no se transmite a los herederos del instituido fallecido.

No obstante, si los herederos del instituido repudian la cuota de aquella herencia o legado, que a ellos se transmite por fallecimiento del primer instituido o transmisor, en virtud de la retroactividad de que está adornada la repudiación, se verifica el acrecimiento a favor de los que fueron instituidos con el ahora fallecido.

Por el contrario, cuando el que fallece en primer lugar es el coheredero o colegatario instituidos, y luego fallece quien lo instituyó, no opera la transmisión, puesto que no ingresó en el ámbito patrimonial de aquéllos la posibilidad de aceptar o repudiar el beneficio atribuido, por lo cual, la cuota de aquél acrece a quienes fueron designados conjuntamente con quien está impedido de suceder por su deceso y no a los herederos de éste. Naturalmente que lo recién afirmado, en tanto, no exista descendencia con derecho a representación en la sucesión intestada (art. 1044, *in fine*) o designación de sustituto por acto testamentario (art. 864).

El C.C. también prevé una especie de acrecimiento a efectos de formar la denominada «legítima efectiva», que tiene lugar cuando a la legítima rigorosa (art. 887, inc. final: «Lo que cupiese a cada uno de los herederos forzosos en la porción legitimaria, será su legítima rigorosa»), se le suman los rubros indicados en los tres ordinales del art. 893. De todas maneras, se trata de un acrecimiento diferente al que venimos estudiando, en la medida que sólo tiene por destinatarios a los legitimarios, además de que, salvo el previsto por el ord. 3° del citado art. 893, los aludidos acrecimientos son de orden público, no dependen de la voluntad del testador y por tanto, éste no los puede prohibir<sup>8</sup>.

### 3. Fundamento del derecho de acrecer

En la doctrina argentina, PÉREZ LASALA refiere que el fundamento de la figura es diferente según se trate de sucesión testada o intestada.

En la sucesión testada, si bien señala que dos son las teorías de mayor predicamento, la de la voluntad presunta del causante y la de la vocación solidaria, considera que la primera es el real fundamento de la figura. La teoría subjetiva de la voluntad presunta del causante estima que el fundamento está en el deseo tácito de éste de beneficiar a todos y a cada uno de los llamados sin preferencia entre ellos; por lo que si llega a faltar alguno de los beneficiados, su parte pasará a los otros, porque se presume que esa es la voluntad del causante. Entretanto, la teoría objetiva basa el acrecimiento en el hecho objetivo de la vocación solidaria, que atribuye a cada uno de los llamados vocación a toda la herencia o a todo el legado, siendo el contacto de todos los sucesores el que constriñe los respectivos derechos a límites más estrictos, pero cuando cesa la causa que obra como agente compresor, el derecho de cada sucesor adquiere la mayor amplitud posible<sup>9</sup>.

8 Al decir de la doctrina, el derecho de acrecer de los legitimarios se diferencia de la figura prevista por los arts. 1044 y ss. en que aquel «no se basa ni próxima ni remotamente en voluntad alguna del causante ni está a expensas, como el otro, de su libre decisión, sino que el aumento o acrecimiento de la parte de cada legitimario en la legítima, si es que algún otro no toma la suya, se le impone al causante, lo quiera o no, como, lo quiera o no se le impone la legítima» (ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 300).

9 PÉREZ LASALA, *op. cit.*, pág. 302. De forma parecida, en la doctrina uruguaya, se expresa que se ha tratado de explicar la naturaleza del acrecimiento a través de dos teorías: subjetivista y objetivista. La teoría subjetivista atiende a la voluntad presunta del testador, que el codificador recoge en sus preceptos. Se trataría de una presunción simple, que el propio testador puede excluir expresando su voluntad contraria (art. 1050). Según la teoría objetivista o de la vocación solidaria, el acrecimiento se funda en que cuando hay dos o más llamados la imposibilidad de aceptar de uno de ellos, expande, sin que exista una nueva adquisición, el derecho de los demás, salvo que el testador haya dispuesto lo contrario (VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, T. V, Mdeo., 1984, pág. 47). En el mismo sentido, MESSINEO afirma que «el hecho de que la totalidad de los bienes (o el bien singular, en el caso del legado) se deje indistintamente a los llamados, y el estado de comunidad (de herencia o de legado) que de ello deriva, conducen al acrecimiento porque el contenido de cada cuota tiende a ampliarse, habiendo llegado a faltar el límite que está constituido por la cuota de otro (elasticidad de la cuota), teniendo en cuenta que aquello sobre lo cual recae el llamamiento es, para cada llamado, una cuota del caudal hereditario considerado en su indistinción y totalidad (o, respectivamente, en el legado, de la cosa en su

Ahora bien, el citado doctrinario argentino señala que en la sucesión intestada el fundamento se encuentra directamente en la forma en que la ley llama a los herederos legítimos, sobre la base de la organización de los órdenes sucesorios y de los grados de parentesco, organización que en última instancia tiene su fundamento también en la presunta voluntad del causante. El autor critica la postura que considera que el fundamento del acrecimiento se encuentra en la presunta voluntad del testador porque no podría ser la base para sostener su procedencia en el caso de la sucesión abintestato. Asimismo, juzga que la posibilidad brindada al testador de prohibir el acrecimiento sólo hace de instrumento de derogación respecto a lo dispuesto por la ley, lo cual sirve para demostrar que el instituto no es de orden público, pero no debe confundirse a la voluntad de atribuir la totalidad (o una cuota mayor) a quienes, por fuerza de las cosas, se les ha atribuido una cuota menor<sup>10</sup>.

VAZ FERREIRA adhiere a la postura objetiva o de la vocación solidaria, al considerar que en los casos en que el derecho puede operar son aquellos en que en que cada uno de los designados por el testador es llamado a la totalidad de lo que es objeto de la disposición testamentaria. Estima que la concurrencia sobre el mismo objeto es lo que imposibilita darle a cada uno el todo, pero cesando el concurso entre los llamados, que opera como agente compresor, el derecho se expande sobre todo el objeto, y en este sentido es que debe entenderse la afirmación doctrinaria de la elasticidad del derecho o expansión de la cuota. Se trata del derecho originario que, libre de limitaciones, se expande sin que tenga lugar una nueva adquisición (al contrario de lo que ocurre en la sustitución recíproca) y sin necesidad de una nueva y especial aceptación del destinatario. Todo ello, sin perjuicio de que la vocación solidaria se funde en la voluntad expresa o presunta del testador, de modo que éste puede excluirla<sup>11</sup>.

En la doctrina española se proclama que en la sucesión testada la finalidad de la institución consiste en eliminar las vacantes de cuota cuando alguno de los llamados no quiere o no puede suceder, ocasionando un incremento en la cuota hereditaria de los restantes llamados y evitando que sobre la porción vacante deba abrirse la sucesión intestada. Su fundamento se encuentra en la voluntad real o presunta del testador, dado que opera bajo la presuposición de que, cuando alguno de los llamados no sucede, el testador habría preferido que no se abriese la sucesión intestada y que se incrementara la cuota de los demás; no obstante, no son reglas imperativas, por lo que el testador puede disponer lo contrario<sup>12</sup>.

A mi entender, en la sucesión testada a título particular o de legado es probable que debamos encontrar el fundamento del acrecimiento en la presunta voluntad del testador, en la medida en que es de suponer que cuando éste dispone a favor de varias personas sin designar cuotas, su deseo es que para el caso de que alguno de los instituidos se halle imposibilitado de suceder, se beneficien con la cuota de éste los demás llamados. Entretanto, en la sucesión a título de heredero, sea testamentaria o intestada, el fundamento juzgo que es más adecuado situarlo en el poder expansivo del título de heredero; de modo que, así como el heredero o los herederos recogen aquellos bienes que no se conocía que formaban parte del patrimonio del difunto, también adquieren las cuotas de quienes no quieren o no pueden heredar.

Junto con esto último no puede dejar de citarse el propósito del legislador de agotar cada escalón parental antes de pasar al otro<sup>13</sup>.

Además de lo dicho, en la doctrina también se ha buscado una fundamentación económica para justificar el acrecimiento, basado en que impide el fraccionamiento de la propiedad, concentrándola en un número menor de coherederos o colegatarios<sup>14</sup>.

---

totalidad)» (MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, pág. 372.).

10 PÉREZ LASALA, *op. cit.*, págs. 302-303.

11 VAZ FERREIRA, *op. cit.*, págs. 48-49.

12 CORDERO LOBATO, Encarna, «La delación», AA.VV., *Derecho de sucesiones*, Coordinador: Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Ed. Tecnos, 2009, pág. 61.

13 ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 295.

14 CAMPAGNOLO, *op. cit.*, pág. 143 y BONILINI, *op. cit.*, pág. 1042.

## 4. Requisitos del acrecimiento

1°) Llamamiento plural de herederos o legatarios, sea en virtud de testamento o de sucesión abintestato, a una misma herencia, a un legado o a una cuota en cualquiera de ambos<sup>15</sup>. Se requiere una inicial y simultánea pluralidad de llamados, de manera que se constituya una comunidad de herencia o de legado y la posterior desaparición de uno (o varios) de ellos<sup>16</sup>.

Pero además es necesario que los llamados lo sean en el mismo orden y por un mismo título, esto es, como herederos o legatarios, aun cuando estos últimos lo sean en parte alícuota, dado que no hay acrecimiento entre los sucesores a título universal y singular; a lo más lo hay dentro de los sucesores de cada especie. De todas formas no puede perderse de vista que el art. 943 dispone que «cuando el legatario no pueda o no quiera aceptar el legado o éste por cualquier otra causa no pueda tener efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y acrecimiento, conforme a este Código», con lo cual si el o los legatarios a favor de los cuales se testó faltan a suceder, el o los herederos se beneficiarían de modo similar a la hipótesis en que hubiera acrecimiento, aun cuando se trate de situaciones dispares. Sin embargo, la situación contraria, en que no llegan a suceder los herederos instituidos, no beneficia en forma alguna a los legatarios, sino que la sucesión en la parte correspondiente a aquellos se disciplina por las disposiciones de la sucesión intestada.

En caso de llamamiento testamentario, nada impide que el beneficio a favor de varios sujetos se establezca en cláusulas diferentes de un mismo testamento, o incluso en testamentos distintos, siempre que pueda identificarse efectivamente un llamamiento conjunto, a pesar de las instituciones así separadas<sup>17</sup>.

2°) Que alguno de los llamados no pueda o no quiera aceptar la herencia o el legado, dando lugar a la vacancia de cuota, esto es, a la ineffectividad del llamamiento respecto de alguno o algunos de los llamados, de la que resulte que parte de la herencia (o el legado) queda sin atribuir<sup>18</sup>.

La causa por la cual el heredero no concurre, es indiferente: puede darse en casos de premoriencia<sup>19</sup>, renuncia, repudiación, declaración de indignidad, nulidad de la institución de un heredero en el llamamiento conjunto<sup>20</sup>, etc. Incluso, cuando se ha establecido un sustituto para el caso de faltar el heredero, procede el acrecimiento cuando el sustituto tampoco adquiere la herencia<sup>21</sup>.

Asimismo, la imposibilidad de suceder puede ya existir antes de la apertura de la sucesión a la que son llamados los instituidos (*v. gr.* cuando uno de ellos prefalleció al causante en la sucesión testada) o generarse luego de aquélla (tal lo que acontece con la declaración de indignidad). También procede el acrecimiento en caso de revocación de institución, esto es, cuando el testador instituyó dos herederos

15 El acrecimiento en materia de legados opera cualquiera sea el objeto de éstos: o sea, se trate de legado de especie cierta como de género (CAMPAGNOLO, *op. cit.*, pág. 145).

16 MESSINEO, *op. cit.*, pág. 371.

17 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, en AA.VV., *Curso de Derecho Civil (V). Derecho de sucesiones*, Coordinador: Pérez Álvarez, Madrid, Ed. Colex, 2013, págs. 90-91.

18 GUILARTE ZAPATERO, Vicente, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XIII, vol. 1°, *Artículos 912 al 958 del Código Civil* –Dir.: Albaladejo–, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1989, pág. 106.

19 En la doctrina uruguaya se observa que el acrecimiento por premuerte no puede operar en la sucesión intestada (VAZ FERREIRA, *op. cit.*, pág. 65). En la doctrina española se señala que la premoriencia no da lugar al acrecimiento en la sucesión intestada y sí en la testada, porque en aquélla no va a existir porción hereditaria vacante, que constituye el presupuesto fundamental del *ius adcrendi*. La herencia en la sucesión intestada se defiende en el mismo momento de la muerte del causante, por lo que aparece integrada con tantas porciones o cuotas como sean los herederos, que por existir en dicho momento y ostentar el mismo grado u orden sucesorio son llamados a suceder en cada una de aquéllas. Por el contrario, la existencia previa a la muerte del causante de un llamado en la sucesión testada impone que, faltando alguno de los herederos testamentarios, la cuota que le hubiera correspondido se considere vacante y objeto de acrecimiento (GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, págs. 112-113). Similares consideraciones efectúa: PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, vol. II, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1977, pág. 391.

20 PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 378.

21 RUPRECHT, Alfredo J., voz «Derecho de acrecer», *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, T. VII, Bs. As., Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, pág. 73; y VAZ FERREIRA, *op. cit.*, pág. 56.

(o legatarios) y luego revoca el llamado a uno de ellos<sup>22</sup> –aun cuando cabe decir que en esta última hipótesis hay un único llamado y no vocación plural-, cuando existe una institución a favor de un concebido que no llega a nacer<sup>23</sup>, se cumple la condición resolutoria a que estaba sujeto el llamamiento de uno de los sucesores<sup>24</sup> o cuando se produce la resolución de una disposición testamentaria por incumplimiento de un modo<sup>25</sup>.

Para que el acrecimiento sea posible es preciso que alguno de los llamados no suceda, quedando así vacante su parte, cualquiera sea la causa por la cual falta el llamado. Pero como la voluntad del causante es soberana, puede disponer que el acrecimiento tiene lugar sólo si dicha vacante procede de determinadas causas y que, sin embargo, lo excluya cuando provenga de otras<sup>26</sup>.

3°) Si se trata de sucesión testada, que no haya designación de cuotas para cada uno de los llamados, o lo que es lo mismo, que la institución sea por partes iguales. En la sucesión abintestato por lo general no hay división de partes entre los herederos, sino que a lo más existe una división entre clases (*v. gr.* segundo y tercer orden de llamamiento), pero en esos supuestos el acrecimiento opera sólo entre los componentes de la clase de la que formaba parte el que no sucede (por ej.: cuando sobreviven cónyuge y concubino, y la mitad de la herencia se divide entre éstos, si uno no quiere o no puede heredar, su cuota acrece al otro). Incluso, cabe decir que en la sucesión intestada ni siquiera se requiere para que opere el acrecimiento la igualdad de cuotas entre los sucesores, lo cual es esencial en la sucesión testada. Por cierto, adviértase que cuando suceden abintestato cónyuge y concubino o hermanos de doble y de simple vínculo, hay acrecimiento a pesar de que lo hagan en cuotas desiguales.

4°) Es necesario que subsista y se mantenga el llamamiento inicial de al menos alguno de los designados, quien será el destinatario del acrecimiento<sup>27</sup>. Si todos los designados están impedidos de suceder, y no opera alguno de los modos supletorios de hacerlo –representación, sustitución o transmisión-, se pasa al orden de llamamiento subsiguiente.

Por cierto, cuando hay llamado conjunto por la ley, y la imposibilidad de suceder alcanza a todos los llamados, se torna imposible la operatividad del acrecimiento, con lo cual, en la sucesión intestada, se agota el grado de llamamiento y se pasa al posterior; mientras que si ello acontece en la sucesión testada, ante la imposibilidad de distribuir de acuerdo a la última voluntad del testador, el llamado se regla de conformidad con los cánones de la sucesión intestada.

5°) En la sucesión testada, que el testador no haya dispuesto la prohibición del acrecimiento (art. 1050 del C.C.).

La voluntad del testador, contraria a la operatividad del acrecimiento, debe ser manifestada por vía testamentaria, por lo tanto, no puede ser deducida de otros documentos escritos por el propio disponente, ni por cualquier otro medio<sup>28</sup>.

La citada prohibición puede ser establecida en modo expreso, como implícito. Esta última especie tiene lugar cuando el testador previene otro medio de suceder que sea incompatible con el acrecimiento, como acontece en los supuestos en que, si bien dispone sin designación de partes, prevé un sustituto para alguno o todos los instituidos.

En algún sector de la doctrina se ha sostenido que cuando no hay pronunciamiento que prohíba el acrecimiento existe una presunción *iuris tantum* acerca de la voluntad del testador<sup>29</sup>.

22 VAZ FERREIRA, *op. cit.*, pág. 57.

23 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ruperto Isidoro, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Madrid, Ed. La Ley, 2013, pág. 1672.

24 CORDERO LOBATO, *op. cit.*, págs. 62-63. En la misma dirección: PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 385.

25 CAMPAGNOLO, *op. cit.*, pág. 144.

26 ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 319.

27 GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, pág. 106.

28 BONILINI, *op. cit.*, pág. 1044.

29 BALESTRA, *op. cit.*, pág. 1169.

De todos modos, la cuestión se dificulta al tratar de determinar si la voluntad del disponente —que por expresa previsión legal (art. 1050)- es hábil para excluir el acrecimiento-, también lo es para determinar la procedencia de la figura cuando falta alguna de las condiciones previstas por la ley. En este rumbo se ha señalado que la voluntad del testador es apta para excluir el acrecimiento; sin embargo, es inhábil para provocar que opere el acrecimiento cuando está ausente alguno de los presupuestos requeridos por la ley para su procedencia (esto es, queda excluido el acrecimiento voluntario)<sup>30</sup>. Por cierto, nada impide que si el testador instituye en cuotas desiguales a tres herederos, pueda prever que en caso de que uno no suceda, su cuota beneficie o acrezca a los otros dos, pero en tal hipótesis —a juicio de quien escribe- estamos por fuera de la figura que nos ocupa, dado que, sean cuales sean los términos empleados por el disponente, se trata de un supuesto de sustitución. Habitualmente será un caso de sustitución recíproca (art. 862), en la que incluso puede ordenarse que la cuota del que no quiere o no puede aceptar, se distribuya por partes iguales entre los que sucedan.

No obstante, la cuestión se dificulta cuando se analizan otros aspectos de la figura y se la vincula con la transmisión. Lo anterior en la medida en que, fuera de aquellas hipótesis en que la voluntad del testador se halla constreñida por la presencia de asignaciones forzosas, es ostensible que puede limitar o excluir la concurrencia de ciertas figuras a la hora de decidir el destino de su patrimonio. Por consiguiente, si bien según la ley (art. 1048), el derecho de transmisión prevalece sobre el derecho de acrecer, de modo que éste sólo opera cuando no haya tenido lugar aquél, nada impide que el testador haya excluido la operatividad de la transmisión, con lo cual tendría lugar el acrecimiento<sup>31</sup>.

## 5. La inexistencia de designación de partes en la sucesión testada

Los llamados a una herencia pueden serlo por la ley en la sucesión abintestato o por negocio *mortis causa* en la testamentaria.

Cuando la ley regula la sucesión intestada, en algunas hipótesis prevé la concurrencia de los sucesores con partes desiguales en la herencia a la que son llamados. Ya me he referido al caso en que concurren cónyuge y concubino supérstites en que no heredan en el segundo orden por partes iguales, sino que la herencia (o mitad de ella, si también suceden ascendientes —art. 1026-) se reparte entre ellos en atención al tiempo de convivencia efectivo de cada uno con el causante (art. 11, inc. 2°, de la ley n.° 18.246). Y de connotaciones similares es lo que acontece en el tercer orden de llamamiento en la clase de los hermanos, desde que la porción del hermano carnal (o de doble vínculo) dobla la del hermano de vínculo simple (art. 1027, inc. final).

Ahora bien, en el citado caso de la sobrevivencia de cónyuge y concubino, si uno de ellos no concurre a la herencia, su cuota acrece al otro, por ser único sucesor dentro de la clase<sup>32</sup>. Entretanto, en el caso de la sucesión de los hermanos, en que sobreviven algunos de vínculo doble y otros de parentesco simple, y uno de ellos no quiere o no puede aceptar la herencia y carece de descendientes que ingresen en su representación, tiene lugar el acrecimiento respetando la regla del duplo con que el legislador favorece a los primeros. Esto es, no conforman una clase los hermanos carnales y otra los paternos o los uterinos, por lo que todos ellos se ven beneficiados con el acrecimiento ante la imposibilidad de suceder de uno de ellos.

Conviene destacar, entonces, que la designación de partes para acrecer sólo adquiere trascendencia en la sucesión testada, careciendo de consecuencias en la intestada en aquellas hipótesis en que el

30 BONILINI, *op. cit.*, pág. 1044.

31 Así en la doctrina se ha proclamado que, como la voluntad del testador es soberana, puede disponer que la transmisión a los sucesores del instituido no se produzca cuando éste muera sin haber aceptado ni repudiado, sino que su parte acrezca a sus coherederos: «se trataría de haber hecho personalísimo el *ius delationis*, por lo que, muerto el llamado después que el causante, pero antes de haber aceptado ni repudiado, su parte quedaría vacante (en vez de transmitirse a sus herederos la delación a la misma) y la acrecerían sus coherederos, no porque el causante hubiese dispuesto la prevalencia del acrecimiento sobre el derecho de transmisión, sino porque éste no cabe (al haberse establecido la delación como personalísima), y entonces el primer camino que se ofrece a la parte vacante es el del acrecimiento» (ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 310).

32 En hipótesis quiméricas podrían plantearse ciertos conflictos; *v. gr.* cuando suceden más de un cónyuge —en caso de bigamia- y concubino, en cuyo caso habría que adaptar lo que vengo exponiendo.

legislador ha previsto una diferente participación dentro de un orden de llamamiento. Y juzgo que constituye un consistente argumento que la imposibilidad de acrecentamiento por designación de partes sólo aparece recogida en el art. 1045, inc. 1°, referido en exclusiva a la sucesión testamentaria.

Según este precepto, para que haya acrecimiento se requiere que la institución de los beneficiarios, sea «sin designación especial de partes a cada uno de los llamados». Corolario de ello es que si el testador dispone: a) “instituyo herederos en la parte de libre disposición a A, B y C, en las siguientes proporciones: 1/6, al primero, 2/6, al segundo y 3/6, al último”; o b) “lego a A, B y C el inmueble padrón 1.000 en las siguientes proporciones: 20%, 30% y 50%, respectivamente”, no hay acrecimiento, por vulnerar lo dispuesto en el ya citado art. 1045. E igual conclusión merece el supuesto en que el testador lega un inmueble de 1.000 hectáreas a favor de A, B y C, disponiendo que a A le corresponderán 200 hectáreas, a B 300 y a C 500.

El art. 1046, por su lado, contiene una disposición interpretativa, según la cual «la expresión **por partes iguales**, no se tiene por designación para impedir el derecho de acrecer»<sup>33</sup>. Si bien la cuestión es discutible, juzgo que no impide el acrecimiento ni esa expresión, ni aquellas que no supongan una atribución de cuotas desiguales para los instituidos<sup>34</sup>. Lo dicho con base en que no es casual que el art. 1045 no exprese para el acrecimiento que no haya designación de partes, sino que exige que no exista designación «especial» de partes a cada uno de los llamados. Por tanto, si el testador dispone de su herencia por tercios o cuartos estimo que no cabe entender que hay llamamiento especial de parte para cada instituido.

Así las cosas, cuando se lleva a cabo una institución por partes iguales, sin designación de números, o con designación de partes numéricas, pero que sean iguales, es admisible el acrecimiento, mientras que si la institución es por partes desiguales su operatividad queda excluida<sup>35</sup>.

Asimismo, aun cuando la cuestión no ha sido resuelta en forma expresa por el legislador, juzgo que no hay acrecimiento cuando en una institución existen cuotas diferentes para algunos llamados, pero similares para otros; *v. gr.* cuando el testador dispuso de un inmueble en los siguientes porcentajes: 10% para A, 10% para B, 10% para C, 10% para D y 10% para E y el 50% restante para F. De forma que, si uno de los primeros llamados falta a la sucesión, su cuota no acrece a los demás. En cambio, estimo que sí es procedente el acrecimiento si el testador dispone del 50% del inmueble para A, B, C, D y E por partes iguales y del otro 50% para F. En dicho supuesto, si uno de los primeros no quiere o no puede aceptar su cuota (dentro del respectivo 50%) acrece a los demás legatarios.

La equiparación en las cuotas habilitante del derecho de acrecimiento puede ser dispuesta en modo negativo, en las hipótesis en que no se indica forma de distribución entre quienes son llamados a una herencia o a un legado, o en forma positiva, cuando se precave que se les defiere el beneficio en partes iguales.

Coadyuva con lo que vengo exponiendo lo dispuesto por el art. 856, de conformidad con el cual «si el heredero o herederos no han sido instituidos en la totalidad de los bienes, sino en una parte o cuota determinada, el remanente pasará a los herederos legítimos, a menos que haya otro u otros coherede-

33 La igualdad de las partes está implícita cuando el testador no hace mención de la medida en que cada coheredero tenga derecho al patrimonio hereditario; por consiguiente, se comprende que la ley equipare el llamamiento en partes iguales al llamamiento sin determinación de partes (MESSINEO, *op. cit.*, pág. 373).

34 Para VAZ FERREIRA (*op. cit.*, pág. 52), tampoco es obstáculo para el acrecimiento que se instituya ‘por terceras partes’, si son 3 los herederos o ‘por décimas partes’, si son 10 los herederos. Y de la misma opinión son ALBALADEJO (*op. cit.*, pág. 322 y ss.) y LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pág. 68. En cambio, para RIVERO DE ARHANCET, Mabel (*Lecciones de Derecho sucesorio*, Mdeo., F.C.U., 2001, pág. 55) y CAROZZI, Ema (*Manual de Derecho Sucesorio*, T. I, 2ª. ed., Mdeo., F.C.U., 2013, pág. 444), tal disposición impide el acrecimiento.

En la jurisprudencia española se estimó que la frase empleada por la testadora en que instituía por «por iguales novenas partes» referida a nueve interesados representa esencialmente lo mismo que la de «por mitad» empleada por la ley, si se trata de dos, pues en uno y otro caso se designa parte alícuota, y aunque en cierto modo tengan un aspecto numérico, puesto que ordenan la división del todo de la herencia en nueve o en dos partes, no es entero en el sentido concreto y especial a que alude el Código... para excluir el derecho de acrecer (sent. del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1917, cit. por MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 1672-1673 y por PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 383).

35 PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 382.

ros instituidos sin designación de partes».

En otro orden, el acrecimiento no opera exclusivamente cuando la pluralidad de herederos o legatarios es llamado a toda la herencia o a la totalidad de un legado, sino que también es procedente en aquellas hipótesis en que se los instituye en una cuota de cualquiera de ellos. Por ejemplo, tiene lugar el acrecimiento a favor del otro cuando el testador instituye herederos a X y Z en una cuarta parte de su herencia y uno de ellos no quiere o no puede aceptar<sup>36</sup>.

De modo similar, en la sucesión intestada, en aquellos órdenes formados por más de una clase – como acontece con el segundo y el tercero-, la imposibilidad de suceder del integrante de un orden, no aprovecha a todos los coherederos, sino sólo a los su clase. Así, en el tercer orden de llamamiento, si uno de los hermanos no quiere o no puede aceptar la herencia deferida, su cuota acrece al resto de integrantes de su clase, pero no beneficia a la clase de los hijos adoptivos<sup>37</sup>.

Junto con todo ello se requiere para la operatividad del acrecimiento que el llamamiento sea por títulos homogéneos, por lo que no hay derecho de acrecer entre el heredero y el legatario, aun cuando éste sea llamado a una parte alícuota de la herencia; y por el mismo fundamento no hay acrecimiento entre quienes son llamados por la ley y por testamento<sup>38</sup>.

Sin embargo, hace excepción a lo dicho lo previsto por el art. 786, el cual previene que «La disposición hecha simple y generalmente a favor de los parientes del testador, se entiende hecha a favor de sus herederos llamados por la ley o según el orden de la sucesión intestada», dado que en ese caso al existir coincidencia entre los llamados por ley y por testamento es dable el acrecimiento en los distintos órdenes de llamamiento.

Es factible, asimismo, dado que no es posible limitar su libertad volitiva, que el testador disponga sustitutos para alguno de los llamados testamentariamente y no para otros; por ejemplo, si dispone que lega su casa a X y Z y nombra sustitutos para uno de ellos. En este caso, por virtud de lo dispuesto en el art. 864 *in fine*, de conformidad con el cual la sustitución prevalece frente al derecho de acrecimiento, los sustitutos ingresarán en el lugar de aquel para el que fueron nombrados. Sin embargo, para el caso de que el otro (aquel a quien no se le nombró sustituto) no pueda o no quiera aceptar, opera el acrecimiento a favor de su colegatario<sup>39</sup>.

De todos modos, aunque el testador no establezca cuotas en forma expresa para los sucesores, cuando de sus disposiciones no puede extraerse su voluntad de que su deseo es beneficiar en igual proporción a todos los llamados, no opera la figura en análisis. Por consiguiente, cuando aquel dispone que lega a A todos sus muebles y a B sus inmuebles; o a A los bienes que adquirió en vida por título oneroso y a B los que recibió por herencia; o realiza otra clase de distribución de su patrimonio, no existe el derecho de acrecer ante la eventualidad de que uno de los llamados no suceda, en la medida en que los llamados realizados no suponen una vocación solidaria entre los instituidos, sino en un cuerpo de bienes diferente para cada uno<sup>40</sup>.

De forma que, cuando en una herencia, un legado o una cuota de cualquiera de ellos se llama a una pluralidad de beneficiarios y se les establece una cuota porcentual o en quebrados a cada uno, si uno de ellos no sucede, se abre el camino para la representación, la sustitución o la transmisión sucesorias, y en el supuesto en que ninguna de esas figuras sea procedente (porque no hay descendencia del imposibilitado, no se designó sustituto o el imposibilitado de suceder falleció antes que el causante), la cuota en que fue instituido se distribuye de conformidad con las reglas de la sucesión intestada. Por el

36 Con respecto a esta hipótesis, se señala que «se da acrecimiento también cuando varios coherederos hayan sido instituidos en la misma cuota, esto es, si el testador los ha llamado a suceder en la misma parte del caudal hereditario; en tal caso el acrecimiento opera dentro del grupo al que se asignó la cuota; y no se comunica al instituido en la otra cuota, o a los instituidos en las otras cuotas» (MESSINEO, *op. cit.*, págs. 373-374).

37 Cfr. VAZ FERREIRA, *op. cit.*, pág. 66.

38 CORDERO LOBATO, *op. cit.*, pág. 64. Cfr. asimismo: ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 370.

39 PÉREZ LASALA, José Luis, *Derecho de sucesiones*, vol. II, Bs. As., Ediciones Depalma, 1981, págs. 314-315.

40 CORDERO LOBATO, *op. cit.*, pág. 65.

contrario, cuando la institución fue realizada sin designación de partes o cuotas, a falta de las figuras recién mencionadas, opera la vocación solidaria generada por el acrecimiento, esto es, la cuota del imposibilitado ensancha o acrecienta por partes iguales las de sus coherederos o colegatarios.

A juicio de quien escribe, nada impide que en una herencia deferida por testamento se prevea la designación de partes en las cuotas en que habrán de suceder los diferentes asignatarios y que opere el acrecimiento cuando en alguna de esas cuotas haya un llamado plural y solidario. Por cierto, si el testador dispone que su herencia se dividirá en diferentes proporciones y para una de esas cuotas instituye beneficiario a tres personas, en caso de que una de éstas no quiera o no pueda suceder, en el marco interno de esa participación opera el acrecimiento. Por ejemplo, si el testador distribuye su herencia 1/6 para A, 2/6 para B y los 3/6 restantes para C, D y E, sin designación de cuota entre estos últimos, para el caso de que uno de ellos no sucede, opera el acrecimiento a favor de los otros dos.

En la doctrina española se sostiene que «procede también el acrecimiento cuando los llamados han sido instituidos por partes iguales, aunque después el testador,... haya hecho él mismo la partición de la herencia, atribuyendo a cada uno de dichos llamados conjuntamente bienes determinados para llenar sus respectivas cuotas iguales: no ya institución en bienes concretos, sino en parte alícuota, y después partición por el testador (lo que se sitúa en una fase diferente del fenómeno sucesorio, como es la partición). En cambio, si los llamados han sido instituidos directamente en bienes concretos, no procede el acrecimiento, aunque el resultado final de tal institución sea una distribución igualitaria de la herencia; esto es así porque el instituido en cosa cierta,... ha sido instituido en un cuerpo de bienes separado, lo que excluye el acrecimiento»<sup>41</sup>.

El acrecimiento también puede operar –por fuera del art. 893- a favor de alguno o algunos de los legitimarios, dado que no es de aplicación la figura de la representación, cuando son llamados en la parte de libre disposición. De suerte que, si el testador instituyó a algunos de sus herederos forzosos en dicha porción, para el caso de que uno de ellos no quiera o no pueda suceder, su cuota acrece a los demás instituidos en la parte disponible, y no al resto de legitimarios.

El inc. 3° del art. 1045 prevé que «el coheredero o coherederos no pueden aceptar su parte propia y repudiar la que se les defiere por acrecimiento ni al contrario». La disposición debe entenderse aplicable exclusivamente a las sucesiones testadas, que por otra parte es lo que regula el canon en que está ubicada. Por ende, en caso de que se haya instituido heredero en la parte de libre disposición a varios legitimarios, esa limitación sólo es aplicable a la porción disponible y no a lo que les corresponde a título de legítima. Esto es, si hay una pluralidad de instituidos en la parte disponible, el heredero legítimo que se beneficia con ella debe aceptar o repudiar lo que en dicha porción le corresponde, pero aunque repudie ello no se traslada a lo que le ataña por concepto de legítima.

## 6. Efectos del acrecimiento

1°) El efecto natural del acrecimiento es que la cuota de aquel que no quiere o no puede aceptar aumenta la de quienes fueron llamados a título universal o particular conjuntamente con el imposibilitado de suceder. Hay un incremento, ampliación o ensanchamiento de la cuota de los llamados en modo conjunto con el impedido o repudiante. Empero, como se señala en la doctrina española, «el llamamiento es único: no hay diversos llamamientos, uno a la porción mínima y otro u otros a las que eventualmente vengán a acrecerla, sino uno solo de contenido variable»<sup>42</sup>.

El acrecimiento opera en forma automática en el sentido de que, aceptado el llamamiento originario, él ya viene con lo acrecido; no se requiere, pues, una aceptación independiente de la añadido.

Pero además tiene carácter retroactivo, en la medida en que aquel que no pudo o no quiso aceptar la herencia o el legado no se llega a considerar heredero o legatario, por lo que el que ve acrecida su cuota es titular del todo que se le atribuye desde la apertura legal de la sucesión.

41 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *op. cit.*, pág. 90.

42 LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pág. 70.

Consiste en la extensión automática de los derechos integrantes de la vocación originaria, a la porción, fracción u objeto sobre los cuales hubiera debido recaer el llamamiento concurrente del sujeto o de los sujetos cuya vocación se hubiera hecho ineficiente o si se prefiere, hubiera caducado<sup>43</sup>.

Aun cuando la ley no lo dice a título expreso, dado que la figura sólo opera cuando no hay designación de cuotas, es ostensible que, salvo en caso de representación en que la división es por estirpes, la división de la porción del impedido se divide por partes iguales entre todos aquellos que se beneficien con el acrecimiento.

En virtud de tal consideración, en principio, la cuota vacante acrece al resto de los coherederos o colegatarios por partes iguales. Por ende, si el testador instituyó herederos a B, C y D, y uno de ellos repudia la herencia, su cuota beneficia por partes iguales a los otros dos. Sin embargo, se admite que el testador disponga una diferente manera de beneficiarse con el acrecimiento o que directamente lo prohíba como preceptúa el art. 1050. Por ej. puede disponer que si D repudia, su cuota va a beneficiar a B en 2/3 partes y C en 1/3<sup>44</sup>. También es dable que el testador establezca un orden de preferencia en que los llamados se beneficiarán con el derecho de acrecer, o la no reciprocidad del mismo, favoreciendo así a un coheredero o colegatario y no al o a los restantes<sup>45</sup>.

De modo que, el carácter dispositivo de la figura en análisis, que la somete a la voluntad del testador, lleva a que: a) se pueda eliminar el acrecimiento en aquellos casos en que la ley lo establece; b) sea posible establecer su aplicación para casos en los que legalmente no se produciría<sup>46</sup>. Lo anterior en la medida en que las disposiciones en la materia que nos ocupa son de derecho dispositivo o supletorio<sup>47</sup>.

Sin embargo, en variadas oportunidades, a pesar de que se emplee el término «acrecimiento», es dable visualizar que más que frente a ésta figura nos encontremos ante una sustitución. Así acontecerá, como muestra cuando el testador disponga que algunos coherederos o colegatarios tendrán derecho de acrecer y otros carecerán de él.

El testador puede determinar que no se aplique el derecho de acrecer, en cuyas circunstancias, la parte vacante pasaría a los herederos llamados por la ley. Dicha facultad puede expresarse explícita o implícitamente, según se especifique que no existe el derecho de acrecer o que se llame en forma disyuntiva a los herederos y se basa en que, no siendo una institución de derecho necesario, puede ser excluida<sup>48</sup>.

El derecho de acrecimiento es procedente, tanto cuando refiere al primer llamamiento que hiciera el testador o la propia ley, como en un llamamiento ulterior derivado de la transmisión, la representación o la sustitución. Ello por cuanto hay acrecimiento cualquiera fuera la causa por la cual se ha llegado a la solidaridad en la institución<sup>49</sup>.

Igualmente el acrecimiento puede operar solamente en ciertas líneas. Por ej., expresa VAZ FERREIRA, que si el testador dispuso: «Instituyo heredero a mis primos por línea paterna y por línea materna, por partes iguales entre ambas líneas», en caso de renunciar un primo por línea paterna acrece su parte a los de la misma línea y sólo en caso de renunciar todos los de dicha línea acrece a la otra<sup>50</sup>. Existiría en este último caso algo así como un acrecimiento de segundo grado.

43 RUPRECHT, *op. cit.*, págs. 71-72.

44 VAZ FERREIRA, *op. cit.*, pág. 67.

45 ANIDO, Raúl, *Derecho sucesorio razonado y práctico*, Mdeo., Ed. Carlos Álvarez, 1999, pág. 110.

46 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *op. cit.*, pág. 88. En un sentido similar, en la doctrina argentina se expresa que, aun cuando se asignen partes, se puede disponer expresamente el derecho de acrecer; así como es posible instituir a dos legatarios sobre objetos distintos y establecer, que en caso de que uno de ellos no llegue a adquirir el legado, el objeto acrezca al otro (ZANNONI, *op. cit.*, pág. 499).

47 PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, vol. II, 2ª. edición, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1977, pág. 377 y LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pág. 66.

48 RUPRECHT, *op. cit.*, pág. 73.

49 CORDERO LOBATO, *op. cit.*, pág. 66.

50 VAZ FERREIRA, *op. cit.*, págs. 51-52 y 58.

En lo que hace referencia a la cesión de derechos hereditarios, el inc. 3° del art. 1768 dispone que «la cuota o cuotas hereditarias, que por el derecho de acrecer sobrevinieren al heredero, se entenderán comprendidas en la cesión, salvo que se haya estipulado otra cosa».

2°) No puede aceptarse la parte propia y repudiar el acrecimiento o viceversa (art. 1045, inc. 3°). Hay una vinculación forzosa entre la cuota inicial y la acrecida, de modo que, el acrecimiento es un componente inseparablemente ligado a la cuota originaria. Incluso, el modo de aceptación es único: todo en forma pura y simple o todo bajo beneficio de inventario.

Este efecto lo distingue de la sustitución, dado que, ante la ausencia de previsiones, el sustituto puede aceptar la parte en que fue instituido y repudiar la que se le da por sustitución o viceversa; en cambio, el acrecimiento opera aun contra la voluntad del beneficiario, no siendo necesario ningún acto de aceptación de lo recibido en más<sup>51</sup>. La cuota en la que se acrece sigue el mismo régimen jurídico de la cuota inicial, sin que haga falta aceptación del acrecimiento más allá de la aceptación de la cuota inicial, pues es la aceptación o la repudiación de ésta lo que determinará la adquisición o no del acrecimiento<sup>52</sup>. Incluso, la continuidad del régimen de lo acrecido tiene lugar en cuanto a la responsabilidad de quienes se benefician con el acrecimiento, dado que si la cuota a la que originariamente habían sido llamados fue aceptada en forma pura y simple, esa condición también se traslada a lo acrecido.

3°) En las hipótesis en que la imposibilidad de suceder de uno de los llamados ya existe al producirse la apertura legal de la sucesión, es patente que el beneficiario del acrecimiento goza de él, así como de su institución propia, desde que fallece el sujeto a cuya sucesión es llamado. A la par de ello, atento a la naturaleza retroactiva de la repudiación, declaración de indignidad, cumplimiento de la condición resolutoria o no verificación de la condición suspensiva, que llevan a la existencia del acrecimiento, el que acrece es titular no sólo de su cuota inicial, sino también de lo aquello en que esta se vea incrementada desde la apertura legal de la sucesión a la que fue llamado, aun cuando su vocación a lo agregado se conozca o determine luego de ésta<sup>53</sup>.

4°) El art. 943, en sede de legados, preceptúa que «cuando el legatario no pueda o no quiera aceptar el legado o éste por cualquier otra causa no pueda tener efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y acrecimiento, conforme a este Código». Por consiguiente, en la hipótesis de que opere el derecho de acrecer entre los colegatarios, ello obstaculiza la refundición de lo legado en el acervo hereditario.

5°) En el caso de que no opere el acrecimiento en un colegado, por faltar uno de los presupuestos de la figura en análisis (*v. gr.* hay designación de partes), la cuota del legatario que falta aprovecha a quien fue gravado con ella, esto es, a los herederos o a otro legatario –en caso de sublegado-. De este modo, quien se aprovecha de la falta de acrecimiento, queda gravado con las eventuales obligaciones y cargas a que estaría sometido el colegatario que no sucede<sup>54</sup>.

6°) El acrecimiento tiene lugar *cum onere*, esto es, la parte que acrece por imposibilidad de suceder y que aumenta la cuota de los coherederos o colegatarios, es recogida por éstos con todas las cargas que habría debido soportar el que no quiso o no pudo aceptar. En este sentido, el inc. 2° del art. 1045 prevé que «la parte del que no quiere o no puede aceptar acrece a la del coheredero o coherederos, llevando consigo todos sus gravámenes, excepto los que suponen una calidad o aptitud personal del coheredero que falta». Por gravámenes deben incluirse el pago de deudas, los legados, los sublegados y los modos; y aun cuando la disposición sólo se halla prevista para la sucesión testamentaria, nada impide que se aplique también a la intestada<sup>55</sup>.

51 VAZ FERREIRA, *op. cit.*, pág. 69.

52 CORDERO LOBATO, *op. cit.*, pág. 67.

53 En la doctrina italiana se señala que el acrecimiento opera automáticamente con efecto *ex tunc*, o sea, desde el momento de la apertura de la sucesión (CAMPAGNOLO, *op. cit.*, pág. 149).

54 MESSINEO, *op. cit.*, pág. 376.

55 VAZ FERREIRA, *op. cit.*, pág. 68.

La previsión de que a quien se beneficia con el acrecimiento se le trasladan los gravámenes impuestos al imposibilitado de suceder, tiene dos excepciones:

a) aquellos «que suponen una calidad o aptitud personal del coheredero que falta» (*v. gr.* cuando se impuso un modo en atención a su especialización: pintor, escultor, etc.);

b) en las hipótesis en que el propio testador dispuso la limitación de los gravámenes a dicho instituido y que no se transmiten a quienes reciben el acrecimiento. Esta última salvedad si bien no está consagrada a título expreso por la ley, resulta del poder normativo con que cuenta el testador en las zonas del Derecho sucesorio no reguladas por disposiciones de *ius cogens*.

7°) El derecho de acrecimiento puede actuar a favor de quienes ingresan en representación del causante originario. En otras palabras, si fallece una persona con varios hermanos, y uno de ellos no quiere o no puede heredar, su cuota se transmite a sus descendientes; pero si uno de éstos, sobrino del causante, no quiere o no puede heredar, su cuota acrece a sus propios hermanos también llamados por representación.

8°) La figura en examen también debe ser vinculada con la sustitución; en este sentido, es palmario a raíz de las claras disposiciones legales que esta última prevalece sobre el acrecimiento. Ahora bien, nada impide que el testador llame a una pluralidad de personas a su herencia y que nombre más de un sustituto para cada uno de ellos. De esa forma, si uno de los primeros llamados no puede o no quiere aceptar la herencia son llamados sus sustitutos, y si uno de éstos está impedido de suceder, su cuota acrece a los demás, siempre que en la sustitución no haya designación de partes.

9°) El art. 2188 prevé que «cuando la renta vitalicia fuese constituida a favor de dos o más personas para que la perciban simultáneamente, se debe declarar la parte que corresponde a cada uno de los pensionistas y si el que de éstos sobrevive, tiene o no derecho de acrecer. A falta de declaración, se entenderá que la renta les corresponde por partes iguales y que cesa, en relación a cada uno de los pensionistas que falleciere». El legislador uruguayo resuelve la cuestión en un sentido contrario a lo que se prevé para el caso del usufructo, dado que cuando se lega una renta vitalicia, el derecho de acrecer sólo existe si el testador lo previó<sup>56</sup>.

## 7. Acrecimiento en el legado de usufructo, uso o habitación

Según el art. 1049 cuando son dos o más los llamados a un usufructo, uso o habitación se observara lo dispuesto en el art. 513 y de acuerdo a este precepto, «siendo dos o más los usufructuarios, habrá entre ellos derecho de acrecer y durará la totalidad del usufructo hasta la expiración del derecho del último de los usufructuarios. Lo cual se entiende, si el constituyente no hubiese dispuesto que terminando un usufructo parcial, se consolide con la propiedad».

No es obstáculo, para que opere el acrecimiento, la circunstancia de que el testador haya designado las cuotas del usufructo para cada uno de los usufructuarios. Sin embargo, dado que tanto el uso como la habitación en cuanto a su extensión se determinan de acuerdo a las necesidades personales del usuario o habitador y su familia, puede acontecer que el acrecimiento no tenga lugar, si como consecuencia de él su provecho excede aquellas necesidades<sup>57</sup>.

En caso de que se legue un usufructo a varias personas y la nuda propiedad a otras, y uno de los usufructuarios lo renuncie o fallezca tiene lugar el acrecimiento a favor de los usufructuarios. Y lo mismo acontece con la nuda propiedad.

56 VAZ FERREIRA, *op. cit.*, pág. 63.

57 Cfr. MESSINEO, *op. cit.*, pág. 377. *Vid.* asimismo: CAMPAGNOLO, *op. cit.*, pág. 151.

---

# SISTEMA ECONÓMICO, MERCADO Y ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN URUGUAYA

MAG. PROF. DR. JUVENAL M. JAVIER<sup>1</sup>

**Resumen:** *El trabajo aborda el estudio del Derecho Administrativo Económico y su relación con el Derecho Administrativo, el mercado y el Estado, en el marco de la globalización. Analiza además la relación entre mercado, Estado y Sistema Económico en la Constitución Uruguaya, así como las formas de intervención en la economía previstas en la Carta.*

**Sumario:** INTRODUCCIÓN.- I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO. ECONOMÍA, MERCADO Y ESTADO.- II. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, EL PROGRAMA ECONOMICO Y LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA. SUS RELACIONES Y VÍNCULOS.- III. EL SISTEMA ECONÓMICO EN LA CONSTITUCIÓN URUGUAYA.- IV. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

Palabras clave: Derecho Administrativo. Derecho Administrativo Económico. Globalización. Internacionalización. Glocalización. Constitución Económica. Sistema Económico. Mercado. Estado.

## INTRODUCCIÓN

1. Cabe realizar, a modo de presentación del tema, un breve recuento histórico, a fin de recordar los rasgos fundamentales de los modelos de Estado, desde fines del siglo XIX hasta el tiempo presente, a fin de establecer las relaciones, siempre complejas, entre Derecho y Economía, que se han reflejado en las formas de intervención del Estado, más o menos acentuadas conforme la perspectiva imperante sobre el rol que debía desempeñar sobre los factores de la economía, señalando el papel que, en principio, al Derecho Administrativo y luego al Derecho Administrativo Económico, le ha correspondido desempeñar.

En tal sentido, cabe decir que durante el siglo XIX el modelo económico liberal se expandió, basado en la libertad de contratación, el respeto de la propiedad privada y de la libertad económica, trasunta da en la libertad de comercio, de industria y de navegación y por tanto, la economía era regulada por las fuerzas del mercado, en un sistema de libre competencia, al influjo de la creciente importancia de la burguesía y del desarrollo del capitalismo, concebido como un sistema que incentivaba el progreso individual y de las naciones.

Conforme esta concepción, el Estado quedaba reducido a su mínima expresión, desempeñando un papel residual, pues sólo le correspondería desempeñar las funciones esenciales, asegurando y manteniendo el orden, la defensa y la justicia, creando y aplicando el derecho, pues se afirmaba que “el mundo se mueve a sí mismo, el mundo funciona solo”<sup>2</sup> y que “la mano invisible” del mercado lo solucionaba todo.

Esta concepción de Estado “Juez y Gendarme”, surgida como clara reacción a los excesos de la mo-

---

1 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República. Magister en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo. Profesor Adscripto de Derecho Público II por la Universidad de la República. Diplomado en Derechos Humanos, mención Acceso a la Justicia, por la Universidad Católica del Uruguay. Profesor de Derecho Administrativo I y II en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de la Empresa. Profesor Invitado en la Universidad Católica del Uruguay. Postgraduado en Derecho Penal Económico por la Universidad de Montevideo. Juez Letrado de Violencia Doméstica. Correo electrónico: jjavier02@adinet.com.uy.

2 Se parafraseaba: “*Le monde va de lui même*”. Estos postulados serían progresivamente sustituidos por los principios de la planificación y por la presencia de una administración pública prestacional, dentro de un marco en el que los conceptos de policía, fomento y servicios públicos ampliarán paulatinamente su campo de acción.

narquía absolutista y a la opresiva regulación económica del sistema mercantilista que estableciera, se apoyó en los aportes de conocidos teóricos, como Adam Smith,<sup>3</sup> desde lo político, que fundamentara en los aspectos económicos el Estado liberal, o de filósofos como Thomas Hobbes o John Locke.

En este modelo, la intervención estatal es sólo residual, pues se le encarga de velar por la existencia de las condiciones mínimas que permitan el desarrollo de las libertades individuales, sin interferir en su ejercicio, siendo el funcionamiento de las fuerzas del mercado quien las regulaba.

Por tanto, la Administración contaba con un mínimo andamiaje estructural, regulándose el estrecho y restringido ámbito de su actuación por las normas del Derecho Privado.

Sin embargo, el modelo presentaba problemas insuperables, pues los mercados no se autorregulaban y la “mano invisible” no era suficiente para impedir la formación de monopolios y la desaparición de la libre competencia, con los perjuicios que ello ocasionaba para las clases más débiles, que demandaban la satisfacción de sus necesidades básicas.

Tal es el caso paradigmático de los EEUU, en el que la industrialización y la producción masiva, con grandes empresas, fue dando lugar a la creación de imperios industriales, de la mano de John Rockefeller, Andrew Carnegie o Cornelius Vanderbilt y por tanto, la intervención del Estado se tornó inevitable.

Se implementaron entonces mecanismos de intervención y participación estatal a fin de corregir las fallas y desequilibrios originados, asumiendo paulatinamente los Estados nacionales nuevas funciones a fin de lograr relaciones sociales más equitativas y el equilibrio de las fuerzas económicas del mercado.

En tal sentido, a modo de ejemplo, cabe citar la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EEUU, surgida como consecuencia de los problemas originados entre las compañías ferroviarias y los agricultores del medio oeste, conocidos como *grangers*, reconoce la competencia en el ámbito federal de la *Interstate Commerce Commission* (creada en 1887), para regular y controlar aquellas actividades en las que hubiera un interés público afectado.<sup>4</sup>

2. Las nuevas tareas que el Estado asume, ahora como Intervencionista y Benefactor, que la sociedad reclama y que los particulares no satisfacen, por falta de interés o por requerir las mismas cantidades importantes de dinero para su prestación, implican un cambio en el sistema jurídico, pues el Derecho Privado aparece como insuficiente para dar las respuestas necesarias, además de que el Estado debe incrementar su estructura en gran medida, pues se lo exige el importante número de actividades que tiene a su cargo, cuya prestación asumirá directamente, bajo la forma de monopolios, o a través de la concesión.

En el modelo de Estado que ha surgido, se impone entonces la creación de un régimen jurídico aplicable a la Administración distinto del derecho común y adecuado a la nueva estructura y actividad de la Administración. Aparece entonces la Teoría del Servicio Público, que marca el punto de inflexión entre el Derecho Administrativo, como disciplina jurídica autónoma y el derecho anteriormente aplicable a la Administración.<sup>5</sup>

La doble función del Estado, interventora y participativa, provoca importantes cambios en el sistema jurídico, pues la Ley adquiere un papel relevante como instrumento para la programación económica, si bien es el Poder Ejecutivo el encargado de la toma de decisiones del poder público.

3 En su *“Riqueza de las Naciones”*, de 1776, el considerado padre de la Economía Política se refería a la “mano invisible” del mercado, que hacía que todo individuo obtuviese el máximo de rendimiento, persiguiendo su interés particular y empleando esfuerzo y capital; de tal forma, sin proponérselo y sin intención de promoverlo, servía al interés social.

4 STEWART, Richard B., “Principios estructurales de Derecho Constitucional y los valores del federalismo: La experiencia de los Estados Unidos”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 1, Madrid, (1988), p. 58.

5 JAVIER, Juvenal M., “La Declaratoria de Esencialidad de los Servicios Públicos”, en *Cuadernos de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de la Empresa*, N° 2, Montevideo, 2013, p. 2 y ss.

Del mismo autor, *LOS SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES*. Su estudio en Uruguay, América y Europa, Editorial y Librería Jurídica Amalio M. Fernández, Montevideo, 2012, p. 17 y sgtes.

Aparece además, el Estado Social de Derecho, como garante de la “*economía social de mercado*”,<sup>6</sup> ambos aportes del neoliberalismo (también llamado “ordoliberal”) en lo económico, nacido de la reconstrucción de Alemania al finalizar la Segunda Guerra Mundial

El Estado Intervencionista ya no estará sujeto solamente al Estado de Derecho, sino que deberá orientar su actividad a la realización de los fines esenciales de la persona humana, que le permitan alcanzar su plenitud en la sociedad.

Esta nueva cualificación del Estado como “Social”, lo lleva al desarrollo de un verdadero derecho de la intervención estatal, estructurado sobre nuevas categorías jurídicas que responden a diferentes conceptos, como los de función social de la propiedad, o al establecimiento de controles sobre precios y alquileres, o a la intermediación estatal entre capital y trabajo, o a la determinación del presupuesto como herramienta de dicha intervención.

Este proceso, indetenible e irreversible, avanza paulatinamente hacia su permanencia y a la Economía Política le sustituye la política económica como instrumento de actuación del Estado sobre la economía, posicionándole además como centro de decisiones macroeconómicas, que les son impuestas a los agentes económicos.

3. El Derecho Administrativo, una vez más, se adapta a los cambios del modelo de Estado, de forma que si bien su existencia solamente tiene razón de ser dentro del imperio del Estado de Derecho, sus contenidos van a ir cambiando, adaptándose al encuadramiento jurídico del nuevo rol que la Administración debía ejercer.

El Estado de Bienestar (*Welfare State*) se articula en la economía social de mercado con un modelo de economía mixta que se conforma, en grandes rasgos, por empresas privadas, públicas y transnacionales.

Sin embargo, dentro del Estado Social de Derecho, la respuesta de los países Europeos y de los Estados Unidos ante la crisis del modelo liberal no fue la misma.

En Europa el Estado va asumiendo un creciente protagonismo con intervención en la salud, educación o la seguridad social, en los grandes sectores económicos y bajo el régimen de monopolio en el sector energía, transporte o comunicaciones, dejando atrás el Estado de Bienestar, que se manifestaba en una economía protegida, una planificación económica y una serie de intervenciones públicas en los mercados a través de las denominadas políticas “keynesianas”.<sup>7</sup>

El modelo norteamericano, por su parte, no sustituyó por la Administración a la libertad de empresa ni a la propiedad, sino que acudió a la regulación y al control, garantizando la plena vigencia de los principios del sistema económico y político, a través de una pléyade de Agencias o Comisiones reguladoras en diversas áreas, surgidas en años posteriores a la referida *Interstate Commerce Commission* (de 1887).

Tal es el caso del *Sistema de la Reserva Federal*, (en 1913), o de la *Comisión Federal de Energía* (en 1920), entre otros.

Posteriormente, durante el gobierno de Franklin D. Roosevelt se implanta el “New Deal” (Nuevo Trato), a fin de superar la crisis económica de 1929 y sus efectos recesivos, el extendido paro laboral y

6 Este término fue utilizado por primera vez por el teórico alemán Alfred Müller, en un informe a la Cámara de Industria y Comercio de Nodrhein-Westfalen, en 1947, de donde lo toma la Democracia Cristiana alemana y es incorporado a su programa para las elecciones al Bundestag (Parlamento) de 1949, convirtiéndose luego en la política de Estado para la reconstrucción del país, bajo la dirección política del Canciller Ludwig Erhard.

7 John MAYNARD KEYNES fue un economista inglés, considerado uno de los teóricos más importantes en la historia del pensamiento económico. Rompió con los paradigmas del pensamiento clásico liberal, al publicar su libro “Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero”, en 1936.

Esta obra provocó una revolución en el campo de la economía, que condujo a la formulación de la macroeconomía, dando paso además a una activa intervención y control estatal sobre la economía, a través de las política fiscal y monetaria.

la desilusión de la sociedad de mercado, mediante la planificación económica, vigente aún años después del fin de la II Guerra Mundial.

4. La política económica avanza entonces hacia la planificación, acentuándose la regulación económica y racionalizándose la asignación de recursos, abriendo así el camino para la adopción de decisiones y estrategias de los individuos y de las empresas. Y allí se hace necesaria la existencia de normas jurídicas que regulen y disciplinen, primero, la política económica y luego, la planificación, pues esta determinará las decisiones que se adoptarán políticamente sobre qué, cómo y cuánto producir, distribuir y consumir.

Esto lleva al dictado de un cúmulo desordenado de normas que responden, por lo general, a situaciones coyunturales, que son instrumentales para la acción del Estado y subordinadas a este.

Aparece así una categoría o rama jurídica, el Derecho Económico, cuya naturaleza aún se discute por la doctrina, debatiéndose si se trata de una nueva disciplina (el Derecho Público Económico), si se trata de la rama económica de un antiguo derecho (el Derecho Público), o si se trata de un sistema de normas autónomo.<sup>8</sup>

Sin embargo, se ha observado que posee un carácter general, pues la ciencia jurídica ha evolucionado hacia “lo económico”, produciéndose la aparición de ramas como el Derecho Penal Económico, el Derecho Administrativo Económico o el Derecho Constitucional Económico, lo cual refleja claramente que el orden jurídico económico puede ser abordado desde diferentes áreas jurídicas, así como que los modelos de intervención administrativa se proyectan con alcance general y afectan también a la sociedad, determinando la relación entre esta y el Estado.

5. Precisamente, el Estado se enfrenta al desafío de garantizar y concretizar las exigencias del Estado Social y lograr a la vez, que las prestaciones demandadas se vean satisfechas en forma eficaz y eficiente, por lo cual un nuevo modelo de Administración pretende asegurar a la población la satisfacción de sus necesidades, pero liberándose de la obligación de asumirlos directamente.

A tal fin, traslada a los particulares la obligación prestacional y se reserva la potestad reguladora, de manera de forzar a los prestadores a brindar a los ciudadanos acceso universal a los servicios y evitar las prácticas monopólicas o el abuso de poder dominante.

Progresivamente, se va produciendo un proceso de “desestatización” de funciones,<sup>9</sup> fortaleciéndose el mercado, replegándose la actividad estatal y por tanto, disminuyéndose su participación en las actividades y su estructura, así como el gasto público. Ello tuvo lugar mediante procesos concurrentes de liberalización (por lo general, mediante la desmonopolización de actividades), de privatización (transfiriéndose la propiedad de activos públicos a los particulares), de contractualización (reestructurando su plantilla de funcionarios y “tercerizando” a privados el ejercicio de sus tareas) y de fomento (creando las condiciones económicas para que los particulares asuman las actividades que la sociedad requiere, a través de estímulos crediticios o tributarios).

Este Estado Regulador, debe resolver las tensiones que se presentan entre los intereses del mercado, propios de los empresarios y las exigencias de la población, de cuyas prestaciones aparece como garante.

Acude entonces a la elaboración y aplicación de reglas para disciplinar la economía, de tal forma de limitar, fomentar, estimular, inducir, imponer y/o sancionar conductas destinadas a proteger determinados valores colectivos, sociales, públicos o de interés general.

Se da el tránsito entonces, desde un modelo de economía mixta a uno de modernización del Estado,

8 ROJO, Angel, “El derecho económico como categoría sistemática”, en *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, EDERSA, 1981, p. 203.

9 RESTREPO MEDINA, Manuel, “La respuesta del Derecho Administrativo a las Transformaciones Recientes del Estado Social de Derecho”, en *Saberes, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales, Volumen 5*, Universidad Alfonso X, Madrid, (2007), p. 2.

de claro corte neoliberal, basado en la desregulación, en el cual se sitúa al mercado como eje central de transformación de la sociedad, alterándose fundamentos y conceptos de orden social, político y jurídico que aparecían como incuestionables apenas poco tiempo atrás.

6. En tal contexto, el papel del Derecho Económico disminuye, luego de haber contribuido, como hemos visto, a la formación del orden jurídico económico, pues en cierto modo el mercado subordina al Estado, que ejerce una función reguladora mínima, que no opone trabas u obstáculos al libre accionar de los operadores.

En definitiva, el Derecho Económico, como disciplina autónoma, se conforma con diversos elementos, que se mencionarán brevemente:<sup>10</sup>

a) la noción de empresa, pues es una especie de extensión del Derecho Mercantil, al cual se le agregarían la disciplina de la Economía y de la organización profesional, tratándose del conjunto de normas aplicables a las empresas, provengan estas del Derecho público o del Derecho privado; b) el intervencionismo del Estado, pues se trata de un ordenamiento que combina la actuación administrativa en el sector económico, con la garantía de los derechos de los diversos operadores económicos privados, resumiéndose en las intervenciones imperativas del poder público en la economía y c) la función mediadora del sistema jurídico en la economía, pues desempeña un importante papel como factor de equilibrio, resolviendo los conflictos entre los sistemas, al suministrar un bloque normativo adecuado, ocupándose de la organización del poder económico, con base en la necesidad de someter a la economía a un orden planificado, lo cual sólo puede realizarse con un adecuado “armazón jurídico”.

7. Todo lo expresado, nos conduce a la consideración del fenómeno de la “Globalización Económica” y sus diversas manifestaciones y derivaciones, que se analizarán, brevemente, a continuación.

Cuando hablamos de Globalización, nos referimos a una acepción que tiene diversos significados, conforme el área jurídica de que se trate, pero que claramente implica un proceso que se inicia en el ámbito económico-financiero, aún vigente, producido por la expansión universal del mercado, cuyos agentes fundamentales son determinadas empresas (multinacionales, por lo general), cuyos intereses entran en franca contradicción y por lo general, prevalecen, sobre los lineamientos tradicionales de la política.

También aquí el Derecho Administrativo juega su rol, pues no ha permanecido ajeno a los cambios que ha significado el pasaje del Estado Intervencionista al Estado Social de Derecho, sino que ha recibido los aportes de otras disciplinas jurídicas, como el Derecho Económico, resaltándose la importancia del antropocentrismo como referente constitucional, pues la Administración Pública deja de ser el gran protagonista para pasar a serlo la persona humana, para cuya realización existe precisamente todo el andamiaje administrativo.

Dentro de ese marco, se vuelve imperativa la adopción y aplicación por parte de los Estados de los Tratados de Derechos Humanos, que promueven las garantías del debido proceso en los procesos judiciales a las actuaciones administrativas, permitiendo a los ciudadanos y empresas ejercer formal y materialmente el derecho de defensa frente a la Administración.

Este fenómeno de “Internacionalización”, originado como respuesta a la búsqueda de la seguridad jurídica necesaria para el intercambio comercial, se manifiesta en la creciente movilidad y apertura de los mercados en diversas áreas como, entre otras, las finanzas, las materias primas y los capitales, con el consiguiente debilitamiento de la influencia estatal, que pierde terreno frente al mayor protagonismo y concentración de poder que ejercen las corporaciones transnacionales y organismos internacionales como la Organización Mundial de Comercio (OMC), el Fondo Monetario Internacional (FMI) o el Banco Mundial (BM).

Tan marcada resulta esta cuestión, que las relaciones entre el Estado y las corporaciones no se

<sup>10</sup> FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, “El Derecho económico internacional de la globalización”, en *Guerra y Paz (1945-2009). Obra Homenaje al Dr. Torres Bernárdez*, Bilbao, Servicios Editoriales Universidad del País Vasco, 2010, pp. 197 - 236.

rigen ya por los ordenamientos jurídicos de cada país, sino por la llamada “*Lex Mercatoria*”, como derecho creado por la actividad empresaria, sin la mediación de los poderes legislativos de los Estados y formado por reglas destinadas a disciplinar, de modo uniforme, las relaciones comerciales que se instauran dentro de las unidades económicas de los mercados,<sup>11</sup> que se ventilan, por lo general, ante Tribunales Arbitrales internacionales.

8. Respecto de los Organismos Internacionales referidos, estos han surgido o cobrado mayor importancia, como manifestación de la dinámica internacional de los mercados, que ha llevado a los Estados partidarios de la salida de su esfera de la regulación de la economía y el mercado, a dar paso al ingreso del “*soft Law*”, como herramienta para proponer y no imponer, para recomendar y no obligar.

Se trata entonces, de un derecho “laxo”, flexible y no vinculante, manifestado en el ámbito internacional, a través de “Recomendaciones”, que buscan como objetivo principal el consenso entre los Estados y la adopción voluntaria de sus regulaciones, como clara señal de ese consenso y de su integración a la comunidad internacional.

Sin embargo, tales “Recomendaciones” o “Sugerencias” no se limitan al ámbito de las relaciones entre los Estados, sino que se han extendido además a ámbitos de actuación propios del derecho privado.

Tal es el caso de los llamados “Códigos”, en sus diversas acepciones: de conducta,<sup>12</sup> de responsabilidad social, de gobernanza, así como de ciertas, declaraciones, principios y directivas emanadas de dichos organismos y adoptadas por empresas e individuos, organizaciones gremiales y organismos estatales privados o mixtos que, como instrumentos flexibles (o de “*soft law*”) tienen una eficacia que depende fundamentalmente de la adhesión de las partes.<sup>13</sup>

Conforme lo expresado, el principio democrático se ve resquebrajado, pues el origen de tales recomendaciones que se imponen en muchos casos a los Estados, es en organismos carentes de toda legitimidad democrática, o en órganos judiciales supranacionales, imponiéndose sus preceptos y decisiones a las autoridades de cada Estado, que deben aplicarlas, pues así lo imponen los tratados, aún en detrimento de su propio derecho vernáculo.

Los conceptos referidos, el “*soft Law*”, la “*Lex Mercatoria*”, como fuerzas vinculantes, así como las normas derivadas de los usos comerciales, han originado, conforme algunos autores, la ruptura del esquema clásico Kelseniano del Derecho, pues estas nuevas fuentes han trastocado el orden clásico de las fuentes del Derecho, reflejándose directamente sobre los conceptos de nacionalidad (como poder estatal de juzgar y de implantar sus propias normas) y de territorialidad (que se va difuminando como base geográfica de aplicación de las leyes y del poder del Estado).

Además, han impactado sobre el concepto del Derecho como sistema jurídico que, para algunos, va evolucionando hacia un “derecho global”, que carece de autoridad y no tiene fronteras,<sup>14</sup> por lo que el individuo como tal no importa. Ello ha llevado a algunos autores a hablar de “desorden global”.

9. Pero los efectos hacia el interior de los Estados no han sido pocos ni menores. Por el contrario, la globalización económica se ha manifestado a través de la conformación de bloques regionales a fin de convertirse en actores competitivos a nivel internacional.

Dentro de tal contexto y hacia el interior de los Estados, se ha dado el fenómeno conocido como de la “Glocalización”, equivalente económico de la descentralización, caracterizado por el traslado de funciones, competencias y recursos del Estado Central hacia los entes territoriales, buscando la promo-

11 GALGANO, Francesco, *Lex Mercatoria*, 4ª edición, Il Mulino, Bolonia, 2001, p.73.

12 En el caso de Uruguay, tenemos incorporado en las disposiciones de la Ley 18.315, de 05 de julio de 2008, el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, sancionado por las Naciones Unidas en 1979.

13 DE MIGUEL ASECIO, Pedro, “Algunas tendencias jurídicas de la globalización”, en *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del derecho y de la seguridad*. BOE, AEPDIRI, Madrid, 2003, p. 47 y ss. Disponible en: <http://www.eprints.ucm.es/> Fecha de consulta: 02.12.2015.

14 BARCELLONA, Pietro, “Introduzioni a nuove frontiere del diritto”, en *Nuove frontiere del diritto*, Dedalo, Bari, 2001, p. 6

ción de un ambiente que favorezca la inversión y el intercambio, acercándose más a la Administración municipal hacia el ciudadano.

El Derecho Administrativo sufre el impacto del cambio interno, pues el centro de poder local se desplaza hacia estos nuevos entes de gobierno local, que tienen a su cargo temas de suma importancia, como el tránsito o el urbanismo, sin potestades demasiado claras y que, por lo general, han sido creados desconociendo la normativa vigente (de orden constitucional, en nuestro caso).

No puede dejar de mencionarse, por su importancia, aún cuando más no sea brevemente, el fenómeno de la “huída del Derecho Administrativo”, que significó el abandono de esta categoría jurídica, siendo sustituida por los contenidos del Derecho Privado, de tal forma de alcanzar la eficacia y la eficiencia, que reclama el Estado Social de Derecho y que la Teoría del Servicio Público no lograra concretar.

Es entonces que dentro de esa tendencia de “despublicación” o “iusprivatización” se imponen dos modalidades, a fin de concretar la “huída” referida: por un lado, la adopción de las formas propias del derecho civil y del derecho comercial (o mercantil) y por otro, la aplicación del derecho privado dentro de las formas institucionales de derecho público conforme, por ejemplo, la naturaleza de la actividad desarrollada.

En tal sentido, se ha puesto en boga la creación de Autoridades Reguladoras Independientes (denominadas Unidades Reguladoras en Uruguay, como es el caso de la URSEC y de la URSEA), a fin de llevar adelante actividades administrativas de regulación y control sobre determinadas áreas de actividad (energía, agua, correos, etc.), con independencia de la regulación frente a la influencia de los intereses del Estado.

10. Se advierte actualmente un replanteamiento de esta “huída” hacia el derecho privado, pues se ha vuelto a buscar el equilibrio entre las limitaciones en el accionar de la Administración y sus prerrogativas, conforme los requerimientos de la sociedad globalizada contemporánea.

Se advierte, además de lo expresado, que el papel de la Administración ha cambiado, pues al pasar a inspeccionar, vigilar o controlar, que la prestación que los actores del mercado hacen a la sociedad sea en función de la regulación, de la defensa del derecho a la libre competencia y de los derechos de los usuarios como consumidores, el Derecho Administrativo ha debido adaptarse y considerar nuevos contenidos, como el de la “huída” referido o el aún más reciente del llamado “Derecho Administrativo Policial”,<sup>15</sup> no referido por supuesto al derecho de la seguridad pública, sino a la potestad reguladora de las ya mencionadas Autoridades (o Agencias) Reguladoras Independientes.

Estas Agencias o “entes instrumentales” sustituyen, en los hechos, la clásica potestad reglamentaria de los Estados y a tal fin, acuden a la aplicación de instrumentos propios del llamado “Derecho Reflexivo”, como las recomendaciones, convenios y mecanismos de resolución, generalmente de carácter técnico, a fin de regular las actividades de los sectores económicos bajo su égida.

Finalmente, también como consecuencia del fenómeno de la Globalización e integrando los contenidos del Derecho Administrativo, se ha dado en varios países la llamada “Reforma Gerencial” (siendo en Uruguay la reforma de la Dirección General Impositiva en el año 2005, el caso paradigmático) y el modelo de la “Gobernanza”, que consiste en el gobierno por medio de redes de interacción público-privado, con un Estado que se considera debe ser interactivo y facilitador, todo ello como reflejo de la “*global governance*”, u ordenamientos públicos generales, cuyas características distintivas ha descrito en detalle Sabino CASSESE.<sup>16</sup>

11. En suma, surge claro que la Administración ha venido perdiendo, progresivamente, protagonismo en diversos aspectos, teniendo que replegarse y refugiarse en el Derecho Privado a fin de afrontar los cambios impuestos por los nuevos tiempos, regidos por las corporaciones y las organizaciones internacionales.

15 RESTREPO MEDINA, Manuel, *op. cit.*, p. 7.

16 CASSESE, Sabino, “LA CRISIS DEL ESTADO”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 42 - 46.

El Derecho Administrativo ha debido (y debe continuar haciéndolo), reformular sus contenidos y tomar en cuenta el riesgo que entraña el surgimiento de nuevos factores de poder, así como analizar si el sistema económico y por consiguiente, el programa económico que contienen las Constituciones Políticas aún sigue vigente, a la luz de las transformaciones operadas, a fin de mantener su más que demostrada adaptación a los cambios acaecidos en el Estado Social de Derecho que hemos referido.

A ello nos referiremos, analizando sus vinculaciones, límites y alcances, en los Capítulos siguientes.

## I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO. ECONOMÍA, MERCADO Y ESTADO.

1. El Derecho Administrativo, como rama autónoma del Derecho Público constituida por un conjunto de reglas y principios que regulan la organización y comportamiento de las personas públicas estatales, en tanto ejercen función administrativa y sus relaciones con el administrado,<sup>17</sup> registra puntos de contacto con la Economía, por cuanto ambos ordenamientos persiguen objetivos sociales y ello se aprecia en la regulación estatal de la actividad económica privada (a la que se fomenta, controla, guía, desincentiva, según los casos); en la relevancia de la economía el Estado y su actuación en organismos internacionales en la materia, así como por la asunción que efectúa de actividades económicas a través de múltiples formas.<sup>18</sup>

En tal sentido, el Derecho proporciona el marco jurídico, político y económico que otorga estabilidad y favorece el progreso, permitiendo la existencia de la Seguridad Jurídica, que no es otra cosa que conocer, de antemano, las reglas a que deberán atenerse los operadores del mercado, imprescindible entonces para mantener el desarrollo económico y la tranquilidad social.

Como respuesta a esa actuación interdisciplinaria en el campo de la economía, se delinean los perfiles del Derecho Administrativo Económico, que vincula a Derecho y Economía, ante las intervenciones del poder público en el ámbito de los agentes económicos del mercado, que se ven obligados a analizar detenidamente el marco jurídico en el que operan, conforme las reglas establecidas, en campos tales como la protección del medio ambiente, el derecho de los consumidores, la regulación de los mercados, etc.

Conforme lo expresado, el Derecho Administrativo Económico se ve influenciado tanto por el Derecho Administrativo como rama del derecho público, como por el derecho privado, tornándose en una materia interdisciplinaria, abarcando la actuación de ambas ramas, que se complementan recíprocamente.

Históricamente, como hemos reseñado en el Capítulo anterior, siempre ha existido la actuación del Estado en la economía, incidiendo en las decisiones de los agentes económicos o adaptándose al papel que, conforme el modelo de Estado imperante, le correspondía desempeñar.

De acuerdo entonces al momento histórico y a la estructura económica, bajo un régimen de mayor intervención estatal, o de liberalización, de planificación, de dirigismo, de regulación, o de desregulación, conforme hemos visto, el Estado ha ampliado su papel o se ha visto obligado a replégarse.

2. Lo cierto es que actualmente, con este proceso de globalización, que hemos esbozado en el Capítulo anterior, que implica el predominio del comercio internacional como motor del crecimiento de la economía mundial, basado en una alta competitividad, todo el planeta es el campo de acción de la actividad empresarial, el Gran Mercado al cual venderle, pero ello va acompañado de una competencia más feroz y general.

En ese marco global, la Administración económica parece ser el único medio capaz de contener, en cierto modo, o al menos de reorientar, las tendencias del mercado, tratando de amoldar su aparato

17 ROTONDO, Felipe, Manual de DERECHO ADMINISTRATIVO, 8ª Edición, Montevideo, Tradinco S.A., 2014, pp. 22 - 24.

18 ROTONDO, Felipe, *op. cit.*, p. 30.

institucional a las necesidades económicas, en la búsqueda de flexibilidad y eficacia, dentro de un marco de legalidad.

Ello no resulta tarea fácil, pues como consecuencia de los Acuerdos de la Ronda Uruguay del GATT, se establecieron compromisos obligatorios para los países miembros, que están siendo ejecutados bajo la dirección de la Organización Mundial del Comercio (OMC), organismo resultante de las rondas de negociaciones entabladas en nuestro país, que ha reorganizado la economía mundial.

La OMC, institución de carácter supranacional, dentro de la economía mundial integrada en la que vivimos, ha establecido reglas destinadas a regular diversos aspectos de la actividad económica global, que alcanzan a sectores tan diversos como los derechos de propiedad intelectual, medidas de inversión, o regulaciones domésticas y por tanto, ha intervenido en muchas áreas de influencia de los Gobiernos y de las legislaciones nacionales, que nada tienen que ver con lo comercial.

En ese marco de competencia abierta, las empresas deben someterse a reglas de actuación de orden estadual, nacional, supranacional, o aún a *standars* impuestos por las sugerencias o recomendaciones de organismos como el referido.

Tal actividad reguladora de la actividad económica de las empresas, que corresponde a los Estados, dentro del régimen de derecho público, resulta más que dificultoso realizarla por medio del sistema jurídico tradicional, ante la imposibilidad de utilizar instrumentos de control universales, de carácter general, o ante la diversidad y gran dinámica que presentan los sectores económicos a ser regulados.

3. Ante la insuficiencia del Derecho para dar respuestas claras, utilizando los mismos cánones del siglo XX, a los retos de la globalización y la internacionalización promovándose, en el caso del Derecho Administrativo, el bienestar de los ciudadanos mediante los servicios públicos, en el presente siglo, ante los cambios constantes del entorno global, debe contarse con estructuras de toma de decisiones más dinámicas, como es el caso de las "*new public management*".<sup>19</sup>

De tal forma, el poder administrativo, proveniente de las leyes que ejecuta, cambia por un poder de dirección o comando de las políticas a nivel internacional sin que, muchas veces, pueda acudir a poderes de autoridad, sino que ellos son sustituidos por la racionalización de la política y de los actos políticos y la prevalencia de la *governance*,<sup>20</sup> ya referida en el Capítulo anterior.

La ley, al desvincularse de la actividad administrativa, es suplantada a nivel político por la abstracta definición de decisiones estratégicas como, por ejemplo, la reducción en determinado porcentaje de las emisiones de sustancias contaminantes del medio ambiente, que serán luego monitoreadas (medidas y controladas) y finalmente, evaluadas, analizándose además el grado de satisfacción de los destinatarios.

Por tanto, no hay un control constitucional o legal de los actos u opciones estratégicas, sino que en ejecución directa de tales normas, por ejemplo, en lo ambiental, se verifica si la acción establecida por las entidades públicas fue una solución eficiente (respecto de la equivalencia costo-beneficio) y eficaz.

4. Por su parte, la prevalencia de la *governance* implica que el modelo de actuación estatal tradicional no puede ser ya la base de actuación del Estado, sino que los órganos y entidades estatales actúan con celeridad y eficiencia, con fundamento en principios tales como los de buena administración, de comunicación, de la cooperación interadministrativa, adoptándose decisiones operativas de pronta realización, cualquiera sea el órgano público que las ejecute.

Esta potestad de regulación económica, que será ejercida no sólo sobre los aspectos económicos del mercado, sino también sobre otros aspectos relevantes para el desenvolvimiento adecuado del

19 JAVIER, Juvenal, *la administración central en el Uruguay del siglo XXI. la nueva gerencia pública, el sistema integrado de retribuciones y ocupaciones (SIRO) y la reforma en el sistema de carrera administrativa, ascensos, cargos y escalafones en la administración central.*, Editorial y Librería Jurídica Amalio M. Fernández, Montevideo, 2011, pp. 21 - 31.

20 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, INAP, Madrid, 2003, p. 1

mismo, implica una respuesta de las entidades públicas a fin de garantizar su buen funcionamiento que requiere, a su vez, de los operadores del sistema el respeto de las reglas del mercado, que se ve sometido, en algunos casos, a una fuerte reglamentación, como es el caso de los reglamentos técnicos que regulan los sectores del gas y de la energía.

El Derecho de la Regulación Económica,<sup>21</sup> ha de desenvolverse entonces por imperio de la libertad y de la autoridad, procurando la acción recíproca entre el Estado y el mercado para fomentar el desarrollo, aportando aquel el marco jurídico adecuado para que el mercado no funcione en un esquema vacío de contenido.

La tarea resultará ardua, pues no se trata de elegir entre uno u otro, sino que cada uno de ellos tiene una función importante e irremplazable que cumplir.

Simplemente, el Estado no sustituye al mercado cuando este no funciona bien, pues resulta deficiente o falla por completo, sino que al definir y proteger el derecho de propiedad, al establecer un eficaz sistema jurídico, mejorar la eficiencia de la Administración pública y proteger el medio ambiente, el Estado sienta las bases del desarrollo.

La existencia del Derecho Administrativo Económico se justifica, precisamente, para facilitar la intervención del poder público en la economía, aportando herramientas que permitan incidir sobre el comportamiento de los operadores económicos, sin dejar de lado las garantías que impidan excesos por parte de la Administración en las decisiones que adopte, que estarán siempre supeditadas al ordenamiento jurídico.

Ello, somos conscientes, no resulta fácil en un país pequeño como el nuestro, que integra un bloque comercial inestable y en el que aún no hay acuerdo doctrinario sobre la incidencia del Derecho Comunitario en el sistema normativo.

## II. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, EL PROGRAMA ECONOMICO Y LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA. SUS RELACIONES Y VÍNCULOS.

1. Debe precisarse que todas las nociones a que se hace referencia en el título del presente Capítulo, se encuentran profundamente vinculadas, pues el modelo económico que adopta cada país condicionado, entre otros, por factores políticos, jurídicos y sociales, deberá moverse dentro de los parámetros contenidos en la Constitución Política del Estado.

Esta contendrá, a su vez, un sistema económico, al cual le corresponderá un orden jurídico económico determinado, contenido en preceptos o principios consagrados en el texto. Se conforma así la llamada Constitución Económica.

Concretamente, sobre tal respecto, debe anotarse que, por lo general, las Cartas Políticas no contienen una definición del Sistema Económico que el Estado adopta, sino que se consagran, más precisamente, "Constituciones Económicas", dentro del contenido de la Constitución Política.

Estas, a su vez, reflejarán el "programa económico" que se ha trazado el Estado, si bien dentro de determinados parámetros, que permitan la adopción de determinadas posturas económicas y la elección de las herramientas adecuadas para su concreción.

Cabe realizar una importante aclaración, relativa a que los conceptos de "Constitución Económica", "orden económico", "sistema económico" o de "modelo económico", han sido utilizados como sinónimos por los autores, para describir el fenómeno del relacionamiento entre la economía y el Derecho.

Brevemente, puede afirmarse que la Constitución Económica se halla conformada por aquellos

21 BRITO, Mariano - DELPIAZZO, Carlos, derecho administrativo de la regulación económica, Universidad de Montevideo, 1998, pp. 21 - 22.

preceptos, contenidos en las Constituciones Políticas, por lo general flexibles en su redacción y concentrados o dispersos por todo el texto, que se ocupan de definir o de delimitar aquellos principios rectores de la política económica y social del Estado, dentro de la sociedad.

Si bien la Constitución Económica solamente señala algunos elementos dentro de los cuales se aplicará el “programa económico” de gobierno, admitiéndose dentro del marco constitucional la aplicación de diversos modelos económicos, conforme se le atribuya al Estado un mayor o menor protagonismo para intervenir sobre el mercado y la economía, resulta importante señalar que los procesos de integración regional podrían afectar, si se lograsen efectivos avances de complementación económica, los principios contenidos en la referida “Constitución Económica” y en el “programa económico” que se consagra.

2. Aclarados los conceptos referidos, analicemos la situación actual e ingresemos, a modo de adelanto, en la consideración del Sistema Económico en la Constitución Uruguaya, que será más ampliamente desarrollado en el Capítulo siguiente.

Hoy en día, la cuestión central del Derecho Económico la constituye la presencia del Estado en el quehacer económico, que tiene que ver directamente con la ordenación desde lo jurídico de todo el conjunto económico, expresión utilizada, en el caso, en sentido “global” de la expresión y no referida a la responsabilidad generada por adeudos fiscales.

En la Constitución Política (o Jurídica, como ha dado en llamarse), se encuentran establecidas las normas que proporcionarán el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, que incluye todas las actividades comerciales y de funcionamiento de los mercados.

Este no es un fenómeno nuevo, pues ya durante el Medioevo existían Pactos entre los monarcas y determinados estamentos, que les otorgaban determinados privilegios. Así, ya en la Carta Magna inglesa de 1215 y en los *Bill of Right* (tomados luego en los EEUU por los “Padres Fundadores”), aparecen consagradas libertades (limitadas a los Barones del Reino) que se revelan importantes para la economía, como la de comercio, de propiedad, o de circulación, cuyo catálogo se amplió considerablemente luego de la Revolución Francesa y en forma más concreta, como la libre disponibilidad de la tierra, la libertad de contratar o de elegir libremente un oficio.

Se originan así, precisamente, las condiciones mínimas para que aparezca la “seguridad jurídica”, que permitió el libre desenvolvimiento de las libertades personales y económicas, siendo la ley su instrumento de protección y de garantía.

Si atendemos a la situación actual, observamos que la intervención del Estado en la economía resulta aún fundamental, debido a diversos motivos como, por ejemplo, para regular el nivel de la demanda efectiva y de tal manera aproximarse a un nivel de ocupación plena.

Esa intervención se concreta a través de diversos instrumentos, como la política monetaria y fiscal o la política de ingresos y salarios, que deben estar sometidos al contralor estatal.<sup>22</sup>

3. Al referirse a los instrumentos de intervención del Estado en el dominio económico, intentando caracterizar los que son propios del Estado Social de Derecho y vinculados al interés público, el Profesor Mariano BRITO señalaba, hace algunos años, en comentarios aún vigentes, que es “*la operación instrumental correctora de las fallas o insuficiencias de una economía de mercado, o más precisamente, de su desarrollo en el seno de una economía mixta*”,<sup>23</sup> que tendrá lugar en las medidas y condiciones necesarias para la consecución del bien común, pues para servirlo existe el Estado Social de Derecho.

22 DIAZ, Ramón, “Derecho Administrativo Económico: ¿rama autónoma del Derecho Administrativo?”, disertación recogida en *ORDEN ECONÓMICO Y DERECHO ADMINISTRATIVO*, Editorial Amalio Fernández, Montevideo, 1980, pp. 18 - 21.

23 BRITO, Mariano, “instrumentos de la intervención del estado en el dominio económico”, en *orden económico....*citado, p. 117.

Señalaba más adelante el Profesor BRITO, que los elementos de intervención deben ser seleccionados, siendo el primero y fundamental *la voluntad estatal*, la cual se resuelve en el poder étático e implica unas exigencias que la modelan y cargan de sentido, apuntando a unos fines que circunscriben su acción.<sup>24</sup>

Agrega, luego, más adelante en su disertación, que los instrumentos de la intervención del Estado Social de Derecho en el dominio económico, como su causa productora, la voluntad estatal, *han de reconocer primaria y originalmente reservado al campo de la acción personal y responsable de cada hombre la actuación consecuente para la satisfacción de sus necesidades personales* (cursivas en el texto original). He aquí el campo de la libertad.<sup>25</sup>

El trabajo, relacionado con lo anterior, aparece ante la acción instrumental del Estado en la economía, como atributo o cualidad inherente a la persona humana, como un auténtico rasgo, en suma, del ser personal que tiene un límite sustantivo: la libertad.<sup>26</sup>

Agregaba, además, que la presencia instrumental del Estado en el mundo del trabajo revela, además, su papel asegurador –brindando seguridad jurídica– mediante actividad de control, preventiva y el desarrollo de la actividad administrativa policial. Acude aún a la coacción para proteger la libertad o restablecerla si se viera comprometida por la acción abusiva de agentes o fuerzas políticas, económicas o sociales.

4. Cabe preguntarse, cuál es el papel del Estado? Es un Cometido Esencial del Estado intervenir y dirigir la economía?.

En tal sentido, señalaba el Profesor CAGNONI, que se inclinaba a incluir la regulación de la actividad privada dentro de los cometidos esenciales del Estado, pues este existe para regularla y entonces, sería un cometido esencial la regulación de la actividad económica dentro de tal actividad.<sup>27</sup>

Luego de plantearse si la conducción o la dirección es lo mismo que la regulación y de concluir que la conducción es “algo más”, el Profesor CAGNONI expresaba que la conducción propiamente dicha, en el sentido de “llevar” y hacerlo coactivamente a los particulares hacia una cierta economía, es evidentemente un cometido esencial del Estado, pero en determinados momentos excepcionales, como es el caso de la “famosa” economía de guerra, cuando el Estado asume transitoriamente, como cometido esencial, la posición de dirigir todos los esfuerzos de producción económica hacia la defensa bélica, pues en ello se ve involucrada la subsistencia del Estado y de la sociedad.<sup>28</sup>

En otras circunstancias, normales, señalaba el Profesor, la intervención del Estado debía ser transitoria, debiendo estar acompañada del afán de promover al hombre y al grupo social que no puede realizar esa tarea; entonces la asume el Estado, para que en el futuro aquellos lo hagan, fomentando las formas para que puedan realizarla, luego de una etapa estatal necesaria, pero siempre transitoria.<sup>29</sup>

5. No debe soslayarse, al tratarse este tema, el importante aporte realizado por el Profesor Juan Pablo CAJARVILLE, quien expuso con claridad y precisión, el papel del Estado uruguayo como conductor de políticas económicas.<sup>30</sup>

Luego de señalar que en el último cuarto del siglo XIX el Estado uruguayo asumió, por diversas vías, un papel activo en materia económica que ya no abandonaría, expresa que se puso en práctica una política proteccionista y de fomento de la industria nacional, que llega hasta nuestros días, a través, primero, de instrumentos aduaneros y tributarios y luego, mediante el contralor del comercio

24 BRITO, Mariano, *op. cit.*, p. 119.

25 BRITO, Mariano, *op. cit.*, p. 123.

26 Autor y *op. cit.*, p. 124.

27 CAGNONI, José Aníbal, en “A manera de síntesis”, en *Orden Económico.....citado*, p. 196.

28 Autor y *op. cit.*, p. 196.

29 Autor y *op. cit.*, pp. 197 y 198.

30 CAJARVILLE, Juan Pablo, “el poder ejecutivo como conductor de políticas sectoriales en la legislación uruguayo”, en *Sobre Derecho Administrativo*, TOMO I, FCU, Montevideo, 2007, pp. 49 - 87.

exterior y de mecanismos cambiarios y crediticios.

Se expandió así la intervención estatal en la economía, pues el Estado comenzó a desempeñar actividades económicas y sociales en sectores como el bancario, portuario, en transporte, comunicaciones, etc.

Sin embargo, ello no impactó sustancialmente en el sistema económico, que continuó rigiéndose preponderantemente por las normas del mercado, pues todo se hallaba librado al libre juego de la oferta y de la demanda, con un sector público que presentaba una gran autonomía de decisión, con diversas Empresas estatales que resistían cualquier intento del Gobierno Central de orientar armónicamente su gestión, alineándola con la política global del Estado, defendiendo la libertad de empresa y de industria, consagrada constitucionalmente.<sup>31</sup>

6. La Constitución de 1967 vino a cambiar la situación, pues la idea central concebida fue conferir al Poder Ejecutivo el papel y la responsabilidad de conductor y de orientador político, en materia económico-financiera. De tal forma, se incrementaron, a tal fin, sus potestades como co-legislador, sometiendo las decisiones de mayor importancia en materia económica a su iniciativa privativa (artículo 86 inciso 2º), o confiriéndole la facultad de proponer proyectos de ley “con declaratoria de urgente consideración” (artículo 168 numeral 7), además de atribuírsele herramientas constitucionales para orientar eficazmente la actividad de las administraciones descentralizadas, mediante los instrumentos de la coordinación y el contralor.

A fin de asistir al Poder Ejecutivo en la formulación de Planes y Programas de Desarrollo se creó la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, bajo la dependencia directa de la Presidencia de la República que, sin dudas, tuvo su antecedente en la CIDE (Comisión de Inversiones y Desarrollo Económico), creada en 1959.

En tal sentido, la ley 18.159, de 20 de julio de 2007,<sup>32</sup> estableció normas para fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados, estableciendo como Principio general, en el artículo 2º, que todos los mercados estarán regidos por los principios y reglas de la libre competencia, excepto las limitaciones establecidas por ley, por razones de interés general.. C A D E

Agrega además, en el artículo 3º, que están obligadas a regirse por los principios de la libre competencia todas las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, nacionales y extranjeras, que desarrollen actividades económicas con o sin fines de lucro, en el territorio uruguayo, así como quienes desarrollen actividades económicas en el extranjero, en tanto éstas desplieguen total o parcialmente sus efectos en territorio uruguayo.. C A D E 7239.

El órgano de aplicación de las disposiciones de la ley es la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, que funciona como órgano desconcentrado en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas, lo cual reafirma el importante papel del Poder Ejecutivo, resguardando las condiciones de la libre competencia en el mercado.. C

En suma, como señala el Profesor CAJARVILLE, el fortalecimiento del Poder Ejecutivo en la reforma de 1967 se enmarcaba dentro de un fenómeno global, que concebía al Estado como conformador del orden económico y social, pues los parlamentos carecían de la ductilidad, homogeneidad y de la aptitud técnica para conducir una política económica, pues la Ley carece de la imprescindible flexibilidad para adaptarse a la cambiante realidad de la vida económica y financiera.<sup>33</sup>

Con base en lo que viene de expresarse respecto del rol del Poder Ejecutivo, conforme la Consti-

31 Autor y *op. cit.*, p. 51.

32 DELPIAZZO, Carlos, “Régimen administrativo de defensa de la competencia”, en *Revista La Ley Uruguay*, N° 2, (2008), pp. 123 y sgtes.

33 Autor y *op. cit.*, pp. 52 - 53.

tución vigente, en lo que respecta a la materia económica financiera, trataré entonces de identificar los principios y normas relativos a la Constitución Económica contenidos en la Constitución Jurídica uruguaya.

### III. EL SISTEMA ECONÓMICO EN LA CONSTITUCIÓN URUGUAYA.

1. Uruguay es un Estado de Derecho. Ello por cuanto los diversos centros de autoridad sólo pueden realizar aquello que expresamente se les permite, estando sujetos al Derecho, teniendo plena vigencia el principio de separación de poderes, con un papel relevante de la opinión pública.<sup>34</sup>

En suma, todos los actos del poder público se encuentran sometidos al Derecho, hallándose regulada jurídicamente la actividad de los gobernantes cuando actúan como tales.<sup>35</sup>

El Profesor BRITO, define al Estado de Derecho por su finalidad, pues concurre a la realización del hombre en plenitud, mediante la función estatal protectora de la persona humana, remarcándose entonces que lo principal es la persona humana y el Estado el instrumento para su protección y desarrollo personal.<sup>36</sup>

A principios del siglo XX, al influjo de la Constitución Mexicana de Querétaro de 1917, situada a la vanguardia del moderno constitucionalismo económico y social,<sup>37</sup> de la Constitución de Weimar de 1919 y de la Constitución de la República Española, de 1931, aparecen los derechos de “segunda generación”, o económicos, sociales y culturales, que recoge nuestra Carta de 1934.

Posteriormente, finalizada la segunda conflagración mundial, hace su irrupción el nuevo concepto de Estado SOCIAL de Derecho, acuñado por la Ley Fundamental de Bonn, de 1949<sup>38</sup> y que explícitamente, consagraba al modelo de la Economía Social de Mercado, como el instrumento de ordenamiento económico, que fuera utilizado como pauta para el encauzamiento de la política económica en un país dividido y absolutamente en ruinas.

Conforme este modelo, cuyos lineamientos básicos caracterizarían la Constitución Económica de la mayoría de los países de occidente, el mercado y la propiedad privada de los medios de producción, actuando en conjunto, lograrán una coordinación económica eficiente. La actuación del Estado sólo se limita a velar por el buen funcionamiento del mercado, interviniendo en contra de todo monopolio o “cartel” y garantizando la libre competencia, pues esta origina el bienestar social.

La Constitución Española de 1978, siguiendo a la Ley Fundamental de Bonn, utiliza el vocablo de Estado Social y DEMOCRÁTICO de Derecho para caracterizar al Estado español, lo cual ha sido considerado por la doctrina peninsular, atento a su ubicación en el apartado 1 del Artículo 1, como una especie de síntesis de todos los grandes valores, principios y dogmas que integran la legitimidad del origen del nuevo sistema político, dentro de un Estado PLURALISTA, que no es sólo el político, sino también un pluralismo social, expresado en la protección de grupos de intereses económicos y sociales, como los sindicatos, organizaciones profesionales, etc.<sup>39</sup>

2. En Uruguay, conforme la Doctrina, la Constitución Uruguaya de 1967 consagra un Estado SO-

34 JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, Teoría de Gobierno, Tomo I, FCU, Montevideo, 1983, p. 69.

35 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, DERECHO PÚBLICO, Volumen I, FCU, Montevideo, 2005, p. 36.

36 BRITO, Mariano, Derecho Administrativo: su permanencia, contemporaneidad, prospectiva, Universidad de Montevideo, 2004, p. 256.

37 Así la caracterizaba el Profesor compatriota León CORTIÑAS PELAEZ, en FUNDAMENTOS DE DERECHO ECONÓMICO, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 17.

38 Expresión tomada del teórico alemán Alfred Muller, por la Democracia Cristiana de ese país e incorporada al Texto Fundamental sancionado ese año, como se señalara en la Nota al pie 5.

39 SANCHEZ GOYANES, Enrique, CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMENTADA, Thomson &Paraninfo, Madrid, 2005, p. 48.

CIAL de Derecho, para CASSINELLI;<sup>40</sup> para RISSO,<sup>41</sup> un Estado Social y DEMOCRÁTICO; para CORREA FREITAS, un Estado SOCIAL de Derecho, con sometimiento de gobernantes y gobernados al Derecho y preocupado por el hombre, por el ser humano, a fin de que pueda realizarse íntegramente en la sociedad.<sup>42 43</sup>

Para el Profesor GROS, el Estado de Derecho que existe en nuestro país es un Estado DEMOCRÁTICO, REPUBLICANO y SOCIAL.<sup>44</sup>

Aclara luego, que es Democrático por cuanto a texto expreso la Constitución define, en el artículo 82, que la forma de gobierno es la democrática republicana.

Y lo caracteriza como Social, pues ello resulta implícitamente del conjunto normativo constitucional, que determina un modelo económico y político de indudable base social, de un carácter social eminentemente humanista que, en función de concebir a la persona humana como el objeto y el fin del Derecho y de la organización político institucional, sitúa al hombre en un ineludible marco social que busca ser justo, determinado por el bien común.<sup>45</sup>

3. Ingresando ya en la consideración del “Sistema Económico”, o “Constitución Económica”, puede decirse que este conjunto de normas contenidas en la Constitución Política, poco estudiado por la doctrina nacional, tiene su razón de ser en la necesidad de ordenar la totalidad de la actividad económica, sea en el ámbito privado, por los particulares, o en el sector público de la actividad, aportándose el marco jurídico conforme al cual debe ser desarrollada. Se trata entonces, de la regulación jurídico-constitucional de la economía.

En nuestro país, el sistema económico, dentro del modelo de Estado de Derecho, con las variantes que venimos de mencionar, conforme la doctrina expuesta, reconoce y garantiza la iniciativa privada, dentro de un régimen de libertad económica y de coexistencia con la actividad industrial y comercial del Estado, fundado en el respeto de la persona humana, de la familia y del medio ambiente.

En este contexto, su actuación tiene base firme en criterios de acatamiento de la moral, en el marco del bien común, de la solidaridad social, de la lucha contra la pobreza y la indigencia, en un régimen de protección de los trabajadores como personas, concebido como derecho y como deber (todo ello conforme artículos de la Constitución 40 a 43, 45, 47, 52 a 57, 67 a 71, etc.).<sup>46</sup>

El Sistema Económico no es más que un instrumento de realización, dentro de un régimen mixto, que se basa en la coexistencia de la actividad del Estado, por la acción de los diversos servicios del dominio industrial y comercial y de la actividad económica, comercial e industrial privada, que SIEMPRE DEBERÁN CUMPLIRSE EN FUNCIÓN DEL INTERÉS GENERAL, bajo el control del Estado, como garante del bien común (así se haya previsto en los artículos 50 inciso 2°, 51 y 185 a 201 de la Constitución).<sup>47</sup>

Tampoco se trata de un régimen de actividad económica en el que la actividad del Estado se vea absolutamente marginada de la actividad económica, sino que se trata de un régimen económico esencialmente MIXTO, de equilibrio de lo privado y lo público, en el que ninguno puede impedir la acción del otro.

40 *Op. cit.*, p. 36.

41 RISSO FERRAND, Martín, DERECHO CONSTITUCIONAL, Tomo I, FCU, Montevideo, 2006, p. 451 - 453.

42 CORREA FREITAS, Rubén, DERECHO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO, Tomo I, FCU, 4ª edición, Montevideo, 2013, pp. 95 - 99.

43 CORREA FREITAS, Rubén, “el uruguay como estado de derecho”, en *Estudios De Derecho Público*, UDE, Montevideo, 2013, pp. 28 - 33.

44 GROS ESPIELL, Héctor, “el estado democrático y social de derecho y el sistema económico en la constitución uruguaya”, en *Liber Amicorum Discipulorumque José Aníbal Cagnoni*, FCU, Montevideo, 2005, p. 161.

45 Autor y *op. cit.*, p. 161 - 162.

46 GROS ESPIELL, Héctor, *op. cit.*, p. 166.

47 Autor y *op. cit.* p. 166 citada.

Se consagra entonces un MODELO DE ECONOMÍA MIXTA, en función del bien común, en el que el mercado debe ser considerado sólo como un elemento, sometido al interés general y al bienestar humano y social, atento a la PRIMACÍA DE LA PERSONA HUMANA y nunca como un elemento esencial y determinante del modelo económico.

4. Concretamente, sin pretensiones de exhaustividad, puede decirse que, con base en los artículos 72 y 332, la Constitución Económica reconoce, consagra y otorga al Estado, en algunos casos, diversas facultades y en otros, le impone deberes (en ocasiones, en normas que son sólo programáticas).

Entre ellos podemos mencionar:

- se protege la libertad en todas sus manifestaciones, aún su mero goce; en forma general (en el artículo 7° de la Constitución), de las acciones privadas de las personas (en el artículo 10), de la conciencia moral y cívica (artículos 54 y 58), de la libre expresión del pensamiento (artículo 29), de la persona física (artículos 12, 14, 15, 17, 20 a 22 y 26), de trabajo (artículos 36, 53 y 55), de industria, de cultivo, de comercio y de toda otra actividad lícita (artículo 36), de circulación (artículo 37), de enseñanza, (artículo 68), etc.

- se protege la propiedad, pero subordinada a su función social, pues puede privarse de tal derecho por razones de necesidad o utilidad pública establecidas legalmente y recibiendo una justa y previa compensación (artículo 32 de la Carta);

- establece lineamientos para el desarrollo (sustentable) de la ciencia y de la enseñanza tecnológica y consagra el derecho al mismo, pues se ordena al Estado propender al desarrollo de la investigación científica y de la enseñanza técnica, encomendando a la Ley proveer lo necesario para su efectividad (artículo 70).

Tenemos aquí al Estado actuando como *Planificador* y en actividades de *Fomento*;

- dispone la creación de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, con cometidos de asesoramiento y planificación respecto del Poder Ejecutivo, al que asistirá en la formulación de las Políticas y Planes de Desarrollo, en la Planificación de las políticas de descentralización que ejecutarán el propio Poder Ejecutivo, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y los Gobiernos Departamentales, conforme la Constitución (artículo 230 de la Constitución).

Una vez más aparece el Estado como *Planificador*;

- asigna al Poder Ejecutivo el cometido de preparar el Presupuesto (Nacional Quinquenal) (artículo 168 numeral 19 de la Constitución), asesorado preceptivamente por la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, así como las Rendiciones de Cuentas (artículo 214 de la Carta).

Vemos aquí al Estado utilizando una de sus herramientas más importantes, el planeamiento, a fin de regular la economía, alcanzando con sus orientaciones al sector público y privado de la actividad;

- la Ley podrá disponer expropiaciones correspondientes a Planes y Programas de desarrollo económico, propuestas por el Poder Ejecutivo, mediante una justa (no previa) indemnización y conforme a lo edictado en el artículo 32 de la Carta (artículo 231 de la Constitución).

En este caso, por medio de la Ley, se admiten limitaciones a la propiedad privada, por lo cual el Estado aparece como *Regulador*;

- el Estado deberá orientar el comercio exterior de la República, protegiendo las actividades productivas cuyo destino sea la exportación, o que reemplacen bienes de importación, promoviendo las inversiones destinadas a tal fin (artículo 50 de la Carta).

El Estado es aquí *orientador* y fomenta la actividad privada y la inversión;

- se prohíbe la usura y se declara de orden público la ley que señale límite máximo al interés de los préstamos (artículo 52 de la Constitución).

El Estado aparece como *regulador y controlador*, prohibiendo el abuso de la libertad económica, a lo cual me referiré más adelante al comentar disposiciones de la ley 18.159 de defensa de la competencia;

- se prohíbe en el comercio o industria la existencia de organizaciones Trustificadas (o carteles) y de existir, el Estado deberá mantenerlas bajo su control (artículo 50 inciso 2º de la Constitución).

Se observa la presencia del Estado como *controlador* de la actividad económica y de la libertad del mercado, que debe intervenir si este se ve amenazado por la incidencia de monopolios o carteles, generalmente con poder económico, que afectan el régimen de libre competencia del mercado, que es el generador de las condiciones favorables para el logro del bienestar humano y social.

Ello se ve complementado con lo dispuesto en el numeral 17 del artículo 85 de la Carta, que concede la competencia a la Asamblea General para

Conceder monopolios, con mayorías especiales.

5. En tal sentido, con acierto, la referida Ley 18.159, de defensa de la competencia, en el artículo 9º, requiere la autorización (previa) del acto de concentración monopólica por parte de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, como órgano de aplicación de las disposiciones de la ley, en los casos en que tal acto implique la conformación de un monopolio de hecho.

El análisis de estos casos deberá incorporar, entre otros factores, la consideración del mercado relevante, la competencia externa y las ganancias de eficiencia. Si el órgano de aplicación no se expidiera en un plazo de noventa días desde la notificación correspondiente, se dará por autorizado el acto.

Sin embargo, se aclara, la autorización expresa o tácita por parte del órgano de aplicación, de una concentración monopólica de hecho, de ninguna forma constituirá un monopolio de origen legal de acuerdo con lo establecido en el numeral 17) del Artículo 85 de la Constitución de la República.

Como norma de garantía, se consagra que dicha autorización no podrá limitar el ingreso de otros agentes al mercado, a los cuales les serán de aplicación las disposiciones de la ley.C

Sobre el mercado relevante, el artículo 5º de la norma dispone que deberá determinarse cuál es el mercado (relevante) en el que la práctica se desarrolla, a efectos de evaluar si la misma afecta las condiciones de competencia, lo cual implica analizar, entre otros factores, la existencia de productos o servicios sustitutos, así como el ámbito geográfico comprendido por el mercado, definiendo el espacio de competencia efectiva que corresponda, cuyas condiciones establecerá la Comisión referida.. C A D E 72

El artículo 7º ordena que todo acto de concentración económica deberá ser notificado a la Comisión diez días antes de la celebración del mismo por las empresas participantes, cuando se dé por lo menos una de las dos condiciones que se señalan: cuando como consecuencia de la operación se alcance una participación igual o superior al 50% del mercado relevante (literal A), o cuando la facturación bruta anual en el territorio uruguayo del conjunto de los participantes en la operación, en cualquiera de los últimos tres ejercicios contables, sea igual o superior a UI 750.000.000 (setecientos cincuenta millones de unidades indexadas) (literal B).. A D E 7239.

La obligación de notificación no corresponde, entre otros casos, cuando la operación consista en la adquisición de empresas en las cuales el comprador ya tenía al menos un 50% de las acciones de la misma (literal A), o las adquisiciones de bonos, debentures, obligaciones, cualquier otro título de deuda de la empresa, o acciones sin derecho a voto (literal B), etc.. C

6. Continuando con las facultades y deberes del Estado, digamos que diversos artículos de la Constitución, como el 7, 32, 36, 86, 133 y 229 le facultan a limitar diversos aspectos de la libertad económica regulando, por tanto, el trabajo, el comercio, la industria y aún la propiedad pero todo ello, en defini-

tiva, sujeto al contralor de constitucionalidad, con sujeción además al régimen de la responsabilidad civil, indemnizando a terceros por los daños que causare (artículos 24, 25 y 256 y siguientes de la Constitución).

En lo que respecta al aspecto financiero, el Estado (Poder Ejecutivo), puede otorgar la autorización para que se establezcan en el país instituciones bancarias, o puede denegarla (artículo 168 numeral 22), además, de que tales instituciones se hayan bajo el contralor del Banco Central del Uruguay, creado por el artículo 196 de la Carta actualmente vigente.

El Estado puede, además, conceder privilegios industriales, mediante autorizaciones exclusivas y temporales, conforme a la ley (artículo 168 numeral 21 de la Carta).

A nivel empresarial, el Estado puede (vemos aquí al Estado actuando como *Empresario*), realizar actividades industriales, agropecuarias o comerciales, participando en empresas formadas por aportes obreros, cooperativos o capitales privados o admitiendo capitales privados en la constitución o ampliación del patrimonio de las entidades estatales (artículo 188 de la Constitución).

El texto constitucional admite, además, la coexistencia de los servicios públicos administrados por el Estado, con las actividades por el otorgadas o por los Gobiernos Departamentales, a particulares, en régimen de concesión (artículos 51 y 273 numeral 8 de la Constitución).

Conforme lo expresado, en el régimen de economía mixta que la Constitución consagra y dentro del marco de la constitución Económica, el Estado tiene el más amplio campo de acción, por ejemplo, ejerciendo actividades económicas por sí mismo, o desarrollándolas en concurrencia con privados, pero siempre atendiendo al bien común y al interés general.

Precisamente, es el propio Estado, por medio de la ley, el constitucionalmente habilitado para otorgar, limitar o privar de las libertades y privilegios que, brevemente, acaban de mencionarse.

#### IV. CONCLUSIÓN.

En Uruguay, el Sistema Económico que la Constitución Política consagra, es absolutamente humanista, pues el centro, objeto y fin de la filosofía constitucional, es el SER HUMANO.

De allí, por tanto, que resulta valedera la afirmación<sup>48</sup> de que persigue el BIEN COMÚN, siendo el sistema económico un mero instrumento de ejecución, para la prosecución del BIEN DE LA COLECTIVIDAD, de la persona viviendo en sociedad.

La ley 18.159, de defensa de la competencia, ya referida, a diferencia de otras normas de Derecho comparado que regulan el derecho de la competencia en el mercado, no pone el acento en este sino que establece, en el artículo 1º, que sus disposiciones son de orden público y su objeto es fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados. C

Por tanto, la ley no pone el énfasis en el mercado o en la competencia en sí misma, sino en el consumidor y en el usuario y por tanto, en el ser humano, como destinatario último de la intervención estatal y del juego de las reglas del mercado que, como principio general establecido en el artículo 2º de la ley, estará regido por los principios y reglas de la libre competencia, excepto las limitaciones establecidas por ley, por razones de interés general.. C A D E 7239.

A fin de la consecución del bienestar social y humano, se prohíbe el abuso de posición dominante, así como todas las prácticas, conductas o recomendaciones, individuales o concertadas, que tengan por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o

48 GROS ESPIELL, *op. cit.*, p. 163.

futura en el mercado relevante, ya referido. A

Debe entonces precisarse, que la economía no es una materia autónoma en la concepción constitucional y legal (en el caso de la ley citada), separada de lo humano y de lo social, sino una simple herramienta para el integral mejoramiento humano, de la persona como tal, a la cual el mercado se haya subordinado.

En definitiva, como subrayaba el Profesor GROS ESPIELL, lo económico se encuentra al servicio DE LO HUMANO Y DE LO SOCIAL.<sup>49</sup>

Ello resulta así, agregaba el destacado Profesor, de toda la filosofía constitucional, del iusnaturalismo que la nutre y de la concepción democrática y social del Estado, lo cual está implícito en todo el texto constitucional, pero de manera expresa y en especial, en los artículos 7, 72 y 82 de la Carta.

Por tanto, conforme lo expuesto, el ejercicio de la libertad económica, con las intervenciones del Estado en las circunstancias constitucionalmente previstas, basada en el modelo constitucional de economía mixta y dentro del marco regulatorio establecido en la Carta, no puede significar lesión alguna a la libertad, en su concepto más amplio, ejercida por los operadores del mercado, provenientes de injerencias de terceros que afecten las reglas establecidas y el sistema de la libre competencia.

En tal caso, la intervención del Estado se impone, a fin de impedir toda maniobra abusiva dirigida a obstaculizar toda amenaza o restricción a tal libertad, salvo los casos en que la propia Constitución, por medio de la LEY, dictada por razones (principio de Razonabilidad) de interés general, autoriza su intromisión, así como la restricción o privación de las manifestaciones de la misma.

---

49 *Op. cit.*, p. 163 citada.



---

# LEGÍTIMA DEFENSA: ¿EL FIN JUSTIFICA LOS MEDIOS?

DR. PEDRO J. MONTANO

## 1. Introducción

Leyendo un artículo de Jesús María SILVA SÁNCHEZ me llamó la atención que expresara que sobre la fundamentación de la legítima defensa queda mucho por decir<sup>1</sup>. En realidad es muy grande la cantidad de lo que se ha escrito sobre el punto y parecería estar todo dicho<sup>2</sup>. Sin embargo, tiene razón si vamos a los fundamentos últimos, porque parecería que la finalidad defensiva justifica que el Derecho penal permita la acción dañosa. Pero, en tal caso, estaríamos yendo en contra de un principio basilar de nuestra civilización: el fin no justifica los medios<sup>3</sup>. ¿Cómo puede ser entonces, que el Derecho justifique matar en defensa propia? En efecto, el hecho de matar es siempre algo negativo, y cae en la categoría de “Mal Absoluto”<sup>4</sup>. La muerte de un ser humano siempre es un mal intrínsecamente considerado. Esto proviene de los primeros principios prácticos captados por el hábito intelectual llamado *sindéresis*.

Además, existe otro argumento: tres son los principios que nos vienen de la jurisprudencia romana: *neminem laedere, ius suum quique tribuere y honeste vivere*<sup>5</sup>. Primero, entonces, no dañar.

El verdadero principio ético es: “se debe procurar y hacer el bien y evitar el mal” (*bonum faciendum, malum vitandum*). O la regla de oro de la ética: “trata a los demás como quisieras que te traten a ti mismo”.

Cómo puede entonces, el Derecho justificar lo moralmente injustificable?

## 2. Consecuencialismo y proporcionalismo

De entender que la justificación proviene de una buena intención o según las circunstancias -salvar la propia vida- caemos en consecuencialismo (perspectiva teleológica) o en proporcionalismo. Según ellos, un acto puede ser considerado bueno si el fin buscado es bueno, y también, puede serlo si el fin buscado supone un mal menor. Sin embargo, para calificar la bondad de un acto se requiere que esta se dé en los tres aspectos de la acción: objeto, fin y circunstancias<sup>6</sup>. Por lo tanto solamente el fin o las circunstancias, no pueden transformar lo malo en bueno<sup>7</sup>. De hecho, existen actos intrínsecamente malos, como matar o mentir.

Estos actos intrínsecamente malos lo son siempre y por sí mismos, es decir, por su objeto, independientemente de las ulteriores intenciones de quien actúa y de las circunstancias.

---

1 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María "El Mal Absoluto" in "En busca del Derecho penal", BdeF, 2015, Montevideo-Bs. As, pág. 213.

2 ALBANELL MAC-COLL, Eduardo, *La Legítima Defensa en el Art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas*, LJU Tomo 11, UY/DOC/683/2009.

3 Contrariamente a lo sostenido por MAQUIAVELO en relación a la política, en su obra *El Príncipe*.

4 SILVA SÁNCHEZ, op cit.

5 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Editorial en *InDret Penal*, 3/2010, [http://www.indret.com/es/derecho\\_penal/8/](http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/)

6 "Bonum ex integra causa, malum ex qualunq[ue] defectu". St. Th.

7 RODRÍGUEZ LUÑO, Ángel, *Ética General*, EUNSA, Pamplona, 1991, pág. 295.

Santo Tomás, al encontrarse con la cuestión, juzgó preferible justificar la legítima defensa basándose en el principio del doble efecto, o del voluntario indirecto, más que en el de la disponibilidad de la vida del agresor injusto<sup>8</sup>. Según su opinión, quien se defiende no busca la muerte del atacante de manera directa, sino simplemente salvarse a sí mismo. Si -como consecuencia de esa reacción salvadora- se da la muerte del atacante, es algo no buscado, pero que se produjo necesariamente. No hubo, por lo tanto, un fin en la muerte del agresor.

Pero para que esto sea posible, el voluntario indirecto exige que la acción que se busca inicialmente (el matar) sea algo bueno en sí mismo, aunque la acción inevitablemente unida (pero no buscada) sea mala.

Por lo tanto, hay que concluir que no estamos ante un caso de doble efecto que justificaría el acto final malo, sino en un debilitamiento (o vicio) de la voluntad inicial de matar.

Si bien “santo Tomás piensa que no está permitido querer matar a alguien para salvar la propia vida, ha mostrado antes que está perfectamente “permitido” querer salvar la propia vida con una acción que tiene *como consecuencia* la muerte del agresor. Puede que *físicamente* las dos acciones sean idénticas. El Aquinate argumenta diciendo que las acciones morales reciben sus especies de aquello a lo que se *intende*, y no de aquel que queda fuera de la intención. En tanto que con una acción se *intienda* a conservar la propia vida, la acción realizada será objetivamente una acción de defensa propia, y no la acción “matar a una persona” con el propósito de defenderse”<sup>9</sup>.

Por eso, las legislaciones suelen establecer una relación de magnitud entre la agresión ilegítima y el medio defensivo. El acto físico de defensa propia tiene que ser proporcionado a la acción en defensa propia; de lo contrario, el acto ya no sería intencionalmente, esto es, objetivamente, un acto de defensa propia, sino que la acción intencional es “matar al agresor”. Esta proporcionalidad es una expresión del *cómo* de la intencionalidad.

Incluso desde el punto de vista de la imputación objetiva, también resulta más justo, porque el acto de defensa puede ser imputado al agresor injusto. En efecto, éste es quien suscita el riesgo que podría transformarse en la muerte del agredido.

### 3. Explicaciones que se han dado en doctrina

CARRARA sostiene que “cuando he defendido mi vida o la de otro del peligro de un mal injusto, grave e inevitable de otro modo, que amenazaba la persona humana, no he tenido necesidad de una excusa; he ejercitado un derecho, un verdadero sagrado derecho, mejor dicho, un verdadero y sagrado deber, porque tal es la verdadera conservación de la propia persona. Sería un delito horrible castigarme; sería un insulto, nacido de la ignorancia y de la crueldad, decirme que se me otorga una excusa<sup>10</sup>. Y aclara en la nota que “Yo no digo que se mata *justamente*, porque el muerto había *merecido* la muerte; digo que se mata *justamente*, porque se tiene el *derecho* de salvarse de la *muerte injusta* inminente, e inevitable de otro modo”.

Siguiendo a LUZÓN PEÑA<sup>11</sup>, las teorías que fundamentan la legítima defensa son varias, pero ahora nos detendremos en aquellas que no conducen a la licitud de la defensa, como las de

8 S. Th., II-II, q. 64, a. 7.

9 RHONHEIMER, Martín, *La perspectiva de la moral*, RIALP, Madrid, 2007, p.396.

10 CARRARA, Francesco, *Programa...*, § 294.

11 LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978, págs. 18 y ss.

perturbación de ánimo y el conflicto de motivaciones.

El principal expositor de las primeras es PUFENDORF para quien la perturbación producida en el ánimo del agredido llegaría a excluir la imputabilidad del autor. Es, por lo tanto, una causa de inimputabilidad. Sin embargo, no da respuesta a las situaciones en que el agredido obra en plenitud de sus facultades mentales. Además, no se explicaría la defensa de un tercero.

UTTELBACH, en cambio, sostiene la inculpabilidad del defensor, basándose en el conflicto entre el instinto de conservación que le mueve a defenderse, y la motivación legal que pretendiera hacerle desistir de su defensa. “Pero si la fuerza de motivación del momento defensivo es tan fuerte que supera todos los momentos retardadores, *no se puede reprochar...* al autor que haya dejado determinar su conducta por ese motivo. Pues el orden jurídico sólo puede exigir al sujeto un comportamiento como el que en una situación así habría podido esperar de *cualquier otro hombre*”. En consecuencia afirma que “la esencia de la legítima defensa está en una *disculpa* del autor”<sup>12</sup>. Sin embargo, tampoco explica situaciones en que no se da ese conflicto tan emocionalmente grave, ni la defensa del tercero.

Las teorías de la retribución en definitiva, sostienen que se trata de una pena. GEYER dice que el mal de quien se defiende ya se ve equilibrado por el de la agresión, castigar la defensa sería alterar ese equilibrio y sancionarlo dos veces.

Pero lo que no se puede admitir es que se diga que la vida del que se defiende vale más que la del agresor injusto y que -por eso- basándose en una razón de pseudo-justicia, existe un derecho a eliminarlo. La vida humana no puede ser sometida a juicios de valor, sino que siendo un fin en sí mismo, no puede ser utilizado como medio en ninguna circunstancia. No caben, al respecto, consideraciones de número, de calidad, de edad. Rige el principio de imponderabilidad de la vida humana<sup>13</sup>.

#### 4. Tabla de Carnéades

La misma cuestión se planteó con respecto al estado de necesidad. En 1793, GENTZ, discípulo temprano de KANT, sostuvo que al arrojar al náufrago de la única tabla que no puede sostener a los dos, quien se queda con ella para salvarse nunca puede llegar a justificarse, pero sí puede encontrar exculpación. La exculpación presupone la comprobación de la previa contrariedad a Derecho del hecho, incluyendo su ausencia de justificación<sup>14</sup>. La situación de necesidad no otorga al autor un derecho, sino una disculpa (*exculpation non est excusatio*). Porque como decía el mismo GENTZ, “aquello que la humanidad perdona nunca puede ser la regla en un sistema de derechos”. KANT decía que “la necesidad no conoce prescripción; pero igualmente no puede existir necesidad que convierta aquello que es injusto en algo conforme a la ley”. Sin embargo, sí puede suceder que algo que “en sí mismo ha de considerarse injusto, logre obtener indulgencia” por parte de un tribunal<sup>15</sup>.

Sería pues una causa de inculpabilidad.

12 Ibidem, p. 22.

13 WILENMANN VON BERNATH, Javier, *Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad*, InDret Penal 25/01/2016, <http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1925&pdf=1201.pdf>

14 HRUSCHKA, Joachim, *Causas de Justificación y Causas de Exculpación: La Tabla de Carnéades en Gentz y en Kant*, BdeF, Montevideo-Bs. As., 2009, p.103 y ss.

15 Ibidem, pág. 115.

## 5. Acciones mixtas

Se puede sostener que en el ámbito de las causas de justificación estamos en presencia de *acciones mixtas*. ARISTÓTELES las explicaba diciendo que “Es algo semejante cuando se arroja al mar el cargamento en las tempestades: en términos absolutos, nadie lo hace de grado, pero por su propia salvación y la de los demás lo hacen todos los que tienen sentido. Tales acciones, pues, son mixtas, pero se parecen más a las voluntarias ya que son preferibles en el momento en que se ejecutan”<sup>16</sup>...

“Las acciones mixtas son, en principio acciones libres y psicológicamente normales, pero que *no responden a una libre iniciativa de la persona*. Se toman a causa de una situación difícil en la que el sujeto viene a encontrarse, y no sin vencer una notable repugnancia, pues se oponen a sus deseos, y desde luego *no se realizarían fuera de esa situación*.”

Incluso MIR PUIG llega a decir que “Desde el prisma idealista el agresor supone sólo la negación del orden jurídico mientras que desde la perspectiva de la realidad social sigue siendo una persona cuya lesión constituye un mal real, que puede estar justificado pero que a ser posible sería preferible evitar”<sup>17</sup>.

La constricción de la situación puede a veces atenuar la responsabilidad, sin suprimirla. Sólo desaparecería la responsabilidad moral si el terror u otra pasión causada por el peligro cercano impidiese de modo completo el uso de razón”<sup>18</sup>. Pero en tal caso, se trataría de una causa de inimputabilidad.

El temor puede llevar a la inimputabilidad pero también al *vicio* de la voluntad. “La plenitud del albedrío puede estar suprimida en el hombre, en el acto de su determinación, cuando una causa externa o interna obra sobre su ánimo, ejerciendo un fuerte impulso sobre su determinación. En este caso, el acto es siempre voluntario, porque la libertad de elegir se conserva siempre en el agente, el cual quiso tomar un partido en vez de otro. Pero se dice que su voluntad es menos espontánea, porque está disminuido el albedrío en el acto de la determinación”. Esta disminución de espontaneidad debe tomarse en cuenta a favor del que violó la ley a consecuencia de aquella impulsión, porque por ella se aminora la fuerza moral del delito”...<sup>19</sup>.

Quien quiere defender su vida porque es atacado ilegítimamente, quiere realmente lesionar o matar al agresor. CARRARA pone un ejemplo de quien es secuestrado por unos bandoleros que lo van a matar, y aprovechando el sueño de estos, los mata<sup>20</sup>. No se trata de una persona que -fuera de sus cabales- mata a otro, sino de alguien que para salvarse quiere realmente cometer el homicidio.

El hecho, cuando fue *querido* con previsión de sus resultados, es siempre imputable. Debíó decirse que no era *punible*, y fue un error negar la imputabilidad. Yo mato queriendo matar, y este mal que proviene de mi mano movida, precisamente, con el fin de matar por mi voluntad de dar la muerte, no puede dejarme de ser *imputable*<sup>21</sup>.

16 ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro III, c. 1, 1110 a 3-1110 a 28.

17 MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 4a ed., Barcelona, 1996, pág. 427.

18 RODRÍGUEZ LUÑO, Ángel, *Ética General*, EUNSA, Pamplona, 1991, pág. 128. Destacados nuestros.

19 CARRARA, op. cit, § 274 y ss.

20 Ibidem, §290.

21 Ibidem, § 288.

Su acción es verdadera acción puesto que está “finalizada” a dar muerte. Técnicamente es un acto “imperado”<sup>22</sup>, hay inteligencia y voluntad. Pero hay que hacer una precisión: *esa voluntariedad está viciada*. Se trata más bien de un resultado permitido, tolerado o sufrido. De hecho, no es un resultado buscado *inicialmente* sino que -si se pudiera evitar la situación que le da origen- se evitaría.

Por lo tanto, tenemos una acción desde el punto de vista humano, porque hay conocimiento de lo que se quiere hacer, pero ese querer hacer no tiene un origen espontáneo en la conducta del agente, al punto que disminuye su voluntariedad. La cuestión no está tanto en *cuál* es el fin perseguido, sino en *cómo* se quiere<sup>23</sup>. Hay por lo tanto, una justificación por la forma en cómo se quiere, y no por el fin que se busca.

Esta posición podría llevar a ulteriores distinciones en el ámbito de la culpabilidad, agregando al dolo otra subespecie que podría merecer otro tratamiento más justo.

## 6. Conclusión

De lo expuesto podemos extraer que en toda causa de justificación hay una situación de defecto en la voluntariedad del acto y que permite un tratamiento diferencial de las causas de inculpabilidad. Quien se defiende a sí mismo o a un tercero preferiría en todo caso no estar en esas circunstancias que le exigen realizar un mal absoluto. Actúa de esa forma porque no tiene más remedio.

En definitiva, estamos ante causas de desconfiguración del dolo que son llevadas por virtud del legislador, a la categoría de causas de justificación.

No es el “fin de salvarse” entonces lo que justifica -el fin no justifica los medios- sino la *forma* de querer.

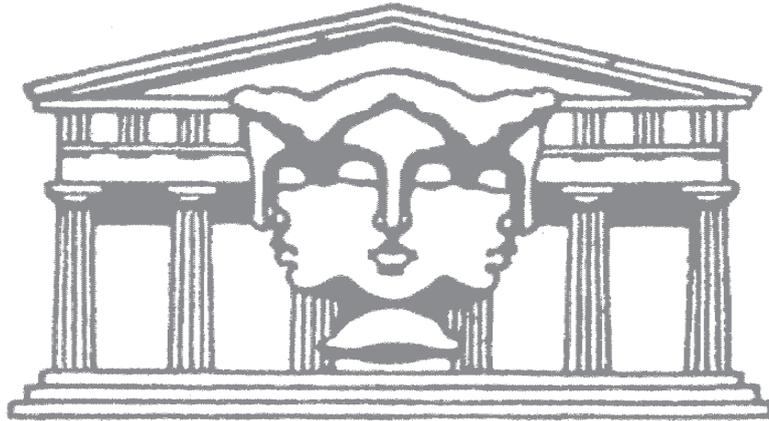
Sin embargo, para dar mayor garantía al justiciable que se defiende la ley establece los requisitos que debe tener su acción para ser considerada un “permiso legal” de delinquir (racionalidad del medio empleado, falta de provocación suficiente...). Dentro de ese marco, el sujeto no delinque, y es también en su garantía, que la ley proclama las causas de justificación, para impedir las eventuales arbitrariedades de la interpretación del acto.

En definitiva, es una institución dogmática que se adecua muy bien a la naturaleza humana: el dolo ofrece matices.

22 RODRÍGUEZ LUÑO, op. cit., pág. 143.

23 RHONHEIMER, Martin, op. cit., p. 397.





## **CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES**

*ARCIA, Sebastián y HESSDÖRFER, Andres*

Responsable del responsable y “nuevo estándar” de conducta de la  
responsabilidad de los representantes



---

# RESPONSABLE DEL RESPONSABLE Y “NUEVO ESTÁNDAR” DE CONDUCTA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS REPRESENTANTES

VIII Jornadas Académicas de DGI

25 y 26 de noviembre de 2015

DR. SEBASTIÁN ARCIA<sup>1</sup>  
DR. ANDRES HESSDÖRFER<sup>2</sup>

## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

De acuerdo con las pautas impartidas por la entidad organizadora, el presente trabajo se focalizará en dos de los cuatro planteos relativos al régimen jurídico de los responsables tributarios. De igual forma, el título seleccionado se ciñe a los respectivos temas propuestos.

El primer tema a ser abordado comprenderá el análisis respecto a la posibilidad, de acuerdo con los textos normativos vigentes, de imputar responsabilidad tributaria a determinados sujetos, vinculada con obligaciones de sujetos pasivos responsables.

El segundo problema a analizar en el presente será el del estándar de diligencia aplicable a los representantes de contribuyentes, con especial atención a los casos de culpa “*in vigilando*” o “*in eligendo*”, de acuerdo a la jurisprudencia reciente del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (“TCA”).

## 2. RESPONSABLE DEL RESPONSABLE

### 2.1. Criterios diferenciadores de contribuyente y responsable.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 de nuestro Código Tributario, la calidad de sujeto pasivo tributario advierte dos especies que define bajo la denominación de “*contribuyente*” y “*responsable*”.

Sin perjuicio que los textos positivos se ocupan de dar una definición expresa a cada una de estas especies (artículos 17 y 19 del Código), la dogmática ha registrado diferencias al momento de determinar los fundamentos sobre los cuales se sustentan ambos tipos de sujetos pasivos.

Como resume BLANCO, en términos generales se pueden advertir dos grandes grupos o posturas doctrinarias: (i) los que basan la distinción en el carácter de “propia” o “ajena” de la deuda, reservando la primera condición para el contribuyente y la segunda para el responsable; y (ii) los que la sustentan en función del diferente presupuesto jurídico que da nacimiento a las respectivas deudas.<sup>3</sup>

Como indicamos, la primera posición basa la diferencia entre contribuyente y responsable en la calidad de “deudor por deuda propia” del primero y de “deudor por deuda ajena” del segundo.<sup>4</sup>

1 Profesor titular de Derecho Financiero I y II en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo y Profesor del Máster en Derecho y Técnica Tributaria de la misma Universidad.

2 Profesor de Derecho Financiero I y II en la Universidad de Montevideo.

3 BLANCO, Andrés: “Los agentes de retención y percepción en el Derecho uruguayo”, Revista Tributaria, Tomo XXIX, N° 166, IJET, Montevideo, enero-febrero 2002, págs. 5 y 6.

4 Como indica BERRO, Federico, esta posición encontraría sus orígenes en la dogmática alemana de fines del Siglo XIX que distinguía los conceptos de “deuda” (“*schuld*”) y de “responsabilidad” (“*haftung*”) vinculando este último al derecho directo a la prestación que puede obtener el acreedor por medio del ataque al patrimonio del deudor. Así, el instituto

Como referente de esta posición en nuestra doctrina nacional destacamos a VALDES COSTA, quien sostenía que “*el único elemento diferenciador de ambas especies [haciendo referencia a los sujetos pasivos] es la naturaleza de la responsabilidad, el contribuyente es responsable por una deuda propia, el responsable por una deuda ajena*”.<sup>5</sup> La condición de “ajenidad” del deudor responsable la justifica en el derecho de resarcimiento que éste tiene respecto del contribuyente. Dicho derecho de resarcimiento deriva del hecho que la ley marcaría al contribuyente como destinatario de soportar la carga económica del tributo atento a que sobre él reposaría la calidad de titular de capacidad contributiva.

Al respecto afirma el citado autor: “*El criterio basado en los conceptos de responsabilidad por deuda propia y responsabilidad por deuda ajena, indudablemente aplicable, debe ser complementado con la observación de que el contribuyente, por ser el titular de la deuda, es el que por disposición de la ley debe soportar la carga tributaria, en virtud de que el legislador lo ha considerado con la suficiente capacidad contributiva como para contribuir a solventar los gastos públicos.*” (...) “*Las precedentes consideraciones llevan a la conclusión de que quien por disposición de la ley no sufre la carga tributaria, por estar facultado expresamente a resarcirse del pago, no debe ser considerado contribuyente*”.<sup>6</sup>

En igual sentido se pronunció GIANNINI, quien aludiendo a la obligación del contribuyente y del responsable afirma: “*la unidad y la inescindibilidad del presupuesto determinan el nacimiento de una relación jurídica objetivamente única*”.<sup>7</sup>

Por su parte VILLEGAS sostiene que: “*Si la ley crea un responsable solidario, el destinatario legal del tributo permanece dentro de la relación jurídica bajo la denominación de contribuyente. Surge entonces un doble vínculo obligacional cuyo objeto (la prestación tributaria) es único. Ambos vínculos (fisco con contribuyente y fisco con responsable solidario) son autónomos pero integran una sola relación jurídica por identidad de objeto*”.<sup>8</sup>

Siguiendo este razonamiento debería concluirse que la deuda tributaria sería una sola, pero tendría dos tipos de deudores; el contribuyente como deudor “principal”, u “originario” o “propio” y el responsable como deudor “accesorio”, “derivado” o “ajeno”.

Esta línea argumental es la que inspiró al Modelo de Código Tributario para América Latina (MC-TAL), el cual define a los responsables tributarios en el artículo 27 bajo la denominación de “*Obligados por deuda ajena (Responsables)*”.

Por su parte, la otra postura rechaza los conceptos de “deuda propia” y “deuda ajena” en el entendido que dicha distinción no es aceptable jurídicamente y que las premisas sobre las cuales la misma se construye resultan incorrectas.

En primer lugar, se rechaza la viabilidad jurídica por la cual alguien pudiera revestir la condición de deudor sin ser titular de la respectiva deuda. La distinción de deuda y responsabilidad no resulta admisible por lo que toda vez que exista una persona obligada al cumplimiento de una prestación lo será a título de deudor en base a un vínculo jurídico que le es propio, con independencia de la eventual dependencia o vinculación especial que “su” deuda pudiera tener con la de otra persona.

Así BERRO refiriéndose a los términos de contribuyente y responsable afirma que los mismos “*marcan una diferencia entre lo que gráficamente pero con cierta inexactitud se expresa como deudor por deuda o hecho propio y deudor por deuda ajena*” (...) “*Decimos inexactitud porque en ambos casos la deuda y la respon-*

---

de la “deuda” se asociaba al cumplimiento de la obligación por parte del deudor, mientras que el de la “responsabilidad” estaba vinculado a satisfacer el interés de acreedor sobre el patrimonio del deudor (“Obligación, Responsabilidad y Solidaridad en el Derecho Tributario Uruguayo”, ed. Amalio Fernández, Montevideo, 1988, págs. 56 y 57).

5 VALDES COSTA, Ramón: “Curso de Derecho Tributario”, Temis, Bogotá, 2001, pág. 334.

6 VALDES COSTA, Ramón; VALDES de BLENGIO, Nelly; y SAYAGUES ARECO, Eduardo: “Código Tributario de la República Oriental del Uruguay – Comentado y Concordado”, 5ª edición, FCU, Montevideo, año 2002, pág. 259.

7 GIANNINI, Aqhille Donato, “Instituciones de Derecho Tributario”, traducción de Fernando Zainz de Bujanda, Ed. Der. Fin., Madrid, 1957, págs. 117 y 118).

8 VILLEGAS, Héctor B., “Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario”, 5ª. Edición, Depalma, B. Aires, 1992, pág. 259).

sabilidad son propias en el sentido que vinculan al titular de cada una con las respectivas obligaciones”.<sup>9</sup>

Por otra parte, tal como vimos, la primera tesis justificaba el carácter de propio de la deuda del contribuyente sobre la premisa que éste es quien debe soportar la carga tributaria con su propio patrimonio mientras que el responsable no debe hacerlo en tanto tiene derecho a resarcimiento. BLANCO confronta esta conclusión al sostener que para que lo anterior resultare admisible a modo de criterio general de diferenciación “el contribuyente nunca puede jurídicamente resarcirse de un tercero de la carga tributaria que la ley pone a su cargo”<sup>10</sup>. Acto seguido se ocupa de demostrar que dicha afirmación no es correcta incluyendo varios ejemplos por los cuales los contribuyentes podrían acordar con terceros que éstos sean quienes asuman la carga del o de los tributos en cuestión, sin que se vea en lo más mínimo afectada su condición jurídica de contribuyente.

Dejando de lado las críticas a la otra postura y poniendo foco en la línea argumental que propone esta corriente, diremos que el centro de la distinción entre una y otra categoría de sujetos pasivos reposa en el diferente presupuesto jurídico que motiva el nacimiento de sus respectivas obligaciones.

En efecto, para esta corriente será contribuyente aquel deudor cuya obligación tiene como presupuesto jurídico al “hecho generador” del tributo, mientras que responsable será aquel sujeto pasivo cuya obligación tributaria se asocia a un presupuesto diferente al del mero acaecimiento del hecho generador.

En este sentido BLANCO afirma: “es contribuyente el sujeto que es designado por la ley como deudor tributario de entre los sujetos que participan de los actos o hechos que constituyen en aspecto material del hecho generador, prescribiendo también la ley que la ocurrencia del hecho generador es condición necesaria y suficiente para adquirir la calidad de deudor. Por su lado, es responsable el sujeto que es designado por la ley como deudor tributario entre los sujetos que participan de un presupuesto de hecho distinto del hecho generador aunque vinculado con éste, prescribiendo la ley que la calidad de deudor se adquiere por la ocurrencia de tal presupuesto de hecho diverso del hecho generador”<sup>11</sup>

En forma coincidente (al menos en esta parte), y justificando las expresiones “deuda propia” y “deuda ajena” desde un ámbito didáctico aunque no jurídico, BERRO sostiene: “Las locuciones “propia” o “ajena” hacen referencia al origen de las obligación principal: la del contribuyente, que tiene su origen en el propio hecho imponible en tanto la del responsable tiene su origen en una situación ajena a ese hecho imponible” (...) “parece claro que el legislador tributario con esta denominación ha puesto de relieve la diferencia entre la obligación contraída o impuesta por hecho del deudor principal u originario y la del deudor por función de garantía”. (...) “Lo único que el garante [en equiparación al responsable tributario] no es, es deudor por la obligación principal: es deudor de su propia obligación. Esta tiene una propia finalidad, función, regulación”. (...) “Personalmente y aunque idiomáticamente pueda llamarse hecho generador, a la causa de la responsabilidad, hemos preferido llamarla situación que origina la responsabilidad ya que nuestro código tributario solo llama hecho generador a aquel que da origen al tributo. Además como derivación de su naturaleza accesoria, el nacimiento de la responsabilidad exige la sumatoria de dos elementos: situación típica que pone al tercero en posición de responder (por ej. ser sucesor de una casa de comercio, art. 22 C.T.U.) mas la existencia de una deuda original en el contribuyente nacida del hecho generador que que define el art. 24 del C.T.U.”<sup>12</sup>

ALBACETE por su parte, afirma que “cada sujeto pasivo, ya sea contribuyente o responsable, tiene su propia deuda tributaria y tienen como común denominador la coincidencia total o parcial en el monto a pagar. Pero tienen un presupuesto de hecho distinto, pueden ser llamados al pago en momentos diferentes y normalmente la obligación tributaria del responsable presentará la característica de ser accesoria respecto de la del contribuyente”.<sup>13</sup>

A nivel de la doctrina extranjera, vale citar, entre muchas otras, las opiniones de dos insignes auto-

9 BERRO, Federico, ob. cit., pág. 61.

10 BLANCO, Andrés, ob. cit., pág. 7.

11 BLANCO, Andrés, ob. cit., pág. 10.

12 BERRO, Federico, ob. cit., págs. 61, 64 y 65.

13 ALBACETE, Juan Manuel: “La responsabilidad tributaria”, Revista Tributaria, Tomo XLI, N° 240, IUET, Montevideo, mayo-junio 2014, pág. 415.

res españoles, SAINZ DE BUJANDA y FERREIRO LAPATZA.

El primero de los nombrados, distingue la situación del contribuyente y del responsable como nacidas de presupuestos diversos, concluyendo “la obligación del sujeto pasivo [léase: “contribuyente”] nace de la realización del hecho imponible en tanto que la obligación del responsable (o de los responsables, ya que también estos pueden ser varios) deriva de la realización del presupuesto de hecho previsto hipotéticamente en la norma tributaria para el nacimiento de la responsabilidad...”<sup>14</sup>

Por su parte, FERREIRO LAPATZA afirma que “el nacimiento de la obligación del responsable requiere la realización de dos presupuestos de hecho diferentes. El presupuesto de hecho del que deriva la obligación tributaria del contribuyente y el presupuesto de hecho del que deriva para el responsable la obligación de responder solidaria o subsidiariamente de tal obligación”.<sup>15</sup>

Restaría por último referirnos en esta reseña doctrinal, a aquellos autores que podrían ubicarse en una situación cuasi-intermedia entre estas dos corrientes, aunque nos inclinamos por situarlos más próximos a la segunda que a la primera de las comentadas. En nuestra doctrina, tal sería el caso de FAGET y BORDOLLI quienes sostienen: “El responsable es uno de los sujetos pasivos de la obligación, cuya existencia supone: pluralidad de personas, pluralidad de vínculos y unidad de prestación” (...) “La unidad de prestación y de pago implica que la prestación es única, **debe tener un único contenido** y debe cumplirse al Fisco una sola vez”. (...) “Cuando nos referimos a **la pluralidad de vínculos** pretendemos destacar que uno es el vínculo entre el Fisco y el contribuyente, otro el vínculo entre el Fisco y cada responsable, otro el vínculo entre cada responsable y el contribuyente y otro el vínculo entre los diversos responsables. El número, así como la mayor o menor independencia de los vínculos, dependerán de la cantidad de responsables y también del alcance de la responsabilidad, según sea subsidiaria, solidaria o sustituta”. 16 (...) “Las relaciones externas están dominadas por la idea de pluralidad de vínculos: cada deudor tiene un vínculo distinto con el acreedor, sin perjuicio de que dichos vínculos estén conectados entre sí. Desde la óptica del acreedor dicha pluralidad de vínculos determina que éste pueda demandar por el todo a cualquiera de los deudores, pudiendo elegir a quien quiera, e incluso demandar a todos los deudores...”. (los subrayados nos pertenecen).

Como se podrá advertir, si bien estos autores remarcan que los vínculos del responsable y contribuyente respecto del Fisco son diferentes y cada uno de ellos tiene “vida propia” aunque relacionada e interdependiente, paralelamente consideran que ambos vínculos conllevan a una misma prestación. A nuestro criterio, resulta un contrasentido suponer la existencia de una única “prestación” u “obligación de pago” atribuible a varias personas en la medida que la misma se hubiera generado en presupuestos normativos diferentes. Si los supuestos que generan las obligaciones son diferentes, las obligaciones también lo serán, más allá del grado de dependencia o subordinación que pudiera tener la obligación del responsable respecto de la del contribuyente y de que, incluso eventualmente (aunque no necesariamente) pudieran coincidir en su cuantía.

Sin perjuicio de lo anterior, entendemos que, la referencia a “unidad de prestación” a la que aluden estos autores respondería a una fórmula didáctica más que técnico-jurídica. Con dicha referencia se pretendería ilustrar el carácter dependiente de la obligación del responsable (si el contribuyente extingue su deuda también se extinguirá la del responsable) y, sobre todo, que el Fisco no podrá reconocer como ingreso un importe mayor al que corresponde por la obligación del contribuyente. Así, el Fisco no podría reconocer un ingreso por la prestación cumplida por el responsable y otro por la cumplida por el contribuyente, sin prever un mecanismo de consolidación de los importes que finalmente determine como ingreso neto del Estado el correspondiente al de la obligación tributaria del contribuyente.<sup>17</sup>

En nuestra opinión, y tal como fuera afirmado oportunamente por ambos autores del presente trabajo en distintas oportunidades, cuando la ley designa responsables tributarios (cualquiera sea la

14 Citado por Berro, Federico; ob. cit. pág. 64.

15 FERREIRO LAPATZA, José; “Curso de Derecho Financiero Español”, 14a. edición, Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 382.

16 FAGET, Alberto y BORDOLLI, José Carlos, ob. cit., págs. 306 y 310: “Sujeción pasiva y responsables tributarios”, Revista Tributaria, IUET, Tomo XXII, N° número 127, Julio-Agosto 1995, pág. 306 y 310.

17 “La unidad de prestación y de pago implica que la prestación es única, debe tener un único contenido y debe cumplirse al Fisco una sola vez” (FAGET, Alberto y BORDOLLI, José Carlos ob. cit., pág. 306)

especie y alcance de dicha responsabilidad) tal calidad está supeditada a la verificación de ciertos presupuestos jurídicos que le son propios, los cuales resultan diferentes al “hecho generador” que motiva el nacimiento de la obligación tributaria. Incluso, la obligación del responsable tributario puede anteceder al nacimiento de la obligación tributaria del contribuyente. Como ejemplo, vale citar el caso de los agentes de percepción de IVA, quienes tienen la obligación de percibir y verter al Fisco los importes correspondientes respecto de operaciones gravadas por dicho impuesto que acontecerían en una etapa posterior. Lo mismo podríamos decir de los hechos generadores de las obligaciones de los agentes de retención, sustitutos u otros responsables tributarios del Impuesto a las Rentas de las Actividades Económicas, del Impuesto a las Rentas de las Personas Físicas o del Impuesto a las Rentas de los no Residentes. Ello implica que el presupuesto de hecho que motivó el nacimiento de la obligación de estos responsables resulta necesariamente anterior al acaecimiento del hecho generador de las obligaciones tributarias de los contribuyentes.<sup>18</sup>

Adicionalmente consideramos que, sin perjuicio de no compartir la distinción entre deuda propia y ajena que formula VALDES COSTA, ni su afirmación relativa a que el contribuyente es quien en todos los casos debe necesariamente soportar la carga del tributo en el entendido que la capacidad contributiva debe también verificarse exclusivamente a su respecto, consideramos que al momento de diferenciar la figura del contribuyente con la del responsable, cobra también relevancia el derecho de resarcimiento que la ley le confiere a este último. Si perjuicio que el derecho al resarcimiento se canalice mediante una acción civil, entendemos que tal derecho se genera por una norma tributaria como lo es el artículo 19 del Código. En consecuencia, no tenemos el honor de compartir en este punto, aquellas posturas que descartan toda la relevancia a este aspecto al momento de distinguir un responsable de un contribuyente. Por el contrario, consideramos que se trata de una cualidad conferida con carácter general y sin excepciones por la normativa tributaria a uno de los dos tipos de sujetos pasivos. El hecho que por eventuales acuerdos privados se pueda neutralizar este derecho a resarcimiento, no hace otra cosa más que confirmar que la regla es la inversa ya que será necesario de tales acuerdos para excepcionarla.

Las conclusiones de los dos párrafos precedentes se encuentran plenamente alineadas con las disposiciones de nuestro Código Tributario. Así el artículo 17 del Código Tributario define al contribuyente como “la persona respecto de la cual se verifica el hecho generador de la obligación tributaria”. Por su parte, el art. 19 cuando define al responsable, no condiciona su calidad a la verificación del hecho generador de la obligación tributaria, sino que lo distingue como “la persona que, sin asumir la calidad de contribuyente debe, por disposición expresa de la ley, cumplir con las obligaciones de pago y los deberes formales que corresponden a aquel...”. Tal como se podrá apreciar, teniendo en cuenta que la definición de responsable se efectúa por oposición a la de contribuyente, fácilmente se concluye que, de la articulación de los citados artículos del Código Tributario, el responsable será aquel sujeto obligado al pago a cuyo respecto no se verifica el hecho generador del tributo.<sup>19</sup>

## 2.2. ¿La obligación del responsable es “obligación tributaria”?

Las conclusiones arribadas en el punto anterior llevan necesariamente a indicar que la “obligación tributaria” en sentido estricto recae exclusivamente en el contribuyente. En efecto, como venimos de decir, ello responde a la correspondencia perfecta entre los artículos 14 inciso 1, 17 y 24 del Código Tributario.

El primero centra la definición de “obligación tributaria” exclusivamente en torno a la circunstancia que determina su nacimiento, cual es la verificación del hecho generador o “presupuesto de hecho”. Por su parte, el artículo 24 define al hecho generador como “el presupuesto establecido por la ley para configurar el tributo y cuyo acaecimiento origina la existencia de la obligación”. Finalmente el artículo 17, define al contribuyente mediante la necesaria y exclusiva articulación de las dos normas anteriores, como “la persona respecto de la cual se verifica el hecho generador de la obligación tributaria”.

18 ARCIA, Sebastián: “Responsabilidad tributaria de los adquirentes de casas de comercio y empresas en general”, Revista Tributaria, IUET, Tomo XXXVII, N° 214, pág. 58 y HESSDÖRFER, Andrés: “Particularidades de la aplicación del régimen de responsabilidad tributaria de representantes a directores de sociedades comerciales”, en Revista de Derecho, Universidad de Montevideo, Año IX, 2010, N° 17, pág. 41.

19 Conforme, BLANCO, Andrés, “Agentes de retención...” cit., pág. 8.

Por el contrario, si tal como vimos el responsable es definido por el artículo 19 del Código en contraposición al contribuyente, ello deriva necesariamente en que su obligación no podría generarse, al menos, exclusivamente por verificación del hecho generador ya que de lo contrario sería un contribuyente.<sup>20</sup>

No obstante, deseamos remarcar que lo anterior no supone desconocer la que la obligación del responsable pertenezca al Derecho Tributario Material en tanto el responsable comporta un obligado directo de un deber de pago a favor del Fisco.

Si bien refiriéndose puntualmente a los agentes de retención y de percepción pero perfectamente trasladable al resto de los responsables, con su habitual claridad, BLANCO afirma: “en la medida que la retención o percepción se desliguen de la ocurrencia del hecho generador, el deber de pago del agente no puede identificarse con la obligación tributaria propiamente dicha, en tanto relación personal surgida como consecuencia de la verificación del hecho generador del tributo”.<sup>21</sup>

Recientemente DELGADO formuló críticas al razonamiento anterior basándose en que el inciso primero del artículo 14 del Código Tributario no hace referencia a “contribuyente” sino a “sujetos pasivos” al tiempo que tampoco invoca al “hecho generador” sino al “presupuesto de hecho”. Así afirma que “*Si uno lee este inciso, despojado de cualquier desarrollo dogmático, parece claro que un responsable es un sujeto pasivo y el origen de su responsabilidad (como por otra parte lo ha reconocido la dogmática) es un presupuesto de hecho*”.<sup>22</sup>

En primer lugar debemos reconocer que el tenor literal de la referida norma no es del todo feliz y que efectivamente hace referencia a “sujetos pasivos” y no a “contribuyentes”. No obstante, debe también reconocerse que, si nos avocamos a una interpretación del Código Tributario basada únicamente en el método o elemento gramatical, nos podríamos encontrar con varias “sorpresas” que a todas luces no serían admisibles. La primera provendría del mismo inciso primero del artículo 14 cuando refiere a los sujetos activos de la obligación tributaria incluyendo al “Estado u otros entes públicos”, lo cual se ratificaría en el artículo 15 (“Es sujeto activo de la relación jurídica tributaria el ente público acreedor del tributo). Si nos ciñéramos al tenor literal de estas disposiciones deberíamos concluir que una persona pública no estatal podría ser sujeto activo tributario, lo cual unánimemente se reconocería como erróneo. También podría sostenerse, a la luz de los textos de los artículos 71 y 75 del Código Tributario, que las consultas vinculantes o las acciones de repetición de pago deberían ser formuladas exclusivamente ante los organismos u oficinas “recaudadoras” y no ante los sujetos activos. Lo anterior demuestra que el Código registra insuficiencias de redacción pero pacíficamente se han interpretado en un sentido diferente al de su mero texto.

Sin perjuicio de lo anterior, a pesar de la referencia genérica a “sujetos pasivos” indicada en la citada norma, en nada afecta nuestras conclusiones en la medida que, seguidamente se establece como exclusiva condición, que la obligación nazca “*en cuanto ocurre el presupuesto de hecho previsto en la ley*”.

Como vimos en párrafos anteriores, la referencia a la que alude el Código Tributario no es a cualquier hipótesis o presupuesto que habilite una consecuencia jurídica determinada, sino a aquella exclusivamente relacionada con el tributo. De una lectura general del Código se puede advertir que los términos “presupuesto de hecho” y “hecho generador” han sido utilizados en forma indiferente. Así por ejemplo, los artículos 11, 12 y 13 definen las especies tributarias en función de su “*presupuesto de hecho*”. Por otra parte, como vimos, el artículo 24 del Código define al “*hecho generador*” como el “*presupuesto establecido por la ley para configurar el tributo y cuyo acaecimiento origina la obligación*”.

Finalmente, y si alguna duda quedara respecto a la identidad conceptual entre “presupuesto de hecho” y “hecho generador” que registra nuestro Código Tributario, nótese que el multicitado artículo 17 define al contribuyente como la “*persona respecto de la cual se verifica el hecho generador de la obligación tributaria*”. Una vez más insistimos en que el artículo 19 del Código al definir responsable en contrapo-

20 ARCIA, Sebastián, ob. cit., pág. 58.

21 BLANCO, Andrés, ob. cit., págs. 14 y 15.

22 DELGADO, Serrana: “Algunas cuestiones problemáticas del aspecto temporal y subjetivo de la responsabilidad del artículo 22 del Código Tributario” en “Impuestos & Fiscalidad”, Tomo VII, CADE, Montevideo, julio 2015, pág. 5.

sición a contribuyente y dada la definición de contribuyente del artículo 17, necesariamente debemos concluir que el “*hecho generador de la obligación tributaria*” solo podría coincidir con el “*presupuesto de hecho*” referido en artículo 14 cuando justamente define “*obligación tributaria*”.

### ¿La normativa actual prevé la posibilidad de imputar responsabilidad tributaria relacionada con obligaciones de un responsable tributario?

En primer lugar, debemos indicar que no advertimos inconvenientes teóricos para la designación de deudores tributarios cuyas obligaciones pecuniarias se relacionen (en los niveles de accesoriadad y dependencia antes vistos) con las obligaciones de otros deudores tributarios (“responsables”) que a su vez se relacionen (también en forma accesoria y/o dependiente) con obligaciones de contribuyentes.

Obviamente que tal eventual designación debería ser dispuesta por la ley, la cual, al igual que en el caso de los “responsables” respecto de los contribuyentes, debería considerar dentro del supuesto normativo habilitante para dicha responsabilidad un especial grado de vinculación entre ambos deudores (en este caso entre el responsable y el “responsable del responsable”).

Resta analizar si nuestra actual normativa prevé este tipo de obligados tributarios.

Repasando el Código Tributario, podemos advertir que la disposición que podría generar (y de hecho ha generado) dudas respecto de este tema sería su artículo 21, el cual designa como responsables tributarios a los representantes legales o voluntarios respecto de las “*obligaciones tributarias de sus representados*”.<sup>23</sup>

Por los argumentos antes indicados, DELGADO sostiene que en la medida que dicha norma se limita a imputar responsabilidad a los representantes por las obligaciones tributarias de “*sus representados*” sin asignarle ninguna condición subjetiva especial, y en su entendido que “*obligación tributaria*” abarca a la del responsable tal como se vio anteriormente, en consecuencia dicha responsabilidad podrá recaer tanto respecto del representante del contribuyente como del representante del responsable. Por tal razón concluye que el representante de un adquirente de una casa de comercio sería responsable tributario, debido a la articulación de los artículos 22 y 21 del CT. Por el artículo 22 sería responsable el adquirente respecto del contribuyente enajenante, mientras que el representante del adquirente podría ser responsable vía artículo 21 (si es que se dan las restantes condiciones previstas en dicha norma) por las “*obligaciones tributarias*” contraídas por aquél como consecuencia del artículo 22.<sup>24</sup> Esta línea de razonamiento es perfectamente extensible a cualquier otro tipo de representante de un responsable tributario.

Conforme la postura asumida en el presente trabajo, dos razones nos conducen a discrepar con tales conclusiones.

En primer lugar por lo ya largamente fundamentado respecto a que la referencia a “*obligaciones tributarias*” que hace el artículo 21 solamente se compadece con aquellas obligaciones correspondientes al contribuyente. Como afirma BERRO: “*El art. 21 instituye, como responsable del tributo, al representante de un contribuyente*”.<sup>25</sup>

En segundo lugar, y aún cuando se admitiera por un instante el concepto “amplio” de obligación tributaria en el entendido que la misma comprende a la de cualquier sujeto pasivo, notemos que la definición de responsable que brinda nuestro Código la vincula exclusivamente con el contribuyente. Vale así transcribir nuevamente el artículo 19 en la parte que nos ocupa: “*Es responsable la persona que sin asumir la calidad de contribuyente debe, por disposición expresa de la ley, cumplir con las obligaciones de pago y los deberes formales que corresponden a aquel...*”

23 Sin perjuicio de que esta norma establece otras condiciones adicionales que sirven de supuestos de esta responsabilidad (las que serán tratadas en el Capítulo 3 de este trabajo), para lo que a esta parte del trabajo interesa, solamente hemos reparado en la referencia indicada.

24 DELGADO, Serrana, ob. cit., pág. 5.

25 BERRO, Federico, “Responsables Tributarios”, ed. Amalio Fernández, Montevideo, 1990, pág. 60.

Por lo tanto, y con total independencia de la postura que se adopte respecto del alcance del término “obligación tributaria”, el artículo 19 del Código Tributario es extremadamente claro en indicar que la figura del “responsable” está vinculada exclusivamente a la de un “contribuyente” y no a la de otro “responsable”.

En consecuencia, entendemos que el artículo 21 del Código no puede interpretarse adecuadamente sin armonizarlo con el artículo 19, para concluir que, más allá que aquél haga referencia a “representados”, éstos indefectiblemente deberán ser contribuyentes ya que éste es el único supuesto sobre el cual se estructura la definición de responsable tributario en nuestro Derecho.

Las conclusiones precedentes fueron compartidas por la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En primer lugar vale citar a la Sentencia N° 215 del 16 de marzo de 1992, motivada en una acción de nulidad promovida por los representantes de un responsable (en tal caso, se trató de representantes de una sociedad sucesora de casa de comercio pretendidamente responsable en función del artículo 22 del C.T.). En tal fallo el TCA rechazó la imputación de responsabilidad de dichos representantes dispuesta por la DGI mediante el juego del artículo 22 y el 21 del Código Tributario, afirmando: “*El límite subjetivo [de la responsabilidad] está dado por la expresión ‘adquirentes de casa de comercio y demás sucesores en el activo y pasivo de la empresa en general, que excluye en el caso a los directores supuestamente coobligados de una responsabilidad que recaería exclusivamente sobre la persona jurídica única adquirente del negocio en cuestión’.*”<sup>26</sup>

Si bien la sentencia no brinda mayor desarrollo teórico, lo cierto es que desconsideró cualquier tipo de responsabilidad respecto de estos representantes, descartando implícitamente la aplicación del artículo 21.

Más contundente e ingresando expresa y detenidamente en el tema que nos convoca, resulta la Sentencia N° 410/014. La misma se vincula a una resolución dictada por el Banco de Previsión Social que determinó adeudos por concepto de contribuciones especiales de seguridad social a una sociedad de hecho cuyos socios eran dos sociedades anónimas. En la misma resolución se declaró responsable solidario al amparo del artículo 21 del Código a uno de los representantes de una de las sociedades socias.

Seguidamente transcribimos aquellos fragmentos del referido fallo que resultan de mayor interés para el presente trabajo: Considerando II: “*Esa sociedad de hecho fue la que verificó los hechos generadores de las obligaciones tributarias por las que se responsabilizó al actor, al amparo del art. 21 del CT. En otras palabras, la contribuyente en cabeza de quien se generaron los adeudos tributarios fue la sociedad de hecho (arts. 17 y 24 del CT)” (...)* “*Como de los registros del BPS, surgía que el actor, “XX”, figuraba como representante de una de las sociedades integrantes de la sociedad de hecho (no de la sociedad de hecho), se concluyó que correspondía responsabilizarlo solidariamente por no haber procedido con la debida diligencia en el ejercicio de sus funciones”.* Considerando III: “*varias razones determinan que la demanda deba ser amparada. En primer lugar, porque la prueba de cargo reunida sobre la actuación del actor como representante de la sociedad de hecho, contribuyente deudora de los adeudos por los que se lo responsabilizó, es totalmente inexistente”.* Considerando IV: “*Sobre la existencia de los supuestos para responsabilizar al actor al amparo de lo previsto en el art. 21 del CT. un primer aspecto fundamental a tener en cuenta es que la sociedad contribuyente que verificó los hechos generadores de las obligaciones tributarias por las que se responsabilizó al actor, fue la sociedad de hecho, conformada por ... S.A. y ... S.A. Estas sociedades, son las socias de la sociedad de hecho, pero la contribuyente es la sociedad de hecho (una entidad distinta a las sociedades que son sus socias, con una personería jurídica distinta) (...)* “*Por lo tanto, lo central es examinar si el actor tenía la condición de representante de esa sociedad de hecho y si tenía injerencia en materia tributaria en esa entidad”.* (...) Considerando IV.II: “*Sentadas estas premisas, corresponde examinar la situación del actor en la sociedad de hecho, que fue la que verificó los hechos generadores de las obligaciones por las que se responsabilizó al actor. Esto es bien importante por lo siguiente. Si bien por las disposiciones de la Ley de Sociedades Comerciales N° 16.060, en este tipo de sociedades, cualquiera de los socios tiene la representación de la sociedad, no es menos cierto que ello no es definitivo en materia fiscal. En este caso, se reitera, los socios de la sociedad de hecho son las sociedades ... S.A. y ... S.A. Por otra parte, en esta materia, es preceptivo acreditar que existió efectiva representación de la contribuyente y que el representante haya tenido efectivamente facultades*

26 Publicada en Revista Tributaria, Tomo XIX, N°109, IUET, julio-agosto 1992, pág. 295.

de injerencia en materia fiscal. Corresponde, por tanto, examinar concretamente cuál era la situación del Sr. XX en la sociedad de hecho que generó las obligaciones tributarias por las que fue responsabilizado. Y este es el meollo del asunto. En especial, habrá que dilucidar dos cosas: a) si hay pruebas de su actuación como representante de la sociedad de hecho y; b) si hay prueba de que el actor haya tenido alguna injerencia en los aspectos tributarios de la sociedad de hecho.” (...) “En dicho dictamen se afirma (137 y vuelto infolios) que el actor tenía la condición de representante de una de las sociedades socias de la sociedad de hecho y que era el presidente de la otra. Pues bien, ese elemento, por sí solo, no demuestra nada de lo que el BPS tenía la carga de demostrar. No demuestra el punto clave que era otro bien distinto: quien era representante de la sociedad de hecho y tenía injerencia en materia tributaria. El BPS debía probar que el actor actuó como representante de la sociedad de hecho y que en ésta tenía poder de decisión en los aspectos tributarios”. (...) “Resulta totalmente irrelevante que el actor fuera representante de una de las sociedades socias, de la contribuyente. Su condición de representante en esa sociedad, **será relevante para los adeudos tributarios que deba enfrentar esa sociedad, pero no la sociedad de hecho en la que, la sociedad participa**” (...) “Comparecer en representación de una sociedad a constituir e inscribir otra, NO es un acto de injerencia en materia fiscal en la naciente sociedad (entre otras cosas, porque la sociedad constituida aún no había comenzado a actuar). Si luego de constituida la sociedad de hecho, uno de los socios o representantes de una de las sociedades fundadoras, toma la dirección, ejerce la representación y tiene injerencia en materia tributaria, ahí sí, desde luego, podrá ser responsabilizado conforme al art. 21 del CT.” (...) “Digámoslo por última vez. Era la actuación de representante de esa sociedad de hecho, lo que el BPS debió demostrar y no lo hizo. Y menos aún demostró su injerencia en aspectos tributarios de esa sociedad”. (...) “Ampárase la demanda y, en su mérito, anúlase el acto impugnado”.

Fiel a la alta calidad argumental que demostraron tener los fallos dictados por el TCA en los últimos años en materia tributaria, esta Sentencia es clara en reconocer como único eventual ámbito de aplicación del artículo 21 del Código Tributario respecto del actor, aquel vinculado con las obligaciones de la sociedad anónima por él representada y que la involucren exclusivamente como contribuyente. Así, desconsideró por irrelevante a su respecto la existencia o no de obligaciones tributarias de la sociedad de hecho que integraba su representada (sociedad anónima) y de la cual ésta última era solidariamente responsable por cualquier adeudo de la sociedad de hecho, de conformidad con lo establecido por el artículo 38 de la Ley N° 16.060.

### 3. ¿“NUEVO ESTÁNDAR” DE CONDUCTA EN LA RESPONSABILIDAD DE LOS REPRESENTANTES? ALCANCE DE LA DEBIDA DILIGENCIA, A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA N° 344/014 DEL TCA

#### 3.1 Cuestiones previas

A diferencia de otras hipótesis de sujeción pasiva en calidad de responsables reguladas en nuestro ordenamiento jurídico, la de los representantes de los contribuyentes tiene como piedra angular la rectitud de su obrar.

Así se desprende con claridad del tenor literal del artículo 21 del Código Tributario cuando identifica como responsables a aquellos representantes legales y voluntarios “que no procedan con la debida diligencia en sus funciones”. Por su lado, el peso del factor subjetivo queda nuevamente en evidencia en la propia norma citada cuando limita cuantitativamente la responsabilidad del representante en caso de culpa y dispone su carácter ilimitado en caso de dolo.

En función de ello y tal como se desarrollará a continuación, el Código Tributario exige dos condiciones desde el punto de vista subjetivo para la aplicación del artículo 21: que el sujeto pasivo sea representante legal o voluntario del contribuyente y que haya desempeñado sus funciones sin la debida diligencia.

#### 3.1.1 La calidad de representante

El artículo 21 del Código Tributario no ofrece dudas en cuanto a que alcanza exclusivamente a los representantes y no a otros sujetos que, aun ocupando posiciones de administración, gestión o dirección

del contribuyente, no están investidos de las facultades que caracterizan al instituto de la representación.

Podemos caracterizar la función de representación, en palabras de GAMARRA, por la eficacia directa que el obrar del representante tiene sobre el patrimonio del representado<sup>27</sup>. Representante es aquel que se encuentra facultado a actuar en nombre ajeno y a producir efectos en la esfera jurídica de su representado, tal como si hubiera sido éste último quien hubiera realizado los negocios o actos.

En virtud de ello, los únicos sujetos que pueden ser responsabilizados al amparo del artículo 21 del Código Tributario son aquellos que cuenten con efectivas facultades de representación del contribuyente en los términos reseñados.

Este planteo no resulta antojadizo. Nótese que, en adición al claro texto del artículo 21, cuando el Código reguló la responsabilidad por infracciones de las entidades en su artículo 104, dispuso que sin perjuicio de las sanciones que correspondan a éstas, “sus representantes, directores, gerentes, administradores o mandatarios” serán sancionados por su participación personal en la comisión de la infracción. Es decir que el cuerpo normativo parece distinguir con claridad al representante de otros sujetos que pueden ocupar cargos de decisión vinculados al contribuyente. Ello no quiere decir que en un mismo sujeto no puedan confluir ambas condiciones (a modo de ejemplo, un administrador con representación), sino que lo que pretendemos graficar es que la función de “representante” debe ser determinada con claridad a los efectos de imputar responsabilidad solidaria por tributos, no bastando con que el sujeto meramente ocupe determinados cargos a través de los cuales el contribuyente forma su voluntad o adopta sus decisiones.

Ahora bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (“TCA”) coinciden en que no solo se debe revestir la calidad de representante, sino que a su vez dicha representación debe encontrarse vinculada al ámbito tributario y financiero del contribuyente<sup>28</sup>.

En este sentido, BERRO ha indicado que la debida diligencia debe ser analizada en atención a las funciones que cumple el representante, tal como surge del propio texto de la norma bajo estudio. Explica el citado autor que “la referencia a ‘funciones’ nos está indicando por sí sola que no se trata de una responsabilidad relacionada simplemente con un cargo cualquiera de representante (con la mera figura de tal) sino que se encuentra forzosamente vinculada a ciertos hechos, a ‘funciones’, y que éstas deben tener trascendencia en la gestión tributaria del representado.”<sup>29</sup>

En línea con lo anterior, VALDÉS COSTA cita una de las conclusiones a las que se arribó en las VIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario celebradas en Lima en el año 1977, la cual se comparte íntegramente. Dicha conclusión indica que la responsabilidad debe regularse “en condiciones de razonabilidad que contemplen las distintas hipótesis de hecho que ofrece la realidad contemporánea. A tal efecto la ley debería considerar las distintas formas jurídicas de vinculación y de actuación, distinguiendo entre propietarios, representantes, directores, gerentes y otros administradores y considerando la efectiva participación de esos terceros en la adopción o el cumplimiento de las decisiones de la empresa y el provecho que aquellos puedan haber obtenido a expensas del fisco.”<sup>30</sup>

Como ejemplo para graficar esta postura que se compartimos, podemos recurrir al caso del abogado al que se le confiere un poder general para pleitos. Sin dudas que el profesional será representante del poderdante, en la medida que podrá actuar en su nombre y obligarlo, pero dicha representación, sin injerencia ninguna en el ámbito tributario, jamás podría hacerlo merecedor de responsabilidad en el ámbito del artículo 21 del Código Tributario si su representado incumpliera con sus obligaciones

27 GAMARRA, Jorge, “Tratado de Derecho Civil Uruguayo”, Tomo I, 4ª edición, FCU, Montevideo, 2005, pág. 16. El citado autor entiende que el fundamento se refleja en el artículo 1254 del Código Civil Uruguayo, que dispone: “El contrato que hiciere una persona a nombre de otra estando facultado por ella o por la ley, producirá respecto del representado, iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”.

28 VALDÉS COSTA, Ramón: “Curso...” ob. cit., pág. 336; y BERRO, Federico: “Responsables ...” ob. cit., pág. 39. A nivel de jurisprudencia del TCA, es posible citar a modo de ejemplo, las siguientes en la que dicho criterio es explicitado: 1102/991, 399/998, 215/012, 565/012, 575/013 63/014, 410/014, 422/014 y 147/015.

29 BERRO, Federico: “Responsables ...” ob. cit., pág. 39.

30 VALDÉS COSTA, Ramón: “Curso...” ob. cit., pág. 336

tributarias. Dicho esto, no puede dejar de mencionarse que la casuística es muy rica y que es usual encontrarse frente a casos en los que las dudas son mucho mayores a las certezas.

### 3.1.2 Actuación sin la debida diligencia

Como adelantáramos, la responsabilidad del artículo 21 del Código Tributario se articula en torno a dos ejes: la calidad de representante (con el especial alcance ya indicado) y su actuación en forma negligente. Solamente acreditados estos dos extremos un representante puede ser responsabilizado al amparo de la norma citada.

Definir un estándar de diligencia único y objetivo para los representantes resulta tarea engorrosa, en la medida que el amplio giro de la norma permite alcanzar a una multiplicidad de sujetos en situaciones notoriamente diversas entre sí, con relación a las implicancias que tienen sus respectivas funciones como representantes.

Entendemos que, tratándose de una norma que indefectiblemente debe ponderar la conducta del imputado, el aplicador (sea la Administración, sea el TCA) no puede obviar que bajo el paraguas de la “representación” pueden quedar comprendidos sujetos en posiciones de absoluta divergencia y respecto de los cuales no puede (y no debe) manejarse un mismo estándar.

Prueba de la dificultad de definir un único umbral de diligencia puede encontrarse en cómo el derecho privado ha establecido a nivel legal diversos criterios en atención a los roles asumidos por el sujeto. Así, mientras que el estándar general y básico de diligencia es el del “*buen padre de familia*”<sup>31</sup>, la Ley N° 16.060 impone un estándar superior a los administradores sociales, que define como el de un “*buen hombre de negocios*”<sup>32</sup>.

A nivel tributario, consideramos que el criterio a seguir en la práctica debe ser el mismo: tratar en forma diferencial situaciones que así lo merezcan. Recurriendo nuevamente a la ejemplificación para aclarar el punto, podemos indicar que el curador de un incapaz, representante según las normas del Código Civil, no debería ser evaluado por la Administración (y eventualmente por el TCA) con las mismas pautas de diligencia que el presidente de una sociedad anónima con actividad comercial. Este parece haber sido el criterio sostenido recientemente por DGI, cuando indicó para el caso de un director de una sociedad anónima, que el estándar del artículo 21 era asimilable al del buen hombre de negocios.<sup>33</sup>

Dicho esto, también debe señalarse que la debida diligencia “*en sus funciones*”, como preceptúa el artículo 21 del Código Tributario, debe razonablemente ser entendida en atención a sus atribuciones vinculadas con el cumplimiento de obligaciones tributarias de su representado, en la faz de la administración del patrimonio ajeno, más que en la de representación. Evaluar la diligencia en la actuación como representante no parece acorde al fin pretendido por el artículo 21 del Código Tributario, en la medida que se trata de una mera externalización de voluntad. Por el contrario, entendemos que es de toda lógica (y así parece haber sido entendido por todos los operadores del Derecho Tributario) que la ponderación de la conducta se realice atendiendo a su prudencia como administrador (sin perjuicio, desde luego, de exigirse la calidad de representante como requisito indispensable para la aplicación del artículo 21). A nivel de texto, también puede inferirse esta conclusión con relación al límite cuantitativo de la responsabilidad, cuando la acota para casos de mera culpa al valor de los bienes del contribuyente “*que administre*”. Lo anterior, una vez más, siempre siendo analizado en función de lo primeramente dicho: que las atribuciones del representante que importan al artículo 21 del Código Tributario son aquellas vinculadas al ámbito fiscal.

Así por ejemplo, un representante diligente en sus funciones de índole comercial, que genere nuevos negocios, incremente los ingresos del contribuyente, y sea en general un correctísimo gestor de patrimonios ajenos, no podría excusarse de responsabilidad frente al Fisco si llevara una gestión tributaria desordenada que implicara el incumplimiento de deberes básicos en la órbita fiscal tales como la

31 Así lo disponen diversas normas del Código Civil.

32 Establecido en el artículo 83 de la Ley N° 16.060.

33 Vé. Sentencia del TCA N° 147/015.

presentación de declaraciones juradas o el pago de los tributos.

Dicho lo anterior, cabe preguntarse qué sucede en los casos en que el representante confía la gestión de los asuntos tributarios del contribuyente a un tercero idóneo, delegando en este último todos los aspectos vinculados al cumplimiento de deberes formales y sustanciales frente a los organismos recaudadores, a la luz de la jurisprudencia reciente del TCA.

### 3.2 Breve reseña de la Sentencia N° 344/014 del TCA

En el presente capítulo expondremos en forma somera los principales hechos que surgen relatados en la Sentencia N° 344/014 del TCA (en adelante, la “Sentencia”)<sup>34</sup> y que contribuyen para analizar el caso de la responsabilidad del representante que ha delegado parte de sus atribuciones, vinculadas al cumplimiento de obligaciones tributarias del contribuyente, a un tercero.

La Sentencia versa sobre la situación de un representante imputado de responsabilidad tributaria e infraccional, derivadas de una fiscalización que realizó la Dirección General Impositiva a una sociedad anónima en la cual el representante ocupaba el cargo de Presidente y único miembro del Directorio.

El argumento principal del actor para cuestionar la imputación de responsabilidad radicaba en que la gestión administrativa fue llevada adelante por una contadora pública contratada por la sociedad a pedido de los inversionistas (accionistas) y que él no tenía injerencia personal en tales cuestiones que fueron las que, al cabo, ameritaron la reliquidación de tributos y la imputación de sanciones.

La Dirección General Impositiva, por su lado, entendió que accionante, en su calidad de único integrante del directorio de la sociedad contribuyente, “no sólo tenía amplias facultades de administración y representación de la sociedad, sino que además surge que en los hechos ejerció las referidas facultades”.

Adicionalmente, cuestionaron la postura del representante en relación a la contratación de la contadora pública antes mencionada, en el entendido que en todo caso existiría culpa “*in vigilando*” o “*in eligendo*”, puesto que no habría realizado los controles debidos que hubieran prevenido la omisión de la sociedad contribuyente en la presentación de declaraciones juradas y el pago de impuestos. Por su parte, cabe apuntar que la Administración consideró que se trataba de un caso de mera culpa, por lo que responsabilizó al representante en forma limitada, por hasta el valor de los bienes administrados, tal como preceptúa el artículo 21 del Código Tributario, al margen de la imputación de sendas sanciones por mora y contravención.

El TCA, por su lado, y en lo que al presente trabajo interesa, arribó en primer lugar a la conclusión de que nos encontrábamos en el presente caso a un representante en los términos del artículo 21 del Código Tributario. Esta persona, según surgía de las actuaciones, tenía amplias facultades de representación, era la única persona con autoridad para actuar en nombre de la sociedad contribuyente y había ejercido efectivamente actos en nombre de la sociedad, entendiendo el TCA también que a su cargo le incumbían las cuestiones tributarias de la empresa.

Por otro lado, luego de despejada la anterior variable, hizo un doble análisis de la conducta del representante. En primer lugar, ponderó la relevancia de lo surgido a nivel de prueba testimonial, en relación a que el director habría firmado la documentación sin cuestionar lo que se le presentaba. Sobre dicha cuestión, el TCA fue tajante al afirmar que “*ello no resulta en modo alguno exculpatorio*”. En segundo lugar, adhirió a la posición del Fisco en relación a la irrelevancia en este caso, a los efectos del artículo 21 del Código Tributario, de la delegación de responsabilidad en la contadora de la empresa, entendiendo al igual que la Administración que se estaría frente a un caso de culpa “*in vigilando*” o “*in eligendo*”.

### 3.3 Algunas valoraciones a la luz del caso analizado

La Sentencia aborda una muy interesante cuestión del elemento subjetivo de la responsabilidad

<sup>34</sup> Vale indicar que los conceptos de responsabilidad “*in vigilando*” e “*in eligendo*” también fueron invocados por DGI en los casos que culminaron con las Sentencias del TCA N° 555/014 y 512/014, pero para el ámbito infraccional y dicha postura no fue recogida por el Tribunal.

del artículo 21 del Código Tributario, que no había sido tratada con anterioridad, al menos en forma explícita y determinante como en este caso.

Los conceptos de culpa “*in vigilando*” o “*in eligendo*” nos conducen a las enseñanzas en materia de Derecho Privado cuando se estudia la responsabilidad por hecho ajeno y, en particular, la del hecho del dependiente<sup>35</sup>.

Enseña GAMARRA que dicha hipótesis de responsabilidad se basa en la culpa “*in vigilando*” o “*in eligendo*”, precisamente la misma terminología recogida en la Sentencia. El citado autor explica que la justificación de la hipótesis de responsabilidad por culpa de dicha naturaleza radica en la negligencia del empleador por elegir un dependiente incompetente o descuidado, o por no haberlo vigilado en forma adecuada y que ello haya sido el motivo de generación del daño<sup>36</sup>. Como se aprecia, los conceptos son totalmente trasladables al caso bajo análisis en el presente trabajo, sin perjuicio de las evidentes diferencias en la regulación y consecuencias del artículo 1324 del Código Civil (que responsabiliza al empleador por el hecho de su dependiente, justificándolo en los conceptos indicados) y del artículo 21 del Código Tributario (que responsabiliza no a la empresa o contribuyente sino al representante).

A continuación planteamos algunas conclusiones que extraemos a la luz de las distintas argumentaciones y del contenido del fallo, con relevancia a los efectos de delimitar.

### **3.3.1 El representante no se libera de responsabilidad por el mero hecho de contratar a un profesional a quien le encomiende los asuntos tributarios de su gestión**

A la primera conclusión que podemos arribar a la luz de la Sentencia es que un representante no puede liberarse de responsabilidad a la luz del artículo 21 del Código Tributario por el mero hecho de haber confiado la gestión de los asuntos tributarios de la empresa a un profesional en la materia. La situación luce aún más clara en un caso como el de la Sentencia, en la medida que se pudo comprobar que el director no solamente era representante del contribuyente según sus disposiciones estatutarias, sino que era la única persona investida de representación y que efectivamente había ejercido actos y celebrado negocios en su condición de tal. Parece razonable sostener que el presidente y único miembro del directorio de una sociedad anónima con actividad comercial no puede permanecer absolutamente ajeno al cumplimiento de las obligaciones tributarias de su representada, ni dispensarse de responsabilidad tributaria por el mero hecho de contratar en un tercero la administración de dichos asuntos. Lo anterior, sin perjuicio que pudiera acreditar, principio de realidad mediante, que dicho tercero era en sustancia un representante de facto, alcanzado por el artículo 21, y que tenía a su cargo exclusivo los aspectos vinculados al cumplimiento de las obligaciones tributarias formales y materiales del contribuyente.

Como expresa ALBACETE, en posición que compartimos, si un representante que, dentro de las responsabilidades del contribuyente a su cargo, se encuentran las tributarias, “*debiendo hacer lo más (controlar o vigilar) hace lo menos (por ejemplo delega íntegramente en otra persona o no la controla razonablemente) puede considerar que actúa con culpa en el grado de negligencia.*”<sup>37</sup>

### **3.3.2 La contratación de un profesional puede ser un indicio de actuación diligente**

Aun pudiendo lucir a primera vista contradictorio con lo antes expresado y con el contenido de la Sentencia, consideramos que la contratación de profesionales para la prestación de servicios vinculados a la gestión y cumplimiento de las obligaciones tributarias materiales y de los deberes formales del contribuyente es una práctica saludable que puede ser indicativa de la prudencia del representante y, en consecuencia, exonerarlo de responsabilidad tributaria.

Como viéramos, la responsabilidad tributaria contenida en el artículo 21 puede comprender a un

35 Artículo 1324 del Código Civil.

36 Cfr. GAMARRA, Jorge: “Tratado de Derecho Civil Uruguayo”, Tomo XX, “Responsabilidad Civil Extracontractual”, Vol. 2, 1ª edición, 2ª reimpresión, FCU, Montevideo, 1993, pág. 131.

37 ALBACETE, Juan Manuel: “Responsables...” ob. cit., pág. 465.

elenco variopinto de sujetos que cumplen funciones decididamente diversas y para los cuales no es posible consensuar un grado mínimo de conocimiento, instrucción y diligencia.

No es posible exigir a los representantes (y menos aún, a todos los abarcados por el artículo 21 del Código Tributario) que sean expertos en la materia fiscal y que se encuentren en condiciones de conocer en forma acabada la vasta normativa tributaria, los criterios sostenidos por el Fisco en relación a su interpretación y todas las demás cuestiones que hacen a la aplicación del Derecho Tributario.

Por ello entendemos que no caben dudas que, a priori y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, la contratación de personal idóneo para encomendarle la gestión de los aspectos tributarios del contribuyente representado, puede ser apreciada como un acto diligente por parte del representante, aunque insuficiente por sí solo para sustraerse de la aplicación del artículo 21 del Código Tributario.

### **3.3.3 La negligencia del representante en la Sentencia se dio por su falta total de control a cuestiones de su incumbencia**

Resulta relevante ser precisos en cuanto a que, si bien como fuera expresado, la contratación de un profesional no exime por sí solo de responsabilidad al representante, ello no quiere decir que bajo determinadas circunstancias, que no se verificaron en el presente, pudiera haberse visto eximido.

Según surge de la Sentencia, en el lapso que el representante ocupó el cargo de único director de la sociedad contribuyente, esta última no solamente omitió pagos sino también la presentación de declaraciones juradas.

El TCA fue categórico al indicar que *“debe afirmarse la responsabilidad de quien, como la actora, era Presidente del Directorio de [...] S.A., en cuanto ella no podía ignorar los hechos ya señalados (no inclusión del único bien (inmueble) en las declaraciones juradas; no satisfacción de las obligaciones tributarias a cargo de la sociedad) y, ello, no obstante, no consta que adoptara actitud alguna tendiente a impedir la concreción o el mantenimiento de tal situación”*.

Entendemos que en el caso analizado, la responsabilidad imputada al representante se ocasionó por las omisiones en que incurrió, impropias de la prudencia mínima que exige su investidura.

Al tratarse de un régimen de responsabilidad subjetiva y siendo la carga de la prueba de la Administración, esta debe probar -como sucedió en el caso de la Sentencia- un actuar al menos culpable del representante. En tal sentido, su responsabilidad no se generó por el mero incumplimiento tributario, ni por haber delegado parte de su gestión; la responsabilidad en la Sentencia se configuró por un actuar negligente que se evidenció en la omisión de controlar mínimamente los aspectos fundamentales de la gestión tributaria de la empresa.

Tanto el TCA como la DGI entendieron que en el caso bajo análisis la negligencia del representante quedó evidenciada en la ausencia de controles mínimos que debió haber realizado un representante prudente al amparo del artículo 21 del Código Tributario.

### **3.3.4 Cuestiones a las que un representante no debería estar ajeno**

Como corolario de todo lo anterior, estimamos conveniente indicar algunas cuestiones respecto de las cuales el representante, a la luz del artículo 21 del Código Tributario, no debería mantenerse ajeno si pretende salvaguardar su responsabilidad frente a la determinación de adeudos tributarios a su representado.

Tal como expresáramos, si bien el representante a los efectos del artículo 21 debe ser un representante con injerencia en la materia tributaria, ello no puede ser interpretado como una obligación a convertirse en un idóneo en asuntos tributarios ni a tener que intervenir en forma directa en toda la gestión fiscal de su representado.

El representante, para evitar ser responsabilizado en forma solidaria por tributos con el contribuyente, debe mantener una actitud prudente y diligente en relación a sus funciones, entre las que se

encuentra la tributaria.

La contratación de personal idóneo para realizar tareas como la confección de la contabilidad, la preparación de declaraciones juradas y la asistencia en general frente al Fisco puede ser en muchos casos un indicio de diligencia en el obrar del representante. Sin embargo, como se aprecia de la Sentencia, no puede el representante pretender exonerarse de responsabilidad invocando como única causal la confianza depositada en el profesional contratado y menos aún desentenderse por completo del estado y nivel de cumplimiento ante la Administración Tributaria por parte de su representado.

El deber de diligencia que razonablemente puede exigirse a un representante no es la de un experto en materia tributaria, sino la de un prudente gestor de patrimonios ajenos. Así, parece acorde a la diligencia propia de “*sus funciones*” como refiere el artículo 21, que controle la presentación en tiempo y forma de las declaraciones juradas y sus eventuales reliquidaciones, las inscripciones y modificaciones en el Registro Único Tributario, incluyendo especialmente la denuncia de los giros del contribuyente cuando ello es relevante para la determinación del régimen tributario aplicable, que realice un seguimiento de los pagos de tributos y vigile su cumplimiento en fecha. Consideramos que no le cabría responsabilidad, siquiera a título de culpa, si ante dos posibles interpretaciones normativas optara por una que resultara luego cuestionada por el Fisco o que, ante una situación de compleja interpretación, hubiera confiado íntegramente la decisión a sus asesores, en la medida que no se acredite que su postura fue adoptada en forma temeraria.

Nótese en este punto, que varias veces sucede incluso que, la eventual diversidad de interpretaciones respecto de la aplicación de una norma tributaria surge luego que el contribuyente marcó su postura; o bien en oportunidad de una fiscalización concreta o bien por posteriores respuestas a consultas vinculantes, etc. En tales casos resulta claro que la diligencia o no del representante no pasa por determinar si éste analizó o hizo que un especialista analice todas las eventuales posibles interpretaciones que podría tener una determinada norma, para evaluar en tal caso aquella que genere menos contingencias a su representado. Adoptar el criterio más afín al “interés recaudatorio”, existiendo varias posturas válidas, no es demostración de un actuar diligente sino, por el contrario, de un actuar temeroso y contrario a los intereses del representado, que podría incluso exponer al representante a responsabilidad frente a su representado.

Tampoco podría ser de recibo considerar que, ante cualquier potencial diversidad de interpretaciones de una norma tributaria, la única manera que tendría el representante de neutralizar su responsabilidad pasara por formular una consulta vinculante. La consulta tal como está regulada en los artículos 71 a 74 del Código Tributario, tiene por virtud conocer la opinión del Fisco respecto de una determinada situación real y actual, cuya respuesta resulta vinculante exclusivamente para la Administración pero no para el contribuyente, quien no está obligado a ceñirse a las conclusiones de la respuesta y menos aún en caso que adelante opinión fundada contraria a la posición sostenida por el Fisco. Sostener lo contrario implicaría que, como único mecanismo para salvaguardar su responsabilidad, todo representante deba instar a su representado a formular consultas vinculantes para todo y cualquier asunto relacionado con el giro del contribuyente (aún aquellos que no le ofrecieran dudas) para luego someterse sin más a los criterios que el Fisco adopte en sus respuestas. En tal caso, el rol del Fisco vendría a sustituir al del asesor fiscal de los contribuyentes, lo cual a todas luces se muestra como un dislate.

En definitiva, consideramos que el representante habrá cumplido con su deber de actuación diligente, cuando controle el cumplimiento de la normativa tributaria (tanto la material como la formal que estuviera al servicio de aquella), tome recaudos ante casos complejos o que presenten ciertas particularidades (ya sea motivadas en la normativa aplicable como en las situaciones de hecho verificadas) y cuente con el asesoramiento de especialistas en base a cuyos consejos debidamente fundados actúe, aun cuando los mismos pudieran no ser compartidos por el Fisco.





## JURISPRUDENCIA COMENTADA

*FERNÁNDEZ, Isabel María*

La transacción y el principio de irrenunciabilidad



---

# LA TRANSACCIÓN Y EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD

ISABEL MARÍA FERNÁNDEZ<sup>1</sup>

Suprema Corte de Justicia  
Sentencia N° 315/2015  
Montevideo, 2 de diciembre de 2015

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “Duran Odera, Nelson y Otros c/ Instituto Nacional de Carnes - PROCESO LABORAL ORDINARIO - LEY NRO. 18.572 - CASACION”, IUE: 2-31149/2013, venidos a conocimiento de esta Corporación, por mérito al recurso de casación interpuesto por ambas partes contra la Sentencia Definitiva SEF-0014-000161/2015, dictada el 15 de mayo de 2015 en segunda instancia por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3er. Turno.

RESULTANDO:

1o.) Que por la referida decisión el órgano de segundo grado falló en mayoría confirmando la sentencia impugnada en todos sus términos sin particular condena procesal en la instancia, con la discordia de la Sra. Ministra Dra. Rita Patrón Betancor y del Sr. Ministro Dr. Cristóbal Nogueira Mello quienes entendieron que debió acogerse la excepción de transacción; el Sr. Ministro Dr. Julio Posada Xavier parcialmente por la no inclusión del aguinaldo y sueldo anual complementario voluntario en la liquidación de licencia, y la Sra. Ministra Dra. Lina Fernández Lembo parcialmente por entender que debió aplicarse la multa desde la exigibilidad de los créditos (fs. 3671 a 3692).

Por su parte, el pronunciamiento de primer grado, emanado del Juzgado Letrado del Trabajo de la Capital de 12do. Turno, por Sentencia Definitiva No. 1/2014 de fecha 3 de febrero de 2014 falló rechazando las excepciones de transacción y de prescripción interpuestas. Y acogiendo parcialmente la demanda y en su mérito, condenando al demandado a pagar a los actores diferencias salariales en la liquidación de los rubros: prima por antigüedad, licencia, salario vacacional, partida anual de agosto, aguinaldo y aguinaldo complementario voluntario, actualización, interés, multa, 10% por daños y perjuicios preceptivos, según lo expresado en los considerandos respectivos, rechazándola en lo demás (fs. 3591/3609).

2o.) A fs. 3696/3706 compareció la parte demandada e interpuso recurso de casación.

Luego de postular la admisibilidad formal del medio impugnativo, identificó como disposiciones infringidas los artículos 1.247, 1.288, 1.291 y 2.147 del Código Civil y el artículo 140 del C.G.P.

Se agravió por la desestimación de la excepción de transacción y sostuvo, en lo medular, los siguientes argumentos:

- La Sala no efectuó una correcta subsunción de los hechos que tuvo por probados al concluir que no se celebró una transacción entre las partes.

- Debe tenerse presente el régimen de renuncia incentivada al que se acogió la parte actora. Se trata de un régimen creado por INAC, por Resolución No. 09/182 del 31 de diciembre de 2009, que incentiva el retiro de ciertos funcionarios con un beneficio consistente en el pago de una mensualidad nominal por cada año de antigüedad con un máximo de 26 mensualidades.

Ese régimen supone que se cumplan los siguientes requisitos: a) ser funcionario con causal jubilatoria y con, al menos, 18 años de antigüedad en el INAC; b) iniciativa del funcionario; c) aceptación de la iniciativa por parte de la Presidencia del INAC; d) renuncia del trabajador a cualquier reclamo contra el empleador por créditos laborales, renuncia que se formaliza con la ratificación bajo acta ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previo el debido asesoramiento de los funcionarios de dicha Cartera.

Debió considerarse que el beneficio fue modificado para que fuera más atractivo para los trabajadores, de-

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de la República. Mayo 2007. Cursando Postgrado en Derecho del Trabajo Aplicado, Centro de Postgrados, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo. Mayo 2016.

bido a las presiones que éstos ejercieron. Originalmente consistía en el pago de un importe equivalente a 26 mensualidades nominales, entendiéndose por “mensualidad nominal” el sueldo nominal y la prestación por alimentación. Posteriormente, por Resolución No. 10/091 del 12 de agosto de 2010, se incluyeron, en el concepto de “mensualidad nominal”, la prima por antigüedad y dos “partidas anuales de agosto”. Luego, por Resolución No. 11/038 del 5 de abril de 2011, se incluyeron en dicho concepto las compensaciones por tareas inspectivas. Finalmente, el 21 de diciembre de 2011, por Resolución No. 11/178, también se incluyeron en él las compensaciones fijas, cualquiera sea su naturaleza.

Con la inclusión de dos “partidas anuales de agosto”, el beneficio alcanzó un máximo equivalente a 28 mensualidades nominales.

- La regulación del “régimen de renuncia incentivada” se modificó siempre mejorando el beneficio que reporta a los trabajadores, de lo cual se concluye fácilmente que los funcionarios del INAC estaban atentos a su regulación y que presionaban para su mejora.

- Es irracional concluir que la parte actora no contó con el “debido asesoramiento” de una asistencia letrada al suscribir su acogimiento al régimen de renuncia incentivada.

De la prueba testimonial producida, surge que pertenecían a AFINAC, un sindicato fuerte, y que AFINAC contó con el asesoramiento de los Dres. Barretto y Rodríguez Turrina. Y es irracional pensar que no se asesoraron en un momento tan determinante de su vida laboral.

Es significativo que seis de los nueve reclamantes hayan egresado el 2 de enero. Ello no es una coincidencia, sino la consecuencia de haber sido debidamente asesorados, ya que, al egresar en el mes de enero, se beneficiaban del incremento de las remuneraciones en el entorno de un 10%.

La renuncia se formalizaba bajo acta en el Ministerio de Trabajo, previo asesoramiento de los funcionarios técnicos de ese Ministerio.

Por otra parte, con base en jurisprudencia sobre un caso similar (fs. 3702), sostuvo que la intervención del Ministerio de Trabajo implicó que hubo asesoramiento de los técnicos de esa Cartera.

Citó la opinión del magistrado disorde, el Sr. Ministro Dr. Cristóbal Nogueira, en cuanto a que la decisión de los accionantes de aceptar el régimen de renuncia incentivada supuso un previo conocimiento y asesoramiento respecto de las condiciones de la renuncia. Se trató de un régimen preexistente y acordado con el sindicato. A su vez, como señaló el Sr. Ministro Dr. Cristóbal Nogueira, no se trata de trabajadores despedidos o forzados a renunciar que concurrieron al Ministerio sin asesoramiento alguno, sino de trabajadores con pleno conocimiento de causa.

- Se cumple el tipo contractual previsto en el artículo 2.147 del Código Civil. Los accionantes se hicieron

acreedores de un importe equivalente a 28 mensualidades nominales; como contrapartida de ello, egresaron del INAC y renunciaron a cualquier reclamación a su ex-empleadora. Es clara la existencia de recíprocas concesiones en atención al importe que recibió cada trabajador.

Confirma la existencia de una transacción válida los elementos relevados por la magistrada disorde, la Sra. Ministra Dra. Rita Patrón: a) el monto de lo abonado, que no es precisamente un “precio vil”; b) la inexistencia de vicio del consentimiento; y, c) la condición de los actores, todos funcionarios de alto nivel intelectual.

Citó la argumentación de la Sala Laboral de 4to. Turno cuando, al resolver un caso análogo al presente confirmando el acogimiento de una excepción de transacción opuesta por INAC, sostuvo: “Entre ambas concesiones debe existir una correspondencia efectiva, aunque no una simetría exacta (...). Entonces en el caso habiendo recibido claramente la actora una clara cesión que le fue indudablemente beneficiosa como ya se estableciera, a criterio del Cuerpo resulta contrario a la buena fe pretender desconocer la mentada cláusula por la que se liberaba a la demandada del pago de todo otro crédito laboral, basándose en la ausencia de asesoramiento y en que no hubo recíprocas concesiones ni créditos litigiosos, pues todos los créditos laborales resultan litigiosos... si el empleador no los paga (...)”, (sentencia del 30 de octubre de 2014).

- Desconocer la transacción es contrario al principio de la buena fe, recogido en el artículo 1 de la Ley No. 18.572. Los accionantes pretenden desconocer a lo que se obligaron expresamente: a no realizar ningún reclamo al INAC por ningún concepto.

- A su vez, desde la implementación del beneficio de renuncia incentivada en el año 2009, ni los funcionarios ni los directivos de su sindicato cuestionaron ese beneficio ni su régimen, lo cual demuestra qué valoración tenían a su respecto. Ello es relevante como indicador de cuál fue la intención común de las partes.

- Es aplicable la teoría del acto propio, que tutela el valor justicia y la seguridad jurídica. Al promover la demanda de autos, los actores asumieron una conducta contradictoria con la desplegada al ampararse al régimen del retiro incentivado

- Se infringe lo dispuesto en el artículo 1.291 del Código Civil, de acuerdo con el cual los contratos forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la Ley misma, y deben ejecutarse de buena fe.

- La importancia de los montos abonados a cada uno de los accionantes por INAC demuestra la licitud de la causa de la transacción celebrada, de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil.

- Citó jurisprudencia respecto de casos muy similares en los que se demandó al INAC y se acogió la excepción de transacción que rechazó la recurrida, señalando que uno de esos fallos fue dictado por la Sra. Ministra Dra. Sylvia De Camilli, siendo jueza letrada (Sentencia No. 41 del 4 de agosto de 2014 del Juzgado Letrado del Trabajo de la Capital de 3er. Turno, confirmada por el

Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 4to. Turno).

En definitiva, solicitó que se case la sentencia recurrida y en su lugar se desestime en su totalidad la demanda.

3o.) A su vez, la parte actora interpuso recurso de casación y fundó su impugnación en la infracción del Convenio Internacional del Trabajo No. 132, art. 7 ratificado por Ley No. 14.568; Convenio Internacional de Trabajo No. 95; Ley No. 12.590 art. 10; Ley No. 13.556, art. 3; Decreto-Ley No. 14.328; arts. 15, 16, 29 y 32 de la Ley No. 18.572.

Ejercita agravios por haberse desestimado la condena por concepto de diferencias en la liquidación de la licencia, por la no inclusión en su base de cálculo del aguinaldo legal y de la partida fija de diciembre o sueldo anual complementario voluntario –rubros amparados en la discordia-, así como respecto de la multa legal que se estableció sobre los créditos que se hicieron exigibles luego de la entrada en vigencia de la Ley No. 18.572, así como los intereses legales y que se haya dispuesto que el cálculo de la multa procede sobre el monto adeudado sin tomar en cuenta los intereses.

Solicita en definitiva que se case la sentencia de segunda instancia recurrida en los agravios deducidos, en virtud de la errónea aplicación de la norma de derecho, y dicte la que en su lugar corresponda según lo impetrado en el cuerpo del escrito (fs. 3713 a 3719).

4o.) Conferido traslado a la parte actora del recurso de casación interpuesto por la demandada, compareció evacuando el mismo, solicitando por los fundamentos que expone sea desestimado rechazando los agravios deducidos por la contraparte, con imposición de condena en costas y costos (fs. 3724 a 3736 vto.).

5o.) El representante del INAC, contesta el recurso de casación interpuesto por su contraria, peticionando que en definitiva no se haga lugar a la casación de la sentencia de segunda instancia en cuanto a los agravios deducidos por la parte actora (fs. 3739 a 3742 vto.).

6o.) Por Interlocutoria del 22 de julio de 2015, el Tribunal dispuso la elevación de las actuaciones a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia con las formalidades de estilo (fs. 3744), donde fueron recibidos el día 24 de julio de 2015 (cfme. nota de fs. 3748).

7o.) Por Auto No. 944 de 29 de julio de 2015 (fs. 3750), fue conferida vista al Sr. Fiscal de Corte, quien sostuvo en su Dictamen No. 2966 que ambas recurrencias refieren a cuestiones ajenas a la causa pública, por lo cual no ingresan al parquet competencial de la Fiscalía (C.G.P., art. 276.1) (fs. 3752).

8o.) Por Dispositivo No. 1297, del 2 de setiembre de 2015, se dispuso: “Pasen a estudio y autos para sentencia” (fs. 3754).

#### CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría legal hará lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la parte demandada INAC, y en su mérito, recibirá la excepción de transacción opuesta, desestimando la

demanda y por unanimidad desestimará el recurso de casación interpuesto por la parte actora.

II) Con carácter previo cabe precisar que los promotores se desvincularon del INAC amparándose a un régimen de renuncia incentivada creado y regulado por Resolución No. 09/182 de 31 de diciembre de 2009, modificado por Resoluciones Nos. 10/091 del 2010, 11/038 y 11/178 de 2011, afirmando que en forma previa y posterior a su cese han reclamado extrajudicialmente las diferencias en la liquidación de los rubros que pretenden en su demanda: prima por antigüedad, licencia, salario vacacional, partida anual de agosto, sueldo anual complementario, partida fija de diciembre e incidencias.

Es un hecho alegado en la demanda y admitido por el demandado que los accionantes cesaron su vínculo laboral con INAC mediante la suscripción de un “acuerdo voluntario”, celebrado con intervención del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y homologado por un técnico de ese Ministerio (ver demanda, fs. 1454 y vto., en especial, parágrafo 3.1, y contestación, fs. 2010/2011 vto.).

III) Ingresando al análisis de la recurrencia ejercitada por la parte demandada, corresponde recordar que: “La Corporación ratifica el criterio sustentado en cuanto a que la interpretación de las disposiciones contractuales que son expuestas al debate en los autos considerados, supone una ‘quaestio iuris’, pasible de ser revisada en casación. Las cláusulas que conforman los contratos, son normas jurídicas en la medida que conforme a la regla que consagran los arts. 209 del C. de Comercio y 1.291 del C. Civil (principio de asimilación del contrato a la Ley) constituyen normas que vinculan a las partes como la Ley misma. ‘También se entiende que es cuestión de Derecho, como es obvio, todo lo relativo a la interpretación de los contratos, señalándose que dicho negocio jurídico crea normas jurídicas, por lo que la sentencia es revisable en casación’ (E. Vescovi, ‘El recurso de casación’, nota 25, pág. 70); (ver entre otras, Sents. de la Corporación Nos. 250/85; 327/85; 31/91; 388/04, etc.)” (Cfme. Sentencia No. 115/07).

En estos términos, en función de los agravios formulados, procede determinar el alcance que debe atribuirse a las cláusulas de los documentos otorgados por los promotores ante el MTSS, en el marco de la resolución que regulara el régimen de incentivos de retiro de los funcionarios.

Cada uno de esos instrumentos tiene la misma estructura; luego de los datos de la comparecencia de las partes se lee: “Los comparecientes manifiestan que han llegado al siguiente acuerdo voluntario (...)”, fórmula que exterioriza el consentimiento de las partes. Luego la parte trabajadora expresa su fecha de ingreso, la cuantía de su ingreso mensual, el cargo y la fecha de egreso, finalizando con una enumeración de los rubros pendientes de liquidación. Seguidamente la empleadora detalla cómo ofrece pagar los rubros pendientes, ante lo cual la parte trabajadora declara que acepta el pago “como transacción final y definitiva, no teniendo nada más que reclamar de la parte empleadora por ningún concepto

(...) emergente de la relación laboral extinguida" (ver, por ej., la documentación de fs. 36/42).

Por lo que los términos de estos documentos, respecto de cuya existencia, autenticidad, contenido y validez no se verificó cuestionamiento alguno, son razón suficiente para concluir que no cabe más que admitir la excepción de transacción, máxime si se considera el contexto en el cual fueron suscriptos.

En efecto, es un hecho alegado y no controvertido por las partes que los accionantes resolvieron acogerse al régimen de renuncia incentivada creado por INAC por Resolución No. 09/182 del 31 de diciembre de 2009.

Dicha resolución cuenta con diez artículos redactados en forma clara y comprensible; su versión oficial ocupa apenas dos carillas (fs. 111 y 112).

Se trata de un régimen particularmente beneficioso para los trabajadores del INAC, que les permite cesar su vínculo con la institución recibiendo hasta 26 "mensualidades nominales" por año de antigüedad, más dos partidas que hacen que el incentivo para el cese pueda llegar, aproximadamente, a un total de 28 "mensualidades nominales". En el caso, todos los accionantes tenían más de 26 años de antigüedad en el Instituto, por lo que todos percibieron el incentivo máximo referido: un equivalente a 28 "mensualidades nominales".

Pueden optar por este beneficio aquellos funcionarios con más de 18 años de antigüedad y que tengan causal jubilatoria (artículo 2o.). El artículo 4o. establece: "Los funcionarios interesados en ampararse [al] régimen establecido (...) deberán suscribir el correspondiente formulario de renuncia dentro del plazo de 1 (un) año a partir del día siguiente de haber configurado causal jubilatoria (...)"; el artículo 5o. establece igual plazo para aquellos que ya configuraron causal jubilatoria. El artículo 6o. indica que el 31 de diciembre de 2014 vencerá el plazo para solicitar el amparo al régimen de renuncia incentivada. Se establece que la renuncia queda supeditada a su aceptación por la Presidencia del Instituto (artículo 8o.).

Un artículo de particular importancia es el 9, en el que específicamente se dispuso: "Una vez aceptada la renuncia de amparo a la presente resolución y en todo caso con anterioridad al inicio del cobro del beneficio, el funcionario deberá ratificar en acta ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previo el debido asesoramiento con los funcionarios técnicos de dicho Ministerio, su aceptación a los términos de la presente resolución y en consecuencia su declaración de que nada tiene que reclamar del Instituto por concepto de indemnización por despido directo o indirecto, por despido abusivo, por daños y perjuicios materiales o morales, ni por ningún otro concepto, como consecuencia de la relación laboral con el Instituto ni de su renuncia, con excepción del cobro del beneficio" (fs. 112).

Surge a fs. 113 que esta resolución del 31 de diciembre de 2009 fue notificada a los funcionarios por comunicado general del 4 de enero de 2010. Posteriormente, se celebraron los acuerdos entre los accionantes e INAC, cuya naturaleza aquí se discute, en el marco contextual que viene de reseñarse.

IV) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.147 del Código Civil, la transacción es un contrato por el cual, haciéndose recíprocas concesiones, terminan los contrayentes un litigio pendiente o precaven un litigio eventual; se trata de un contrato solemne, desde que para su validez se requiere que conste por acto judicial o por escritura pública o privada.

Cristina Mangarelli ha sostenido que, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2.147 del Código Civil, en el Derecho del Trabajo cabe identificar cuatro caracteres o elementos propios de la transacción, dos de los cuales no están presentes en una transacción "civil" ("La transacción en el derecho del trabajo", FCU, 2004, págs. 29/30). Así, esta laborista sostiene que para que exista transacción debe verificarse la existencia de: 1) un litigio (pendiente o eventual); 2) concesiones recíprocas; 3) debe referirse a derechos dudosos o inciertos; y, 4) el trabajador debe contar con el debido asesoramiento; los últimos dos elementos serían exclusivos de la transacción laboral.

La Sala, en mayoría, desestimó la excepción de transacción afirmando que, en el caso, no existían concesiones recíprocas, tampoco la necesaria referencia a derechos dudosos o inciertos ni el debido asesoramiento con que debieron contar los trabajadores accionantes.

A juicio de la mayoría de las voluntades que contribuyen a formar este pronunciamiento, tal conclusión de la Sala no se ajusta a lo que resulta de autos.

La Corte ha admitido la validez de otorgar transacciones respecto de determinados rubros laborales, como se sostuvo en Sentencia No. 494/2014, recogiendo opinión ya sustentada en Sentencia No. 3.287/2008, oportunidad en la que se sostuvo: "La transacción en materia laboral, aunque con variantes, se admite ampliamente en la jurisprudencia y doctrina laboral, sin que ello implique contradicción con el principio de irrenunciabilidad, pues la misma sólo es admisible si existen concesiones recíprocas sobre derechos no ciertos o dudosos (cf. Mangarelli, La transacción en el derecho del Trabajo, el principio de irrenunciabilidad y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, pág. 766)".

Trasladando tales consideraciones al subexamine, se verifican las "concesiones recíprocas" entre las partes.

Respecto de este elemento, señala Mangarelli que la jurisprudencia laboral ha realizado construcciones adecuadas a los particularismos del Derecho del Trabajo; en ese sentido, se entiende que no hay concesión si el empleador se limita a pagar lo que manda la Ley al egreso de la relación laboral (obra citada, pág. 32).

Y en el caso, es innegable que el empleador se obligó a pagar un importe –altísimo para nuestro medio: 28 salarios aproximadamente– al que no estaba obligado por Ley, lo que sin lugar a dudas constituye una concesión trascendente. Como contrapartida, los trabajadores renunciaron a reclamar cualquier tipo de rubro derivado de la relación de trabajo. Ambos aspectos surgen de los documentos suscriptos ante el MTSS.

Jurisprudencialmente se ha manejado como criterio que no hay concesión si el importe de la liquidación por egreso coincide con el importe abonado al trabajador

por el acuerdo (Sentencia No. 112/2001 de la Corte). El argumento se basa en que tal circunstancia demostraría que el empleador no realizó ninguna concesión (cf. Cristina Mangarelli, ob. cit., pág. 70). Si bien el criterio puede ser útil como indicio en muchos casos, no puede erigirse en una regla sin respaldo legal, además de ser éste un caso que demuestra que tal regla sería errónea. En efecto, en el presente caso existe coincidencia entre lo liquidado por el empleador y lo acordado en el MTSS, sin que ello desvirtúe la existencia de la concesión del empleador.

En cuanto al otro elemento requerido para que pueda considerarse una transacción, es decir que existan concesiones recíprocas sobre derechos no ciertos o dudosos, también se verifica en el caso de autos.

Ello queda de manifiesto por las propias aseveraciones de los promotores quienes señalaron en la demanda que existían aspectos de las liquidaciones mensuales de haberes del INAC cuestionados por los trabajadores. A fs. 1453 los accionantes afirmaron que “ha sido constante la labor del sindicato (...) quien ha exteriorizado en diversas oportunidades a las autoridades del Instituto su discrepancia con los criterios de liquidación (...) Tal es así, que (...) en agosto de 2007 se requirió al Dr. Barreto Ghione la elaboración de un informe”. Ello demuestra que la renuncia derivada de la transacción referiría, en todo caso, a derechos dudosos, por lo cual no hubo afectación del principio de irrenunciabilidad, fundamento último de las limitaciones a la transacción en materia laboral.

Tampoco puede sostenerse que en el caso a estudio hubiera mediado vicio del consentimiento que afectara el otorgado por parte de los trabajadores en los documentos relacionados.

Respecto del debido asesoramiento de los trabajadores para determinar la existencia de una transacción laboral, Mangarelli apunta, acertadamente, que al analizar esta temática de los vicios (reales o presuntos) del consentimiento del trabajador; lo que se busca es que el trabajador conozca el alcance y efectos del acuerdo transaccional (ob. cit., pág. 38).

Se procura que el trabajador no consienta un acuerdo transaccional sin el debido asesoramiento, finalidad plenamente loable y compatible.

Ahora bien.

En primer término, correctamente subsumidos, los hechos relevados en la causa permiten concluir que los actores tuvieron acceso a asesoramiento. Se trata de adultos, con un nivel cultural que, de acuerdo con las tareas que realizan –no manuales-, se presume medio-alto. Si luego de 30 o 40 años de trabajar en un mismo lugar, ya con causal jubilatoria, decidieron acogerse al mecanismo de renuncia incentivada, es razonable concluir que adoptaron su decisión debidamente asesorados. Además, se trata de funcionarios sindicalizados, que promovieron este proceso asistidos del abogado de su sindicato (ver demanda y nota de fs. 77).

En segundo término, la intervención del MTSS, mediante, precisamente, la División Consultas (ver sellos de

fs. 36 y ss.), supuso la necesaria intervención de asesores, que revisaron el caso de cada uno de los accionantes. Es público y notorio que esa es la mecánica de funcionamiento de esa dependencia, que no se limita a prestar un espacio físico para la firma de acuerdos entre empleados y patronos. En tal sentido, la Sra. Ministra Dra. Rita Patrón señaló, en su discordia, que la intervención del MTSS otorga validez y legitimidad a los acuerdos como los de este caso.

Y por último, pero no menos importante, dadas las particularidades de este caso, no puede soslayarse el monto del incentivo cobrado por los accionantes, como un elemento ilustrativo acerca de la manida ausencia de asesoramiento. Como lo graficó la demandada a fs. 2013 vto., al presentar una tabla comparando los importes reclamados en autos por “diferencias” con los importes a los que accedieron los accionantes en el marco del acuerdo por renuncia incentivada, resulta más que evidente que el consentimiento de los trabajadores se prestó libremente, para aprovechar la muy beneficiosa oferta del Instituto ante su egreso sin nada más que reclamar. El incentivo del INAC aseguraba cantidades muy superiores a las pretendidas en este juicio (entre \$400.000 y \$700.000 más por accionante, aproximadamente), y eran cantidades seguras, no inciertas como las que dependen de un proceso previo. En definitiva, también considerando la entidad del beneficio económico que recibieron los accionantes, la mayoría de la Corte concluye que resulta abusivo e infundado pretender que no existió transacción porque no hubo “el debido asesoramiento”.

En definitiva, en el caso se verifican todos los elementos característicos del contrato de transacción e, incluso, aquellas notas de creación doctrinaria y jurisprudencial.

En función de ello, la Sala incurrió en error en cuanto al alcance conferido a los documentos señalados, por lo que corresponde la anulación de la decisión adoptada en el segundo grado de mérito, y en su lugar recibir la excepción de transacción opuesta por la demandada.

V) La solución adoptada por la mayoría de la Corte determina que no corresponda ingresar al análisis de los agravios ejercitados en el recurso de casación de la parte actora.

VI) Las costas, por su orden.

Por estos fundamentos, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

Anúlase parcialmente la recurrida, haciendo lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada INAC y, en su mérito, se recibe la excepción de transacción opuesta, desestimando la demanda.

Desestimase el recurso de casación interpuesto por la parte actora. Sin especial condenación.

Publíquese y oportunamente, devuélvase.

Elena Martínez discorde: Voto por desestimar el recurso de casación movilizado por la parte demandada y por la parte actora, de acuerdo a los siguientes fun-

damentos.

l) En autos cursa proceso laboral promovido por Nelson Durán y otros, contra el Instituto Nacional de Carnes (INAC – Persona Pública no Estatal).

En primera instancia se rechazaron las excepciones de transacción y de prescripción interpuestas y se amparó parcialmente la demanda y, en su mérito, se condenó al demandado a pagar a los actores las diferencias salariales respecto a los siguientes rubros: prima por antigüedad, licencia, salario vacacional, partida anual de agosto, aguinaldo y aguinaldo complementario voluntario, actualización, intereses, multa, 10% por daños y perjuicios preceptivos, según lo expresado en los Considerandos respectivos. Se rechazó en lo demás; sin especial condenación procesal (fs. 3608 vto./3609).

En segunda instancia se confirmó la sentencia de primera instancia, con discordia (fs. 3688 vto. y ss.).

A fs. 3696 y ss. compareció el INAC interponiendo recurso de casación.

Lo mismo hizo la parte actora a fs. 3713 y ss.

En cuanto a los agravios articulados por la demandada, el primero de ellos refiere a que se haya desestimado la excepción de transacción interpuesta (fs. 3696 vto. y ss.).

Veamos. Los actores se ampararon a un régimen de renuncia incentivada, creado y regulado principalmente por la Resolución No. 09/182, de 31 de diciembre de 2009 y sus modificativas: Resoluciones Nos. 10/91, de 18 de agosto de 2010, 11/038 de 5 de abril de 2011 y 11/178 de 21 de diciembre de 2011, celebrándose un acuerdo de pago ante el MTSS, comprensivo de la liquidación final por egreso y el retiro incentivado (fs. 111 a 119).

Tal como refiere el recurrente, el punto medular consiste en desentrañar la verdadera naturaleza jurídica del acuerdo de renuncia incentivada que ligó a los accionantes con el INAC, extremo susceptible de ser analizado en casación por tratarse de una “*quaestio iuris*” (cf. Sentencia No. 413/2012).

La Resolución madre que creó el marco por el cual se podía acceder y hacer efectivo el retiro incentivado, estableció:

“VISTO Y CONSIDERANDO: La conveniencia de establecer un régimen de renuncia voluntaria incentivada para los funcionarios que habiendo desarrollado una larga trayectoria en el Instituto, han configurado causal jubilatoria.

(...)

EL PRESIDENTE DEL INSTITUTO NACIONAL DE CARNES RESUELVE

1o.) Establécese un régimen de renuncia voluntaria incentivada para los funcionarios del Instituto, en un todo de acuerdo a las condiciones de la presente resolución.

2o.) Podrán acogerse al régimen que se establece, los funcionarios que hayan configurado causal jubila-

toría por la ex Caja de Industria y Comercio y cuenten con una antigüedad de 18...o más años en el Instituto.

3o.) Los funcionarios que renuncien para ampararse al régimen que se establece en esta resolución, percibirán el equivalente a una mensualidad nominal por año de antigüedad en el Instituto, con un máximo de 26... mensualidades nominales.

Se considera incluido en el concepto de mensualidad nominal el sueldo nominal y la prestación por alimentación que percibe mensualmente el funcionario, con exclusión de toda otra partida cualquiera fuere su naturaleza y denominación, al valor vigente a la fecha en que se haga efectivo el cese.

4o.) Los funcionarios interresados en ampararse en el régimen establecido en esta Resolución, deberán suscribir el correspondiente formulario de renuncia dentro del plazo de 1 (un) año a partir del día siguiente de haber configurado causal jubilatoria...”.

(...)

“6o.) Fijase el 31 de diciembre de 2014 como última fecha para que los funcionarios puedan solicitar el amparo del régimen de renuncia voluntaria incentivada, siempre dentro de los plazos establecidos en los numerales 4o. y 5o..

7o.) El importe del beneficio se hará efectivo en 24... cuotas iguales, mensuales y consecutivas, la primera de las cuales en la fecha prevista para el pago de salarios correspondientes al mes siguiente al del cese.

(...)

8o.) La renuncia estará en todo caso sujeta a su aceptación por la Presidencia del Instituto, que podrá aceptarla o no aceptarla por razones de servicio, sin expresión de otro motivo.

En la resolución de aceptación se fijará, además, la fecha de efectividad de la renuncia, fecha en que operará el cese del funcionario.

9o.) Una vez aceptada la renuncia de amparo a la presente resolución y en todo caso con anterioridad al inicio del cobro del beneficio, el funcionario deberá ratificar en acta ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previo el debido asesoramiento con los funcionarios técnicos de dicho Ministerio, su aceptación a los términos de la presente resolución y en consecuencia su declaración de que nada tiene que reclamar del Instituto por concepto de indemnización por despido directo o indirecto, por despido abusivo, por daños y perjuicios materiales o morales, ni por ningún otro concepto, como consecuencia de la relación laboral con el Instituto ni de su renuncia, con excepción del cobro del beneficio” (fs. 111/112).

Con posterioridad, por Resoluciones Nos. 10/091 (fs. 114/115), 11/038 (fs. 117/118) y 11/178 (fs. 119), se introdujeron algunas modificaciones tendientes, básicamente, a mejorar el cálculo del beneficio, pero sin mutar la naturaleza, estructura y efectos jurídicos de la propuesta de retiro incentivado.

Por su parte, las respectivas ratificaciones ante el

MTSS a las que hace referencia el apartado 8o. de la resolución extractada, surgen agregadas a fs. 36/42, en las cuales se consignó: “la parte trabajadora...acepta la suma ofrecida como transacción final y definitiva no teniendo nada más que reclamar de la parte citada por ningún concepto ni salarial, ni diferencial, ni indemnizatorio, ni compensatorio, emergente de la relación laboral extinguida”.

“Que conforme al artículo 294 inc. 2o. del Código General del Proceso redacción dada por el artículo segundo de la Ley 16.995 esta gestión de acuerdo voluntario no implicó resistencia o negativa de ninguna de las partes en consecuencia no requiere conciliación previa procediendo el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social su homologación”.

En este contexto y luego de materializadas las respectivas renunciaciones voluntarias el 29 de julio de 2013, los actores promovieron demanda laboral contra el INAC a efectos de hacer efectivo el pago de las diferencias generadas respecto a los siguientes rubros salariales: prima por antigüedad e incidencias, licencia, salario vacacional, partida anual de agosto e incidencias, sueldo anual complementario, partida fija de diciembre, más multa y daños y perjuicios preceptivos (fs. 1457 vto./1465 vto.).

Los rubros reclamados fueron liquidados de acuerdo a su exigibilidad y por los períodos no prescriptos.

Finalmente, los promotores afirmaron que no existió transacción válida, pues simplemente se trató de una declaración abdicativa del trabajador, no existieron recíprocas concesiones, los créditos abonados no eran dudosos o inciertos, ni existía un litigio pendiente o eventual.

Por su parte, al contestar la demanda, el INAC opuso la excepción de transacción (fs. 2011 y ss.), defensa que fuera desestimada en primera instancia (fs. 3601 vto. y ss.) y segunda instancia (fs. 3680 y ss.), con discordias de los Sres. Ministros Dres. Rita Patrón y Cristóbal Nogueira (fs. 3689 in fine y ss.).

La Corporación, en mayo-ría, entiende que las partes celebraron una transacción válida y en consecuencia, hace lugar al recurso de casación presentado por el INAC y, en su mérito, desestima la demanda en todos sus términos.

No comparto la solución arribada en el fallo, pues entiendo que en el caso las partes no celebraron una transacción, sino que se trató de una simple y llana renuncia voluntaria (aunque incentivada por el empleador), vertida por el trabajador, en un doble ámbito: 1) se renunció al trabajo y 2) se renunció a los derechos de los que pudieran ser titulares.

En este marco, entiendo que corresponde diferenciar entre los conceptos de “renuncia” y “transacción”.

Siguiendo las enseñanzas de Plá Rodríguez, la renuncia se puede conceptualizar como un acto voluntario dentro de la categoría negocio jurídico unilateral que determina el abandono de un derecho dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico (Cf. Los principios del Derecho del Trabajo, FCU/2015,

págs. 118 y ss.).

Es pues, un acto jurídico mediante el cual se ejerce un derecho potestativo, unilateral, que implica una manifestación de voluntad abdicativa, de abandono, es decir, es la pérdida o extinción de un derecho; tiene carácter irrevocable y resulta eficaz dentro de ciertos límites.

La transacción, en cambio, es un acto jurídico por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas.

Al respecto, el art. 2.147 inc. 1o. del C.C. la define como “un contrato por el cual, haciéndose recíprocas concesiones, terminan los contrayentes un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”.

De acuerdo a esta definición, cuatro son los presupuestos fundamentales para que, en términos generales, pueda tenerse por configurada la transacción: 1) la existencia de un litigio pendiente o de un litigio eventual; 2) la intención de las partes de poner fin a ese litigio; 3) las concesiones recíprocas y 4) debe referirse a derechos dudosos o inciertos (res dubia). La doctrina laboral incluye una quinta condición: el trabajador debe estar debidamente asesorado.

La renuncia, en cambio, es un acto unilateral, mientras que el contrato y la transacción son imprescindiblemente bilaterales.

La renuncia, presupone la certeza, por lo menos subjetiva, del derecho que es su objeto, mientras que la transacción, al contrario, presupone una inseguridad, siempre desde el punto de vista subjetivo, sobre el derecho o la situación jurídica respectiva, en lo que concierne a la existencia, límites o modalidades: es una res dubia.

Por su naturaleza unilateral, la renuncia se diferencia de la transacción, negocio jurídico contractual, bilateral y sinalagmático, dirigido a zanjar diferencias existentes entre las partes y evitar un pleito o, en su caso, dirigido a poner fin al iniciado.

La renuncia se refiere a un derecho cierto y existente, o por lo menos, futuro pero cierto y que no sea un derecho impugnado.

La transacción, inversamente, se refiere siempre a dos prestaciones opuestas (una del empleador, otra del empleado), que se reducen por mutuo acuerdo a una sola, por cesión mutua, de donde se deduce la existencia, en cuanto a tales prestaciones, respectivamente, de derechos inciertos o derechos que se chocan, o que presuponen un litigio.

Ahora bien, en el marco reglamentario por el cual los trabajadores se ampararon al retiro incentivado, no cabe la figura de la transacción, pues no existieron recíprocas concesiones, ni se evidencia la res dubia, elementos esenciales de esta figura jurídica (Cf. autor cit. en ob. cit., págs. 143 y ss.).

Claramente, la función de la transacción es la de autocomponer un litigio o la de poner fin a una controversia jurídica.

O como refiere Santiago Carnelli: “La transacción

suprime o elimina la situación jurídica controvertida...” (Cf. La transacción y los medios de tutela en ADCU, T. XXVII, pág. 439).

En la causa, ésta no fue la “causa”, “motivación”, ni la “finalidad” de la propuesta de renuncia incentivada a cambio de un precio, a la que se le sumó una renuncia general de derechos. Antes bien, la “causa” del pago acordado, no fue precaver un litigio, suprimir o eliminar una situación jurídica controvertida, sino simplemente incentivar la mayor cantidad de trabajadores a que presenten su renuncia al trabajo.

El invocado acuerdo transaccional no surge del texto de la resolución, no surge de la voluntad de las partes, ni tampoco del contexto histórico en el cual fueron acordadas las respectivas renunciaciones.

Respecto a esto último, las discrepancias o escaramuzas que en el año 2007 se plantearon respecto a la liquidación de determinados rubros que no integraban el salario de los trabajadores (y que la sentencia antecedente hace acopio), no tiene ninguna relación de inmediatez con la posterior promoción de un esquema de retiro incentivado creado entre diciembre de 2009 y diciembre de 2011 ni con el ofrecimiento de una suma de dinero a cambio de ello.

Ninguna relación causal existió entre la otrora observación formulada por los trabajadores en el año 2007 y el posterior y alejado en el tiempo, plan de retiro incentivado.

Es cierto que el INAC se obligó a abonar una suma importante de dinero a quien se acogiera al retiro incentivado, pero ese pago de dinero no lo fue a modo de transacción, pues las partes no estaban en litigio, ni -en ese momento- se avizoraba un reclamo en ningún sentido.

No existía una situación jurídica controvertida.

Tampoco el pago versó sobre créditos inciertos o dudosos.

También es verdad que la suma acordada por concepto de retiro incentivado no tiene fuente en la Ley.

Sin embargo, una vez aceptada por el trabajador y a estar a lo que dispone el art. 1.291 del C.C., adquiere su misma naturaleza y despliega sus mismos efectos.

Además, como viene de decirse, no existe relación causal entre la suma abonada por el INAC y la renuncia de los derechos por parte de los trabajadores, sino que el plan de retiro y el pago del “incentivo”, tenía -como de ordinario acontece en estos casos- una obvia e innegable finalidad de reducir costos a través de la reducción del personal o el rejuvenecimiento de la planilla de trabajadores.

No se abonó el dinero porque estuviera pendiente un litigio o se avizorara la inmediatez de un reclamo laboral.

No existieron recíprocas concesiones, ni el empleador abonó una suma de dinero para finalizar o precaver un juicio, sino que lisa y llanamente se la abonó para “incentivar” la renuncia voluntaria de determinados

trabajadores que, por la razón que sea, el INAC no quería contar más.

Por otra parte, el acuerdo de pago arribado ante el MTSS tampoco configuró transacción alguna.

En efecto, el documento suscrito por los trabajadores ante el Ministerio, no es otra cosa que el cumplimiento de una de las condiciones para apegarse al retiro incentivado, previsto por numeral 9o., donde el trabajador, luego de renunciar, debía “ratificar en acta ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previo el debido asesoramiento con los funcionarios técnicos de dicho Ministerio, su aceptación a los términos de la presente resolución”.

Es decir, el trabajador debía “ratificar...su aceptación a los términos de la presente resolución”.

Pues bien, la Resolución marco estableció una renuncia incentivada al trabajo, además de la renuncia genérica de derechos, entonces si frente al MTSS los trabajadores debían luego ratificar su aceptación en los términos, condiciones y con los efectos jurídicos previstos en dicha Resolución, va de suyo que aquella manifestación de voluntad ulteriormente vertida (“ratificación”), no pudo luego mutar su naturaleza original, pues si se trataba de una renuncia unilateral de derechos, no pudo luego transformarse en una transacción, cuando sui generis no era atributiva de esta naturaleza.

En el caso, ratificar es confirmar el alcance, naturaleza y efecto jurídico de la voluntad manifestada primigeniamente (la dada ante el INAC), lo cual descarta cualquier hipótesis de transformación a posteriori.

Además, si se observan las diferentes actas celebradas ante el MTSS, se advierte que la suma abonada lo era respecto a créditos ciertos, no litigiosos.

Simplemente se pagó a cada trabajador la liquidación final por egreso (crédito cierto), más el pago del incentivo previamente acordado (crédito también cierto), oportunidad en la cual las partes expresamente dejaron constancia de que “esta gestión de acuerdo voluntario no implicó resistencia o negativa de ninguna de las partes en consecuencia no requiere conciliación previa procediendo el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a su homologación”.

Es decir, mediante una manifestación de voluntad libérrima, las partes expresamente descartaron la res dubia y, como tal, descalificaron la naturaleza transaccional del acuerdo (art. 2.147 inc. 1o. del C.C.), pues el INAC, por un lado, abonó por concepto de egreso la totalidad de los rubros que por Ley entendió se encontraba obligado a pagar (es decir, canceló créditos ciertos, no dudosos) y, por el otro, acordó pagar un crédito por concepto de retiro incentivado (también de naturaleza cierta), de fuente voluntaria, pero que luego de ser aceptada por el trabajador, desplegó los mismos efectos que la Ley (art. 1.291 del C.C.).

Si, como se consignó en las actas, no fue necesaria la conciliación previa, es porque evidentemente, entre las partes y en ese momento, no existía controversia, incertidumbre, reclamo formula-do, ni insatisfacción

jurídica alguna.

Por lo tanto, ha de concluirse que los trabajadores no realizaron un acuerdo transaccional, en la medida que recibieron el pago del total de las sumas que debían cobrar, sin transigir en nada. A ello se sumó una declaración meramente abdicativa de derechos, sin que resulten verificadas recíprocas concesiones, en cuanto el Organismo se limitó a pagar rubros que no podían ser discutidos, ya sea porque directamente se lo imponía la Ley, ya sea porque respondía a un ofrecimiento voluntario por parte del INAC y que luego fue aceptado por el trabajador (“retiro incentivado”).

No se advierte que hubiera habido “concesiones recíprocas”, lo que sí se exteriorizó es una simple constancia de pago de rubros laborales de indiscutible procedencia legal y/o contractual.

Tal como al respecto sostiene la Dra. Cristina Mangarelli, al analizar los “Acuerdos voluntarios” homologados con intervención de las oficinas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social: “El Decreto 281/98 de 7.10.98 art. 3, hizo referencia a los ‘acuerdos voluntarios’, que serían los relativos a ‘gestiones que no implican resistencia o negativa de alguien’.

Debe tenerse presente que la celebración del acuerdo en la sede administrativa, o su homologación con la intervención de los funcionarios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no es suficiente para que constituya una transacción.

Existe una práctica seguida por algunos empleadores de pagar la liquidación por egreso del trabajador en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social siguiendo el procedimiento de los ‘acuerdos voluntarios’. La finalidad perseguida es impedir que luego de cobrada la liquidación por egreso, el trabajador reclame el pago de otros rubros o sumas superiores a los importes abonados, por lo que se pretende que el acuerdo voluntario constituya una transacción.

Como ya señalamos, la jurisprudencia sostiene que si no existen concesiones recíprocas, no hay transacción, por lo que se ha llegado a condenar al empleador, en numerosos casos, al pago de rubros salariales o indemnizatorios no comprendidos en el acuerdo voluntario (o de diferencias en la liquidación de los rubros abonados)” (Cf. La Transacción en el Derecho del Trabajo, Ed. FCU/2004, págs. 59/60).

Por otra parte, si no hay renuncia alguna del empleador, no existen “concesiones recíprocas” y, como tal, tampoco transacción.

En ese caso estaremos ante otros fenómenos jurídicos distintos de la transacción y por consiguiente, sometidos a un régimen diferente a la misma, como el allanamiento de la pretensión contraria, o el desistimiento de la pretensión propia si el derecho subjetivo contestado se ha introducido en un proceso, o ante el abandono, renuncia, remisión, o abdicación de un derecho propio o la aceptación o reconocimiento del derecho ajeno en caso que la divergencia acerca de la existencia o inexistencia del derecho no se haya planteado como controversia en un juicio (Cf. Santiago Carnelli, ob. cit., pág.

438).

En el caso de autos, de la resolución marco y de las actas celebradas ante el MTSS, no se aprecia en qué consistió la pretendida “renuncia” por parte del INAC, pues el Organismo exclusivamente se limitó a abonar la liquidación final por egreso y el incentivo por renuncia anticipada, cuya finalidad no era transigir o compensar eventuales reclamos de los trabajadores, sino exclusivamente “incentivar” el retiro.

Esta fue su naturaleza y no otra.

Tal como también sostiene la Dra. Mangarelli: “No hay ‘concesión’ del empleador cuando éste paga lo que estaba obligado por Ley a abonar al egreso del trabajador”, ni tampoco “hay ‘concesión’ del empleador cuando el monto de la liquidación por egreso coincide con el importe abonado al trabajador por el acuerdo” y “Si no existe concesión del empleador, entonces hay renuncia de los derechos del trabajador” (ob. cit., págs. 68/69 y 71/72 y Sentencia de la Corporación No. 112/2001).

En definitiva, entiendo que en autos se configuró un supuesto de “renuncia” genérica de derechos por los trabajadores y no “transacción”.

En este ámbito, teórica-mente cabría analizar la validez o no de la renuncia efectuada por los accionantes y la eventual liberación del ex empleador respecto de los rubros que se reclaman.

Empero, como la defensa introducida por este último fincó exclusivamente en la existencia de una “transacción” (la cual descarto), no se puede ahora, so riesgo de vulnerar el principio dispositivo y el corolario de congruencia, analizar una defensa ontológicamente diferente a la invocada, que no conformó el objeto del proceso y de la prueba y como tal no ingresó al ámbito casatorio.

Si bien a la luz del principio “iura novit curiae”, en general, es posible al Oficio recalificar la situación jurídica, en punto a su admisibilidad en la instancia casatoria, entiendo que el aforismo no se aplica en cuanto el Colegiado de Casación no puede corregir de oficio vicios no denunciados en la impugnación, aunque sí se aplica cuando se trata de corregir los errores de Derecho registrados en la sentencia que hayan sido concretamente denunciados. Este no es el caso de autos.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que “La trascendencia de la demanda de casación es inusitada, pues la Corte está limitada por ella, o sea que siguiendo el principio dispositivo, solo está en capacidad de examinar las causales presentadas por el recurrente dentro de los aspectos planteados por el mismo. Si existe una causal viable, pero que el recurrente no aduce, la Corte no puede actuar de oficio aun cuando observe objetivamente su conducencia. La Corte no puede inmiscuirse en la parte no tachada de la sentencia, ni en motivos no invocados expresamente, aunque fueran pertinentes...” (Cf. Hernando Morales Molina; Técnica de Casación Civil, pág. 98)” (Cf. Sentencias Nos. 648/2006, 770/2008, 135/2009, 357/2009, 414/2009, 110/2010, 520/2013 y 522/2014, entre otras).

Por otra parte, ello tampoco resulta posible cuando pueda afectar el derecho de defensa en juicio.

Bien pudo el demandado plantear una defensa subsidiaria (renuncia válida), a otra principal (transacción válida), pero como no lo hizo, no se puede ahora analizar un planteo que no conformó el esquema defensivo original.

Esto me lleva, por un lado, a desestimar el recurso de casación movilizado por el INAC y mantener firme la condena a su respecto y, por el otro, a analizar los agravios movilizados por los actores, los cuales no fueron abordados en el fallo de casación como lógica consecuencia de haber anulado la sentencia de segunda instancia y, consecuentemente, desestimado la demanda en todos sus términos.

II) El primer agravio introducido por los accionantes refiere a que en la base de la liquidación de la licencia no se incluyó la "partida fija de diciembre" y el aguinaldo legal (fs. 3713 vto. fine y ss.).

La causal que motiva la casación se funda en la errónea interpretación y aplicación de la norma de derecho: Convenio Internacional del Trabajo No. 132, art. 7, ratificado por Ley No. 14.568; Convenio Internacional del Trabajo No. 95; art. 10 de la Ley No. 12.590; art. 3 de la Ley No. 13.556, Decreto-Ley No. 14.328 y arts. 15, 16, 29 y 32 de la Ley No. 18.572.

Si bien la sentencia de segunda instancia confirmó en todo la sentencia de primera instancia, cabe precisar que respecto a estos rubros, se suscitó la discordia del Sr. Ministro Dr. Julio Posada (fs. 3690 y ss.), lo cual habilita su análisis en casación (art. 268 del C.G.P.).

No le asiste razón a los recurrentes, pues como bien sostuvo el Tribunal "ad quem" e insiste la demandada al evacuar el traslado del recurso de su contraria, el trabajador, cuando sale de licencia, debe seguir percibiendo el mismo salario que cuando está en actividad, es decir, su salario fijo y el promedio de sus partidas variables ("su remuneración normal y media").

Por lo tanto, no es correcto concluir que el aguinaldo debe integrar el cálculo de la licencia.

Si se incluyera el sueldo anual complementario en la base de cálculo de la licencia, la conclusión sería que el trabajador termina percibiendo por licencia una retribución superior a su "remuneración normal o media".

Por otra parte, la licencia debe incluirse en el cálculo del aguinaldo, pues este último es la doceava parte de todo lo pagado en dinero por el empleador. Entonces, si se incluyera el aguinaldo en la licencia, sabiendo que además la licencia debe tomarse en cuenta para el cálculo del aguinaldo, llevaría a una retroalimentación al infinito entre licencia y aguinaldo, tal como certeramente refiere el demandado.

Por lo tanto, las partidas que deben tenerse en cuenta a la hora de calcular la licencia, son aquellas que mantienen la logicidad del resultado de la liquidación.

La recurrida correctamente entendió que no corresponde incluir en el cálculo de la licencia los rubros indicados, pues de otra manera, se duplicarían los concep-

tos por la forma de cálculo; si se agrega por ejemplo el aguinaldo en el jornal de licencia al calcular el aguinaldo separado lo vuelvo a cobrar, por segunda vez.

En suma, estimo que el "ad quem" no infringió las normas legales en la materia.

El segundo agravio refiere a que el Tribunal entendió que la aplicación temporal de la multa prevista en el art. 29 de la Ley No. 18.572, sólo corresponde sobre los créditos exigibles luego de la entrada en vigencia de la Ley citada. Los actores postulan que la multa legal debe aplicarse a los rubros devengados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley (fs. 3713 y ss.).

Al respecto, también se suscitó discordia del Sr. Ministro Dr. Julio Posada (fs. 3691 y ss.) y de la Sra. Ministra Dra. Lina Fernández (fs. 3691 vto.).

En mi criterio, corresponde desestimar el agravio.

Tal como sobre esta temática afirmó la Corporación: "Sin perjuicio, de que una norma está contenida en una Ley de carácter procesal, tienen naturaleza punitiva, en consecuencia, como sostuvo el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2do. Turno en Sentencia No. 248/2011: '... se trata de una norma estrictamente sancionatoria, que atento a la irretroactividad en el tiempo de la Ley punitiva (a excepción de la que sea más beneficiosa para el reo en el ámbito del derecho penal), de ningún modo puede aplicarse a situaciones que fueron regidas en su acaecimiento por otro régimen legal'" (Cf. Sentencia No. 801/2012).

El tercer agravio dice relación a que la sentencia consideró que el art. 16 de la Ley No. 18.572 (intereses legales desde la fecha de exigibilidad del crédito), sólo se aplica desde la entrada en vigencia de la Ley No. 18.572 (fs. 3718 vto.).

Tampoco le asiste razón a los agonistas.

Los fundamentos vertidos al analizar el agravio antecedente, también resultan trasladables a este otro motivo de sucumbencia.

El cuarto agravio consiste en que se haya dispuesto que el cálculo de la multa procede sobre el monto adeudado sin tomar en cuenta los intereses (fs. 3718 vto.).

Se afirma que la decisión del Tribunal colide con el art. 16 de la Ley No. 18.572, que habilita la acumulación de la multa con los intereses, pues la multa integra el monto líquido del crédito reconocido por sentencia.

El art. 16 establece: "(Actualización monetaria e interés legal).- En los procesos regulados por esta Ley, el monto líquido del crédito reconocido por sentencia generará un interés del 6% (seis por ciento) anual contado desde la fecha de su exigibilidad, además de la actualización monetaria prevista en el Decreto-Ley No. 14.500, de 8 de marzo de 1976 y de los daños y perjuicios establecidos por el artículo 4o. de la Ley No. 10.449, de 12 de noviembre de 1943".

Al respecto, el "ad quem" sostuvo que teniendo la multa una naturaleza sancionatoria, no procede el reajuste ni intereses. El reajuste e intereses opera sobre el crédito laboral adeudado y respecto del mismo se aplica

la multa (fs. 3688).

Comparto la posición del Tribunal, pues cabe interpretar que cuando la norma refiere a “crédito reconocido por sentencia” está pensando exclusivamente en los créditos laborales, nada más.

Es de verse que ontológicamente los daños y perjuicios preceptivos también responden a créditos reconocidos por sentencia.

Sin embargo en esta temática, la propia norma los excluye.

Ello ilustra que “créditos reconocidos por sentencia”, para la Ley y sobre esta temática, no equivale a cualesquiera créditos que el fallo reconozca.

Chediak González - Hounie Sanchez - Larrioux Rodríguez - Pérez Manrique (r.) - Martínez Rosso (r.)

## 1. RESUMEN DEL CASO

Nueve trabajadores del Instituto Nacional de Carnes (INAC) reclaman diferencias de salario en ciertos rubros (prima por antigüedad e incidencias, licencia, salario vacacional, partida anual de agosto, aguinaldo, aguinaldo complementario voluntario, etc.). La demandada opone la excepción de transacción argumentando haber celebrado acuerdo voluntario ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

En primera instancia el Juzgado Letrado del Trabajo de la Capital de 12° Turno rechaza la excepción de transacción.

El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3er Turno confirma la sentencia respecto a la excepción de transacción con dos discordias.

En Sentencia N° 315 de fecha 2 de diciembre de 2015 la Suprema Corte de Justicia por mayoría (una discordia), hace lugar al recurso de casación, y recibe la excepción de transacción.

## 2. LA SENTENCIA:

La clave está en determinar si el acuerdo voluntario celebrado por las partes ante el MTSS constituyó o no una transacción válida, o bien si se trató de una renuncia a derechos ciertos, y por lo tanto violatoria del principio de irrenunciabilidad.

### 2.1. Argumentos enunciados en la sentencia a favor de que existió una transacción válida:

(i) **Existe un acuerdo válido celebrado por las partes en el MTSS.** No se cuestionó la existencia, autenticidad, contenido y validez del acuerdo.

(ii) **Existieron concesiones recíprocas entre las partes:** El empleador se obligó a pagar 28 salarios aproximadamente a cada trabajador, y a cambio los trabajadores se obligaron a renunciar a reclamar cualquier rubro derivado de la relación laboral.

(iii) **Las concesiones recaen sobre derechos no ciertos o dudosos:** Resulta probado que existían dudas y cuestionamientos respecto de las liquidaciones por egreso, por lo que la renuncia recae sobre derechos dudosos. El incentivo de INAC aseguraba cantidades muy superiores a las pretendidas en el juicio y eran cantidades seguras, no inciertas como las que dependen de un proceso previo.

(iv) **No existió vicio del consentimiento:** Los trabajadores tuvieron acceso a asesoramiento. Se trató de personal adulto, con un nivel cultural medio alto, con más de 30 años de trabajo en el mismo lugar, y sindicalizado. La intervención del MTSS a través de la División Consultas supone además la intervención de los asesores de dicha dependencia

En resumen, se dan todos los elementos característicos del contrato de transacción, incluso aquellas notas de creación doctrinaria y jurisprudencial propios de la transacción en materia laboral.

**2.2. Argumentos enunciados en la sentencia en contra de que haya existido una transacción válida (Elena Martínez discorda):**

(i) **No existió transacción sino una mera renuncia:** Los trabajadores renunciaron al trabajo y a los derechos de los que pudieran ser titulares.

(ii) **No existió un litigio pendiente o eventual, y por lo tanto la intención de las partes de poner fin al mismo.** La causa del pago acordado no fue precaver un litigio, suprimir o eliminar una situación jurídica controvertida, sino incentivar a la mayor cantidad de trabajadores a que presenten su renuncia al trabajo.

(iii) **No existieron recíprocas concesiones:** Los trabajadores recibieron el pago total de las sumas que debían cobrar, ya sea porque se lo imponía la ley (liquidación por egreso), ya sea porque respondía a un ofrecimiento voluntario que luego de aceptado por los trabajadores desplegó los mismos efectos que la ley (1291 CC). Hubo una constancia de pago de los rubros laborales de indiscutible procedencia legal y/o contractual, pero no recíprocas concesiones.

(iv) **No existen créditos dudosos o inciertos (res dubia):** Las diferencias y cuestionamientos sobre las liquidaciones por egreso no tienen relación de inmediatez con el retiro incentivado, dado que fueron en el año 2007 y este beneficio fue creado en el año 2009 con otra finalidad. Además se pagó a cada trabajador la liquidación final por egreso (crédito cierto), más el incentivo acordado (también crédito cierto).

(v) **No existe relación causal entre la suma abonada por INAC y la renuncia de los derechos por parte de los trabajadores.** El plan de retiro y el pago del incentivo tenía como finalidad reducir gastos a través de la reducción de personal o el rejuvenecimiento de la plantilla de trabajadores.

(vi) **El acuerdo del MTSS no es una transacción:** Es una ratificación de la voluntad de los trabajadores tal como exige la política de retiro incentivado de INAC, que no puede mutar su naturaleza original. Además, los acuerdos celebrados en sede administrativa o su homologación con intervención de funcionarios del MTSS no son suficientes para que constituya una transacción.

En resumen, existió una renuncia genérica de derechos por parte de los trabajadores, y no transacción.

### 3. ANÁLISIS DEL TEMA

El caso en análisis plantea el tema de la transacción en el ámbito del derecho del trabajo, su diferencia con la renuncia, y el principio de irrenunciabilidad.

Como primer punto es de destacar que no existe norma específica del derecho laboral que defina tales conceptos, ni que regule los mismos.

La doctrina y jurisprudencia ha aceptado la transacción en material laboral (y rechazado la renuncia) en la medida que se respeten ciertos límites, y se cumplan determinados requisitos. Plá Rodríguez señala que existen dos razones fundamentales para aceptar la transacción y rechazar

la renuncia; “la primera de carácter teórico, porque la transacción supone trocar un derecho litigioso o dudoso por un beneficio concreto y cierto, mientras que la renuncia supone simplemente privarse de un derecho cierto, y la segunda, de carácter práctico, porque como la transacción es bilateral no significa sacrificar gratuitamente ningún derecho, puesto que, a cambio de una concesión, se obtiene siempre alguna ventaja o beneficio”<sup>2</sup>.

Mientras que la renuncia es unilateral, gratuita y presupone la certeza del derecho renunciado, la transacción es bilateral, onerosa y presupone un derecho incierto o dudoso. La transacción es aceptada en tanto la renuncia de uno se compensa con la renuncia del otro, a través de las concesiones mutuas.

### 3.1. La transacción:

El Código Civil en su artículo 2147 inc. 1 establece “La transacción es un contrato por el cual, haciéndose recíprocas concesiones, terminan los contrayentes un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”.

Más allá de la definición legal, en material laboral se ha elaborado un concepto particular de transacción, que puede diferenciarse de la noción de transacción del Derecho Civil.

La jurisprudencia laboral aplica la normativa referida a la transacción del Código Civil, pero la adecua a los principios y conceptos del Derecho Laboral, a las particularidades de la disciplina.

Por lo tanto, para determinar si estamos ante una transacción válida en materia laboral, además de analizar los elementos que surgen de la propia definición del Código Civil: (i) litigio (pendiente o eventual), y (ii) concesiones recíprocas, se requiere: (iii) que la transacción refiera a derechos dudosos e inciertos (res dubia), y (iv) que el trabajador haya contado con el debido asesoramiento sobre el alcance y contenido del acuerdo de transacción (consentimiento válido).

Atendiendo a lo expuesto, Cristina Mangarelli propone la siguiente definición de transacción en el derecho del trabajo: “la transacción es un contrato por el cual las partes ponen fin a un litigio o precaven un litigio eventual, referido a derechos dudosos o inciertos, a través de concesiones recíprocas, debiendo contar el trabajador con el debido asesoramiento”<sup>3</sup>.

A continuación se analizan los elementos de la transacción en el derecho del trabajo:

#### (i) Existencia de litigio (pendiente o eventual):

Al igual que el allanamiento y el desistimiento la transacción es una de las formas de autocomposición de un litigio.

Juan Francisco Dieste ha señalado que para comprender la función de la transacción es necesario recorrer el itinerario siguiente: cronológicamente la primera etapa es la pretensión que si bien es necesaria no es suficiente, ya que recién cuando esa pretensión choca con una resistencia (contra pretensión) es que aflora el conflicto. Pretensión y contra pretensión son en realidad los dos supuestos de la transacción, y el conflicto de intereses, su punto de partida, su habitat, sin el cual resultaría ininteligible. En definitiva, la transacción aparece como la síntesis autocompositiva.

2 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, BDL, Montevideo 1975, pág. 100.

3 MANGARELLI Cristina, *La Transacción en el Derecho del Trabajo*, FCU, Montevideo, 2004, pág. 29 y ss.

va del conflicto<sup>4</sup>.

**(ii) Existencia de recíprocas concesiones:**

Es la causa de la transacción.

Constituye el elemento esencial de la transacción tanto civil como laboral.

Las concesiones recíprocas suponen el reconocimiento del derecho ajeno y la renuncia del derecho propio, pero no en su totalidad; “cada parte sacrifica o renuncia a sostener íntegramente el derecho invocado y al mismo tiempo a rechazar o negar completamente el derecho alegado por el contrario, pero no reconoce íntegramente el derecho ajeno y tampoco renuncia totalmente al derecho propio”<sup>5</sup>. La concesión no es gratuita o desinteresada, supone reciprocidad, doy algo a alguien pero a cambio espero que el otro me reconozca algo.

Los jueces han entendido que no hay concesiones recíprocas cuando el empleador acepta derechos que la ley laboral establece a favor del trabajador, o bien cuando por ejemplo al egreso del trabajador se paga lo que ordena la ley pagar liberando al trabajador de efectuar el reclamo judicial. En estos casos, en la medida en que no hay concesión del empleador (la empresa no renuncia a nada sino que paga lo que está obligada por ley), no hay transacción sino renuncia.

La Suprema Corte de Justicia invocando el artículo 1288 inciso 4 del Código Civil entendió que un acuerdo voluntario celebrado en el MTSS carecía de efectos jurídicos en tanto la causa del acuerdo fue ilícita porque una de las partes prometió dar algo a la otra (no reclamar o renunciar a ciertos derechos) a cambio de que cumpla con el deber que le impone la ley de antemano (abonar los rubros de licencia, salario vacacional, aguinaldo, horas extras, etc.)<sup>6</sup>.

**(iii) Debe estar referida a derechos dudosos e inciertos (res dubia):**

Es respecto a éste requisito donde existen mayores diferencias en cuanto a la transacción en materia civil y en el ámbito del derecho laboral. En materia civil se confunde derecho dudoso con litigioso, bastando para que la transacción sea válida con que el derecho sea litigioso, y de allí la incertidumbre del mismo, y uno de los motivos de ésta. Se está a la acepción objetiva de la expresión, como sinónimo de cosa controvertida o discutida. Mientras que en el ámbito del derecho del trabajo se adhieren a la acepción subjetiva de la expresión como equivalente a cosa dudosa o incierta.

Cristina Mangarelli<sup>7</sup> entiende que en materia laboral ambos extremos deben estar dados (*res litigiosa et dubia*), y que se trata de requisitos independientes: la exigencia de que un litigio sea solucionado a través de la transacción, y que los derechos sobre los que se transige sean dudosos o inciertos. Entiende que si no hay dudas respecto al derecho que se pretende, es decir, si existe certeza respecto al mismo, no hay transacción sino renuncia, la que se rechaza

4 DIESTE, Juan Francisco, *La transacción en el derecho del trabajo, con especial referencia a la impugnación de las actas transaccionales celebradas en el MTSS*, La Justicia Uruguayana Tomo 117, Montevideo 1998, pág. 67 y ss.

5 CARNELLI, Santiago, *La transacción y los medios de tutela* en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXVII, págs. 437 y 438.

6 Sentencia N° 112/2001 Suprema Corte de Justicia.

7 MANGARELLI, Cristina, *La transacción en el derecho del trabajo, el principio de irrenunciabilidad y la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia*, Revista de Derecho Laboral N° 208, Montevideo 2003, pág. 759 y ss. LOUSTAUNAU, Nelson, *Los acuerdos voluntarios celebrados en el M.T.S.S y el principio de irrenunciabilidad*, Revista de Derecho Laboral N° 206, Montevideo 2002, pág. 350 y ss.

por ser contraria al principio de irrenunciabilidad. El trabajador no puede desprenderse de un derecho reconocido a su favor, pero si puede cambiar un derecho dudoso o incierto por un beneficio concreto y cierto. Por ejemplo, probada la realización de horas extras, si podría el trabajador transigir sobre la cantidad.

En la jurisprudencia no existe un criterio uniforme sobre este aspecto. Generalmente se pone el acento en las concesiones recíprocas, sin considerar a veces la res dubia como requisito necesario para la transacción. Se entiende que la incertidumbre estaría dada por la existencia del litigio, suponiendo la transacción laboral el cambio de un derecho litigioso por un beneficio concreto y cierto.

*(iv) El trabajador debe contar con el debido asesoramiento:*

Se requiere que el trabajador este asesorado sobre el alcance y efectos del acuerdo de transacción que celebra.

En nuestro país se ha admitido la validez del acuerdo transaccional privado en el que el trabajador comparece asistido de su abogado, pero en cambio no todos los acuerdos celebrados ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con intervención del funcionario de dicho Ministerio, se han entendido válidos<sup>8</sup>. En el ámbito de los acuerdos voluntarios celebrados en el MTSS, en los cuales no se exige que el trabajador comparezca asistido de abogado, quien interviene por parte del Ministerio no suple el rol del asesor del trabajador, sino que se limita a documentar un acuerdo (generalmente consensuado previamente por las partes), dando fe de la identidad de las partes, fecha y suscripción del acta de acuerdo. Además estos acuerdos han sido utilizados por las empresas, alegando que constituyen una transacción, para documentar el pago de la liquidación por egreso del trabajador con la finalidad de que luego de cobrada la liquidación, el trabajador no reclame el pago de otros rubros o sumas superiores a los importes abonados. Por lo tanto, independientemente de que el acuerdo se haya celebrado en el ámbito del MTSS, los jueces analizan en cada caso concreto el acuerdo de modo de observar si reúne los elementos para configurar una transacción, con especial énfasis en la existencia de las concesiones recíprocas.

### **3.2. El Principio de Irrenunciabilidad:**

Para Plá Rodríguez refiere a *“la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio”*<sup>9</sup>

En relación a este principio hay una diferencia entre lo que ocurre en el derecho laboral y el derecho en general. Contrariamente a lo que ocurre en el derecho común en donde la regla es la renunciabilidad (uno puede voluntariamente privarse de una facultad o de una posibilidad o de un beneficio que posee), en el derecho del trabajo rige el principio opuesto, que es la irrenunciabilidad (nadie puede privarse de las posibilidades o ventajas establecidas en su propio provecho).

Son justamente los fundamentos de este principio los que explican los dos últimos requisitos enunciados en el punto anterior, y que exige la doctrina para la validez de la transacción en materia laboral.

Por una parte el (a) fundamento objetivo que refiere al carácter de las normas laborales (imperativas, de orden público) y a la limitación de la autonomía de la voluntad. Y por otro lado

8 RASO DELGUE, Juan, *La validez de los acuerdos voluntarios ante el MTSS*, Tribuna del Abogado, Montevideo Marzo/Abril 2003.

9 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, Montevideo 1975, pág. 71.

el (b) fundamento subjetivo que refiere a los vicios (presuntos o reales) del consentimiento<sup>10</sup>.

Estos fundamentos no son necesariamente excluyentes sino que son complementarios. En efecto, Cristina Mangarelli sostiene que para poder concluir si se está en presencia de una transacción en materia laboral, los jueces analizan el contenido del acuerdo, pero también si el trabajador contó con el debido asesoramiento. Y esto último apunta al presunto vicio del consentimiento, derivado de la ignorancia o error del trabajador respecto del alcance del acuerdo que firmó (fundamento subjetivo del principio de irrenunciabilidad). Ahora bien, cuando las transacciones se refieren a derechos inderogables, no es necesario demostrar la existencia de un vicio del consentimiento, sino que basta la naturaleza inderogable del derecho transigido (fundamento objetivo del principio de irrenunciabilidad).

Por lo tanto, y siguiendo con lo anterior, si el acuerdo recae sobre derechos ciertos (la persona se desprende de un derecho reconocido a su favor por normas imperativas, de orden público y que establecen niveles mínimos de protección), estaremos ante una renuncia violatoria del principio de irrenunciabilidad, y no ante una transacción. Y también se estará afectando el principio de irrenunciabilidad si el trabajador no fue debidamente asesorado, en cuyo caso su consentimiento se entenderá viciado y por tanto la transacción será nula.

Considerando lo expuesto, la transacción será compatible con el principio de irrenunciabilidad de los créditos laborales, y por lo tanto un instituto admisible en el derecho del trabajo, en tanto revista los caracteres antes enunciados.

#### 4. NUESTRA OPINIÓN

De la lectura de la sentencia no parecería claro que exista una transacción válida entre los trabajadores e INAC, que del acuerdo celebrado ante el MTSS no surgirían los elementos característicos de un contrato de transacción.

¿Existiría una pretensión de los trabajadores que choque con una contra pretensión de la empresa? ¿Se da una situación conflictual incierta (res dubia) -presupuesto y causa de la transacción-, que muta a una situación pacífica cierta a través de recíprocas concesiones?

El objeto del acuerdo celebrado por las partes en el ámbito del MTSS parecería ser la documentación de la renuncia al empleo, y el pago la liquidación por egreso sobre la cual habría acuerdo entre las partes (liquidación que coincide con la solución legal), y no la pretensión del año 2007 sobre la liquidación de ciertos rubros.

Es decir, la intención de las partes no habría sido evitar un litigio futuro o terminar con uno real ya que parecería que ni siquiera se tenía conciencia del mismo. De lo contrario, se habría ampliado el objeto del acuerdo, más allá de la renuncia y liquidación por egreso, incluyendo como objeto transigido otros rubros (litigios o dudosos) originados en la relación de trabajo.

Además, y conforme con lo dispuesto en el artículo 2159 Código Civil, la transacción debe interpretarse estrictamente, por lo que no se podría ampliar el alcance de la misma para incluir

10 CASTELLO, Alejandro, *Vigencia y alcance del principio de irrenunciabilidad*, Revista de Derecho Laboral N° 229, Montevideo 2008, pág. 55 y ss. Castello plantea un tema distinto a la transacción que es la renuncia y en particular la renuncia a lo estipulado por contrato de trabajo. Concluye que es válida en determinadas condiciones: jerarquía del renunciante, carácter patrimonial, etc... En tal caso se admite la novación del contrato.

los rubros ahora reclamados por los trabajadores y que no fueron objeto del acuerdo. Por más que exista una declaración liberatoria de carácter omnicompreensiva a favor del empleador, en la medida que carece de eficacia jurídica porque constituye una renuncia encubierta de derechos, no impide a los trabajadores reclamar los rubros que no fueron individualizados en la transacción.

A pesar de lo anterior, y atendiendo también al principio de buena fe, razonabilidad y a efectos de garantizar seguridad jurídica, si nos apartamos de la forma documental del acuerdo, podrá entenderse que sí hubieron recíprocas concesiones (elemento clave) y por lo tanto transacción válida. Ataca el principio de razonabilidad no tener en cuenta que el empleador pago 28 sueldos aproximadamente, y a cambio el trabajador se obligó a no reclamar nada. Ataca el principio de buena fe cobrar una partida ampliamente superior a la legal por egreso, y no considerar que esta todo incluido, aunque no se haya mencionado expresamente en el acuerdo los rubros reclamados en juicio. Las concesiones recíprocas son la esencia de la transacción y es lo que la legitima, por lo que bastaría con que existan las mismas para entender que existió transacción válida.

En cuanto a la res dubia, cuestionamientos planteados en el año 2007, podría entenderse que los empleados renunciaron a tales derechos inciertos, dudosos, y de difícil concreción durante la relación laboral, a cambio de una renuncia paga comprensiva de tales rubros. Más aun considerando que lo abonado en concepto de incentivo es superior al monto pretendido en juicio. Es decir, los trabajadores optaron por renunciar al empleo y recibir una paga, y a cambio habrían renunciado a reclamar en juicio las diferencias salariales planteadas originalmente en el año 2007. En el caso no existe un litigio planteado pero se precave uno planteable.

En relación a la interpretación del acuerdo de transacción, más allá de ser de interpretación estricta, los jueces y la doctrina entienden que debe estarse también a la intención de las partes, la equidad y los hechos de los contratantes posteriores al contrato (artículos 1298, 1299 y 1300 CC). Por lo tanto, si los trabajadores ya se beneficiaron del pago de la transacción no podrían pretender la impugnación de ésta. Deberían haber impugnado la transacción antes de beneficiarse de ella.

## 5. CONCLUSIÓN

Entendemos que en el caso planteado el defecto podría estar dado en cómo se documentó el acuerdo de transacción en el ámbito del MTSS.

En base al análisis efectuado, concluyo que para que una transacción no sea impugnada con éxito en sede laboral, se requiere que del acuerdo surja claramente todos los elementos de validez de la misma. Sugeriría (i) una transacción genérica pura (comprensiva de todos los rubros pero sin individualizar los mismos o bien dejando constancia que la individualización no es taxativa sino a modo de referencia), (ii) que existan reales concesiones entre las partes, es decir que se pueda demostrar fácilmente que el empleador pagó más de lo que debía (la liquidación legal más un plus por la renuncia a los derechos dudosos reclamados) a cambio de la renuncia omnicompreensiva del trabajador, y (iii) que se haga expresa referencia a que el empleado fue debidamente asesorado sobre el alcance y contenido de la transacción por su profesional de confianza o profesionales con conocimiento en el tema, dependientes del MTSS.





## INFORMACIONES

*Carreras de grado*

*Maestrías y postgrados*

*Otras noticias de interés*



---

## NOTICIAS DE GRADO

### **Profesores de Universidad italiana visitan la UM.**

Se reunieron con profesores de nuestra Facultad y compartieron ponencias sobre Derecho Civil y Comercial y plantearon la posibilidad de intercambios estudiantiles.



El Profesor Agregado de Derecho Privado Europeo y Delegado para el Programa Erasmus de la Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria de Italia, Dr. Angelo Viglianisi Ferraro, participó de una jornada de intercambio académico con el Decano de la Facultad de Derecho (FDER) Dr. Nicolás Etcheverry junto a los profesores Dres. Guillermo Rosati, Santiago Altieri, Santiago Rodríguez, María Emilia Zaglio, Ana María Guzmán, Marcela Tabakián, María Brugini y Bernardo Amorín el 21 de marzo de 2016.

El título de la jornada fue: “El futuro de la internacionalización del Derecho Civil y Comercial” y el subtema: “Los proyectos de codificación del derecho de las obligaciones en Europa. ¿Un plan fallido o simplemente postergado?”.

En el encuentro, los profesores italianos y uruguayos intercambiaron ideas y ponencias en torno al futuro de la internacionalización del Derecho Civil y Comercial en diversas áreas, así como la eventual posibilidad de estrechar los lazos académicos entre la UM y la Universidad Mediterránea mediante acuerdos de intercambio de estudiantes y docentes.

En particular, manejaron diversas posibilidades como el apoyo académico de profesores a estudiantes en régimen de intercambio de estudios por cortas estadías o la publicación conjunta e interdisciplinaria de libros con profesores en el área de los derechos humanos y el derecho civil. Asimismo, hablaron de la posibilidad de realizar un trabajo de publicación interdisciplinaria en el que intervengan académicos de otras universidades sudamericanas, en especial de Argentina o Chile.

### **La Facultad de Derecho realiza donación de libros a la Suprema Corte de Justicia.**

Dr. Ricardo C. Pérez Manrique y Lic. Javier González Ayala fueron recibidos por las autoridades de la Universidad de Montevideo (UM)

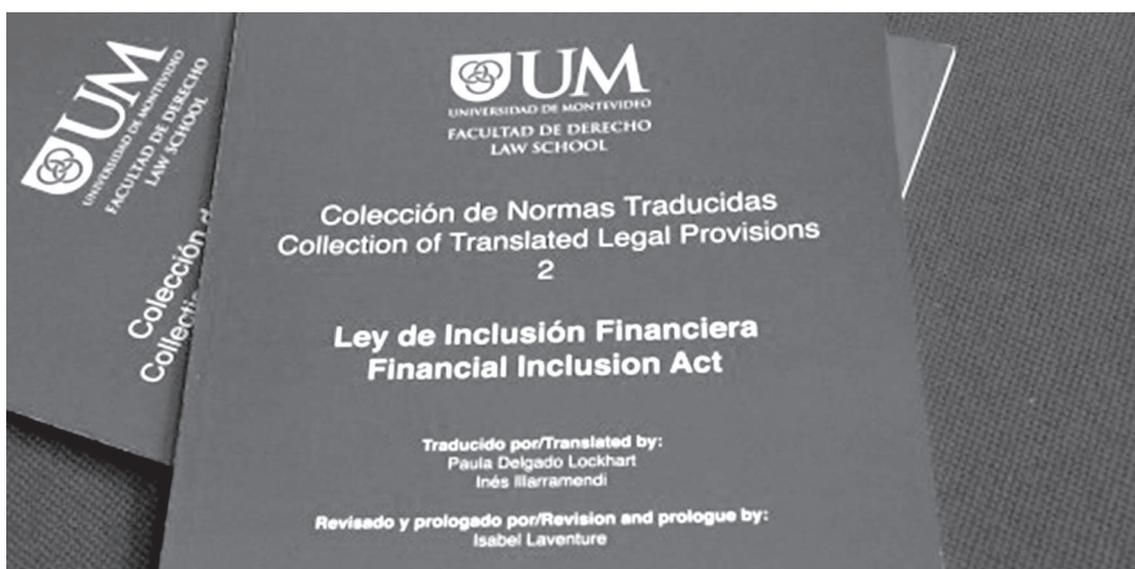


El martes 19 de abril a las 16:00 horas la Universidad de Montevideo (UM) tuvo el agrado de recibir la visita del Presidente de la Suprema Corte de Justicia (SCJ), Dr. Ricardo C. Pérez Manrique, quien concurrió acompañado por el Director de la Biblioteca de esa institución, Lic. Javier González Ayala.

Autoridades de la UM entregaron al Dr. Pérez Manrique varios libros de Derecho editados por la Facultad de Derecho (FDER) de la UM, como donación orientada a contribuir al fortalecimiento del acervo académico y técnico de la SCJ.

Pérez Manrique y González Ayala fueron recibidos por el Rector de la UM, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Carrau; por el Secretario Académico, Dr. Enrique Etchevarren; por el Decano de la FDER, Dr. Nicolás Etcheverry y por el Coordinador Académico de Maestrías y Postgrados de FDER, Dr. Pablo Genta.

## **SEMINARIO SOBRE LA LEY DE INCLUSIÓN FINANCIERA Y LANZAMIENTO DE LA VERSIÓN TRADUCIDA DE DICHA LEY.**



En la primera sesión del seminario “Incidencia práctica de la Ley de Inclusión Financiera en las profesiones jurídicas”, realizada el miércoles 13 de abril a las 18.30 en la sede de Puntas de Santiago, el Rector de la Universidad de Montevideo (UM), Dr. Juan Manuel Gutiérrez Carrau, presentó la versión traducida al inglés de la Ley 19.210, también conocida como “Ley de Inclusión Financiera” realizada por las traductoras públicas Paula Delgado Lockhart e Inés Illarramendi, ambas egresadas de la UM. El texto fue revisado por la Dra. Isabel Laventure.

En su presentación, el rector explicó que la UM está “abocada a ser una universidad internacional y bilingüe”. Narró que en la FDER hay ocho materias que se dictan exclusivamente en inglés y que la facultad participa desde el 2011 de la competencia internacional de arbitraje en Viena. También mencionó a la FCEE y el London Study Programme, con el cual es posible cursar paralelamente las carreras de Banking and Finance, Business and Management o Accounting and Finance mientras estudian cualquier licenciatura de la facultad.

A continuación, fue el Esc. Guillermo Rosati —Coordinador Académico de la carrera de Notariado de la FDER— quien presentó al Dr. Esc. Daniel Artecona para la primera de las tres sesiones del seminario.



Los temas que abordó el Dr. Artecona fueron: “Dinero electrónico. Concepto. Instrumentos. Instituciones emisoras. Potestades del Banco Central del Uruguay. Protección del usuario”.

“Inclusión financiera significa que la mayor parte de la población —especialmente los sectores más desfavorecidos— se integren al sistema financiero. Y estamos hablando de personas físicas y de empresas”, comenzó diciendo Artecona. A continuación, mencionó que hay una correlación entre inclusión financiera y desarrollo económico.

El profesional del Derecho comentó los nueve principios que guían a la inclusión financiera: liderazgo, diversidad, innovación, protección, empoderamiento, operación, conocimiento, proporcionalidad y marco regulatorio.

Artecona también hizo referencia al concepto de dinero electrónico, sus instrumentos y emisoras y a la potestad regulatoria del Banco Central del Uruguay, entre otros.

La semana siguiente expuso el Esc. Raúl Anido quien expuso sobre: De la paga y de los su-

brogados del pago. Del orden público económico ante el interés del acreedor. De las cláusulas de pago. De su aplicación ante negocios solemnes y consensuales. De la nulidad. La tercera y última sesión del seminario correspondió a la exposición de las escribanas Virginia Oddone y Mariela Salgado sobre: Análisis de los medios de pago en los Contratos de Arrendamientos, art.39 ley 19210. Medios de pago en los Honorarios Profesionales.art.12 ley 19210 . Análisis de los medios pagos en la enajenación de bienes, enajenación y otros negocios sobre bienes inmuebles, adquisición de vehículos motorizados, art. 35, 36, 40 y 41 ley 19210. Modificaciones de los art. 35, 36 y 40 ley 19210 por la ley 19355, con respecto a las sociedades comerciales.

El Seminario tuvo tal éxito que se agotaron los cincuenta cupos disponibles por lo que se realizaron dos seminarios más con la misma temática para atender la fuerte demanda que el mismo tuvo.

### **Representante de Naciones Unidas visita la UM**

Santiago Villalpando habló del Acuerdo de París sobre Cambio Climático.



El jueves 28 de abril, el Profesor Santiago Villalpando visitó la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Asistió a la reunión del Grupo de Trabajo de Estudio e Investigación de Fundamentos de Derecho Internacional Público y disertó sobre el *Acuerdo de París sobre Cambio Climático* firmado el pasado 22 de abril.

El Profesor Villalpando se doctoró en el Institut de Hautes Études Internationales de Ginebra y actualmente es el Director Jefe de la Sección Tratados de Naciones Unidas. Cumplió un importante papel en el desarrollo y culminación de la firma del Acuerdo de París, firmado por 175 países en un solo día, lo cual constituye un record en la historia de Naciones Unidas.

La reunión de trabajo con los miembros del Grupo de Estudio e Investigación de Fundamentos de Derecho Internacional Público dio lugar a un fructífero intercambio de ideas con los asistentes. El Profesor Villalpando agradeció la invitación al Dr. Nicolás Etcheverry, decano de la Facultad de Derecho, y auguró la profundizar la relación académica con la UM.

## NOTICIAS Y ACTIVIDADES EN EL CENTRO DE POSTGRADOS Y MAESTRÍAS

### DR. JORGE DÍAZ EXPUSO EN EL CENTRO DE POSGRADOS

El Fiscal de Corte Dr. Jorge Díaz expuso en la UM en el marco del Posgrado en Derecho Penal Económico

A partir del próximo año Uruguay contará con una nueva legislación en materia Procesal Penal que generará importantes cambios y desafíos procurando combinar la eficacia en la represión del delito con las garantías individuales.

Ante este panorama, el Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, Dr. Jorge Díaz, fue invitado al Postgrado en Derecho Penal Económico que dirige el Dr. Jorge Barrera para exponer sobre la reforma.



En su presentación, Díaz mencionó algunas de las fallas del sistema judicial uruguayo. “Los jueces penales uruguayos no son imparciales”, dijo. Según Díaz, esto se debe al diseño del sistema que está errado y, como consecuencia, “estamos violando derechos humanos”.

Díaz fue Juez del Crimen Organizado. Asimismo, es quien diseñó y armó la reforma del Código de Proceso Penal referente al Ministerio Público y Fiscal.

### PRESENTACIÓN DEL POSTGRADO EN DERECHO DEL TRABAJO APLICADO

El ministro de Trabajo y Seguridad Social Ernesto Murro participó del lanzamiento del Postgrado en “Derecho del Trabajo Aplicado”.

Junto a Murro en la sede de Posgrados de la UM el 2 de marzo estuvieron el ex rector de la Universidad de Montevideo (UM), Dr. Santiago Pérez del Castillo, el decano de la Facultad de Derecho (FDER) de UM, Dr. Nicolás Etcheverry, el coordinador académico de Máster y Posgrados de la FDER, Dr Pablo Genta, catedráticos, abogados y expertos en derecho laboral.

Durante el acto disertó el Dr. Daniel Ribas, especialista en Derecho del Trabajo para dar luego un espacio de intercambio con preguntas de la audiencia para el ministro de Trabajo, Ernesto Murro.

Murro se refirió a la realidad actual de la negociación colectiva, las vicisitudes, problemas y desafíos que enfrenta el gobierno, el estado actual de las rondas de salarios, los desafíos del INEFOP y otros temas como la velocidad de los cambios tecnológicos y su impacto en el trabajo y la producción.



En varias oportunidades destacó la necesidad de fomentar e impulsar la “cultura del trabajo” en el país. “Uruguay necesita imperiosamente mejorar su cultura de trabajo”, sostuvo el jerarca.

Este Postgrado cuenta con un diseño actualizado y orientado a cubrir adecuadamente una creciente necesidad profesional, académica y práctica, en aspectos medulares del Derecho del Trabajo, tanto en el ámbito público como en el privado.

Comprende un Programa curricular moderno, dinámico y esencialmente práctico, que procura contribuir al mejoramiento sustantivo del desempeño de la abogacía, de la magistratura o de la actividad de asesoramiento profesional.

En el desarrollo del PDTA los cursantes tienen oportunidad de profundizar los conocimientos en derecho individual y colectivo de trabajo, la actualización de la doctrina nacional y extranjera, la jurisprudencia especializada y la resolución de casos prácticos.

Además de los cursos curriculares el PDTA cuenta con Talleres y Conferencias en las que participan especialistas y operadores del área Pública, Sindicatos y la Judicatura especializada.

Este Postgrado está dirigido a Abogados, Jueces, Fiscales, Administradores, Gerentes, dirigentes Sindicales y en general a profesionales, quienes desde su cargo de consultor o dirección –tanto en el área privada como pública - deban considerar los distintos aspectos e incidencias prácticas del Derecho del Trabajo.

Para el dictado del **PDTA** se ha convocado a especialistas en Derecho del Trabajo, Seguridad Social, Gestión Humana y Derecho Procesal, destacándose la presencia de los Profesores: Dr. Santiago Pérez del Castillo, Dra. Cristina Mangarelli, Dr. Leonardo Slinger, Dr. Juan José Fraschini, Dr. Eduardo Ameglio, PhD. Juan José García, Dr. Daniel Rivas, Dr. Alejandro Castello, Dr. Juan Dieste, Dr. Rodolfo Saldain, Dr. Gerardo Cedrola, Dra. Alicia Seijas, Dr. Miguel Pezzutti, Dr. Diego Pescadere, Dr. Álvaro Rodríguez, Dr. Ariel Nicoliello, Dr. Mario Garmendia, Dra. Margarita de Hegedus, Dr. Santiago Pereira y Dr. Luis Simón.

#### **EDUCACIÓN A DISTANCIA – CURSOS ON-LINE**

La Facultad de Derecho continúa dictando cursos completamente *on-line*, siendo pionera en tal sentido en el ámbito académico universitario nacional. Para ello cuenta con un sólido respaldo técnico e informático, que viene a completar la excelencia académica de los contenidos que se imparten. Se dictaron con gran éxito y aceptación los siguientes Cursos de Postgrado:

- **Protección de Datos Personales en el Área de la Salud**, a cargo del Mag. Pablo Schiavi con participantes del área médica y jurídica tanto profesional como ejecutiva, particularmente del interior del país.
- **Delitos Informáticos** - A cargo del Dr. Martín Pecoy y Dr. Jorge Barrera. En este curso se analizan de modo práctico las conductas ilícitas relacionadas con la informática y su realidad jurídico penal en el Uruguay y a nivel internacional, y también los más recientes pronunciamientos jurisprudenciales. Contó con numerosos participantes, principalmente del interior del país.

Además de los cursos dictados se prevé ampliar esta modalidad a otras materias de diferentes áreas como, por ejemplo, la tributaria.

#### VISITAS:

- El Director de la Secretaría del MERCOSUR, **Dr. Oscar Pastore**, concurrió a los efectos de la presentación del Programa de Pasantías y Convocatoria para Candidaturas, en el marco del Convenio de Cooperación signado entre dicha Secretaría y la Universidad de Montevideo.
- El Sub Secretario del Ministerio de Economía y Finanzas, **Cr. Mag. Pablo Ferreri**, concurrió al Centro de Postgrados a fin de integrar el Tribunal de Defensa de Tesis de los alumnos del Máster en Tributación, Dr. Marcelo Caciotti y Cr. Federico Falco: "El Modelo Argentino-Urugayo de intercambio de información tributaria y para evitar la doble imposición".-

#### CICLO DE SEMINARIOS Y TALLERES

- **NUEVO PROCESO PENAL URUGUAYO** – Con un enfoque práctico y multidisciplinario conjunto entre las Cátedras de Derecho Penal Económico y Derecho Procesal Aplicado, este seminario abordó – por primera vez en nuestro ámbito académico – los recientes y sustanciales cambios realizados al régimen procesal penal que implican una redefinición de los roles y destrezas de Abogados, Jueces y Fiscales.

Esta actividad estuvo a cargo de los Profesores Dra. Raquel Landeira, Dr. Santiago Pereira Campos, Dr. Jorge Barrera y Dr. Luis Simón, y fue orientada a la formación y capacitación de Abogados, Escribanos y Contadores, así como a Jueces, Fiscales, Defensores de Oficio, Administradores y en general a quienes desde su cargo de consultor o dirección deban considerar los nuevos aspectos penales que regulan la actividad económica pública y privada.

- **TALLER – CONSEJO DE SALARIOS**

En el marco del lanzamiento del nuevo Postgrado en Derecho del Trabajo Aplicado, se dictó un Taller sobre la realidad de los Consejos de Salarios en el Uruguay. El mismo contó con la participación del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, Mtro. Ernesto Murro, el Director del Postgrado, Dr. Santiago Pérez del Castillo y del Profesor especialista en Derecho del Trabajo, Dr. Daniel Rivas, así como con la activa y valiosa contribución del numeroso público especializado y operadores jurídicos que concurrió al evento.

#### CURSOS INCOMPANY

Los cursos InCompany cuentan con programas diseñados a medida y tienen como objetivo ofrecer respuestas y soluciones a necesidades de capacitación estratégica y técnica de cada organización, constituyendo así un eficaz instrumento para la alta dirección y asesoramiento de

una empresa tanto pública como privada. En tal sentido fueron desarrollados en el período los siguientes:

- **Redacción de Contratos**, a cargo del Dr. Sebastián Ramos para la empresa ALTISOURCE.
- **Protección de Datos Personales en Salud**, a cargo del Dr. Pablo Schiavi para la empresa UCM – Grupoemi.
- **Ética y Gestión de Personas**, a cargo del Prof. Juan José García PhD., para el BROU.- Este contó con una audiencia de más de 150 participantes entre gerentes, directores y jefes de la institución, y abarcó dos ejes temáticos: El comportamiento humano y los referentes en la Empresa, y Liderazgo intergeneracional: el nuevo desafío de la tarea directiva.

#### **UM y Mercosur firmaron convenio**

“Hoy nos vestimos de gala”, afirmó el Director de la Secretaría del Mercosur Dr. Oscar Pastore. En un encuentro en la Secretaría del Mercosur, el Dr. Pastore, el Rector de la Universidad de Montevideo (UM) Dr. Juan Manuel Gutiérrez y el Decano de la Facultad de Derecho Dr. Nicolás Etcheverry firmaron un convenio de Cooperación Técnica y Académica.

Por la UM concurren también el Director del Máster en Integración y Comercio Internacional y ex Director de la Secretaría del Mercosur Dr. Jorge Fernández Reyes y el Coordinador Académico de Maestrías y Postgrados Dr. Pablo Genta.

El Dr. Pastore agradeció la presencia de los miembros de la UM y expresó: “Ojalá que en los próximos días podamos tener en esta sala reuniones de trabajo mucho más intensas”.

El Dr. Fernández Reyes dijo: “Veo con satisfacción esta predisposición de los países miembros del Mercosur. En el gobierno europeo, la integración es un fin en sí mismo. Para nosotros, la integración, desde mi punto de vista, es un instrumento. Tenemos que darle valor a ese instrumento”.



Después de firmar el convenio, el Rector de la UM explicó tres puntos en los que ambas instituciones pueden empezar a trabajar en breve. En primer lugar, indicó que estudiantes de la UM —en especial alumnos de las carreras de Negocios Internacionales y Dirección y Administración de Empresas— podrían realizar pasantías laborales en la Secretaría del Mercosur.

#### **LIBROS, ARTÍCULOS Y PRODUCTOS ACADÉMICOS**

- *“Los Mandamientos del Abogado”*- Dr. EDUARDO J. COUTURE.-
- *“ÉTICA PÚBLICA Y PATOLOGÍAS CORRUPTIVAS”* – Dr. CARLOS E. DELPIAZZO – ROGERIO GESTA LEAL (coordinadores).-
- *“Derecho de la Persona”* – Dr. Walter Howard
- *“ESTUDIOS DE INFORMACIÓN PÚBLICA Y DATOS PERSONALES -*

- **TOMO II - RECOPIACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN DE LOS**
- **CURSOS DE POSTGRADO 2014-2015** – Dr. PABLO SCHIAVI – Coordinador.
- **“ESTUDIOS DE DERECHO CONCURSAL URUGUAYO - Libro III”** – Dr. CAMILO Martínez Blanco - Coordinador –
- **“Ley de Sociedades Comerciales (Español – Inglés)”** Traducido por la Dra. INÉS PAYSEÉ.-

## INVESTIGACIÓN – TESIS

Son numerosos los trabajos de investigación académica de Tesis que en el presente período están en proceso de desarrollo o han culminado para obtener el título de Magíster:

**Dra. Maida Pérez - Dr. Daniel Olaizola** - Máster en Integración y Comercio Internacional: *“La Energía Renovable como alternativa de desarrollo sustentable post Conferencia de Partes 21 (COP21): el papel del IRENA”*.

**Dr. Andrés Hessdörfer** - Máster en Tributación: *“Responsabilidad Tributaria de Representantes. Análisis global de la figura y su vinculación con el principio de realidad”*.

**Dr. Gustavo Pablo Igarza Funes** - LL.M. Máster en Derecho - *“Negociación Colectiva en el Sector Público Estatal. Alcances y Contenidos”*.

**Dra. Virginia Zaffaroni Cristar** - Máster en Tributación: *“Tratamiento Fiscal de los productos financieros en el Uruguay”*.

**Dra. Paola Operti** - Máster en Derecho de la Empresa: *“Los medios de control del empleador: las fronteras entre el Poder de Dirección del empleador y los Derechos Inherentes a la Personalidad Humana del trabajador”*

**Cra. Rosario Olazábal – Cr. Mario Souto** - Máster en Tributación - *“Comprobantes Fiscales Electrónicos y anexos informativos 2181 y 2183. Su posible efecto sobre el plazo de prescripción de las obligaciones tributarias generadas en hechos generadores instantáneos.”*

**Dr. Marcelo Caciotti – Cr. Federico Falco** - Máster en Tributación: *“El modelo Argentino-Uruguayo de intercambio de información tributaria y para evitar la doble imposición”*.

**Dras. Karina Goday – Victoria Vergara** - Máster en Derecho Administrativo Económico: *“Marco legal del derecho a objeción de conciencia con especial énfasis en la ley de interrupción voluntaria del embarazo y su decreto reglamentario.”*

**Dr. Martín López de Castilla Köster** - Máster en Integración y Comercio Internacional - *“INTERCAMBIO COMERCIAL DEL PERÚ ANTES Y DESPUÉS DE LOS ACUERDOS DE LIBRES COMERCIO”*

**Cra. Ana María Rivas** – Máster en Tributación – *“Determinar si existe o no una interpretación uniforme del concepto de Beneficiario Efectivo, sus límites, alcances y consecuencias”*.-

**Dr. Maximiliano Cal** – Máster en Derecho Administrativo Económico: *“Efectos de las Sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo”*.

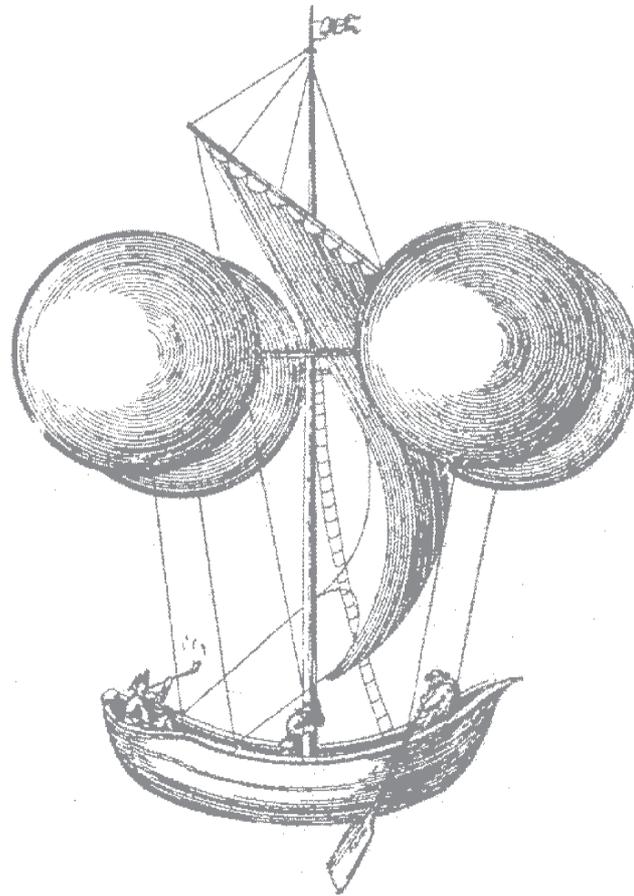
**Dra. Viviana Pérez Benech** – Máster en Derecho Administrativo Económico: *“Reparación Administrativa en las relaciones de consumo en el Sector Financiero”*

**Lic. Mag. Joselyn Kiss** – Máster en Integración y Comercio Internacional: *“La lana: marca país en el comercio internacional”*.

**Dra. María A. De León Delgado – Dr. César A. Llona Silva – Lic. Verónica Miranda Lakatos** - Máster en Integración y Comercio Internacional:

**Esc. Ana Cestona – Cra. Ana Arrigoni – Dra. Claudia Cedrés** – Máster en Tributación: *“El Responsable Sustituto a partir de la Ley de Reforma Tributaria”*.-





## TESINAS DE MASTERS

*FIGUEREDO FUENTES, Valeria*

Macrocriminalidad económica y las 40 recomendaciones del gafi  
para combatirla



---

# MACROCRIMINALIDAD ECONÓMICA Y LAS 40 RECOMENDACIONES DEL GAFI PARA COMBATIRLA

DRA. VALERIA FIGUEREDO FUENTES

## MACROCRIMINALIDAD

### I) ¿Por qué es importante profundizar en el estudio de la Macrocriminalidad Económica?

“Básicamente se responde esta pregunta por la existencia de lo que para muchos especialistas se define como “RIESGO EMPRESARIAL” o “CORPORATIVO” que consiste en el conjunto de hechos (aislados) contrarios a Derecho o cumplidos de modo objetivamente abusivo, que con respuesta pública punitiva, resultan susceptibles de ocasionar, directa o indirectamente, daños patrimoniales a las empresas y otros múltiples efectos al entramado social.”<sup>1</sup>

Este “riesgo corporativo”, implica un alzamiento de bienes, una interceptación telefónica ilícita o una operación de lavado de activos, los cuales constituyen conductas penalmente típicas que provocan apreciables daños a cualquier empresa, pero también la implementación de correctivos legales, siendo por tanto una actividad relevante para el Derecho.

Todo intento de aproximación al control de estos riesgos se vincula entre la necesidad de la intervención pública y una política desregulatoria (unida a la globalización).

La empresa en este contexto puede constituirse en actora de tales conductas e integrar el ámbito también de potenciales víctimas.

“La delincuencia socioeconómica es por tanto un conjunto de formas de desviación estructural vinculadas al manejo abusivo de ciertos mecanismos superiores de la Economía”.

Cervini y Adriasola entienden el fenómeno de la “Macrocriminalidad económica como: una modalidad de desviación estructural, en la cual inciden factores económicos como sociales”.

En este ámbito de los macrodelitos económicos el desconocimiento engendra la impunidad, ésta estimula las tendencias desviadas. Se debe conocer por tanto el fenómeno y difundirlo para poder combatirlo.

Frecuentemente se expresa que a medida que la tecnología progresa y aumentan las facilidades de comunicación y del transporte, en un conjunto armónico e indicativo del desarrollo global, también la criminalidad avanza en términos de técnica y sofisticación. De este hecho se puede extraer una conclusión discutible: “la macrocriminalidad está inexorablemente unida al desarrollo económico”.

Es evidente que el desarrollo económico propicia condiciones ideales para el nacimiento de la macrocriminalidad en el área económica, pero no puede sostenerse que las formas más gravosas de la delincuencia económica-financiera sean extrañas a las estructuras sociales subdesarrolladas.

De hecho, muy por el contrario, en los países subdesarrollados es donde cohabitan más frecuentemente las formas de desviación estructural propias de la marginalidad y que dichos países están expuestos a un mayor riesgo potencial.

“El desfase existente entre los niveles profesionales y técnicos de los operadores del control social

---

1 Derecho Penal de la Empresa” Dres. Raúl Cervini y Gabriel Adriasola.

facilita y estimula el emprendimiento de este tipo de acciones”<sup>2</sup>.

## II) Antecedentes y características del Derecho Penal Moderno.

El Derecho Penal solo, no ejerce ningún papel de prevención general.

El Derecho Penal Moderno presenta tres características salientes:

Se ha convertido en un sistema de recopilación de información a través del desplazamiento de cargas de vigilancia que acceden a la tipificación del lavado de activos.

Cada vez más delitos se establecen como figuras antecedentes del lavado de activos.

Cada vez más sujetos privados se incorporan al listado de instituciones o personas a cumplir con las cargas de vigilancia, entre ellas el reporte de operaciones sospechosas, y por último, el Derecho Penal tiende a uniformizarse en este ámbito de imposición de diversos organismos internacionales.<sup>3</sup>

El atentado terrorista del 11 de Setiembre en EE.UU y los hechos a él vinculados ha provocado profundas repercusiones en el Derecho Penal.

Además de la tipificación de conductas terroristas se ha comenzado a analizar el fenómeno del financiamiento de las organizaciones terroristas.

Cabe señalar que la Convención de NN.UU recomendó: “Configurar como delito de la financiación del terrorismo a los actos terroristas y las organizaciones terroristas “ y entre otros puntos”, imponer los requisitos anti lavado a los sistemas de envíos de remesas de fondos”. Agregó:

“cada país debe criminalizar penalmente la financiación del terrorismo, de los actos, los actos terroristas y las organizaciones terroristas” y entre otros puntos: imponer los requisitos antilavado a los sistemas de envíos de remesas de fondos”. Agregó: cada país debe criminalizar penalmente la financiación del terrorismo, de los actos terroristas”. Los países deberán asegurarse que tales delitos se establezcan como delitos subyacentes del blanqueo”.

Esta tendencia de la Comunidad Internacional, impondrá abordar con un nuevo sesgo el estudio de la criminalidad económica y el blanqueo de capitales.

Esta afirmación ha llevado en primera instancia a la necesidad de que el terrorismo pase a ser considerado como uno más de los delitos antecedentes en materia de lavado de activos. Ya la ley 1015 de la República del Paraguay estableció en su artículo 3º que “comete delito de lavado de activos el que con dolo o culpa oculta un objeto proveniente de un crimen o de un delito perpetrado por una banda criminal o grupo terrorista o de un delito tipificado por la ley 1340/88” ( que reprime el tráfico de sustancias estupefacientes y drogas peligrosas).

Uruguay ha ampliado el elenco de delitos antecedentes del lavado de activos mediante la ley 17.343 de mayo de 2001. Estableciendo entre aquellos al terrorismo. Nuestra legislación establece también el delito de blanqueo de capitales proveniente de delitos de corrupción pública (Art. 39 ley 17.060).

El problema quedó zanjado con el dictado de la ley 17.343.

Cabe afirmar que la consagración del terrorismo como delito antecedente del lavado de activos, hace que la batería de medidas preventivas que le acceden a éste le sean aplicables. Sin embargo, la tipicidad del delito de lavado de activos y su consiguiente arsenal de cargas de vigilancia sobre sujetos privados se encuentra dirigida a detectar los fondos provenientes del delito antecedente y no necesari-

2 Derecho Penal de la Empresa” Dres. Raúl Cervini y Gabriel Adriasola.

3 “La Financiación del Terrorismo y el lavado de dinero: técnicas de prevención, investigación y medidas cautelares, el proyecto de reforma legislativa en Uruguay, incidencia de la ley 17.773 en presuntos sobre macrocriminalidad” Dr. Gabriel Adriasola. Editorial Carlos Álvarez (2004).

riamente los fondos destinados a financiarlo, a los que pueden provenir perfectamente de actividades lícitas.

Sin perjuicio de la existencia de tales relaciones, dogmáticamente es posible afirmar que el lavado de capitales es una actividad posterior al delito que generó dichos ingresos, mientras que el financiamiento terrorista es una actividad previa o concomitante al delito que se busca perpetrar.

#### DELITO TERRORISTA Y FINANCIAMIENTO DEL MISMO

Resulta extremadamente dificultosa una definición del delito terrorista, ya que la misma involucra importantes factores de índole política y social.

Por su parte, la Convención sobre la Prevención y la Represión de Actos Americanos asociados a la OEA dispuso que los Estados tomarán... “todas las medidas eficaces con el fin de prevenir y reprimir los actos de terrorismo, en particular, el secuestro, la muerte y otros atentados contra la vida o integridad física de personas a quienes el Estado debe, de acuerdo al Derecho Internacional acordar una protección especial...” señalando como tales “...los actos que producen un efecto de terror o de intimidación sobre los habitantes de un estado”.

La Convención Interamericana contra el Terrorismo (art. 2) recurrió para su aplicación a delitos contenidos en diversas convenciones internacionales.

#### III) Operativa del Blanqueo de dinero.

El fenómeno financiero vinculado al Terrorismo

El terrorismo ha sido considerado como delito antecedente al lavado de activos.

A diferencia de lo que sucede con el lavado del dinero sucio, los fondos destinados al terrorismo pasan por un proceso que consiste en “ensuciar” el dinero limpio.

El procedimiento implica enviar dinero limpio a los circuitos clandestinos, ya que los bienes y actividades a financiar (compra de armas, gastos operativos) por parte de las células receptoras de esos fondos se encuentran precisamente en esos circuitos clandestinos.

En el lavado de capitales, el dinero ensuciado en los circuitos clandestinos debe ser reenviado al mercado lícito bajo una nueva apariencia, mientras que en el caso de financiación de actividades terroristas, el operativo es precisamente sacar del mercado lícito el dinero para enviarlo a los circuitos clandestinos.

Sin dejar de reconocer la estrecha relación entre uno y otro fenómeno, cabe decir que muchas veces el dinero limpio a remitir al circuito clandestino, proviene precisamente de ese mismo circuito y fue previamente sometido a un proceso de blanqueo.

A efectos de completar el círculo de tipicidad aparece como necesaria la creación de una figura penal paralela a la de blanqueo, capaz de atrapar la conducta de financiación.

La ley 17.016 castiga en su art. 32 al que organice o financie las actividades de narcotráfico, aún cuando éstas se ejecutaran fuera del territorio uruguayo.

De esta manera, se logra atrapar en la tipicidad tanto la financiación del delito como el blanqueo posterior de su producido.

La mencionada Convención de NN.UU contra el financiamiento del terrorismo, declara delictiva la recolección de fondos destinados a tal actividad. La recolección es distinta a la financiación, o por lo menos una etapa previa a la misma y constituye un acto preparatorio de aquella si la acción queda detenida en la mera recolección y por ello la necesidad de una tipificación autónoma.

Resulta dogmáticamente posible asimilar el acto de blanqueo o lavado de dinero al acto de financiamiento o recolección de fondos. En la operativa de blanqueo se asiste a etapas que pueden ser muy diferentes a las operativas de financiamiento:

- 1) Colocación del dinero ilegal en el circuito económico y financiero legal.
- 2) Transformación (ocultación del origen ilícito de los fondos).
- 3) Integración Se introducen los fondos “lavados” dentro del sistema legal.

“El delito terrorista no es necesariamente un delito contra el orden económico, sino que se trata de un delito que afecta principalmente la seguridad y la Paz Pública. Sin embargo, hoy aparece indudablemente vinculado al ámbito económico y financiero pues se ha percibido que es necesario controlar y atacar sus fuentes de financiamiento ya que la compleja organización que se requiere para montar un acto terrorista debe necesariamente reunir al circuito financiero para introducir grandes cantidades de fondos”.<sup>4</sup>

La represión del terrorismo viene siguiendo el mismo proceso que ha seguido la represión del narcotráfico.

Es necesario compatibilizar estas obligaciones internacionales con la normativa de secreto bancario que en Uruguay sólo admite el relevamiento y bloqueo mediante resolución fundada de una autoridad judicial.

El necesario mantenimiento de esta normativa de orden público implica que para cumplir con tales obligaciones deba solicitarse esa autorización por parte del Poder Ejecutivo, del Ministerio Público y del BCU.

Cada país deberá evaluar y proceder al congelamiento de fondos de acuerdo a su normativa interna.

Es necesario incorporar nuevos sujetos obligados a cumplir con las cargas de vigilancia.

Las legislaciones antilavado establecen en sus disposiciones obligados a cumplir con “cargas con fines de contralor”, sobre aquellas personas físicas o jurídicas cuya actividad principal o accesoria es la captación de valores, intermediación o aplicación de recursos financieros, compraventa de moneda extranjera, oro o títulos mobiliarios.

Tales sujetos son P.e: en la legislación brasilera las bolsas de valores, los bancos, las aseguradoras, corredores, administradores de tarjetas de crédito, inmobiliarias, empresas de basing y factoring, comerciantes de joyas, oro, objetos de arte.

La ley les impone a estos sujetos las siguientes obligaciones:

Identificación del cliente.

Mantener el registro de relación a las actividades u operaciones financieras.

Comunicación de esas operaciones sospechosas o de las exceden cierto monto a los órganos competentes.

Los Escribanos públicos, los Contadores excepto cuando actúen en defensa en juicio.

#### **IV) Tendencia de Uruguay aacompañarse con las legislaciones mundiales.**

La tendencia en Uruguay es la de acompañarse con las legislaciones mundiales que amplían el

<sup>4</sup> “La Financiación del Terrorismo y el lavado de dinero: técnicas de prevención, investigación y medidas cautelares, el proyecto de reforma legislativa en Uruguay, incidencia de la ley 17.773 en presuntos sobre macrocriminalidad” Dr. Gabriel Adriasola. Editorial Carlos Álvarez (2004).

elenco de sujetos obligados a reportar las operaciones sospechosas.

Esta política criminal debería ser extremadamente cautelosa en la selección de los sujetos obligados a informar pues en su actual instrumentación viene arrasando con un principio cardinal del Estado democrático de Derecho como lo es el secreto profesional. Porque la consecuencia más grave de ésta política criminal es la inclusión de profesionales liberales en el elenco de sujetos obligados a reportar las operaciones sospechosas con la consiguiente ruptura del compromiso de confidencialidad que es inherente a ese tipo de actividades.

La ley uruguaya amplía notablemente el elenco de sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas, llegando incluir en él hasta los abogados.

La ley delimita a los profesionales obligados mediante una fórmula extremadamente ambigua, caracterizándolo como aquellos “que realicen transacciones financieras o participen de la administración de sociedades comerciales a nombre y por cuenta de terceros”.

La recomendación No. 12 del GAFI sirve para clarificar en qué casos el profesional está obligado al reporte. Así, “los abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores cuando preparan o llevan a cabo transacciones para su cliente, relacionadas con las actividades siguientes: compraventa de bienes inmuebles, administración del dinero, títulos valores y otros activos del cliente”

Pero lo más trascendente es que se desplazan cargas de vigilancia hacia sujetos que hasta ahora detentaban el inviolable estatuto de confidencialidad como lo son los profesionales liberales y muy específicamente los abogados. No considero que esta tendencia sea la correcta. Idénticas reflexiones merece el caso de los Escribanos.

Lograr combatir la criminalidad organizada es uno de los grandes desafíos de los tiempos modernos, pero ese combate no puede lograrse mediante el sacrificio de libertades y garantías, ni modificando el papel de profesionales universitarios para convertirlos en Fiscales de sus clientes.

Delito de fraude corporativo como figura antecedente del lavado de activos

En Uruguay el elenco de delitos antecedentes del lavado de activos no reconoce como tales a los delitos de fraude societario. La ley 17.343 expresamente dejó fuera los fraudes contra corporaciones privadas.

Sin embargo, en Uruguay, los fraudes contra la Administración Pública están comprendidas en el art. 30 de la ley 17.060 (blanqueo de dinero de actos de corrupción pública) y aquellos contra corporaciones privadas se tipifican como encubrimiento de estafa.

Si el fraude se efectúa por un funcionario público contra la Corporación Pública el blanqueo de capitales proveniente del mismo está expresamente previsto en el art. 30 de la ley 17.060 (ley anticorrupción).

Por otra parte para ejecutar el delito de blanqueo de capitales establecido en la ley 17.060 no se requiere que el autor o partícipes fueran funcionarios públicos, por lo que cualquiera puede cometerlo.

Si se trata en cambio de un fraude contra una corporación privada o contra una corporación pública pero llevada a cabo por particulares esa conducta en derecho uruguayo ya no se denomina “fraude” sino “estafa” (art. 347 del Código Penal), estando especialmente agravada si se ejecuta contra el estado o cualquier ente público (art. 348 C. Penal).

Necesidad de tipificar el lavado de activos provenientes del fraude empresarial.

Hoy resulta necesario incluir al fraude societario como delito antecedente del lavado de activos pues generalmente la ocultación del fraude se lleva adelante a través de complejas asociaciones ilícitas

financieras en las que sus miembros aparecen estrechamente involucrados en la comisión del fraude principal y en el lavado de los fondos por él generados a través de complejos mecanismos de ingeniería financiera y societaria.

Hay autores que promueven la creación de un tipo penal autónomo, no una ampliación del elenco de conductas antecedentes establecido en la ley 17.343.

El delito tributario si bien es un delito en beneficio de la empresa, no debe incluirse como delito antecedente del blanqueo de activos. Y ello porque la identidad del bien jurídico tutelado en materia de delitos fiscales presenta particularidades que puede convertir al Derecho Penal en un instrumento, o herramienta para fines meramente recaudatorios.

#### **V) Reglamento CICAD/ OEA**

La Asamblea General de la OEA encomendó a la Comisión Interamericana Contra el Abuso de drogas (CICAD) la convocatoria de una comisión de expertos de países americanos para que investigara la influencia del blanqueo en el hemisferio y, a partir de ello, preparara medidas orientadas a su control.<sup>5</sup>

El trabajo de estos expertos se materializó en la elaboración de un Reglamento Modelo sobre el control del lavado, aprobado por la Asamblea General de la OEA en 1992, base sobre la que la propia organización ha ido apoyando la labor de los países miembros que han querido ajustar sus respectivos ordenamientos jurídicos para hacer frente a este fenómeno.

Se han ido introduciendo cambios en el Reglamento Modelo hasta la fecha, donde los países americanos han venido ampliando la relación de ilícitos previos, contando entre ellos el tráfico de seres humanos, el tráfico de órganos, la prostitución, la pornografía, el secuestro, la extorsión, la corrupción, el terrorismo y el fraude.

#### **Convención de Palermo del año 2000**

Esta convención de NN.UU contra la delincuencia organizada de 2000 (más conocida como Convención de Palermo) constituye la evolución natural de la Convención de Viena de 1988, ampliando el combate de formas de delincuencia organizada.

La característica del lavado de activos viene dada por el incremento de las relaciones económicas que ha determinado la expansión territorial de los mercados y, con ella, la internacionalización a gran escala del comercio. Se atiende a un proceso donde el intercambio se intensifica y los mercados ilícitos también han asistido a este proceso de universalización de la criminalidad organizada.

#### **VI) Las 40 recomendaciones del GAFI del 20 de junio de 2003 y su relevancia para el Uruguay**

Se puede establecer un breve resumen de las recomendaciones más relevantes siendo que:

- 1) Los países deberían tipificar como delito el lavado de activos en base a la Convención de NN.UU de 1988 ( Convención de Viena) y la Convención de Palermo de 2000.
- 4) Los delitos graves son los que los países deberían aplicar al delito de lavado de activos. Se debería aplicar a las personas jurídicas la responsabilidad penal y, en los casos en que no sea previsible, la responsabilidad civil administrativa.
- 5) Las personas jurídicas deberían estar sujetas a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas. Estas medidas se aplicarían sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas.

<sup>5</sup> “Combate al lavado de activos desde el Sistema Judicial” (Dr. Eduardo Caparrós, Dr. Isidoro Blanco Cordero y Dr. Javier Alberto Zaragoza). –Presidencia de la República (Junta Nacional de Drogas) CEPLA–Centro de Capacitación del lavado de activos (1<sup>o</sup>. Edición Nov. 2003) /OEA- CICAD y BID

- 6) Las instituciones financieras no deberían mantener cuentas anónimas o cuentas bajo nombres evidentemente ficticios. Las instituciones financieras deberían identificar y verificar la identidad de sus clientes cuando exista sospecha de lavado de activos.
- 7) Los países deberían asegurar que se dispongan de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas, de orden penal civil o administrativo para tratar a las personas físicas o jurídicas que no cumplan con los requisitos para combatir el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo.
- 8) Los países deberían tomar medidas para impedir el uso ilícito de personas jurídicas por parte de los lavadores de activos.
- 9) Cooperación internacional. Los países deberían prestar, rápida, constructiva y efectivamente la gama más amplia posible de asistencia legal mutua en relación con las investigaciones, procesos judiciales y procedimientos relacionados al lavado de activos y financiamiento del terrorismo.
- 10) Los países deberían prestarse, en la mayor medida posible, asistencia legal mutua aún en ausencia de doble incriminación penal.
- 11) Los países deberían reconocer al lavado de activos como delito que puede dar lugar a la extradición.

#### **VII) Técnicas de investigación en materia de terrorismo, crimen organizado y lavado de capitales.**

“En el Derecho Penal en el combate a estas formas de criminalidad, se juega esencialmente el ámbito del Derecho Penal y las técnicas de recolección de la prueba mucho más que en el ámbito del Derecho penal sustantivo. En ese sentido, un primer problema a abordar es el del sistema de valoración de la prueba”.<sup>6</sup>

La tipificación del blanqueo de activos, se bifurca en dos leyes especiales. La ley 17.016 comprensiva del lavado de activos proveniente del tráfico de estupefacientes y por la ley 17.343 también aplicable a conductas antecedentes como el terrorismo, el tráfico de seres humanos órganos y tejidos, contrabando, proxenetismo, extorsión y secuestro.

Por otro lado, la ley 17.060 en su art. 30 tipifica el blanqueo de dinero proveniente de actos de corrupción pública enmarcando un elenco de delitos antecedentes cuya objetividad jurídica es la tutela de Administración Pública.

El art. 174 del Código del Proceso Penal establece: “los jueces apreciarán la eficacia de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica”.

De la disposición citada se desprende que el principio general en materia de valoración de la prueba es precisamente el de la sana crítica, y el régimen de libre convicción es una excepción al criterio general.

Por lo tanto, cuando se analiza la legislación penal extra código, si en la misma nada se dice respecto al sistema de valoración de la prueba, rige para los delitos contenidos en la ley especial el principio emergente del art. 174 del CPP.

En la citada ley 17.060 nada se dice sobre el régimen de apreciación judicial de la prueba, por lo que no hay la menor duda que la prueba en el blanqueo debe valorarse y evaluarse según el régimen de la sana crítica. Sin embargo existen en la ley 17.016 dos disposiciones que arrojan dudas: El art. 62 y 61.

<sup>6</sup> “La Financiación del Terrorismo y el lavado de dinero: técnicas de prevención, investigación y medidas cautelares, el proyecto de reforma legislativa en Uruguay, incidencia de la ley 17.773 en presuntos sobre macrocriminalidad” Dr. Gabriel Adriasola. Editorial Carlos Álvarez (2004).

Tradicionalmente los sistemas de apreciación de las pruebas se han dividido en tres clases:

- I) Prueba legal
- II) Sistema de convicción íntima del Juez.
- III) En el medio está el sistema que algunos llaman de libre convicción pero no de íntima convicción en el cual el Juez tiene el poder de apreciar libremente la prueba, pero su decisión debe fundarse en los elementos del proceso.

No es concebible pensar que el legislador quiso establecer sistemas de valoración de la prueba diferentes para el lavado de activos provenientes del narcotráfico y para el lavado de activos provenientes de la administración Pública.

Por tanto, la apreciación de la prueba en materia de lavado de activos en la legislación uruguaya sigue el sistema de la sana crítica.

Existe otro problema que es el del conocimiento del origen de los bienes.

A mi juicio al igual que a juicio del fallecido Dr. Adriasola el origen criminal de los bienes o valores es, por cierto, un presupuesto del delito; y el conocimiento del origen criminal de esos bienes o valores por parte del sujeto activo del delito de lavado, es materia de la tipicidad subjetiva, integra el concepto del dolo (acotándose que en la ley uruguaya el lavado de activos sólo es perpetrable mediante esta modalidad).

De acuerdo con la legislación uruguaya cualquier medio de prueba lícito y de los contenidos en el CPP podrá servir a ese fin. De regla habrá que recurrir a la prueba por indicios en caso de dudas acerca de la procedencia de determinados bienes.

Dice el art. 216 del CPP que son indicios los estados, hechos personales o materiales, ocurridos o en curso, aptos para convencer, en alguna medida, acerca de la verdad de las afirmaciones o de la existencia de un hecho objeto del proceso, toda vez que no constituyan un medio de prueba específicamente previsto.

Para estructurar la prueba indiciaria en materia de lavado de activos es de gran importancia interpretar el elemento subjetivo, la conducta del agente y el estudio de los procesos que utilizó para la ocultación o disimulación de los bienes.

De este modo son indicios perfectamente relevantes el precio vil en una transacción, el fraccionamiento de depósitos bancarios, el concurso de personas interpuestas, la utilización de identidad falsa, las relaciones comerciales y financieras con paraísos fiscales, la celebración de contratos simulados o sin sustento económico real, la apertura de cuentas bancarias por períodos cortos de tiempo, el movimiento de grandes capitales sin una correspondiente actividad comercial lícita, la adquisición de bonos y su inmediata venta sin razones aparentes o en momentos en que no existen oscilaciones de mercado.

#### TECNICAS DE INVESTIGACIÓN:

##### LA ENTREGA VIGILADA

El art. 11 de la Convención de Viena (autoriza a los estados a la adopción de la misma si los principios fundamentales de sus ordenamientos jurídicos lo permiten).

La "Convención de Palermo" recomienda la adopción de ésta técnica en su art. 20.1.

La "Convención Interamericana contra el Terrorismo" dice: "...cada estado parte en la medida en que no lo haya hecho deberá establecer un régimen jurídico y administrativo para prevenir, combatir y erradicar la financiación del terrorismo...incluyendo medidas de detección y vigilancia de movimientos transfronterizos de dinero en efectivo".

La entrega aún no estando legislada específicamente, es una técnica investigativa que puede aplicarse al Uruguay.

La vigilancia de la entrega a menudo es difícil porque la policía del país del destino suele enterarse del envío legal cuando este ya está en tránsito o ya ha llegado al territorio nacional. La información sobre la ruta prevista puede ser escasa, y la ruta puede cambiar inesperadamente. Para que la técnica dé resultados, la entrega vigilada debe tener apoyo de las autoridades del país.

Habiendo el país ratificado la Convención de Viena de 1988 y teniendo a la vista las recomendaciones del GAFI se puede concluir en que la técnica de entrega vigilada no colida con el art. 177 del Código Penal.

#### EN AGENTE ENCUBIERTO Y EL DELITO PROVOCADO

La figura del delito provocado fue introducida en el Derecho uruguayo por el art. 74 de la ley 17.243, estableciendo ahora la facultad de las autoridades públicas, bajo determinadas circunstancias de punir al delito provocado.

La hipótesis de delito provocado por la autoridad, consiste en la circunstancia por la cual el sujeto realiza los actos de un tipo penal determinado, motivado por la acción preordenada de la autoridad encargada de reprimir el delito. La errónea apreciación que aquél hace de las consecuencias de su acción, es lo que induce a recorrer el camino en dirección a la conducta típica. La trama del episodio criminal es engañosa, carece de realidad y, por ende, no es subsumible en un tipo legal.

La normativa introducida por la ley 17.243 condiciona la represión penal del hecho delictuoso provocado por la autoridad a determinados requisitos. En primer lugar autorización del Juez competente. Esa autorización debe responder a razones fundadas y que se está ante un supuesto de delincuencia organizada.

La “Convención de Palermo” (Convención de NN.UU contra la delincuencia organizada Transnacional) en su (Art. 2) define al grupo delictivo organizado como: “ grupo estructurado de tres o más que existe durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves tipificados con arreglo a la presente convención, con miras a obtener directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

La “Convención de Palermo” se convierte en un referente de la autointegración del Derecho interno para llenar el concepto normativo de delincuencia organizada que es un verdadero presupuesto para que pueda utilizarse válidamente la técnica de investigación de provocación del delito”.

Puede ser perfectamente la policía quien requiera la autorización judicial en el curso de una investigación radicada en esa esfera, o puede el propio juez adoptar el procedimiento de oficio en el curso de una indagatoria radicada en el ámbito judicial.

De la misma manera puede solicitarla la fiscalía.

Problema diverso es resolver si el agente provocador debe necesariamente ser un funcionario público si puede serlo un particular colaborador. Estimamos que la autoridad puede valorarse de un colaborador particular que preste su concurso al operativo y no por eso el hecho deja de ser provocado por la autoridad, sólo que ésta utiliza al particular como un instrumento. Existe un argumento de derecho positivo para arribar a esta conclusión ( el numeral 2 del art. 46 del Código penal) “el colaborar eficazmente con las autoridades judiciales en el esclarecimiento de un delito”.

El llamado AGENTE ENCUBIERTO o INFILTRADO se introduce con identidad falsa en una organización criminal para lograr la individualización de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios. Por lo tanto, es algo menos que el agente provocador, quien con su actividad provoca la conducta delictiva.

Perfectamente el agente encubierto puede ser también agente provocador.

Junto con el Dr. Adriasola estimo que la admisibilidad de la figura del agente encubierto como medio de obtención de pruebas, se desprende del ya analizado art. 8 del Código Penal.

No veo obstáculo a que un agente encubierto se infiltre a esa organización con el fin de obtener pruebas o descubrir a sus miembros.

El tipo penal que en derecho uruguayo atrapa la figura de la organización criminal es el art. 15° del Código Penal desde que el bien jurídico afectado es supraindividual, para otros la Administración de Justicia ( de regla el agente encubierto podrá coparticipar en todo el proceso de lavado, hasta su fase final, con el fin de descubrir a los autores y cómplices y la mecánica de la operativa, sin comprometer su responsabilidad penal).

*La prueba obtenida por el agente encubierto:*

La ausencia de previsión de esta figura en el derecho uruguayo, de admitirse igualmente la legalidad de su actuación, va a generar importantes problemas en materia de valoración de la prueba. La utilidad de esta figura estará radicada en la información que pueda aportar acerca de la modalidad del funcionamiento de las operativas de blanqueo de capitales.

La carencia de la legislación impediría el testimonio del agente encubierto bajo identidad falsa, como lo que prevé el art. 282 bis de la ley de Enjuiciamiento Criminal Española.

Sin duda esta problemática tendrá que ser resuelta legislativamente, aunque puede entenderse que la información del agente encubierto podrá servir de indicio fundante de la resolución judicial que ordena relevar el sigilo financiero.

#### LA COLABORACIÓN EFICAZ Y LA FIGURA DEL ARREPENTIDO

La figura del arrepentido consiste básicamente en otorgar un beneficio de reducción de pena o incluso la exención de pena, al autor, coautor o partícipe que “ colaborara espontáneamente con las autoridades, prestando informaciones penales y de su autoría o a la localización de los bienes, derechos o valores objeto de un crimen”.

Esta práctica arranca en los EE.UU con la técnica del “flipping informant”.

Para que opere como atenuante, la colaboración debe ser eficaz, y por eficaz debe entenderse que la colaboración conduzca a descubrir nuevas infracciones penales y a sus autores y partícipes, q asimismo la localización de bienes o valores provenientes del delito investigado.

El art. 46 (inciso 12) del Código Penal debe tenerse en cuenta en cuanto se debe considerar a la confesión como hecho propio atenuante en mérito al mismo principio, no hay razón para considerar también como atenuante la inculpación del cómplice.

En nuestro derecho, la figura del arrepentido colaborador se limita, al imputado, pues está regulada como una atenuante genérica en el art. 46 del Código Penal, por lo que solo será aplicable a aquellas personas imputadas de delito mediante auto de procesamiento. Ello significa que la ley no faculta al Juez ni al Ministerio Público a no iniciar acción penal contra quien colaboró eficazmente en el esclarecimiento de un delito.

#### LA PROTECCIÓN DE TESTIGOS Y COLABORADORES.

Innegablemente está la necesidad de brindar una adecuada protección a los testigos y a los colaboradores cuando este tipo de delitos son llevados a cabo por poderosas organizaciones criminales que pueden llegar a poner en riesgo la vida o integridad física de estos sujetos. La Convención de Palermo en su art. 25 establece que la protección debe alcanzar a los testigos y a los colaboradores. El art. 24 de

la convención regula los principios de protección de testigos.

Ni el Código del proceso penal, ni la legislación especial antilavado y anticorrupción se ocupan de esta problemática.

La única norma vinculada a este aspecto sería la contenida en el art.

36 de la ley 16.707 que expresa: “encomiéndose al Poder Ejecutivo la implementación de un programa de protección a los testigos y denunciantes de hechos presuntamente delictivos”.

Esta norma se encuentra contenida en una legislación dirigida a la problemática de la delincuencia convencional, aunque debido a su generalidad, nada impediría que ese programa de protección a los testigos sea extensible a la delincuencia organizada y específicamente a las investigaciones y procesos sobre el lavado de activos. El Poder Ejecutivo nacional estaría facultado para implementar un programa de protección.

La norma, debido a su generalidad no brinda las pautas mínimas sobre las que deberá estructurarse un programa de este tipo.

Es muy difícil estructurar programas de esta naturaleza en países agobiados por la crisis fiscal del Estado como el nuestro y por ello la disposición analizada sería una disposición carente de operatividad.

#### LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS.

Se trata de una técnica vigente en Uruguay desde la sanción del Código del Proceso Penal (art. 212). Esta disposición requiere en primer lugar una resolución fundada.

El inciso segundo de la disposición prevé que la medida de escucha pueda adoptarse sobre un tercero. Por tercero debe entenderse la persona diversa al indagado, pero cuya escucha puede aportar pruebas sobre la participación de aquél en un delito. Sin embargo, existen personas claramente exceptuadas de este tipo de medidas. Así, el abogado del sospechado no puede ser objeto de ésta medida pues con ella se estaría violentando el privilegio de su relacionamiento con el cliente.

#### VIII) El combate al lavado de activos desde el Sistema Judicial.

“La Convención de Viena en sus arts. (21 y siguientes) representa un verdadero punto de inflexión a la política a seguir en el marco de la lucha contra el lavado de capitales. Constituye un antecedente en el que se han apoyado los diversos textos internacionales sobre esta materia.”<sup>7</sup>

En materia de consecuencias jurídicas establece las bases que las Partes deben asumir para regular un eficaz sistema destinado a identificar, bloquear, secuestrar y confiscar las ganancias directas o indirectas del tráfico de drogas.

Ahora bien el Derecho Penal de nada sirve por sí solo, requiere de los medios procesales idóneos para que sea posible la aplicación de las medidas dispuestas por las leyes sustantivas.

En este mismo sentido la Convención de Viena incita a trascender más allá del clásico principio de territorialidad, a la hora de determinar los límites jurisdiccionales invitando a las partes a que apliquen criterios de personalidad en la residencia.

La Convención de Viena no se aprobó con la única finalidad de perseguir el lavado de activos sino que además ha dado forma jurídica a un programa de política criminal más amplio, tendiente a intensificar la represión del comercio ilegal de drogas en todo el planeta.

<sup>7</sup> “Combate al lavado de activos desde el Sistema Judicial” (Dr. Eduardo Caparrós, Dr. Isidoro Blanco Cordero y Dr. Javier Alberto Zaragoza). –Presidencia de la República (Junta Nacional de Drogas) CEPLA –Centro de Capacitación del lavado de activos (1ª. Edición Nov. 2003)/OEA- CICAD y BID .

Por otro lado, el GAFI (Grupo de Acción Financiera) fue creado con motivo de la Cumbre del 6-7 celebrada en París en 1989.

Reconociendo el papel esencial que podrían desempeñar en este campo el sistema bancario y las instituciones financieras los Jefes de Estado y de Gobierno.

El GAFI nació con el fin esencial de promover, desarrollar y coordinar políticas orientadas a luchar contra el blanqueo de capitales, tanto en el plano nacional como internacional. Su capacidad de influencia ha hecho posible la renovación de la normativa interna de muchos países, de acuerdo con los criterios esenciales marcados en sus célebres “Cuarenta Recomendaciones”.

Bajo la influencia de los acontecimientos producidos en Nueva York el 11 de setiembre de 2001, y a modo de complemento específico, el GAFI aprobó el 31 de octubre de 2002 una colección de 40 Recomendaciones Especiales sobre Financiación del Terrorismo, a que luego me referiré.

Asimismo, el GAFI elabora desde febrero de 2000 una lista negra de “Países y Territorios no cooperadores” en materia de blanqueo en la que se encuentran reflejadas aquellas jurisdicciones cuya conducta impide la cooperación internacional.

La incorporación a la lista se hace depender de la adecuación a las 40 Recomendaciones.

Como todos los acuerdos alcanzados por el GAFI, no tienen carácter de coactivos en términos jurídicos, sin embargo, constituyen un elemento de presión política.

En Iberoamérica únicamente Argentina, Brasil y México son miembros de esta organización.

Convención de Estrasburgo de 1990

Pretendió reforzar la represión del tráfico de drogas e incide con especial intensidad sobre todo aquello que tenga que ver con el comiso de los bienes procedentes del blanqueo de capitales.

LAS MEDIDAS PREVENTIVAS Y CAUTELARES EN LOS PROCESOS PENALES POR LAVADO DE ACTIVOS Y FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO.

“El Juez deberá evaluar cada caso sometido a su consideración para decidir si decreta o no la prisión preventiva, utilizando principalmente el criterio rector del art. 138 del CPP”.<sup>8</sup>

Respecto a las medidas cautelares patrimoniales, la ley 17.016 previó en los arts. 62 a 67 un régimen de medidas cautelares, secuestro y decomiso de bienes producto de un delito.

Especial importancia hay que prestar al bloqueo de cuentas bancarias o secuestro de documentación resguardada por el sigilo financiero o profesional.

En efecto, el deber de guardar sigilo bancario es de origen constitucional. El derecho a la protección de la privacidad en el Derecho Constitucional uruguayo emana de los arts. 28 y 72 de la Carta.

Por cierto que, el referido derecho, puede ser limitado por la ley mediando razones de interés general, lo que por supuesto no quiere ello significar que la ley pueda abolirlo.

Su relevamiento sólo debería ser posible a través de un mandato judicial. La fuente constitucional nos impone una primer limitante, cual es que el mismo pueda ser levantado por organismos de naturaleza administrativa. Esto no es poca cosa y especialmente cuando se trata de organismos administrativos con competencia tributaria.

El levantamiento del secreto bancario a solicitud de terceros estados

8 La Financiación del Terrorismo y el lavado de dinero: técnicas de prevención, investigación y medidas cautelares, el proyecto de reforma legislativa en Uruguay, incidencia de la ley 17.773 en presuntos sobre macrocriminalidad” Dr. Gabriel Adriasola. Editorial Carlos Álvarez (2004).

Es necesario relevar los requisitos que debe contener el exhorto del juez extranjero para que el Juez uruguayo pueda dar curso favorable a la solicitud.

Primeramente, el exhorto debe venir acompañado de las pruebas que llevan al Juez extranjero a la convicción de la necesidad de solicitar la cooperación penal internacional en esta materia.

El Juez uruguayo debe dictar una resolución fundada donde evalúe las pruebas y razones del Juez exhortante, como si se tratara de una investigación criminal “doméstica”.

Por esa razón, una solicitud de asistencia carente de esa información, debe ser rechazada liminarmente. Si la prueba con que cuenta el Juez exhortante no habilitara al juez nacional a pronunciar un relevamiento del sujeto financiero, debe rechazar la solicitud.

Cabe señalar que ante un pedido de cooperación internacional que involucre el relevamiento del secreto bancario, deben intervenir preceptivamente el Ministerio Público y el Banco Central del

Uruguay. (Decreto 398 del 15/12/1999 del PE.)

Debemos preguntarnos si el Juez puede imponerle al banco que aún ante la consulta del cliente no revele ni la existencia ni el cumplimiento de la medida.

“No existe en el derecho nacional ninguna norma de rango legal que habilite a la justicia a imponer a particulares un deber de sigilo, en la investigación penal. Sin embargo, el juez, por razones fundadas comunica al banco que se abstenga de relevar al cliente la existencia de la medida”<sup>9</sup>

Estimamos que el banco debería cumplir con la orden judicial y que si no lo hiciera podría incurrir en el delito de encubrimiento.

#### EL SECRETO BANCARIO Y EL INTERCAMBIO ADMINISTRATIVO DE INFORMACIÓN.

Lo que sí está prohibido de acuerdo a la actual regulación del secreto bancario es que la UIAF (Unidad de Información y Análisis Financiero) intercambie información bancaria con otras UIAF o Bancos Centrales extranjeros.

La cooperación internacional en esta materia sólo puede ser cooperación judicial.

#### EL DECOMISO

Existen en este tema dos ámbitos de aplicación distintos; uno objetivo y otro subjetivo.

“Por ámbito de aplicación objetivo debemos entender los bienes que se encuentran sujetos a decomiso, mientras que por ámbito subjetivo debemos entender si son sólo los de los autores o partícipes en los delitos o también pueden ser alcanzadas los bienes de tercero”<sup>10</sup>.

El art. 62 de la ley 17.016 dista de ser claro. En cuanto al ámbito subjetivo del decomiso hay que decir que en principio los bienes sujetos a aquel son aquellos de titularidad de los partícipes. Ello se desprende del art. 63 de la ley 17.016.

De toda esta normativa se desprende la inexistencia en Uruguay de un proceso civil de decomiso.

La enajenación de los bienes decomisados sólo es, en principio, posible una vez que fueron objeto de decomiso mediante sentencia de condena. Por lo tanto, los bienes cautelados provisionalmente no pueden, en principio, ser enajenados.

9 La Financiación del Terrorismo y el lavado de dinero: técnicas de prevención, investigación y medidas cautelares, el proyecto de reforma legislativa en Uruguay, incidencia de la ley 17.773 en presuntos sobre macrocriminalidad” Dr. Gabriel Adriasola. Editorial Carlos Álvarez (2004).

10 “””

Puede ser posible que el proceso criminal sobre lavado de dinero involucre a una empresa o persona jurídica que opera como maquinaria dirigida a la actividad ilícita. Si bien el derecho uruguayo no se afilia a los sistemas que acogen la reprochabilidad criminal de las personas jurídicas, no es posible desconocer que muchas veces éstas son utilizadas como instrumentos para llevar adelante la acción criminal.

De ser así, cabe preguntarse qué medidas cautelares tiene el juez ante una empresa.

Estimo lícito que el Juez penal pueda recurrir al instituto de la intervención judicial legislado en la ley 16.060 denominada como ley de sociedades comerciales (arts. 185 y ss).

#### - EL DESTINO DE BIENES DECOMISADOS

La ley 17.016 (art. 67) dispone que el Poder Ejecutivo podrá optar entre retenerlos para uso oficial o transferirlos a cualquier entidad pública que haya participado directa o indirectamente en la incautación o decomiso de los mismos. Podrá venderlos y transferir el producto de esa enajenación a cualquier entidad pública que haya participado directa o indirectamente en su incautación o en la coordinación de programas de prevención o represión en materia de drogas.

A cualquier entidad privada dedicada a la prevención del uso indebido de drogas. Esta norma se adecúa sin problema a lo previsto por la Convención de Viena ( art. 5).

Cabe hacer una distinción. Una cosa es el reparto de los bienes decomisados en un proceso penal uruguayo, en el cual la prueba de condena se obtuvo contando con la cooperación de agencias de terceros Estados y otra es la solicitud de entrega de bienes situados en Uruguay y decomisados en fallo extranjero.

El reporte de bienes decomisados entre Estados o la entrega de los mismos al Estado de origen, debe ser materia de los convenios de asistencia penal internacional. Es en ese ámbito donde deberá preverse la creación de fondos ad-hoc para la reversión de los bienes decomisados.

Estimo como positivo que el decomiso sea una pena o consecuencia accesoria y no creo conveniente la instrumentación de un proceso civil de decomiso.

La regulación pasa por ser una norma programática.

No puede limitarse al Estado donde se preste la colaboración o testimonio, sino que también otros Estados deberían cooperar en esa protección.

Estimo que, sin necesidad de modificar el régimen de valoración de la prueba a favor de la libre convicción, e introduciendo una eficaz legislación de arrepentidos a la vez que preservando las garantías, en el testimonio conforme lo hemos expuesto precedentemente. La legislación uruguayana revela escasa regulación en estos tópicos.

Una prudente y acotada utilización que no impide conculcar los principios del contradictorio procesal y las garantías del inculpado, pueden ser un cambio posible del transitar para lograr el tan ansiado equilibrio, entre libertades individuales y represión de la criminalidad organizada.

#### IX) COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE BLANQUEO DE CAPITALS

“La irrupción y el auge en la segunda mitad del s.XX de nuevas formas de delincuencia asociada al terrorismo, narcotráfico y crimen organizado en general) y la transnacionalización de esas actividades criminales han propiciado que la respuesta de los Estados sea en igual medida supranacional.

La cooperación internacional entre los Estados en la represión del delito pasa a sustentarse en principios que restringen objetivamente la soberanía de cada país”<sup>11</sup>

11 “Combate al lavado de activos desde el Sistema Judicial” (Dr. Eduardo Caparrós, Dr. Isidoro Blanco Cordero y Dr. Javier Alberto

La contribución de los organismos internacionales y, en particular, de la ONU va a ser decisiva e inestimable a estos fines. Las iniciativas de NN.UU más allá de los intereses e intenciones de cada Estado, han logrado durante estos últimos años la urgencia de importantes

Convenios multilaterales cuyo objetivo no es otro que la represión sin excepciones de las más graves manifestaciones criminales de nuestro tiempo, fundamentalmente aquellas que afectan a toda la comunidad internacional en su conjunto y transgreden bienes jurídicos de protección universal.

Las formas, modos, instrumentos y mecanismos de cooperación penal han sufrido trascendentes alteraciones durante las dos últimas décadas.

La cooperación se ha diversificado mediante la intervención de diferentes organismos encargados de las tareas de investigación, bien en Sede policial (incluyendo los servicios aduaneros y los servicios administrativos de prevención del blanqueo de dinero), bien en Sede judicial (el Ministerio Fiscal en nuestro ordenamiento jurídico, aun no siendo el responsable de la instrucción penal, posee facultades autónomas de promoción y prestación de auxilio judicial internacional) y la aparición de órganos supranacionales encargados de facilitar la cooperación (Interpol, Europol y Eurojust).

En el ámbito objetivo, el contenido material de la cooperación se ha ampliado.

Por una parte los cauces de comunicación entre las autoridades de los respectivos estados se han simplificado. Me refiero a la comunicación directa entre autoridades judiciales en la recepción, tramitación, cumplimiento y devolución de las solicitudes de ayuda.

Por otra parte, los mecanismos de cooperación se han perfeccionado, han sido renovados y han experimentado importantes novedades: la extradición, aun siendo un elemento esencial de la ayuda judicial, puede convertirse en un futuro próximo en un simple acto judicial consistente en la ejecución de actos propios de investigación tales como: vigilancias transfronterizas, persecuciones en territorio extranjero, operaciones encubiertas, entregas vigiladas, interceptación de comunicaciones, indagaciones financieras y patrimoniales, etc...

En general, puede decirse que la cooperación supranacional en materia penal ha experimentado una notable mejoría: es mucho más eficaz, más completa y más intensa que en otras épocas.

En particular como es el caso de la Unión Europea.

La internacionalización del fenómeno del tráfico ilícito de drogas y su expansión por todos los países del mundo al margen de las fronteras territoriales, ha generado la necesidad de potenciar la cooperación internacional como piedra angular de la respuesta frente a esta delincuencia.

Las mismas circunstancias han permitido que el planteamiento sea el mismo para otros fenómenos criminales igualmente graves y peligrosos como: el terrorismo, tráfico de armas, corrupción, tráfico de seres humanos, etc...

Sólo así es posible combatirla eficazmente y reducir sus niveles de impunidad. Y en este contexto ha adquirido relevancia en los últimos tiempos la represión de las estructuras económicas de estas organizaciones criminales.

Es comúnmente aceptado que una estrategia global contra el blanqueo de capitales de origen ilícito requiere un marco normativo apropiado en dos vertientes.

- I) Por un lado la persecución penal de estas conductas y el decomiso del producto derivado de las mismas, con el objetivo de enjuiciar, castigar a los miembros de las organizaciones criminales y privarlos de sus ganancias y beneficios.

- XII) Aumentar los niveles de transparencia y de control del Sistema económico y comercial con la finalidad de reducir la vulnerabilidad del propio sistema.

*La Convención de Viena de 1988* ha sido verdaderamente determinante en este terreno. Ha sido el primer paso para orientar la política criminal internacional y la efectiva aplicación de los mecanismos de cooperación a combatir las estructuras económicas de las organizaciones criminales transnacionales.

*La Convención de Palermo* es otro gran instrumento, la cual en sus arts. 13 y 18 reproducen la necesidad de regular la cooperación internacional al igual que la Convención de Viena del '88.

No obstante, incorpora algunas particularidades Ej: transmisión espontánea de informaciones sobre cuestiones penales que afecten a otro Estado Parte cuando las mismas permitan emprender o concluir indagaciones o procesos penales (art. 18.4), trasladar detenidos para colaborar en investigaciones (art. 18.10 y 11), la audición de testigos o peritos por videoconferencia (art. 18.18, creación de órganos Estados partes) Art. 19.

#### **X) La Cooperación Judicial Internacional en materia penal en el ámbito de la Unión Europea y ¿si es un modelo a seguir para el grupo regional latinoamericano?**

Si bien cada país y por ende cada realidad regional suele ser distinta, creo que existe la posibilidad de considerar como modelo aplicable a los países latinoamericanos principios desarrollados en la Unión Europea desde la década de los '80 que se pueden resumir en tres grandes objetivos:

- I) Lograr la armonización normativa tanto en el terreno sustantivo (identidad de tipos penales y de sanciones) como en el procesal (formulación de técnicas de instrucción, métodos de investigación, sistemas de formación de pruebas y leyes procedimentales uniformes).
- II) Perfeccionamiento de la cooperación policial.
- III) Perfeccionamiento de la cooperación judicial favoreciendo los intercambios de información, las comunicaciones directas entre órganos de investigación, la planificación de investigaciones conjuntas y la rápida ejecución de las solicitudes de cooperación.

Una buena parte de estas iniciativas y de los proyectos de futuro de la Unión Europea pasan por una atención específica y preferente desde la perspectiva político-criminal a todas las cuestiones penales y procesales relacionadas con el blanqueo de capitales, su investigación y la incautación de los productos y beneficios de origen ilícito.

De hecho la Cumbre celebrada en Tampere (Finlandia) los días 15 y 16 de Octubre de 1999, el Consejo de Ministros de la Unión Europea adoptó importantes e interesantes conclusiones, entre otras materias, en el diseño de un "espacio europeo de Justicia" de la que merece destacar las siguientes:

Reconocimiento mutuo de las sustancias y otras resoluciones judiciales como piedra angular de la cooperación judicial, que debería ser automático con exclusión de procedimientos intermedios para determinadas cuestiones mercantiles de menor cuantía).

Supresión del mecanismo de la extradición para las personas condenadas por sentencia firme y su sustitución por el simple traslado de dichas personas.

Creación de equipos conjuntos de investigación en la lucha contra el tráfico de drogas, la trata de seres humanos y el terrorismo.

Creación de una Unidad operativa europea de Jefes de Policía con objeto de intercambiar experiencia, prácticas e información sobre las tendencias actuales de la delincuencia transfronteriza y de contribuir a la planificación de acciones operativas.

Creación de una Unidad (Eurojust) integrada por Fiscales, magistrados o agentes de policía de competencia equivalente para facilitar la coordinación de las autoridades nacionales, apoyar las investigaciones penales en los casos de delincuencia organizada y simplificar la ejecución de comisiones rogatorias en estrecha cooperación con la Red Judicial Europea.

Intercambio de información entre las Unidades de Información Financiera respecto a transacciones sospechosas .

Inaplicación de la confidencialidad bancaria frente a las investigaciones judiciales sobre blanqueo de capitales.

Aproximación normativa al derecho penal y procesal entre las legislaciones de los Estados miembros, sobre actividades delictivas de origen, seguimiento, embargo y decomiso de fondos.

Establecimiento de acuerdos con los Centros financieros extraterritoriales de países que garanticen una cooperación judicial eficaz y la elaboración de normas dirigidas a evitar la utilización de empresas y entidades registradas fuera de la jurisdicción de la Unión para ocultar los beneficios de origen delictivo.

Denuncia oficial de un Estado a otro para que inicie un procedimiento penal (art. 6.2 del Convenio Europeo de Extradición) y el art. 21 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial Penal.

Transmisión espontánea de informaciones sobre blanqueo, identificación, embargo y decomiso de los productos del delito. (art. 10 del Convenio Europeo).

Ejecución en el extranjero de la pena o medida de seguridad definitiva privativa o restrictiva de la libertad.

Transmisión de la ejecución de la pena o medida de seguridad definitiva privativa o restrictiva de la libertad

Equipos comunes de investigación y concertados por existir investigaciones en varios estados miembros.

Intervención de telecomunicaciones como medida prevista en todos los órdenes jurídicos.

El “Convenio europeo sobre asistencia judicial en materia penal” del 29-5/2000 establece la comunicación directa entre autoridades judiciales en el envío y en la respuesta tanto en las solicitudes de asistencia judicial como en los intercambios espontáneos de información y en las denuncias para invocar un proceso ante los tribunales de otro Estado miembro. (art. 6.1).

Los contactos directos pueden realizarse también con las autoridades policiales o aduaneras o con las autoridades administrativas.

Remisión de las solicitudes a través de las autoridades centrales de los Estados miembros (art. 6.8) para las siguientes materias: traslado temporal o tránsito de detenidos e informaciones sobre condenas judiciales.

El concepto de cooperación transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea

“Según Noelia Pantoja Crespo, “Schuman (uno de los políticos más relevantes de la construcción europea)” afirmó que las fronteras constituyen las cicatrices de Europa. Por tanto una tarea ineludible era superar los efectos que las fronteras constituyen las cicatrices de Europa por tanto era una tarea ineludible superar los efectos que las fronteras habían ejercido en el territorio europeo, como elementos de: división, separación, de amenaza, aislamiento e incomunicación”.<sup>12</sup>

12 Revista peruana de Derecho Internacional No. 130, enero-marzo 2006 ( Lima-Perú) Dra. Noelia Pantoja Crespo (Ministra en el servicio diplomático de la República).

Ante esta realidad se desarrolla poco a poco el concepto de la *cooperación transfronteriza* que se convierte en un aspecto de vital importancia para la integración europea, comprendiendo que la solución fronteriza ha de ser de carácter integral. El punto de partida lo constituyó el convenio- marco Europeo de Cooperación Transfronteriza del 21 de mayo de 1980.

La Cooperación transfronteriza, debe entenderse relacionada con la contigüidad geográfica terrestre y la interdependencia objetiva que existe entre las zonas fronterizas. La noción de vecindad, desde el punto de vista Jurídico está ligada con la noción de frontera y ésta no constituye la línea de separación de dos soberanías territoriales, sino también el lugar de encuentro y contacto de la soberanía de los Estados.

La frontera no corta el territorio que atraviesa, sino que se ve afectada por los hechos y actos realizados en un lado de la frontera, respecto del otro territorio estatal.

La cooperación transfronteriza busca una solución conjunta de los problemas que para los Estados involucrados ha significado el establecimiento de la frontera.

Aunque puedan existir gobiernos que rechacen la idea, es una realidad que en muchos casos supera el marco legal que pueda existir.

Aunque se haya avanzado respecto a procesos de integración entre Estados, ésta en muchos casos no va acompañada de una cooperación transfronteriza, por lo cual resalto la necesidad de la misma sobretodo en materia penal.

La cooperación penal transfronteriza entre los Estados debe buscar la mejora de las condiciones de vida de la persona humana, lo que de por sí es razón más que suficiente para justificarla.

Debe implicar el acercamiento profundo entre las autoridades de territorios así como con su derecho penal interno.

Según Anton Rombouts, lo fundamental no es aproximar Estados sino ciudadanos.

El papel de las autoridades debería sobre todo dedicarse a la creación de las condiciones marco que hagan posible la cooperación.

“El concepto de frontera es importante y se lo ha considerado tanto como límite-lineal (frontera-separación) o bien como una zona de cooperación entre los Estados vecinos.

La existencia de la misma no pelagra, incluso los fenómenos de integración más avanzados como los de la Unión Europea no cuestionan la supervivencia de sus Estados miembros. Al alcanzar la integración un ámbito exclusivamente regional, los entes resultantes siempre seguirán disponiendo de fronteras”. Por tanto podemos concluir que las fronteras en sí no van a desaparecer cuando exista cooperación entre los estados pero sí desaparecen los mecanismos de control propios de la frontera, los cuales deben ser sustituidos por otros más efectivos.

La frontera entre estados separa sus territorios de una forma efectiva y sensible, pero no corta la unidad física del territorio que atraviesa, de suerte que subsiste una sustancial que se ve afectada por los hechos o actos realizados en un lado de la frontera, respecto al otro territorio estatal.

La cooperación penal internacional para los delitos económicos es sin duda la llave maestra de nuestra sociedad y particularmente del contexto internacional y también una obligación que el Derecho Internacional Penal impone a sus sujetos.

Cabe recordar la “Carta de NN.UU” arts. 55 y 56 en relación con el art. 1, párrafo 3, así como la Declaración de la Asamblea General relativa a los principios de derecho internacional y las relaciones amistosas y de cooperación entre los Estados conforme a la Carta de NN.UU (resolución 2625 del 24 de octubre de 1970).

En éstas se establece que los estados tienen el deber de cooperar entre ellos, no importa las diferencias existentes entre sus sistemas políticos, económicos y sociales, en los diversos dominios de las relaciones internacionales, a fin de mantener la paz y seguridad internacional y de favorecer el progreso y la estabilidad económica internacional así como el bienestar general de las naciones y una cooperación internacional que está exenta de discriminación fundada en éstas diferencias.

*“La cooperación es una actitud, una forma de comportamiento, un patrón de conducta, un principio procesal que cumple la misión de auxiliar y hacer realidad los principios fundamentales del Derecho Internacional”.*

*“Mediante la cooperación se pueden solucionar los problemas comunes a los Estados. Desde su libertad e igualdad jurídica los Estados cooperan pues se presupone que desean seguir coexistiendo, respetándose mutuamente y colaborando con la satisfacción de intereses comunes, conscientes de su interdependencia”.*

La vecindad por tanto entre los Estados debería evolucionar cada vez más hacia la cooperación entre los Estados fronterizos para el cumplimiento de ciertos intereses y objetivos comunes, vinculados a sus territorios y sus poblaciones vecinas.

La construcción de la unidad europea pasa por minimizar el efecto de la frontera por ello la cooperación transfronteriza es un elemento clave para aumentar la prosperidad y la estabilidad a ambos lados de la frontera entre dos países y como forma de luchar contra el aumento de los delitos económicos.

## XI) Conclusiones

### A) Sobre las formas de abordar los macrodelitos

Este tipo de delitos no sólo traspasa las fronteras nacionales sino que las utiliza, precisa y se delimita por el Derecho Penal al cual sirve, cuyo principio es el de la territorialidad.

Su límite de acción termina en la frontera del país donde desarrolla su actividad y toda la intromisión policial y judicial foránea está implícitamente rechazada por la propia definición de Estado soberano.

Es así que los delitos financieros internacionales adquieren mayor grado de eficacia y están más a salvo de la acción del sistema penal.

Para Roux existen tres formas de auxilio recíproco entre los estados: el policial, el judicial y el legislativo.

Modernamente se reconocen dos formas de asistencia y cooperación.

1) Administrativa: fundamentalmente policial.

2) Cooperación Judicial Penal Internacional (conjunto de actividades procesales, regulares, concretas y de diverso nivel, cumplidas por órganos jurisdiccionales en materia penal, pertenecientes a distintos estados soberanos, que confluyen a nivel internacional, en la realización de un mismo fin que no es sino el desarrollo de un proceso de la misma naturaleza (penal) dentro de un estricto marco de garantías, acorde al auxilio requerido.

No se trata de cooperar de cualquier modo ni tampoco de abstenerse de hacerlo por principio. Toda alternativa de cooperación se estructura en esos tres planos de Roux que deben mantenerse en constante tensión dinámica. Es decir que debe haber una eficaz cooperación jurídica internacional, en equilibrio con el reconocimiento jurídico formal y sustancial de la diversidad de los sistemas normativos involucrados y de los Derechos de los individuos concretos, afectados en el cumplimiento de instancias de cooperación.

La discusión si cabe deberá recaer sobre el “contenido” de los principios y garantías. Es decir aquellos propios del proceso, los inherentes al dogma penal como: la dignidad humana, la relevancia del

bien jurídico y la culpabilidad.

El análisis de la “amenaza” implica el estudio y evaluación, también, de lo que la macrodelincuencia económica cuesta a la colectividad, directa o indirectamente. La estimación de esos costos conduce a la identificación de aquellas operativas que encierran mayor grado de dañosidad material y social potencial.

#### **B) Sobre la penalización de las Personas jurídicas.**

“La utilización de personas jurídicas es uno de los mecanismos empleados por los blanqueadores para realizar sus operaciones de reciclado de los fondos de origen delictivo.

Así el GAFI en sus Recomendaciones establece que “en la medida de lo posible las sociedades mismas y no sólo sus empleados ,deberían quedar sujetas a responsabilidad penal”.

Algunos estados como los EE.UU de América, admiten la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, durante el primer año de vigencia de las Recomendaciones del GAFI se observaron dificultades en diversos Estados para la aplicación de la Recomendación No. 7.

Se constató que en algunos de ellos los principios constitucionales o fundamentales impedían una legislación que impusiese sanciones a las personas jurídicas.”<sup>13</sup>

La ley modelo sobre lavado, decomiso y cooperación internacional en lo relativo al producto del delito de 1999 contiene en el art. 4.2.3 las sanciones aplicables a las personas jurídicas.

“Señala que las sanciones a imponer son la multa (equivalente al quíntuplo de las multas especificadas para las personas físicas) o con alguna de las sanciones siguientes:

a) Inhabilitación definitiva o por un período de hasta 5 años para el ejercicio directo o indirecto de ciertas actividades profesionales.

b) Cierre definitivo o por un período de hasta 5 años de sus establecimientos que hayan servido para cometer el delito.

c) La disolución, cuando hayan sido creadas para cometer los delitos incriminados.

d) La difusión de la decisión en la prensa escrita o en cualquier otro medio de comunicación audiovisual”.

El Convenio Centroamericano dispone en su art. 1.6 qué se entiende por “persona” los “entes” naturales o jurídicos capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones. Para los efectos de este Convenio, ambas tendrán responsabilidad y serán objeto de sanción”. Parece decantarse por la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por su parte el *Reglamento Modelo de la CICAD*, al definir los delitos de lavado, alude en su art. 2 a que “comete delito penal la persona...” Es el art. 1 ( numeral 7) el que define qué se entiende por persona: “ se entiende en todos los entes naturales o jurídicos susceptibles de adquirir derechos, contraer obligaciones, tales como una corporación, una sociedad colectiva, un fideicomiso, una sucesión, una sociedad anónima, una asociación, un sindicato financiero, una empresa conjunta u otra entidad o grupo no registrado como sociedad”.

Una interpretación global de ambos preceptos permite afirmar que esta norma internacional entendiéndose que las personas jurídicas también cometen “delito penal”.

Por lo tanto, parece estar reconociendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, elemento extraño en los ordenamientos de nuestra órbita.

13 El Derecho Penal de la Empresa desde una visión garantista: metodología, criterios de imputación, tutela y patrimonio social” Dr. Raúl Cervini, Editorial BdeF ,2005.-

Es del todo conocido, que en Europa el Derecho Anglosajón reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, consecuencia del gran “pragmatismo” que inspira la legislación.

Las tendencias que se observan en otros países europeos siguen la senda marcada por el Derecho anglosajón, admitiendo la responsabilidad penal por cualquier infracción (art. 51 del Código Penal) Holandés.

También admite el art. 121. 2 del Código Penal francés, igualmente en 1996 Dinamarca introdujo en el Código Penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cosa que también hizo Bélgica en 1999.

Un análisis de las modernas tendencias en lo relativo a la intervención sobre las personas jurídicas evidencia la existencia de 3 modelos:

1) El que mantiene el principio de que las sociedades no pueden delinquir y que conlleva medidas de carácter administrativo sobre las personas jurídicas. Este modelo es el que siguen muchos países de nuestro entorno, que encuentran grandes dificultades para sancionar penalmente a las personas jurídicas. Esto ha sido contestado por un sector doctrinal que dice que las personas jurídicas tienen capacidad para realizar acciones jurídicamente relevantes, por lo que podrían ser sujetos activos de un delito. Pese a ello consideran estos autores que a las personas jurídicas les falta la capacidad de culpabilidad, no puede dirigirse contra ellas. Algo generalmente admitido es que las personas jurídicas son incapaces de pena, debido fundamentalmente al principio de personalidad de las penas.

2) El modelo que reformula y amplía las categorías tradicionales del concepto de delito para abarcar los hechos procedentes de las personas jurídicas.

3) Propone la construcción de un Derecho Penal para las personas jurídicas, con criterios específicos de imputación general e individual y sanciones propias.

Palma Herrera se pronuncia contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Parte de la idea que la misma es una ficción jurídica y que le falta toda conciencia y voluntad en sentido psicológico y toda capacidad de autodeterminación, un ente incapaz de acción a efectos penales.

No obstante esta postura, se afirma que las personas jurídicas pueden igualmente ser responsables o estos sujetos a medidas de seguridad, a responsabilidad civil o a otras consecuencias de carácter accesorio.

La legislación penal española parece acoger ésta postura. Entre las consecuencias están por ejemplo:

-disolución de la organización o clausura definitiva de sus locales o establecimientos. -suspensión de actividades.

-prohibición a las mismas de realizar dichas actividades, operaciones mercantiles en cuyo ejercicio se haya facilitado el delito.

Existe un importante sector doctrinal alemán y español que, sin renunciar a los principios tradicionales del Derecho Penal, tratan de ofrecer criterios que permitan la intervención penal sobre las personas jurídicas.

Se entiende que las personas jurídicas tienen desde la esfera penal capacidad de acción, igual que las personas físicas. El principal problema lo suscita la categoría dogmática entre los que destaca el relativo al defecto de la organización, consistente en la omisión por parte de los órganos o representantes de la persona jurídica de las cautelas o mecanismos institucionales de control necesarios para evitar que se produzcan infracciones penales en el marco de su actividad social.

Existen tendencias doctrinales en nuestro entorno que, basadas en otros países, proponen la elaboración de un Derecho Penal para las personas jurídicas con criterios específicos de imputación. Destaca

en este marco la propuesta de DE LA CUESTA ARZAMENDI, quien propone criterios específicos de imputación de los hechos a la persona jurídica.

Las modernas sociedades han de articular respuestas generales para los hechos delictivos cometidos en el marco de las personas jurídicas, para enfrentarse a la expansión de la “delincuencia corporativa”.

Son muy numerosos y muy graves los hechos delictivos que actualmente se cometen mediante las empresas. Es evidente que estos hechos son cometidos directamente por personas físicas, que constituyen el instrumento de las personas jurídicas.

Por esta razón la responsabilidad se ha de establecer necesariamente a partir de la actuación de las personas físicas. Una vez que se detecte la infracción penal, se ha de examinar cómo se han de imputar los hechos a la persona jurídica. Y se proponen para ello 3 elementos:

-Se ha de probar la existencia de una conexión funcional entre la persona física actuante y la persona jurídica. Para ello puede servir el criterio de la representación.

-Es conveniente acreditar el defecto de organización o funcionamiento.

-Parece conveniente exigir un incremento del riesgo.

Las sanciones a las personas jurídicas deberían tener como objetivo no solo la respuesta al hecho cometido sino también un elevado contenido reparatorio. Destacan así sanciones de índole patrimonial o económico como la multa y la confiscación de las ganancias, con contenidos varios como ser sancionador, preventivo y también reparador, sin perjuicio de otras respuestas penales adecuadas.

El Reglamento Modelo de la CICAD se decanta por la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al ser ellas, las que cometen el delito penal.

No acoge la opinión más extendida en nuestra órbita según la cual las personas son penalmente irresponsables.

Los Estados en definitiva pueden optar por:

1. Reformular las diversas categorías dogmáticas que permiten afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2. O la creación de un específico Derecho Penal de las personas jurídicas, con sus propios criterios de imputación y sus propias categorías dogmáticas.

“En lo que respecta a la pretendida necesidad de penalizar a la persona jurídica, pensamos que detrás de esta tesis no hay otra cosa que un Derecho administrativo disciplinario al que se le agrega con la pena una nota estigmatizante que puede llevar la calma a ciertos círculos”.<sup>14</sup>

A persona colectiva (según José Cerezomir autor español) carece de capacidad de acción en el sentido estricto del Derecho Penal, carece de culpabilidad y de capacidad de pena ( principio de la personalidad de la pena) Sólo el hombre como individuo puede ser sujeto activo de delito.

Estrictamente, la concreción de la responsabilidad penal de los entes colectivos implicaría un innecesario desdibujamiento del principio de la responsabilidad personal y un retroceso dogmático inocuo ya que, en los hechos, sólo serviría para reforzar la tradicional impunidad de las personas físicas que las controlan.

El Derecho Penal de la empresa participa de los condicionamientos normativos, sociales y metodológicos del Derecho Penal Económico, categoría mayor.

14 Derecho Penal de la Empresa desde una visión garantista: metodología, criterios de imputación, tutela y patrimonio social” Dr. Raúl Cervini, Editorial BdeF ,2005.-

El Derecho penal económico viene a ser el género y el derecho Penal de la Empresa, la especie.

Se define el Derecho Penal Económico como la rama del Derecho Penal cuya función es la protección del orden económico dirigido o intervenido directamente por el Estado .

Sin embargo ésta definición en opinión que comparto con el Dr. Adriasola reduce exageradamente los límites del Derecho Penal Económico a los infracciones fiscales y monetarias aislándolo de aquellos casos en que el Estado renuncia a intervenir en el ámbito de la Economía.

Este es más bien un concepto restringido del Derecho Penal Económico.

Sin embargo en un concepto más amplio del bien jurídico tutelado se reconoce un ámbito de tutela del orden económico, independiente de la política intervencionista o no del Estado que engloba grandes estafas, grandes quiebras, fraudes a los consumidores, utilización de información privilegiada, etc.

Un hurto, una quiebra o una simple estafa pueden lesionar la propiedad, el patrimonio de acreedores, sin que por ello se vea afectada la economía en su conjunto.

El crédito público, los intereses de los consumidores, y de los ahorristas son bienes jurídicos sin pasado histórico, pero no por ello inexistentes, pese a su menor visibilidad en la vida cotidiana.

No es posible desconocer este tipo de bienes como: el crédito, el consumo, el sistema financiero o el mercado de capitales.

Estos bienes delimitan el ámbito de acción del Derecho Penal Económico. Se trata de bienes de naturaleza colectiva.

Coincido con la definición del autor alemán OTTO , para quien son “delitos económicos aquellos comportamientos descritos en leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular, y por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico”.

Por tanto el Derecho Penal Económico está dedicado al estudio de estos delitos.

A éste concepto interesa agregar la posición de TIEDEMANN para quien el delito económico lesiona a su vez o puede llegar a hacerlo un bien jurídico individual y un bien jurídico supraindividual.

Así, por ejemplo, al castigarse penalmente las quiebras fraudulentas se protege al mismo tiempo los intereses concretos de los acreedores y el propio sistema crediticio. (No puede construirse el concepto de bien jurídico colectivo sin que en él sean identificables bienes jurídicos individuales).

En el panorama actual del Derecho Penal Económico resulta evidente que prevalece la adhesión a una concepción amplia.

Así son considerados delitos económicos:

- los delitos fiscales.
- los fraudes
- los delitos cometidos en el seno de las instituciones bancarias, financieras y cambiarias.
- los delitos vinculados a las empresas de seguros
- los delitos contra la regularidad del trabajo
- las quiebras, concursos y concordatos de tipo fraudulento.
- los balances falsos.
- la competencia desleal.
- los delitos contra el comercio exterior.

-daños al ecosistema.

### C) La Seguridad Global.

“Los regímenes internacionales constituyen los espacios en los que los actores del sistema internacional confluyen a través de la cooperación y sobre la base de reglas e instituciones pretendiendo realizar una reflexión acerca de la evolución del sistema internacional de Estados y los desafíos que plantea la globalización, particularmente en el área de la paz y seguridad internacionales”<sup>15</sup>

A inicios de la década del '80 Stephen Krasner definió los regímenes internacionales como: el conjunto de principios, normas, reglas y procedimientos para la toma de decisiones que rigen el comportamiento de los estados en un área de política internacional.

*“Así, al crear expectativas comunes sobre las conductas que resultan apropiadas y elevar el grado de transparencia en un ámbito determinado de las relaciones entre los actores”, “los regímenes internacionales propician que los Estados (y los otros actores) cooperen con el fin de obtener ganancias comunes que se expresan, por ejemplo, en un mayor bienestar social o en una mayor seguridad”. (Hasewclever, Andreas y otros. “Las Teorías de los Regímenes Internacionales: situación actual y propuestas para una síntesis pág. 100, 1999).*

A través de los años se han ido configurando una serie de regímenes que han contribuido a la regulación de las relaciones internacionales. De esta manera, se han plasmado regímenes de seguridad, regímenes medioambientales, regímenes económicos, regímenes de DD.HH, entre otros.

Es evidente que las relaciones internacionales están atravesadas por el conflicto y la cooperación. Desde que los grupos humanos organizados a través de Estados comenzaron a interrelacionarse estas dos condiciones han marcado sus vinculaciones. La propia Diplomacia nació como un instrumento de negociación y de los iniciales acercamientos entre los actores del sistema internacional que se han venido tejiendo a lo largo de la historia diversos regímenes u órdenes de convivencia entre los Estados. Gradualmente se ha construido una serie de reglas, normas e instituciones que, de alguna manera, han logrado contener ese carácter inicial de las relaciones internacionales.

Por su impacto inmediato y trascendencia en la propia supervivencia de los seres humanos, la seguridad es el régimen que ha sido objeto de mayores reflexiones y propuestas de regulación. Incluso desde mucho tiempo antes de que aparecieran las modernas organizaciones

Internacionales, en el plano teórico, diversos pensadores se adelantaron a su tiempo al plantear la creación de diferentes esquemas multilaterales encaminados a afirmar la paz y la seguridad internacionales.

Sin embargo, es a partir del s. XIX cuando se dan las condiciones materiales y sociales para que se creen diversos esquemas de seguridad que finalmente desembocaron en el s.XX en la creación del mayor régimen institucionalizado para la paz y la seguridad internacionales, que es las NN.UU.

Las NN.UU nació como el intento más acabado por cristalizar un esquema para asegurar la paz y seguridad internacionales.

*“Los desafíos de carácter transnacional que se ciernen sobre el sistema internacional hacen redefinir el concepto de seguridad más allá del marco de los conflictos interestatales”.*

Muchas actividades de hoy cruzan las fronteras y se encuentran fuera del control de los gobiernos individuales. Al comenzar el s.XXI estos desafíos se presentan a través de los flujos migratorios incontables, *el crimen organizado, el terrorismo, la expansión de enfermedades, entre otros.*

El éxito de estos procesos debe llevar al reforzamiento de la *cooperación* a través de los regímenes internacionales. Sin embargo, ello no se da de manera automática.

15 Revista peruana de Derecho Internacional No. 130, enero-marzo 2006 ( Lima-Perú) Dr. Librado Orozco Zapata( Ministro Consejero del Servicio exterior Diplomático Peruano). Págs.. 31- 37.

Por otro parte, es evidente que la globalización tiene un efecto contradictorio para los diferentes actores del sistema internacional. Frente a este escenario, el mejor manejo de los temas comunes y la solución a los mismos dependerá de la capacidad para regular las actividades globales por medio de los regímenes internacionales. Ello lleva, finalmente, a plantear ciertas consideraciones en torno al futuro de los regímenes internacionales, en particular a su modalidad más institucionalizada, las organizaciones internacionales.

A nivel internacional, las organizaciones Internacionales deben tener la capacidad de adaptarse constantemente a los cambios que se producen en las estructuras socioeconómicas del mundo.

Los regímenes internacionales mantienen un papel fundamental de cooperación y concertación en el Sistema Internacional.

Los regímenes internacionales son los principales instrumentos para que el sistema internacional funcione a través del consenso y la cooperación, y para que la humanidad en su conjunto pueda procesar de manera ordenada las transformaciones que en la era contemporánea son cada vez más complejas, dinámicas y aceleradas.

## XII) Opiniones personales

Coincido con el español Francisco Muñoz Conde, quien en su comunicación a las Jornadas en Honor al Profesor Tiedeman en 1995 expresaba: *“que su conclusión fundamental era que “el Derecho Penal Económico es sin duda, una parte importante del moderno Derecho Penal y quizás una de las que tenga más futuro, pero mientras no se demuestre lo contrario, son las categorías y principios generales del Derecho Penal en su conjunto las que deben emplearse para resolver sus problemas”.*

*“El rigor de una buena dogmática orientada político-criminalmente a las consecuencias puede ser más fructífera que muchas reformas coyunturales que atrapadas por el signo de la época intentan dar respuestas puntuales a problemas que no son problemas específicos de hoy, sino de ayer, de mañana y de todos los tiempos”.*

En materia Penal dicen los autores Cervini y Adriasola: *“los límites intradogmáticos que calificamos de principios penales democráticos contemplan la protección de la dignidad de la persona humana, la protección del bien jurídico concreto y reconocible, la precisión técnica estricta de los tipos penales, la necesidad de la pena, la intervención mínima, la proporcionalidad, el respeto de las categorías lógico-objetivas y la culpabilidad, que es en definitiva, el principio de portada general. Toda claudicación a estos paradigmas conlleva una afectación más o menos sensible, al Estado democrático de derecho”.*

El Derecho Penal Económico ha sufrido una expansión de su contenido, pero dicha expansión es producto de un proceso a mi criterio demasiado acelerado y que se ha realizado careciendo de prudencia y coherencia sistemática, dejando de lado los principios dogmáticos de la ciencia penal afectando nel concepto conocido de bien jurídico.

La *“criminalidad económica”* no puede entenderse en forma aislada del contexto social concreto donde se produce.

El delito económico al igual que todos los delitos son productos que obedecen a condicionamientos concretos en una determinada sociedad y de un momento histórico determinado.

El Derecho Penal Económico al que alude hoy en día la doctrina dista de ser un concepto claro y concreto.

La nitidez del objeto o bien jurídico lleva a la nitidez de los medios y a la seguridad jurídica últimamente olvidada.

Se trata creo, de no olvidar las consideraciones de principio que hasta ahora han sido correctas y eficaces para el ejercicio del Derecho.

El orden público económico protegido por las disposiciones penales socioeconómicas variará con

el sistema imperante. En particular, el Estado democrático social de Derecho configura un escenario político en el que, si bien se contempla un modelo socioeconómico que reconoce la propiedad privada y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, también otorga al Estado ciertos derechos-deberes, facultades interventoras de carácter económico y social para alcanzar la plena libertad, justicia e igualdad.

Este paradigma es precisamente el que legitima la intervención del Estado.

Se trata de una alternativa, con lo cual habrá que examinar si las técnicas penales tradicionales pueden seguir funcionando en el sentido propuesto hasta el momento, o si, por el contrario, se ha de recurrir, para hacer frente de modo eficaz la nueva situación cambiando el modelo tradicional en materia penal económica.

Creo que no se debería olvidar el concepto de “bien jurídico” como ineludible punto de referencia. Este es una garantía que no puede dejarse de lado.

Desde el pensamiento del Derecho Penal mínimo, es cuestionable el expansionismo penal. El reclamo por un Derecho Penal de intervención mínima es hoy una constante en los círculos académicos del mundo entero.

Hoy resulta claro que la respuesta con la pena privativa de libertad a determinadas conductas puede tener menos utilidad que otras penas alternativas como la inhabilitación.

El Derecho Penal tiende a ser percibido como la única manera de abordar el conflicto cuando los demás medios son inoperantes.

El Derecho Administrativo se revela ineficaz para llegar a altas jerarquías.

Una tentativa o alternativa para los Dres. Adriasola y Cervini podría estar en “redefinir los fines de la pena”, asignándoles fines preventivos especiales y preventivos generales. Por tanto la finalidad preventiva que expresan en la pena se encuentra ligada al principio de culpabilidad como límite hasta donde puede llegar esta redefinición.

*“Por tanto no basta con fundar la necesidad de tipificar nuevas figuras penales en su innegable efecto preventivo sino que también es necesario un mínimo grado de éxito en la efectividad de la norma. Ej: La exagerada duración del proceso penal conspira contra la eficacia preventiva de la norma”.*

La intervención penal en materia de Derecho Penal de la Empresa, debe dirigirse en una primera fase, a colocar a los operadores del mercado, en condiciones de paridad.

*“No es posible construir un sistema de intervención penal sin identificar previamente el bien jurídico tutelado”.*

El camino pasa por la correcta individualización del mismo.

El delito como fenómeno social cambia constantemente en la historia. Se trata de renovar el Derecho sobre la base de mantener los principios fundamentales que llevaron a la construcción del mismo a fin de modernizarlo sin perder por ello seguridad jurídica y sin olvidar que el Derecho Penal continúa siendo de “última ratio” como siempre lo ha sido.

Se trata de evitar admitir otros caminos que lejos de lograr la tan “pretendida eficacia” desdibujan el bien jurídico sacrificando las garantías.

Hay que crear conciencia de ello.

Desde mi postura creo que es tarea compleja, pero, no imposible, intentar la construcción de mejoras en tipos penales socioeconómicos ya existentes que tengan legitimación democrática, que se muestran a su vez eficaces para la sociedad que intentan regular y en función de las necesidades de hombres también concretos. Cabe realizar todo esto teniendo en cuenta siempre como base el Derecho Nacional vigente y también las recomendaciones en materia de Cooperación Internacional las que le dan al

Estado uruguayo un panorama más general de la cuestión en sí.-

#### BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

“El Derecho Penal de la Empresa desde una visión garantista: metodología, criterios de imputación, tutela y patrimonio social” Dr. Raúl Cervini, Editorial BdeF ,2005.-

“Combate al lavado de activos desde el Sistema Judicial” (Dr. Eduardo Caparrós, Dr. Isidoro Blanco Cordero y Dr. Javier Alberto Zaragoza). – Presidencia de la República (Junta Nacional de Drogas) CEPLA –Centro de Capacitación del lavado de activos (1ª. Edición Nov. 2003) /OEA- CICAD y BID .

“El Secreto Profesional frente a la administración tributaria: situación de profesionales y operadores inmobiliarios” Dres. Raúl Cervini, Editorial BdeF (2006).

“La Financiación del Terrorismo y el lavado de dinero: técnicas de prevención, investigación y medidas cautelares, el proyecto de reforma legislativa en Uruguay, incidencia de la ley 17.773 en presunarios sobre macrocriminalidad” Dr. Gabriel Adriasola. Editorial Carlos Álvarez (2004).

“Derecho Penal de la Empresa” Dres. Raúl Cervini y Gabriel Adriasola.

“Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal” Manuel a. Viera, Ed. FCU, págs.. 17 y ss.

“Transparencia y ciudadanía responsable” Artículo del Dr. Carlos Balsa pág. 212 a 222)( Año 2007) Edición por Manuel Carballa y Centro Latinoamericano de Economía Humana ( CLAEH)

Revista peruana de Derecho Internacional No. 130, enero-marzo 2006 ( LimaPerú) Dra. Noelia Pan-toja Crespo (Ministra en el servicio diplomático de la República).

Revista peruana de Derecho Internacional No. 130, enero-marzo 2006 ( LimaPerú) Dr. Librado Orozco Zapata( Ministro Consejero del Servicio exterior Diplomático Peruano). Págs.. 31- 37.

“La cooperación al desarrollo en el sistema de NN.UU, la coordinación operativa y el proyecto “Unidos en la acción” por la Licenciada Macarena del Campo en la Revista “Letras Internacionales” ( Publicación del Departamento de estudios internacionales, Facultad de Administración y Ciencias Sociales” de la ORT, año 2010.

“Curso de Derecho Internacional Público”, GONZALEZ CAMPOS, Julio y otros.Ed. Civitas, 6ª. edición, 1998, pág. 548.

Apuntes varios: del “Posgrado en Derecho Penal Económico” especialmente clases dictadas los días: 23/5/13 por el Dr. Álvarez Cozzi , el día 22/8/2013 por el Dr. Langón, el día 5/9/2013 por el Dr. Jorge Díaz sobre GAFISUR, clase del día 12/9/13 dictada por la Dra. Adriana de los Santos, clase dictada el día 19/9/13 por la Dra. Mónica Ferrero y clase dictada el día 26/9/13 por el Dr. Juan Gómez (Universidad de Montevideo, Año 2013).-

#### NORMATIVA NACIONAL CONSULTADA

- Constitución de La República, Editorial Idea SRL, Montevideo 1997.-
- Código Penal de la Universidad de Montevideo, año 2013, comentado por el Prof. Dr. Miguel Langón Cuñarro.
- Ley 17.773.
- Ley 17.060
- Ley 17.016
- Ley 17.343
- Circular No. 1722 del BCU del 21/12/2000





## MONOGRAFIAS DE ESTUDIANTES

*BRITO, María del Pilar*

Concurso de los consumidores, ejemplos mundiales



# CONCURSO DE LOS CONSUMIDORES EJEMPLOS MUNDIALES

MARÍA DEL PILAR BRITO

## Introducción

La insolvencia de los consumidores es una realidad latente en nuestros días. Dado que siempre surge un producto o servicio nuevo al cual acceder, es normal que se recurra a créditos de diversos tipos para poder satisfacer estas nuevas necesidades. De esta manera, el crédito habilita a las personas a acceder a ciertos bienes, a los cuales no habrían accedido de otra manera. Así ha evolucionado el capitalismo y consumismo característicos de fines del siglo XX y siglo XXI. Es decir, hay un proceso normal de endeudamiento, en donde el sujeto se obliga a pagar por dichos bienes o servicios, pero a futuro. El problema se genera cuando hay un exceso de deudas, un sobreendeudamiento<sup>1</sup>, en donde el consumidor se insolventa volviéndose incapaz de cumplir con sus obligaciones. *“Ante una situación de sobreendeudamiento crítico una triple responsabilidad a considerar: Individual (del propio sujeto en problemas que omitió ordenar y planificar sus cuentas), Social (el mercado no hace del otorgamiento responsable del crédito un objetivo en momentos de bonanza y alta liquidez), y Estatal (la exuberante publicidad sin control y la falta de mecanismos de ayuda adecuados al consumidor)”*<sup>2</sup>.

La globalización es uno de los principales factores que afecta esta realidad, en tanto la persona se ve expuesta a nuevas aperturas de mercados con gran diversidad de productos, lo cual influye de manera terminante en el consumo. El uso de la tarjeta de crédito ayuda a la obtención de estos productos, el mismo ha aumentado del 215,0% y del 225,0%<sup>3</sup> en España (una realidad no tan lejos de la nuestra propia). Se forma *“(…) un círculo definido en el que producción, crédito y consumo, están armoniosamente y directamente relacionados, y el deudor no puede controlar, es decir, se encuentra en crisis económica insuperable.”*<sup>4</sup>

Una persona no comerciante se puede ver inmersa en una situación de insolvencia, gastando más de lo que en un futuro podrá pagar. Este tema es de suma actualidad, la caída de grandes economías, como la de los Estados Unidos o la de España, encuentran gran parte de su raíz, en cuestiones netamente de insolvencia de las personas físicas. Luego de las recientes crisis se han replanteado los sistemas concursales. Hay que destacar que el sobreendeudamiento no es la única causa de insolvencia en las personas físicas, los divorcios, desempleos, entre otros también forman parte de las razones que llevan a una persona a la quiebra. Es un fenómeno que no discrimina las distintas clases sociales, sino que las afecta a todas; el consumismo permea a toda la sociedad actual.

Si bien el concurso de los particulares no ha sido un tema muy estudiado por varias décadas,

---

1 Barreiro, Marcelo G. en “Una aproximación al fenómeno del sobreendeudamiento del consumidor y a su necesaria regulación” define al sobreendeudamiento como la situación en que se encuentra una persona física (y su grupo familiar) de buena fe que ha contraído deudas en exceso y no puede hacer frente a todas” – Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal

2 Barreiro, Marcelo G., “Mecanismos alternativos para la solución de la problemática del consumidor sobreendeudado”

3 Senent Martínez, Santiago “ Discharge y sobreendeudamiento de particulares en el ámbito del derecho norteamericano y español”

4 Trujillo Betancourt, Gustavo y Muñoz Yunda, Alexandra “Ley de insolvencia de persona natural no comerciante frente al sobreendeudamiento” Universidad Javierana, Santiago de Cali 2014

él mismo se ha dado a lo largo de toda la historia del hombre. Ya desde Roma surge el concepto de la *manus iniectio*, la cual era una manera de justicia privada. Luego, se intenta limitar esto con la Ley del Talión, en donde al deudor no se lo podía agredir más allá del daño que había hecho. Se considera al concurso como una sanción hacia el deudor, el cual se creía que no pagaba a sus acreedores por fraude o en mala fe. Hoy se entiende que ha habido una evolución de esta disciplina, hay varios modelos concursales distintos en los diversos ordenamientos jurídicos. En los más actuales, se tiende a favorecer a aquel consumidor deudor de buena fe, a través del mecanismo del “discharge”.

La ley de Relaciones de Consumo 17.250, en su artículo segundo nos da una definición de quien es este sujeto, “Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella.

*No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización.”*<sup>5</sup> Pero esta no es la única definición, INSOL INTERNATIONAL hace un informe sobre la deuda de los consumidores, y lo define como aquel deudor cuyo pasivo deriva principalmente de actividades familiares o domésticas, no como resultado de un ejercicio empresarial.

En resumen, el pasivo de los consumidores deudores se relaciona principalmente con los sobregiros bancarios, préstamos de los bancos u otras instituciones financieras, tarjetas de crédito personales, hipotecas entre otros.<sup>6</sup> A los efectos de este trabajo, y dado que en Uruguay el artículo segundo de la Ley de Concurso 18.387 establece que se podrá declarar el concurso de “*persona jurídica civil o comercial*”<sup>7</sup>, trataré principalmente sobre los consumidores personas físicas (claramente sujetos distintos a aquellos que realizan actividades empresariales).

## 2. Soluciones de Derecho Comparado

El derecho comparado ayuda a abordar este tema tan actual de los consumidores en estado de insolvencia “entre 1997 y 2007 se presentaron quince millones de solicitudes de quiebra en Estados Unidos, más de la mitad de particulares. En Francia, sólo en el mes de septiembre del 2007 se contabilizaban más de quince mil solicitudes y más de cien mil se presentaron en Alemania a lo largo de ese mismo año”<sup>8</sup>. A efectos de este trabajo se verán los distintos modelos y se intentará llegar a conclusiones que inviten a evaluar la situación en nuestro país. Mundialmente se ha debatido acerca del procedimiento que deben seguir los consumidores, sea este personal para cada uno o general.

Estados Unidos se caracteriza por ser el ejemplo por antonomasia de capitalismo y consumismo; no resulta extraño entonces que la legislación norteamericana recoja el mecanismo de liberación de las deudas (*discharge*) y el sistema de la segunda oportunidad (*fresh start*). Esta legislación cuenta con un “Bankruptcy Code” (en el 2005 se hizo una gran reforma del sistema) en donde en su capítulo 7 habla especialmente de la situación de los consumidores. El ciudadano estadounidense no se endeuda solamente por el consumo, sino que hay una práctica instaurada para obtener créditos.

De forma evidente se vio que quienes eran declarados en concurso, tenían endeudamiento por obligaciones de distinta naturaleza, en gran medida los deudores habían solicitado créditos hipote-

5 <http://www.impo.com.uy/bases/leyes/17250-2000>

6 Costumer Debt Reprot, Report of finding and recomedation, INSOL International, Londres, Mayo 2001.

7 <http://www.impo.com.uy/bases/leyes/18387-2008>

8 Marta Zabaleta Díaz, El concurso del consumidor, Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá III (2010) 301-331

carios para solucionar el tema de sus viviendas; sin más, el consumo es igualmente un gran factor que afecta y ayuda a la insolvencia de los ciudadanos. La liquidación y el plan de pagos, son las dos vías más utilizadas (si bien no las únicas), por los consumidores insolventes norteamericanos. Las mismas están establecidas en el capítulo 7 y 13 del Código de Bancarrota, respectivamente.

El primero de ellos establece que la *“Corte les nombra un administrador que se hace cargo de las propiedades, las vende y convierte en dinero para pagar a sus acreedores”*<sup>9</sup>. Ello solo se dará en aquellos casos en los cuales el deudor sea persona física y no haya actuado de mala fe o ya haya tenido algún otro beneficio previo (en los últimos 6 años). El deudor revela todos sus bienes, de los cuales va a ser desposeído (excluyendo aquellos que son inembargables) como forma de pago a sus acreedores. Se paraliza de forma automática las acciones ejecutivas que ya se hubieran iniciado. Luego del desapoderamiento, el deudor puede iniciar su *“fresh start”* ya exento responsabilidad.

Es importante tener en cuenta que este mecanismo no se extienda a aquellos créditos garantizados, los mismos persisten. Todo el trámite se rige por el principio de igualdad de los acreedores. Por otra parte, el capítulo 13 narra sobre el plan de pagos. La Corte debe aprobar dicho plan y nombra a un administrador, que se encargará de cobrar el dinero luego de la liquidación de los bienes del consumidor. Inmediatamente se paga a prorrata a los acreedores. Es de vital importancia tener en cuenta que siempre se conserva el inmueble que hace de hogar al sujeto, como también se calculan ciertas sumas de dinero para que el deudor pueda seguir subsistiendo. A través de esto se logra impedir las estigmatizaciones sociales de los deudores.

En Francia se regula *“el sobreendeudamiento”* de los consumidores en el propio Código del Consumo. En este ordenamiento, antes del comienzo del proceso, hay una instancia de mediación extrajudicial ante la Comisión de Sobreendeudamiento. Aquí se acuerdan los planes de pago y posibles quitas. El deudor debe presentar una demanda explicando su situación de insolvencia. De este modo el juez verifica que el estado de insolvencia sea tal y consecuentemente la buena fe del deudor. De no prosperar este plan, el Juez dicta sentencia que abre un plazo para que se presenten los acreedores a cobrar sus créditos. Se liquida, se venden los bienes que tenía el deudor y se paga a prorrata. *“Al no lograr satisfacer a cabalidad los pasivos existentes en el proceso, el juez declara la condonación de las deudas restantes y deriva en fin del proceso concursal, concediendo al deudor el beneficio de la “segunda oportunidad” del derecho anglosajón; proceso que podrá hacerse máximo cada 8 años. La condonación o descargue (effacement), es un mecanismo de gran utilidad cuando la persona natural, tras su liquidación, continúa con insuficiencia de bienes o activos para el cumplimiento de sus deudas, y por ello no incluye la totalidad de los pasivos existentes a lo largo del proceso”*<sup>10</sup> La buena o la mala fe del deudor depende si contrajo más deudas de las que sabía que podía afrontar, o si, fortuitamente no puede pagarlas (por ejemplo, a consecuencia de un despido laboral).

En la República Federal de Alemania, a partir de 1999, se establece un sistema de liberación de deudas, para los consumidores. Los mismos tienen dos opciones, pueden optar ir por un proceso que ha sido diseñado especialmente para ellos llamado *“Restschulddfreierung”*, o ir por un proceso, que aplica a todos los individuos, en donde se liquida su patrimonio. El sistema *“Restschulddfreierung”* aplica solamente a los consumidores, y la ley misma entiende por consumidor toda persona física que no desarrolla actividad empresarial. Consta asimismo de tres etapas, primero un acuerdo extrajudicial con los acreedores en donde se *“busca el equilibrio económico del concurso por medio del acuerdo entre las partes, deudor y acreedor”*<sup>11</sup>.

9 Martínez Blanco, Camilo *“Manual de Derecho Concursal”*, FCU, Montevideo 2012

10 Trujillo Betancourt, Gustavo y Muñoz Yunda, Alexandra *“Ley de insolvencia de persona natural no comerciante frente al sobreendeudamiento”* Universidad Javierana, Santiago de Cali 2014

11 Trujillo Betancourt, Gustavo y Muñoz Yunda, Alexandra *“Ley de insolvencia de persona natural no comerciante frente al sobreendeudamiento”* Universidad Javierana, Santiago de Cali 2014

El legislador puso gran énfasis en la autonomía de la voluntad de las partes, ya que entendió que una negociación entre las partes podía llegar a resultados más óptimos. En segundo lugar, se hace un acuerdo en sede judicial, en donde se conforma un plan de pagos. Luego de un plazo de 6 meses, si las dos etapas anteriores han fracasado, el deudor presenta su solicitud de concurso, y a posteriori comienza el proceso de insolvencia. El patrimonio del deudor se lo encomienda a un fiduciario para que lo administre. Los requisitos para iniciarlo son, el acuerdo de plan de pagos y plan de liquidación, constatando también un inventario de los bienes y deudas con sus respectivos acreedores. *“El tratamiento concursal del consumidor se completa además en Alemania con la exoneración del pasivo restante o discharge, que suele seguir al procedimiento concursal. Esta figura, originaria del Derecho estadounidense, ofrece al deudor persona física una segunda oportunidad para iniciar nuevas actividades sin lastres económicos o fresh start, especialmente cuando la imposibilidad de cumplir con sus acreedores obedece a circunstancias ajenas a su voluntad.”*<sup>12</sup> Al igual que en el sistema norteamericano, el motivo que lleva a los consumidores a declarar su concurso es ser, eventualmente, exonerado de aquellas deudas que no puede pagar.

España carece de un tratamiento específico para los consumidores en su Ley de Concurso. Se consideraba que el sobreendeudamiento era muy excepcional. Hoy en día se prueba lo contrario, el concurso de los consumidores es frecuente en todos los ordenamientos jurídicos. He aquí la razón por la cual existen incontables trabajos doctrinarios españoles que se cuestionan y plantean la posibilidad de establecer un procedimiento especial para los consumidores. Sin embargo, recientemente con la Ley de Emprendedores, se introduce el mecanismo del *“fresh start”* para las personas físicas sean tanto emprendedoras como no, por donde entraría aquí el consumidor. Por otra parte este proceso se daría en los – concursos fortuitos- siendo estos aquellos que no son culpables. Un concurso se considera culpable cuando:

*“a . cuando el deudor no lleva contabilidad debiendo llevarla o lleva doble contabilidad (num. 1 LCE; un. 4 art. 193 LCU);*

*b. cuando el deudor hubiera cometido alguna inexactitud grave en algún documento acompañado a la solicitud de declaración de concurso o durante la tramitación del procedimiento, o documentos falsos (num. 2 LCE num 5 art. 193 LCU);*

*c. cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación (num. 4 LCE; num 1 art. 193 LCU);*

*d. cuando durante los dos años anteriores a la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos (num. 5 LCE)- En este caso la hipótesis es diferente a la prevista en la LCU, que simplemente se refiere a II antes de la declaración del concurso” como período para considerar la salida de bienes o derechos del patrimonio del deudor, sin exigir los 2 años; pero simultáneamente elimina la referencia al fraude Y se refiere a “indebidamente” (num. 3 art. 193 LCU).”*<sup>13</sup> Para que opere el *fresh start* no es necesario que el concurso sea voluntario.

En Argentina se hace mayor hincapié a la satisfacción de los acreedores sobre la situación del deudor de buena fe. La ley 24.522 no prevé ningún procedimiento especial para los consumidores, sino que tramitaría por los “pequeños concursos”. Hay, sin embargo, varios proyectos para cambiar dicha situación. Por su parte, Brasil tampoco cuenta con un proceso especial para los consumidores, se tramita por la larga vía el Código de Procedimiento Civil (que es mucho más

<sup>12</sup> Marta Zabaleta Díaz, El concurso del consumidor, Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá III (2010) 301-331

<sup>13</sup> Madalena Santiago, “Consideraciones sobre el reciente fresh start español y su comparación con el Derecho Uruguayo” en Estudios del Derecho Concursal Uruguayo – Libro II- Universidad de Montevideo, Montevideo 2015

antiguo -1973- a la ley de concursos del 2005).

### 3. La situación en el Derecho uruguayo

En nuestro país tampoco contamos con un procedimiento especial para los consumidores. La Ley de Proceso Concursal, en su artículo 2 menciona como presupuesto subjetivo “*persona física que realice actividad empresarial o persona jurídica civil o comercial*”<sup>14</sup>. Claramente se está excluyendo de este proceso a todas las personas físicas que no realizan actividad empresarial, entre ellos los consumidores. Éstos van a tramitar por la vía civil regulada en el Código General del Proceso. La gran mayoría de la doctrina está de acuerdo en que no se aprovecharon las oportunidades legislativas, tanto en la Ley de Concurso, en donde se deja afuera los consumidores, como en la ley 19090, para reformar el tedioso sistema que deben afrontar estos sujetos.

Olivera García agrega que, bajo la luz de la Ley de Inclusión Financiera, este tema se trae nuevamente a flote. Explica el autor que “*la restricción crediticia que, a pesar de su gradualidad, la ley 19210 impone habrá de aumentar las situaciones de insolvencia*”.<sup>15</sup> El autor entiende que la Ley de Concurso ofrece un sistema mucho más ágil, el cual se adaptaría fácilmente a la situación de los deudores consumidores. En el caso de introducir a este sujeto como nueva figura dentro del proceso de concurso de la Ley 18387, todo el sistema jurídico se dotaría de sentido, ya que hay grandes incoherencias debido al dualismo de regímenes existentes.

Ahora bien, “*es preferible prevenir el sobreendeudamiento que tener que solucionarlo*.”<sup>16</sup> El eje central es ver las dos caras de la moneda, a los consumidores pero también a aquellos que otorgan los créditos. Dicho esto, el primer aspecto a tener en cuenta es que hayan ciertas limitaciones a las concesiones de créditos, de esta manera se restringe al sujeto a sacar infinitudes de préstamos que luego no pueda afrontar. Este aspecto se fortalece con el fomento de la educación financiera en el país. Por su parte Barreiro estimula “*Creación de un sistema único de registro de deudores de los sistemas financiero y bancario para evitar el otorgamiento de créditos por en una de las posibilidades del sujeto consumidor*” y “*Determinación de la responsabilidad del otorgante del crédito en forma irresponsable a quien no posee elementos objetivos demostrables que lo califiquen para acceder al mismo (responsabilidad por otorga miento abusivo de crédito, incluso subordinando a acreedores desaprensivos, o imponiéndoles un impuesto caro como la ley Belga). Al vivir en una “ sociedad de crédito” esta circunstancia puede que coloque en mal lugar a sujetos no capaces de funcionar apropiadamente en ese tipo de sociedad. Bajo este principio puede entonces pretenderse que aquellas empresas que se aprovechan de tal situación deban hacerse cargo de las consecuencias de la misma.*”<sup>17</sup>

Hemos de preguntarnos ahora los consumidores son “¿víctimas o culpables?”. Como se ha mencionado anteriormente el “exitismo” de este siglo XXI depende de la cantidad de bienes materiales que uno posee. El sujeto se ve inmerso en un sistema que lo lleva a comprar a crédito y endeudarse. Es de vital importancia que se ponga énfasis en la educación financiera, enseñándole al sujeto los riesgos económicos y diversas herramientas para que pueda analizar los distintos panoramas a los que se enfrenta. La relación de esta deuda aplazada e ingresos es una patología que afecta a todas las clases sociales sin discriminación. “*El hábito de recurrir al crédito se ha insta-*

14 <http://www.impo.com.uy/bases/leyes/18387-2008>

15 Olivera García, Ricardo, “El aumento del mínimo salarial intangible y el concurso de los consumidores” en “Consolidación y cambios: el fecundo panorama del Derecho Concursal” FCU, Montevideo 2014

16 Barreiro, Marcelo G., “Una aproximación al fenómeno del sobreendeudamiento del consumidor y a su necesaria regulación”, Cuarto congreso iberoamericano de derecho concursal – Crisis de la economía mundial y concursalidad- FCU, Punta del Este 2008

17 Barreiro, Marcelo G., “Una aproximación al fenómeno del sobreendeudamiento del consumidor y a su necesaria regulación”, Cuarto congreso iberoamericano de derecho concursal – Crisis de la economía mundial y concursalidad- FCU, Punta del Este 2008

lado en la sociedad de consumo de una manera patente y éste se ha convertido en un producto más de adquisición.”<sup>18</sup> Debe haber una reestructuración del proceso concursal creando uno específico para el consumidor deudor de buena fe (que haya llegado a endeudarse por caso fortuito y no por culpa grave o dolo), de manera que el mismo no tenga que tramitar por el proceso del Código General del Proceso. El mismo debe ser cultural, un cambio de mentalidad, reforzado por la educación financiera, y la quita de los estigmas sociales hacia el deudor. Ya es hora que la sociedad entienda que hay muchas más ventajas en que el deudor se reintegre al mercado económico y que pueda seguir consumiendo para generar mayor movimiento en la economía, a que se ahogue en sus propias deudas. Es a través de estos procesos que se “salva su dignidad como ser humano” y se le otorga una segunda oportunidad.

## BIBLIOGRAFÍA

**Barreiro, Marcelo G.**, “Mecanismos alternativos para la solución de la problemática del consumidor sobreendeudado” en <http://dictumabogados.com/files/2012/03/articulo-colaboracion-marcelo-barreiro.pdf>

**Carrasco Perera, Ángel** “El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor – Sistema jurídicos europeos en debate en: [http://www.academia.edu/7350471/\\_SPAIN\\_Sobreendeudamiento\\_del\\_consumidor\\_y\\_concurso\\_de\\_acreedores.\\_El\\_r%C3%A9gimen\\_espa%C3%B1ol\\_de\\_iure\\_condendo\\_%C3%81ngel\\_Carrasco\\_Perera\\_](http://www.academia.edu/7350471/_SPAIN_Sobreendeudamiento_del_consumidor_y_concurso_de_acreedores._El_r%C3%A9gimen_espa%C3%B1ol_de_iure_condendo_%C3%81ngel_Carrasco_Perera_)

Costumer Debt Reprot, Report of finding and recomedation, INSOL International, Londres, Mayo 2001.

**Cuena Casas, Matilde** “Fresh Start y mercado crediticio” en InDret REVISTA -Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid - Barcelona, julio 2011

**Cuarto Concurso Iberoamericano de Derecho Concursal**, “Crisis de la economía mundial y concursabilidad” FCU.

**Madalena Santiago**, “Consideraciones sobre el reciente fresh start español y su comparación con el Derecho Uruguayo” en “Estudios del Derecho Concursal Uruguayo” – Libro II- Universidad de Montevideo, Montevideo 2015.

**Martínez Blanco, Camilo** “Manual de Derecho Concursal” 2da edición, FCU, Montevideo 2015

**Micklitz, Hans W & Ms Irina Domurath** “Consumer Debt and Social Exclusion in Europe”, Ashgate Publishing Limited, England 2015

**Pulgar Ezquerro, Juana** “El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al Derecho español” en Estudios de Derecho Empresario, file:///C:/Users/Justina/Downloads/8812-23625-1-SM.pdf

**Senet Martínez, Santiago** “Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores” Universidad Complutense, en: <http://eprints.ucm.es/14642/1/Discharge.pdf>

**Senet Martínez, Santiago** “Discharge y sobreendeudamiento de particulares en el ámbito

18 Trujillo Betancourt, Gustavo y Muñoz Yunda, Alexandra “Ley de insolvencia de persona natural no comerciante frente al sobreendeudamiento” Universidad Javierana, Santiago de Cali 2014

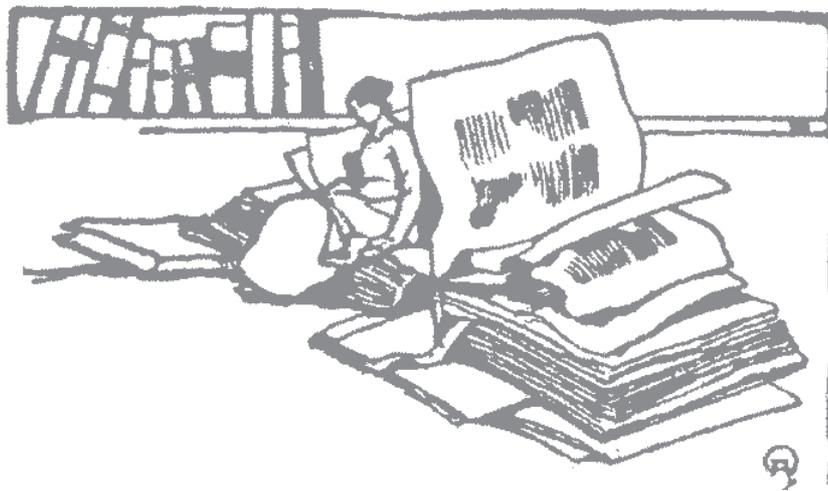
del derecho norteamericano y español” . Documento de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, número 2012/47, Universidad Complutense de Madrid, 2012, en: <http://eprints.ucm.es/28133/1/T35661.pdf>

**Trujillo Betancourt, Gustavo y Muñoz Yunda, Alexandra** “Ley de insolvencia de persona natural no comerciante frente al sobreendeudamiento” Universidad Javeriana (maestría en derecho empresarial), Santiago de Cali, 2014

**Zabaleta Díaz, Marta** “El concurso del consumidor” en: [http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/7977/concurso\\_zabaleta\\_AFDUA\\_2010.pdf?sequence=1](http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/7977/concurso_zabaleta_AFDUA_2010.pdf?sequence=1)

**IDC**, “Consolidación y cambios: el fecundo panorama del Derecho Concursal” FCU, Montevideo 2014





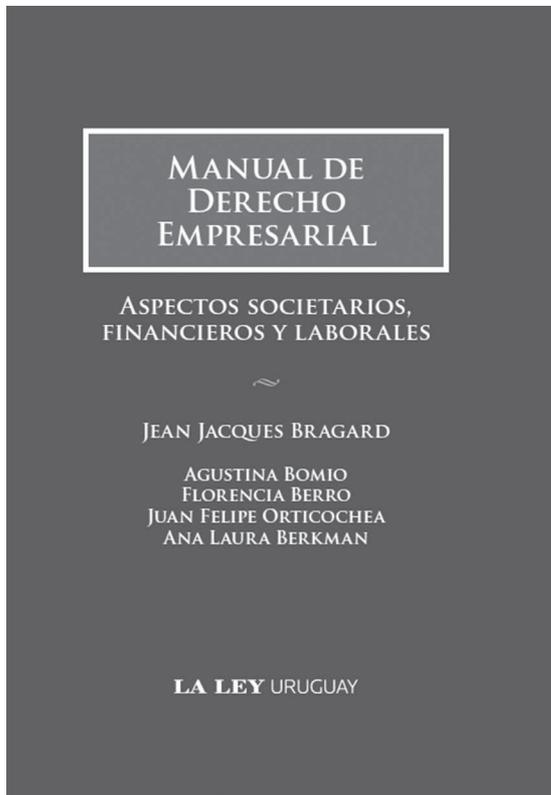
## NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

*Manual de Derecho Empresario de Bragard, Bomio, Berro,  
Orticochea y Berkman; por Miguel Casanova*



---

**MANUAL DE DERECHO EMPRESARIAL - ASPECTOS SOCIETARIOS, FINANCIEROS Y LABORALES**, de Jean Jacques Bragard, Agustina Bomio, Florencia Berro, Juan Felipe Orticochea y Ana Laura Berkman; La Ley, Montevideo, 2016. Por Miguel Casanova.



Por iniciativa de dos de sus autores, egresadas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, llega a nuestras manos el reciente libro Manual de Derecho Empresarial, editado por La Ley. Es para nosotros un privilegio comentar y animar a la lectura de esta obra protagonizada por jóvenes y brillantes profesionales liderados por Jean Jacques Bragard, quien además de destacado abogado y asesor jurídico, integró la primera cátedra de Derecho Comercial -Derecho Bancario y Mercado de Valores de nuestra casa de estudios.

Este Manual de Derecho Empresarial aborda cuestiones jurídicas particularmente relevantes de la vida de la empresa: aspectos de Derecho societario, financiamiento de la empresa y, por último, aspectos de Derecho laboral que comúnmente surgen en la práctica.

La clave y uno de los atractivos principales del libro es su enfoque práctico. Si bien cuenta con intervalos de estudio teórico de algunos temas, en todo momento no pierde de vista su objetivo central de *“proponer un acercamiento pragmático a situaciones jurídicas del ámbito empresarial”*.

Tan es así que, al final de cada capítulo, la obra incorpora una sección dedicada a modelos de contratos, actas u otros documentos, para promover una mejor comprensión y aplicación de las cuestiones tratadas.

Como adelantamos, el libro aborda tres aspectos de la vida empresarial (societario, financiero y laboral). Cada uno ocupa un capítulo en el que se distinguen las cuestiones más relevantes del área del Derecho en su relación con el fenómeno empresarial.

El capítulo primero refiere al Derecho Societario, elemento clave a tener en cuenta para la puesta en marcha y desarrollo de todo emprendimiento empresarial. Con acierto, los autores dedican especial atención a la Sociedad Anónima, como paradigma principal a nivel jurídico y empresarial, y como tipo social mayormente utilizado por el mercado. Comienzan describiendo los diferentes tipos sociales previstos por la Ley de Sociedades Comerciales (n° 16.060), para luego centrarse en la anónima. Con gran capacidad de síntesis presentan el régimen legal de funcionamiento de los órganos sociales (Directorio y Asamblea) y los derechos de los accionistas. Además, dedican una atención especial al fenómeno de fusión de sociedades. Al final del capítulo se ofrece una cantidad muy significativa de modelos de instrumentos societarios que seguramente serán muy útiles para quienes trabajan con sociedades anónimas o forman parte de ellas. Como se afirma en la introducción del libro, con los modelos *“se pretende alentar la creatividad individual [...], desde el estudiante universitario a cualquier operador del mercado, partiendo de contenidos básicos sobre determinados negocios o situaciones jurídicas o, simplemente, experiencias de la práctica.”*

El capítulo segundo trata aspectos de financiamiento de empresas a través de los mecanismos de oferta pública (emisión de acciones y de obligaciones negociables) y de oferta privada. Asimismo, comenta la normativa bancocentralista sobre gobierno corporativo, la figura del agente representante, del agente de pago y de la entidad registrante; incorporando modelos de contrato con todos los agentes involucrados.

Finalmente, el capítulo tercero hace referencia a los principales aspectos de Derecho Laboral desde la perspectiva de la empresa. Refiere al tema del Contrato de trabajo (modalidades de contratación, formas de extinción, indemnizaciones por despido), a la potestad del empleador de modificar las condiciones de trabajo, a las normas sobre horarios de trabajo, a los diferentes beneficios salariales (aguinaldo, salario vacacional, licencia, etc.), prescripción de créditos laborales, tercerizaciones, etc.; cerrando, una vez más, con la inclusión de varios modelos muy útiles, para el trabajo diario de los departamento de recursos humanos de las empresas.

Saludamos y felicitamos a los autores por embarcarse en la elaboración de este Manual de Derecho Empresarial y esperamos que perseveren en el esfuerzo de aprovechar y vincular el trabajo profesional con la producción académica, la práctica y la teoría, la labor del abogado y la del jurista, en la tarea común de discernir la verdad en la realidad.

**Miguel Casanova**  
**Junio 2016**





Julio, 2016. Depósito Legal N°. 000.000 / 16  
[www.tradinco.com.uy](http://www.tradinco.com.uy)