



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

No entrar en ese juego

DOCTRINA

ASIAÍN, Carmen

Comentarios al Proyecto de Ley de Reconocimiento de la Libertad de Conciencia e Ideario

BÉJAR RIVERA, Luis José y ORRICO GÁLVEZ, Alejandro

El Control Administrativo en México

CELI FRUGONI, Alina

El principio de la sustentabilidad en las aplicaciones agrobiotecnológicas, en el marco de la unión europea

HESSDÖRFER, Andrés

Promesas de enajenación de establecimientos comerciales: problemas prácticos para su cesión, a la luz de la responsabilidad de adquirentes de casas de comercio

VIGNOLO CUEVA, Orlando

La crisis de la responsabilidad patrimonial objetiva de las administraciones públicas peruanas

SCHIAVI, Pablo

El desafío de los gobiernos municipales en el Uruguay: participación ciudadana, transparencia y articulación

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

ORTELLS RAMOS, Manuel

La ejecución forzosa civil
Tres cuestiones sobre qué ejecutar, quién puede o debe hacerlo y cómo

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, N° 125/2009 de 3 de junio de 2009

CAL LAGGIARD, Maximiliano

Caducidad de la tutela cautelar

INFORMACIONES

Carreras de grado
Otras noticias de interés
Postgrados y maestrías
In company

TESINAS DE MASTERS

GAMIO, Álvaro y CASTELLAN, Santiago

Límites a la creación voluntaria de patrimonios de afectación para la salvaguarda de bienes

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

IRRAZABAL, Gonzalo

Una reflexión actual y moderna sobre el derecho a la imagen

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Curso de Derecho Administrativo

(de Julio Rodolfo Comadira, Héctor Jorge Escola y Julio Pablo Comadira por Carlos E. Delpiazzo)

Delitos informáticos

(de Martín Pecoy Taque por Pedro J. Montano)

El control del acceso a la información pública y de la protección de datos personales del Uruguay

(de Pablo Schiavi por Cristina Vázquez)

Veto al aborto. Estudios interdisciplinarios sobre las 15 tesis del Presidente Tabaré Vázquez

(varios autores por Juan Manuel Gutiérrez Bartol)



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

No entrar en ese juego

DOCTRINA

ASIAÍN, Carmen

Comentarios al Proyecto de Ley de Reconocimiento de la Libertad de Conciencia e Ideario

BÉJAR RIVERA, Luis José y ORRICO GÁLVEZ, Alejandro

El Control Administrativo en México

CELI FRUGONI, Alina

El principio de la sustentabilidad en las aplicaciones agrobiotecnológicas, en el marco de la unión europea

HESSDÖRFER, Andrés

Promesas de enajenación de establecimientos comerciales: problemas prácticos para su cesión, a la luz de la responsabilidad de adquirentes de casas de comercio

VIGNOLO CUEVA, Orlando

La crisis de la responsabilidad patrimonial objetiva de las administraciones públicas peruanas

SCHIAVI, Pablo

El desafío de los gobiernos municipales en el Uruguay: participación ciudadana, transparencia y articulación

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

ORTELLS RAMOS, Manuel

La ejecución forzosa civil
Tres cuestiones sobre qué ejecutar, quién puede o debe hacerlo y cómo

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno, N° 125/2009 de 3 de junio de 2009

CAL LAGGIARD, Maximiliano

Caducidad de la tutela cautelar

INFORMACIONES

Carreras de grado
Otras noticias de interés
Postgrados y maestrías
In company

TESINAS DE MASTERS

GAMIO, Álvaro y CASTELLAN, Santiago

Límites a la creación voluntaria de patrimonios de afectación para la salvaguarda de bienes

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

IRRAZABAL, Gonzalo

Una reflexión actual y moderna sobre el derecho a la imagen

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Curso de Derecho Administrativo

(de Julio Rodolfo Comadira, Héctor Jorge Escola y Julio Pablo Comadira por Carlos E. Delpiazzo)

Delitos informáticos

(de Martín Pecoy Taque por Pedro J. Montano)

El control del acceso a la información pública y de la protección de datos personales del Uruguay

(de Pablo Schiavi por Cristina Vázquez)

Veto al aborto. Estudios interdisciplinarios sobre las 15 tesis del Presidente Tabaré Vázquez

(varios autores por Juan Manuel Gutiérrez Bartol)



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

No entrar en ese juego..... 7

DOCTRINA

ASIAÍN, Carmen

Comentarios al Proyecto de Ley de Reconocimiento de la Libertad de Conciencia e Ideario 11

BÉJAR RIVERA, Luis José y ORRICO GÁLVEZ, Alejandro

El Control Administrativo en México 25

CELI FRUGONI, Alina

El principio de la sustentabilidad en las aplicaciones agrobiotecnológicas, en el marco de la unión europea 37

HESSDÖRFER, Andrés

Promesas de enajenación de establecimientos comerciales: problemas prácticos para su cesión, a la luz de la responsabilidad de adquirentes de casas de comercio 49

VIGNOLO CUEVA, Orlando

La crisis de la responsabilidad patrimonial objetiva de las administraciones públicas peruanas 63

SCHIAVI, Pablo

El desafío de los gobiernos municipales en el Uruguay: participación ciudadana, transparencia y articulación 81

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

ORTELLS RAMOS, Manuel

La ejecución forzosa civil
Tres cuestiones sobre qué ejecutar, quién puede o debe hacerlo 109

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno, N° 125/2009 de 3 de junio de 2009 129

CAL LAGGIARD, Maximiliano

Caducidad de la tutela cautelar 129

INFORMACIONES

Carreras de grado 139
Otras noticias de interés 139
Postgrados y maestrías 140
In company 143

TESINAS DE MASTERS

GAMIO, Álvaro y CASTELLAN, Santiago

Límites a la creación voluntaria de patrimonios de afectación para la salvaguarda de bienes 147

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

IRRAZABAL, Gonzalo

Una reflexión actual y moderna sobre el derecho a la imagen 181

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Curso de Derecho Administrativo 189

(de Julio Rodolfo Comadira, Héctor Jorge Escola y Julio Pablo Comadira por Carlos E. Delpiazzo)

Delitos informáticos 192

(de Martín Pecoy Taque por Pedro J. Montano)

El control del acceso a la información pública y de la protección de datos personales del Uruguay 194

(de Pablo Schiavi por Cristina Vázquez)

Veto al aborto. Estudios

interdisciplinarios sobre las 15 tesis del Presidente Tabaré Vázquez 195

(varios autores por Juan Manuel Gutiérrez Bartol)

MENSAJE DEL DECANO

No entrar en ese juego

Los problemas sociales, económicos, políticos, éticos o filosóficos existieron desde que el hombre pisó este mundo. Muchos de ellos son recurrentes y dada nuestra propia condición humana, no son ni serán fáciles de resolver.

Desde antiguo pero también en nuestros días, da la sensación de que existe un grupo de personas que siguen pretendiendo encararlos y resolverlos en términos maniqueístas. El Maniqueísmo es una postura que proviene del pensador persa Manes (215 – 276 DC) y que sostiene que hay dos fuerzas opuestas, la del bien y la del mal. Esas fuerzas estarían en eterna contradicción y su lucha sería inevitable a lo largo de la historia. Así encaradas las cosas el maniqueísmo deviene una ideología que todo lo reduce a lo bueno y lo malo, lo blanco y lo negro, lo positivo y lo negativo, sin posibilidades de contacto entre unos polos y otros. Así por ejemplo, el liberalismo radical enfoca todos los problemas económicos en términos de ausencia o presencia de libertad, entendiendo a la libertad desde un solo punto de vista: la libertad económica y de elección de acciones por encima de cualquier otro valor. Otra ideología que tiene rasgos maniqueístas es el marxismo; en su mirada filosófica, económica y social, todo se reduce a la lucha de clases y el cielo en esta tierra se obtendrá el día que las clases desaparezcan. Ello tamizado con una visión anti-religiosa (la religión adormece a los pueblos como el opio) y materialista de la historia (todo lo espiritual está condicionado por la materia).

En definitiva estas posturas ideológicas y muchas más, le asignan al bien o al mal una sola fuente que es la que hay que combatir o preservar respectivamente. Entonces las visiones se tornan dicotómicas y simplificadas: todo se reduce a combatir y destruir el polo opuesto. No existe la posibilidad de términos medios, de matices, de zonas con claroscuros: todo parece sencillo y se reduce a enfrentar, combatir y hacer desaparecer de la faz de esta tierra a quien se encuentre en el lado opuesto. Esta visión reduccionista y simplificada de la política, la economía y de la vida misma es lo que en otras oportunidades hemos designado como anti-hismo crónico.

Con esta perspectiva y postura, la gestión pública será el bien y la gestión privada el mal (o vice-versa), el empleado será el ángel y el empleador el demonio (o al revés), lo nacional y local será lo auténtico y positivo y lo extranjero, invasor o imperialista devendrá lo negativo y malo (o lo contrario), el capital será la salvación y el trabajo la condena (o al revés), la empresa el avance y el sindicato el retroceso (o vice-versa), el campo será la pureza y la industria la corrupción (o a la inversa) y podríamos seguir con un largo etcétera.

Este enfoque dicotómico, reduccionista y simplificante también se extiende a otras áreas: la razón se opone a la religión, la libertad se opone a la verdad, a la obediencia y al compromiso; la normatividad y el orden se oponen a la espontaneidad, a la anomia “liberalizadora” y al caos “creativo”; la limpieza e higiene (personal y pública) así como la corrección en el hablar y el vestir se ven como opuestos a la autenticidad, la tolerancia y el principio de no discriminación. Todo lo que provenga de las - a veces muy arbitraria y confusamente - llamadas izquierda o derecha será mal o bien visto según cómo



Revista de DERECHO

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

*

Director

Dr. Carlos E. Delpiazzo

Redactor Responsable

Dra. Beatriz Bugallo
Jaime Zudáñez 2628 apto. 101

Consejo Editorial

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

Comisión de Publicaciones

Dra. Beatriz Bugallo
Dr. Juan Manuel Gutiérrez
Dr. Pablo Labandera

Secretaría Técnica

Dra. Natalia Veloso

*

Redacción y suscripciones

Facultad de Derecho
Universidad de Montevideo
Prudencia de Pena 2440
11600 Montevideo - Uruguay

Impresión

Tradinco S.A.
Minas 1367
Telefax: 2409 44 63 - 2409 55 89
Montevideo - Uruguay
E-mail: tradinco@adinet.com.uy

Deposito Legal 360.809 / 12
Edición amparada en el decreto
218/996 (Comisión del Papel)

ISSN: 1510-5172

Las expresiones y opiniones vertidas
por los autores de cada obra
publicada en esta Revista, son de su
exclusiva responsabilidad

Año XII (2013), Nº 22

y dónde se ubique el receptor del mensaje. En este último punto las confusiones son cada vez mayores: ¿se puede decir con claridad de conceptos y con fundamentos adecuados qué es lo que se entiende por izquierda y qué por derecha en nuestro Uruguay de hoy? ¿No suenan a slogans y expresiones que se dicen por decir, porque queda bien y generan precisamente un vago sentimiento de rechazo a lo contrario aunque no se sepa exactamente por qué?

Si se aceptan estas reglas de juego y estas miradas de la vida y de la historia, entonces todo vale con tal de destruir las visiones o enfoques opuestos. En los tiempos que corren, aceptar estas reglas y aplicarlas es lo que algunos pretenden no sólo hacer, sino contagiar a otros. No debemos entrar en este juego. Primero, porque sus premisas son falsas, erróneas y muchas veces tendenciosas. Segundo, porque nos limita como seres humanos y nos reduce a niveles de un simplismo cultural muy decadente y peligroso. Tercero, porque como humanos nos merecemos levantar la mirada y procurar resolver nuestros problemas con discusiones y discrepancias siempre respetuosas y basadas en lo racional y lo razonable. Los problemas deben ser resueltos con soluciones estables, duraderas, no con victorias y derrotas coyunturales. Deben ser resueltos con argumentos convincentes o al menos persuasivos por su coherencia y su sentido común. Con ánimo de buscar siempre puntos de concordancia, de cooperación y complementación en aquellas áreas y tópicos en los que ello sea posible, sin dejar de reconocer que habrá otros en los que quizás nunca o por un tiempo al menos, no será viable ponerse de acuerdo. Pero sabiendo que existe siempre la alternativa de unir lo que pueda unirse y de acordar lo que pueda acordarse.

No es con exclamaciones teatrales y vacías que sólo mueven lo emotivo o con voluntarismos impracticables que quedan en declaraciones de buena intención. No es con frases elocuentes o el recurso a la imagen sensible que perdura en los sentidos pero no penetra ni cuaja en el interior racional y espiritual del ser humano. No es tampoco con ánimos destructivos que apuntan a la supresión de los adversarios de turno tal como si fueran enemigos de guerra que conviene sofocar, cuando no aniquilar. No es así que se piensa y se proyecta un país que pretende, al menos de boca e intenciones para afuera, vivir en Democracia y en Estado de Derecho.

Porque si entramos a esa cancha, aceptamos esas reglas de juego y nos acostumbramos día a día a aplicarlas, entonces estaremos dándole la razón y el gusto a los que nos las quieren sutil o descaradamente imponer. Y entonces tendremos que aceptar lo que nuestra razón y nuestro espíritu nos debería negar: que no es humano aceptar y aplicar la ley de la selva en nuestras controversias.

Porque no es sano ni es bueno resolver nuestros problemas como si fuéramos bestias sin respeto a las normas, sean del tipo que sean, sin respeto a quienes piensan diferente y sin controles ni límites para buscar las soluciones a esos problemas o conflictos. No es sano ni duradero pretender dirimir nuestras controversias con el poder autoritario del más fuerte. Así resueltas, sólo dan lugar a nuevas revanchas y recurrentes movimientos pendulares.

Y porque si así lo hiciéramos, hasta las bestias podrán sentir lástima y reírse de nosotros.

Si tanto se habla hoy en día de educación, comencemos por buscar formas de encontrar y comenzar a aplicar una *educación sustentable*, destinada a terminar con los enfoques dicotómicos y polarizados y a recuperar el criterio y el sentido común de nuestra gente. No hay mejor inversión para lograr un desarrollo que se pretende sea duradero, para obtener la estabilidad y confianza dentro y fuera del país, que apuntar a una educación sustentable.

Octubre, 2012.
Nicolás Etcheverry Estrázulas



DOCTRINA

ASIAÍN, Carmen

Comentarios al Proyecto de Ley de Reconocimiento de la Libertad de Conciencia e Ideario

BÉJAR RIVERA, Luis José y ORRICO GÁLVEZ, Alejandro

El Control Administrativo en México

CELI FRUGONI, Alina

El principio de la sustentabilidad en las aplicaciones agrobiotecnológicas, en el marco de la unión europea

HESDÖRFER, Andrés

Promesas de enajenación de establecimientos comerciales: problemas prácticos para su cesión, a la luz de la responsabilidad de adquirentes de casas de comercio

VIGNOLO CUEVA, Orlando

La crisis de la responsabilidad patrimonial objetiva de las administraciones públicas peruanas

SCHIAVI, Pablo

El desafío de los gobiernos municipales en el Uruguay: participación ciudadana, transparencia y articulación

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY DE RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA E IDEARIO

CARMEN ASIAÍN¹

PRESENTACIÓN

El 14 de diciembre de 2010 el Representante Nacional, Dr. Luis Alberto LACALLE POU presentó el proyecto de Ley “DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DE IDEARIO”², reglamentario de esta libertad fundamental, el que quedó a estudio de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Representantes.

El proyecto fue redactado por académicos uruguayos del CONSORCIO LATINOAMERICANO DE LIBERTAD RELIGIOSA y del INSTITUTO DE DERECHO RELIGIOSO DEL ESTADO, especialistas en Libertad Religiosa y de Conciencia, profesores universitarios de “Derecho y Religión”³ y asignaturas afines.

El proyecto contó con el respaldo político de los sectores del Partido Nacional y Colorado, del Partido Independiente y de algunos legisladores del Frente Amplio, además del apoyo del exPresidente Tabaré Vázquez.

A su vez, representantes de varias confesiones religiosas le brindaron su apoyo, además de entidades como la Confraternidad Judeocristiana del Uruguay, que institucionalmente acompañó la iniciativa.

Contando con dicho beneplácito multipartidario y plurirreligioso, la Presidencia de la Cámara de Representantes, a cargo de quien presentara el proyecto, Dr. Luis Alberto Lacalle Pou, en coordinación con los redactores del proyecto, organizó y convocó a la Jornada Parlamentaria “Libertad de Conciencia”, a la que invitó a exponer a legisladores de los cuatro partidos políticos con representación parlamentaria y a juristas de las más diversas procedencias universitarias e ideológicas. Dicha Jornada Parlamentaria tuvo lugar el 28 de abril de 2011 en la Antesala de la Cámara de Representantes, contando con muy nutrida concurrencia compuesta por representantes y autoridades religiosas de los diversos credos y representantes de las corrientes ideológicas presentes en el Uruguay, a saber: Mons. Carlos Ma. Collazzi sdb, Presidente de la Conferencia Episcopal Uruguaya; Mons. Alberto Sanguinetti, Obispo de Canelones; Rabino Eliézer Shemtov, de la Comunidad Beit Jabad; Rabino Ariel Kleiner, de la Nueva Congregación Israelita, quien por misiva se excusó de concurrir pero manifestó su postura de apoyo a la iniciativa; Pastor Armin Ille, de la Confederación de Iglesias Cristianas del Uruguay (Luteranos y Calvinistas); Pastor Hugo Pílon, Federación de Iglesias Evangélicas del Uruguay; Pastor Raúl Sosa, Presidente de la Iglesia Metodista; representantes del Centro Islámico de la Cultura Egipcia y del Centro Islámico Uruguayo; representantes de la Asociación Uruguaya de los Adventistas del Séptimo Día; apoyo del grupo afroumbanda Atabaque (Mae Susana Andrade); así como representantes de organizaciones no gubernamentales, especialmente la Confraternidad Judeocristiana del Uruguay en

1 Carmen ASIAÍN PEREIRA. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de la República. Profesora Titular de “Derecho y Religión”, Programa de Postgrados y Maestrías, Universidad de Montevideo; y Facultad de Teología del Uruguay Mons. Mariano Soler. Profesora Adjunta a la Cátedra de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo., Miembro del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa, Secretaria, Consejo Directivo desde 2010. Miembro fundador del Instituto de Derecho y Religión, Uruguay (Secretaria). Miembro del Consejo Asesor Internacional de la Revista IUSTEL, <http://www.iustel.com/>, sección Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado.

2 **Comisión de Derechos Humanos**, Carpeta N° 559 de 2010, Repartido N° 467, Diciembre de 2010. Proyecto de Ley de Libertad de Conciencia e Ideario, Comisión de Derechos Humanos, Carpeta N° 559 de 2010 Repartido N° 467, dic. 2010, disponible en [http://www0.parlamento.gub.uy/repartidos/](http://www0.parlamento.gub.uy/repartidos/AccesoRepartidos.asp?Url=/repartidos/camara/d2010120467-00.htm) AccesoRepartidos.asp?Url=/repartidos/camara/d2010120467-00.htm

3 La co-redacción del proyecto corresponde a los representantes uruguayos del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa (CLLR, www.libertadreligiosa.net), Dres. Carmen ASIAÍN PEREIRA, Secretaria, Consejo Directivo, y Gabriel GONZÁLEZ MERLANO, miembro, quienes a su vez integran el Instituto de Derecho Religioso del Estado (Uruguay), presidido por el último de los nombrados.

la persona de sus Copresidentes; autoridades de la Universidad de Montevideo, Universidad Católica del Uruguay y Universidad de la República; legisladores, diplomáticos y público en general.

La Jornada Parlamentaria "Libertad de Conciencia se inauguró con palabras introductorias del Presidente de la Cámara de Representantes, Dr. Luis Alberto Lacalle Pou y se desarrolló en dos paneles de expositores. El primer panel estuvo compuesto por legisladores de los cuatro partidos políticos con representación parlamentaria, miembros de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Representantes: Dip. Gonzalo Novales (Partido Nacional), Dip. Gustavo Espinosa (Partido Colorado), Dip. Daniela Payssé (Frente Amplio), quien se excusó y no expuso, y Dip. Daniel Radío (Partido Independiente), todos argumentando a favor del proyecto presentado.

El panel de académicos juristas estuvo constituido por el Ex Ministro de Educación y Cultura Dr. Leonardo Guzmán, la Profesora de la Universidad de la República, Dra. Martha Szeinblum, el Profesor de la Universidad de la República Dr. Daniel Domínguez Gil y la Profesora de la Universidad de Montevideo Dra. Carmen Asiaín, todos ellos alegando a favor del proyecto.

Es que el proyecto no hace más que **reglamentar derechos y libertades constitucionales**, también reconocidos por **tratados internacionales de derechos humanos** suscriptos por el país.

A continuación se recogen las fundamentaciones vertidas por quien suscribe, en dicha oportunidad.

UNA MIRADA AL PROYECTO DE LEY DESDE EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD DE PENSAMIENTO, CONCIENCIA Y RELIGIÓN

¿Qué ámbito más propicio que esta **Casa de las Leyes**, de necesaria composición y ánimo pluralista, para dar cabida al pluralismo de pensamiento, de conciencia y de religión inmanente en la sociedad! **Brazo del Estado** creado justamente, desde sus orígenes, para asegurar la Libertad de los habitantes y de los grupos, frente a la comunidad política y también ante los semejantes.

En muy breves palabras, luego de las brillantes exposiciones de quienes me han precedido, me gustaría centrarme en el análisis de algunos aspectos del proyecto de ley en estudio, que pueden resultar **controvertidos**.

En primer lugar, **el aparente escándalo** que puede provocar la pretensión de no cumplimiento de una norma jurídica por una persona o institución, por resultar contraria a su conciencia individual o ideario institucional. Estamos ante un **conflicto entre ley y conciencia**.

Si se hace primar la conciencia, ¿implica esta conducta un desmedro del **Estado de Derecho**, queda éste puesto en entredicho? Intentemos responder y resolver esta cuestión.

El **orden jurídico en su conjunto**, desde la Constitución Nacional y la normativa inferior, desde los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que conforman con los principios generales del derecho y las normas constitucionales el llamado Bloque de los Derechos Humanos o Bloque de Constitucionalidad, se proclama la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión, tanto en el fuero interno como en el externo de la persona, y se garantiza su ejercicio tanto de forma individual como colectiva, en sus diversas manifestaciones.

El ordenamiento jurídico no se limita a la simple proclamación de estas libertades, sino que además idea, mandata a los poderes públicos a la creación de los **medios de tutela** hábiles y necesarios para la protección y goce efectivo de estas libertades, herramientas jurídicas sin las cuales aquella proclamación genérica de Libertad quedaría estéril, ya que de nada valen las proclamaciones de derechos si no se las complementa con los mecanismos de tutela suficientes para que se hagan efectivas.

De modo que el ordenamiento jurídico en su conjunto, al tutelar las conciencias de las personas e idear los mecanismos para su efectivo goce, **está amparando el apartamiento de la norma, cuando ésta contradice la conciencia individual o colectiva**.

Por ello, el instituto de objeción de conciencia –cuando está bien fundamentado–, lejos de contradecir o de poner en jaque al Estado de Derecho, lo que hace es **cumplimentar el Estado de Derecho en el caso concreto**. De forma que el incumplimiento, el aparente apartamiento de la obligación de fuente normativa, **deviene una conducta jurídicamente adecuada**, a la luz del orden jurídico en su conjunto.

En el conflicto entre norma y conciencia el incumplimiento por motivos de conciencia o ideario, prima facie ilegítimo, resulta que no lo es, sino que **la conducta es legitimada a priori** (pues el Derecho ha considerado esta excepción a su cumplimiento en atención de la dignidad humana) **y a posteriori** (pues luego de

fundamentada la objeción de conciencia al cumplimiento de la norma, resulta que el Derecho ampara dicho apartamiento). El incumplimiento **deviene legítimo**.

Reconocida la libertad de conciencia, su amparo se hace efectivo mediante el instituto de la objeción de conciencia y de ideario, porque el Derecho así lo ha ideado, **en reconocimiento de la dignidad humana** inherente a toda persona, fin del Derecho.

No se presenta aquí un **conflicto entre dos órdenes normativos distintos** –entre el jurídico, por un lado y el moral, o religioso, o ideológico, por el otro– sino que el **aparente conflicto** se da **dentro del mismo orden jurídico**: entre la norma que impone una obligación contraria a la conciencia individual o colectiva, y la norma jurídica que tutela la conciencia individual y colectiva. Y el conflicto se resuelve, haciendo primar la conciencia, por reconocimiento del Derecho y del Estado a la primacía del hombre, cierto que luego de acreditados determinados extremos o requisitos, que el proyecto de ley contempla, para que proceda el amparo de la conciencia.

Así, ya desde la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 2 de mayo de 1948**⁴, anterior a la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, se proclama como *fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad*"; que *"los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamentos los atributos de la persona humana"*; reconociéndose sus dimensiones naturales de *"razón y conciencia"*.

La **Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948**, en su multicitado Art. 18 proclama: *"Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia."*

Queda así reconocido y consagrado el **derecho al ejercicio colectivo**, que no es más que la concreción de la **libertad de asociación** en el ejercicio de las libertades del espíritu.

La **práctica** de las libertades del espíritu –de pensamiento, de conciencia y de religión– se ejerce las más de las veces en forma asociada. **La dimensión colectiva es inherente a las libertades del espíritu**.

Muchas veces esta **práctica** implica el cumplimiento de normas de observancia, para individuos y comunidades religiosas o ideológicas, que **apelan al derecho a conservar** la religión o la creencia, derecho previsto por el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 12⁵.1: *implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado*. 2. **Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias**.

Queda consagrado otro de los estándares mínimos de respeto de la libertad ideológica y de creencias: **la inmunidad de coacción** de parte del Estado, de los poderes públicos y de terceros en materia de creencias; un límite al Estado y a terceros que les veda de interferir en el ámbito de la conciencia.

La imposición por parte del Estado a una persona o institución de la obligatoriedad de determinadas prácticas que contradicen sus principios fundamentales implica una **coacción** en la conciencia individual y en el ideario institucional, coacción que le está vedada al poder público, comprometiendo además la libertad de la persona y de los miembros de la institución de **conservar su religión o creencias**.

Dicha imposición del poder público dirigida a personas consideradas individualmente o a instituciones, afectaría no sólo el **aspecto externo de la libertad de creencias**, es decir, las **manifestaciones** de dicha libertad de que son titulares las personas y que las habilita a **conducirse** según sus creencias e su vida *mediante el culto, la práctica, la observancia* de normas de conducta, **sino** que también y fundamentalmente **afectaría su fuero interno, por constreñirlo**.

Un Testigo de Jehová capaz y debidamente informado, al que se le practica una transfusión de sangre en contra de su voluntad, verá afectado no sólo su fuero externo, sino también su fuero íntimo, aún cuando éste es impenetrable a la autoridad, pues las manifestaciones externas incidirán en su posición íntima frente

4 O.E.A. Res. XXX, 9ª Conferencia Internacional de los Estados Americanos, 2-V-1948, Bogotá

5 **Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión.** 1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado*. 2. **Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias**. 3. *La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás*. 4. *Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*.

a sus creencias, comprometiendo la pertenencia a su comunidad, y considerándose él mismo hereje al haber transgredido un grave precepto religioso.

De la misma forma se afectará la libertad de conservar la religión o creencias, además de la libertad de manifestar la religión o creencias mediante la práctica y la observancia, a aquellos que objetan a la realización de determinadas prácticas de salud sexual y reproductiva –aborto, expendio de anticonceptivos, esterilizaciones-, objeción que nuclea a católicos, cristianos, judíos, el islam, a religiones afroamericanas, en diversos grados de oposición a dichas prácticas.

La imposición a las instituciones confesionales o ideológicas **compromete** la libertad de religión y creencias ejercida en **forma asociada** (por ejemplo, por los **miembros de una persona jurídica**, cuyos estatutos, además fueron aprobados por el Estado). Afectaría el derecho a **conservar** la religión por parte de sus miembros. Violaría el **ámbito de autonomía** reconocida a las colectividades. **Conculcaría su propia reputación**, pues la institución se vería intimidada -por forzársele- a contradecir sus principios fundacionales, viendo amenazada hasta sus posibilidades de **supervivencia**, al quedar desprovista de su ideal, de su razón de existir. Obligar a una institución a realizar actos contrarios a su ideario institucional sería equivalente a **quitarle su identidad**, cuando estamos hablando de instituciones erigidas en torno a unos principios que el Estado conoce de antemano –o no- y que en muchos casos –como en el de las personas jurídicas a través de sus estatutos, ha reconocido y aprobado-. Ergo, desconocer y constreñir el ideario de las instituciones legítimas equivale a su **aniquilación**.

Por ello, preguntamos,

LIBERTAD DE CONCIENCIA INDIVIDUAL, SI. ¿Y LIBERTAD DE IDEARIO, DE LAS INSTITUCIONES?

Se ha afirmado en nuestro medio que mientras es admisible la objeción de conciencia personal, no lo es la mal llamada “objeción de conciencia institucional”, pues las instituciones –personas jurídicas o no- carecen de conciencia. Partiendo de algo cierto: que las instituciones –personas morales- no tienen conciencia, en el sentido de facultad propia del ser humano, se construye mediante una falacia, la denegación de los derechos de las personas que se asociaron en torno a unos principios, a un ideario, a un conjunto de fines que comparten y persiguen. Mediante esta falacia, entonces, se está desconociendo nada menos que la **dimensión colectiva** de las libertades de pensamiento, conciencia y religión, es decir, su modo de ejercicio más típico, que es el **ejercicio en forma asociada**.

Y tal denegación de Derecho y de derechos, tal denegación de Justicia y de Libertad, se hace en contradicción con el mandato del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, concretamente violando el art. 16 del Pacto de San José de Costa Rica que proclama la **libertad de asociación⁶ con fines ideológicos, religiosos, políticos**, entre otros:

“Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.”

Proclamado el derecho de las personas de asociarse (no otra cosa son las instituciones sino personas, seres humanos de carne y hueso, con *affectio societatis* en torno a una o unas ideas), con fines ideológicos y religiosos, entre otros, queda reconocido el derecho de estas agrupaciones de **conducirse en sus actos** en la vida pública, de conformidad con dicho ideario o directriz. El reconocimiento del derecho no se limita a la acción asociativa en sí, sino que quedan reconocidas las proyecciones, dimensiones, modo de ejercicio de este derecho: el desarrollar el ideario mediante acciones, y el no ser constreñido el grupo a actuar en contradicción con el mismo, todo ello siempre y cuando el accionar sea conforme a Derecho.

El respeto por el ideario de las instituciones -tanto en su faz negativa de no constreñir, no coaccionar, no interferir, como en su faz positiva, que excede la tolerancia e impone deberes positivos al Estado en el sentido de favorecer el libre ejercicio del derecho- no debe percibirse como una concesión graciosa que hace el Estado, sino antes bien, de la **actitud debida** del poder político en un Estado social, democrático y pluralista de Derecho.

Abonado este deber positivo del Estado de favorecer el pleno goce y ejercicio de los derechos, **la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)** de 22 de noviembre de 1969 ha

6 Artículo 16, Convención Americana de Derechos Humanos. Libertad de Asociación. Inciso 1. “Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.”

establecido para los Estados el *“Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno”* para **efectivizar** los derechos proclamados, entre los cuales se encuentra la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Entonces, no queda al arbitrio de los gobiernos de turno el amparar o no las conciencias, creando excepciones al cumplimiento de las normas que el mismo Estado se da. Reiteramos, no se trata de una concesión graciosa que los grupos deben suplicar del Estado, sino de un deber positivo del Estado. El Derecho Internacional –y también el nacional-, más aún, aquel núcleo duro de derechos inderogables, imprescriptibles, inalienables conocido como *ius cogens* internacional, impone a los Estados el **deber de reconocer dicha libertad**, y más aún, el de **adoptar disposiciones** dentro de su Derecho interno para tutelarla, mediante **mecanismos idóneos**, en lo que se erige como **deber positivo de los Estados**.

Ergo, tanto los individuos como las colectividades (individuos asociados), tienen el **derecho de exigir este reconocimiento de los Estados**, y aún de **acudir a las instancias internacionales** y regionales –Comisión de Derechos Humanos y eventualmente Corte Interamericana de Derechos Humanos, por vía indirecta- a procurar el amparo de estos derechos en caso en ser negado por su Estado.

Más aún, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**⁷, art. 18, complementa que el goce y ejercicio de estos derechos debe ser tal, *sin que nadie pueda menoscabarlas* (las libertades) y establece que *“3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.*

Introduce así la llamada **Teoría del Balance**, concreción del Test de Proporcionalidad en este ámbito, que implica que sólo será legítima una limitación a la libertad de conciencia, pensamiento o religión si dicha limitación respondiera a un **interés prevalente e impostergable estatal**, pero además, que **no existiera otro medio menos restrictivo o lesivo de la libertad del objetor** por medio del cual el Estado pudiera dar cumplimiento a su política. Es decir que no será legítimo para el Estado limitar la libertad de conciencia e ideario, cuando existan **otros medios hábiles para la consecución de sus objetivos que no impliquen el menoscabo de dicha libertad**.

Por ejemplo, ante la negativa de parte de un Adventista del Séptimo Día o de un fiel Judío de trabajar en Sábado, o de cualquier miembro de una comunidad de creencias el laborar en un día de precepto religioso propio, deberá el Estado amparar dicho derecho a las celebraciones, *práctica y observancia* (tal los términos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos), existiendo otras personas que no objeten a dicha práctica, es decir, existiendo medios alternativos de cumplimiento de las obligaciones no restrictivos de la libertad del objetor, y asegurándose que el objetor cumpla su deber en otro día.

Es más, el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**⁸ establece el *compromiso de los Estados de no discriminación por razón de religión*, disposición que vedaría a los Estados de crear o habilitar **diferencias en el trato a personas y a instituciones**, por sostener determinada creencia y por practicarla.

En este sentido, **no será legítimo excluir de un beneficio estatal a determinadas instituciones** cuyo ideario le impida la realización de determinadas prácticas -aún cuando la obligación provenga de una norma de general aplicación- pues de hacerlo el Estado estaría incurriendo en una práctica discriminatoria, por razón de la religión o las creencias.

Y para explicitar lo que se considera una práctica discriminatoria, la **Declaración Sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones**⁹ desarrolla en el art. 2.2.: *“se entiende por “intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales.”*

Este derecho internacional es **parte de nuestro Derecho**, por ello, es **vinculante y directamente aplicable** por sí. Y por su contenido o sustancia, estos derechos y libertades proclamados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos han quedado incorporado como derechos y libertades reconocidos también por nuestra Constitución por virtud del artículo 72 que incorpora a la Carta todos aquellos derechos, deberes y garantías inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno. Si los consideramos preceptos constitucionales (por virtud de dicha incorporación), éstos se hacen directamente

7 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, A.G. ONU, Res. 2200 (XXI), de 16/9/1966,

8 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, A.G. ONU, Res. 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

9 Declaración Sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, A.G. ONU, Res. 36/55 de 25/11/1981,

aplicables por el art. 332 de la Constitución. Así, nuestra Suprema Corte de Justicia ha entendido por sentencia N° 365/09 que los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales poseen jerarquía constitucional y son directamente aplicables.

Pero, a mayor abundamiento, nuestro país, por su **tradición republicana y democrática** ha proclamado y reconocido esta libertad como primordial ya desde el ideario Artiguista, consagrándola en las Instrucciones del Año XIII: *“Proclamará la libertad civil y religiosa en toda su extensión imaginable”*, y plasmándola en las sucesivas constituciones hasta la vigente en sus artículos 2 y 7, y sucesiva y progresivamente en normas de reconocimiento de la libertad, la intimidad, la conciencia, como el **Artículo 54**: *“La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; ...”*

He ahí el mandato al legislador, a que se reconozca mediante ley la independencia de la conciencia moral y cívica a *quien se hallare en una relación de trabajo o servicio*.

Y así lo ha puesto en práctica en varias oportunidades el legislador, y también el Estado administrador y el Estado Juez, cuando nuestro Derecho ha tenido que atender y tutelar la conciencia, ya sea mediante leyes, reglamentos o jurisprudencia:

- Cuando ha amparado la negativa a recibir atención médica (**Ley N° 18.335 sobre Derechos y Deberes de los Pacientes**¹⁰, art. 11), que junto al **PROTOCOLO DE ACTUACIÓN** que elaboró el Hospital de Clínicas, ampara la objeción de conciencia de los **testigos de Jehová** a recibir transfusiones de sangre, ya reconocida a nivel jurisprudencial, aún cuando peligre la vida del paciente al que se indicó la transfusión.
- La ANEP, que mediante reglamentos y resoluciones ha justificado *“las inasistencias por motivos religiosos”* de los alumnos o estudiantes, amparando no sólo a quienes guardan el sábado, como **judíos ortodoxos y adventistas del séptimo día**, sino en general a aquellos cuya **festividad religiosa** coincida con un día lectivo^{11, 12}.
- Lo mismo cuando ha amparado la negativa a cumplir con el **juramento a símbolos patrios** -vedado a los testigos de Jehová-, de modo que su omisión no incida en la prosecución de sus estudios¹³.
- Mediante la **Ley de Voluntad Anticipada N° 18.473**¹⁴, art. 9, que prevé el instituto de objeción de conciencia, siendo la misma *“causa de justificación suficiente para que le sea admitida su subrogación”*.
- Hasta la **Ley de Bienestar Animal**¹⁵, que condena el maltrato animal, exceptúa de dicha condena cuando el maltrato –en rigor, sacrificio o matanza- corresponda a **a ritos religiosos** (art. 3).

10 Agosto 2008, que todo procedimiento de atención médica será acordado entre el paciente y el profesional de salud, debiendo mediar un consentimiento informado del paciente, teniendo éste derecho a negarse a recibir atención médica y a que se le expliquen las consecuencias de la negativa para su salud

11 Ordenanza No. 31 de la ANEP.

12 Resolución No.2 Acta 71 de 22-IX-1986. A esos efectos *“los padres, tutores o curadores, dentro del lapso de quince días de iniciados los cursos, deberán informar por escrito al Director que su hijo no concurrirá los días sábado por razones religiosas”*.

13 Comunicada por Circular No. 2666/005.

14 Ley 18.473 de mayo de 2009, Art. 1 *“Toda persona mayor de edad y psíquicamente apta, en forma voluntaria, consciente y libre, tiene derecho a oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos salvo que con ello afecte o pueda afectar la salud de terceros”, así como a “expresar anticipadamente su voluntad en el sentido de oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma, si se encontrare enferma de una patología terminal, incurable e irreversible”, excluyéndose que la declaración “implica una oposición a recibir los cuidados paliativos que correspondieren”*.

15 N° 18.471 de Tenencia responsable de animales Publicada D.O. 21 abr/009

- En el ámbito sanitario, los **Códigos de Ética Médica**¹⁶ contemplan la objeción de conciencia tanto del lado del paciente (Art. 15¹⁷), como del lado del médico (arts. 32¹⁸ y 44¹⁹), reconociendo el **derecho** de los facultativos a **abstenerse de hacer prácticas contrarias a su conciencia ética**, previéndose como solución la **derivación del caso a otro facultativo** (sustitución de la persona o de la prestación). Estos Códigos de Ética Médica pueden considerarse incorporados a las obligaciones de cargo de los médicos, desde que la **Ley N° 18.591 de Colegiación de la Profesión Médica**²⁰, en su art. 4° definió como parte de los cometidos del Colegio Médico del Uruguay, el de “*Vigilar que el ejercicio de la profesión*” se realice “*dentro de los valores y reglas del Código de Ética Médica*” (art. 4 ord. 2).
- También en el ámbito sanitario, el **Decreto del Poder Ejecutivo N° 258/1992**²¹, vigente en este aspecto, que en su fundamentación sienta el principio de “*respetar la conciencia de cada profesional, ámbito al que el Derecho no debe ingresar sino para garantizarlo*”.
- Por último, y más recientemente²², la **Ley N° 18.815**²³, que **reglamenta el ejercicio de la profesión universitaria de enfermería**, establece que el personal de enfermería será **dispensado**, sin resultar perjudicado, de tareas que entren en conflicto con sus convicciones religiosas, morales o éticas, siempre que se informe de ello, para habilitar sustitución necesaria para que la asistencia a los pacientes no resulte afectada²⁴.

¿ES NECESARIO EXPEDIR UNA LEY DE RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA E IDEARIO?

Resulta que dicha libertad considerada primordial, llamada “**Primera Libertad**”, es parte del *ius cogens*, está consagrada por el Bloque de los Derechos Humanos conformado por los Tratados Internacionales, los principios generales del Derecho y la Constitución Nacional, todas cuyas normas son vinculantes y directamente aplicables.

Entonces, se podría decir, **no es necesario** el dictado de una ley que reconozca una libertad directamente extraíble de la Constitución.

Pero es que justamente uno de los deberes del Poder Legislativo es, de conformidad con el art. 85 ordinal 3° de la Constitución, “*Expedir leyes relativas a la independencia, seguridad, tranquilidad y decoro de la República; protección de todos los derechos individuales y fomento de la ilustración, agricultura, industria, comercio interior y exterior*”. Entonces, aunque directamente derivada de la Constitución y del Derecho Internacional, es **útil, para su mayor efectividad**, que la libertad de conciencia y de ideario sea reglamentada por una ley que arroje **certeza y abone la seguridad jurídica** de las personas, las comunidades y del mismo Estado, ser instrumental para el bien común, al decir del Maestro Mariano Brito. Es una forma de brindar seguridad jurídica, tanto a las personas, como a la Administración, mediante una norma asible, disponible, invocable, ejecutable sin más.

16 Código de Ética Médica del Sindicato Médico del Uruguay (SMU), 27.IV.1995, arts. 15 y 44 y de la Federación de Médicos del Interior (FEMI)

17 Art. 15 - *Todo paciente tiene derecho a: 2. A consentir o rechazar libremente cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico que se le proponga. El médico debe respetar estas decisiones válidas salvo que perjudique a terceros o en emergencias extremas. El paciente debe firmar un documento escrito cuando rechaza un procedimiento indicado por el médico.*

18 Art. 32: *Tiene derecho a abstenerse de hacer prácticas contrarias a su conciencia ética aunque estén autorizadas por la Ley. Tiene en ese caso la obligación de derivarlo a otro médico.*

19 Art. 44 - *No es válido éticamente que el médico imponga tratamientos que violen la decisión válida de un paciente que libremente ha decidido, por causa de su enfermedad o por estar haciendo huelga de hambre, rechazar los tratamientos que se le indiquen.*

20 Ley N° 18.591 de Colegiación de la Profesión Médica, D.O. 16 oct/009

21 Decreto del Poder Ejecutivo N° 258/92, Diario Oficial 16/6/92, “Reglas de Conducta Médica. Se reglamenta un conjunto de normas sobre Derechos del Paciente”

22 Esta norma fue incorporada a estos “Comentarios al proyecto de Libertad de Conciencia e Ideario” a la fecha de su publicación en esta Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, por haber sido expedida con posterioridad a la Jornada Parlamentaria “Libertad de Conciencia” de 28/4/11.

23 Ley N° 18.815, Publicada D.O. 14 oct/011, que reglamenta el ejercicio de la profesión universitaria de enfermería, art.

24 Ley 18.815, Art. 8 que remite al Convenio N° 149 de la O.I.T., Rec. 157, art. 18.

Por ello, nuestros vecinos en **Argentina**, mediante Ley N° 25.673 de 2003 "**Programa Nacional de de Salud Sexual y Procreación Responsable**"²⁵, de contenido similar a la uruguaya Ley de Defensa del Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva N° 18.426, han reglamentado esta libertad, en su **art. 10°: *Las instituciones privadas de carácter confesional que brinden por sí o por terceros servicios de salud, podrán con fundamento en sus convicciones, exceptuarse del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6°, inciso b), de la presente ley.***²⁶

Lo mismo ha hecho **Perú** muy recientemente mediante **Ley N° 29635, Ley de Libertad Religiosa de 21 Diciembre, 2010**, que contempla la **Objeción de conciencia** en su **Artículo 4°**²⁷, tanto en su dimensión individual como colectiva, es decir de las instituciones²⁸ (Artículo 6: Dimensión colectiva de las entidades religiosas).

Y muy recientemente también, el **Parlamento Europeo por Resolución 1763 de 7 de octubre de 2010**²⁹ reconoció la objeción de conciencia en el ámbito sanitario no sólo de parte de las personas –profesionales de la salud, personal sanitario y directivo en general- sino también de parte de las **personas jurídicas**-establecimientos asistenciales, hospitales, instituciones sanitarias- cuyo ideario se oponga a determinadas prácticas³⁰.

25 <http://www.msal.gov.ar/saludsexual/ley.asp>

26 ARTICULO 6° - La transformación del modelo de atención se implementará reforzando la calidad y cobertura de los servicios de salud para dar respuestas eficaces sobre salud sexual y procreación responsable. A dichos fines se deberá:

a) Establecer un adecuado sistema de control de salud para la detección temprana de las enfermedades de transmisión sexual, vih/sida y cáncer genital y mamario. Realizar diagnóstico, tratamiento y rehabilitación;
b) A demanda de los beneficiarios y sobre la base de estudios previos, **prescribir y suministrar los métodos y elementos anticonceptivos** que deberán ser de carácter reversible, no abortivos y transitorios, respetando los criterios o convicciones de los destinatarios, salvo contraindicación médica específica y previa información brindada sobre las ventajas y desventajas de los métodos naturales y aquellos aprobados por la ANMAT.

Aceptándose además las prácticas denominadas **ligadura de trompas de Falopio y ligadura de conductos deferentes o vasectomía**, requeridas formalmente como método de planificación familiar y/o anticoncepción; (Párrafo incorporado por art. 8° de la Ley N° 26.130 B.O. 29/8/2006)

c) Efectuar controles periódicos posteriores a la utilización del método elegido.

27 La objeción de conciencia es la oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, en razón de sus convicciones morales religiosas. Se ejerce la objeción de conciencia cuando alguien se ve imposibilitado de cumplir un obligación legal por causa de un imperativo, moral o religioso, grave o ineludible, reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece.

28 **Artículo 6. Dimensión colectiva de las entidades religiosas.** Son derechos colectivos de las entidades religiosas debidamente inscritas, entre otros, los siguientes:

a. Gozar de personería jurídica civil, así como de plena autonomía y libertad en asuntos religiosos, pudiendo establecer sus propias normas de organización, régimen interno y disposiciones para sus miembros, sin perjuicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Política del Perú.

b. Crear fundaciones y asociaciones para fines religiosos, educacionales y de asistencia social conforme a la legislación nacional.

c. Formar, designar o elegir libremente a sus ministros de culto, dirigentes religiosos y establecer su propia jerarquía, según sus normas internas. La condición de ministro de culto se acredita con documento auténtico expedido por la autoridad competente de la entidad religiosa.

d. Ejercer libremente su ministerio, practicar su culto, celebrar reuniones relacionadas con su religión y establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos.

e. Divulgar y propagar su propio credo.

f. Solicitar, recibir y otorgar todo tipo de contribuciones voluntarias.

g. Mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras entidades religiosas, sea en territorio nacional o extranjero.

29 *Assembly debate* on 7 October 2010 (35th Sitting) (see Doc. 12347, report of the Social, Health and Family Affairs Committee, rapporteur: Mrs McCafferty, and Doc. 12389, opinion of the Committee on Equal Opportunities for Women and Men, rapporteur: Mrs Circene). *Text adopted by the Assembly* on 7 October 2010 (35th Sitting).

30 Texto de la Resolución 1763 (2010):

1. **Ninguna persona, hospital o institución será coaccionada**, considerada civilmente responsable o **discriminada** debido a su rechazo a realizar, autorizar, participar o asistir en la práctica de un aborto, eutanasia o cualquier otro acto que cause la muerte de un feto humano o un embrión, por cualquier razón.

2. La Asamblea Parlamentaria enfatiza la necesidad de afirmar el **derecho a la objeción de conciencia junto a la responsabilidad del Estado de asegurar que los pacientes tienen un acceso** adecuado a la atención sanitaria prevista por la ley. La Asamblea es consciente de que el ejercicio sin regulación de la objeción de conciencia puede afectar de modo desproporcionado a las mujeres, especialmente a las que tienen bajos niveles de renta o viven en zonas rurales.

3. En la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa, la práctica de la objeción de conciencia está regulada de modo adecuado. Existe un marco legal claro y completo que garantiza que –en el ejercicio de la objeción de conciencia por los profesionales sanitarios- se respetan los intereses y derechos de quienes buscan un acceso a prestaciones sanitarias admitidas por la ley.

En EE.UU. –cuyas leyes federales amparan la objeción por motivos de conciencia- se encuentra a estudio un proyecto de ley bipartidista, introducido el 17 de marzo de 2011, que garantizaría que la nueva reforma a la salud no implique la violación de la libertad religiosa y el derecho de conciencia de quienes ofrecen y adquieren seguros de salud en la nación.

EL PROYECTO PROPUESTO

El proyecto no hace más que reglamentar derechos y libertades constitucionales, también reconocidos por tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país.

El proyecto de ley propuesto ha querido contemplar de modo general y amparar los casos posibles de conflicto entre ley en sentido general y conciencia, estableciendo **pautas para la admisibilidad** o no de la objeción de conciencia en **diversos ámbitos**: laboral, sanitario, educativo, cívico, administrativo.

No constituye una **licencia para desobedecer la ley**, antes bien reglamenta las situaciones en que una libertad reconocida prima –por haberlo así dispuesto el Derecho, que reconoce la primacía del hombre- por sobre una obligación jurídica, en un caso concreto y **acreditados determinados requisitos**, otorgando certeza jurídica tanto al eventual **objeto**, como al **aplicador o intérprete del derecho**.

Facilita el ejercicio de la libertad, pero no desprovisto del **debido control de su regularidad por el operador jurídico**: Administración, Juez o particulares.

Como *“incumplimiento de una obligación de fuente normativa por contrariar las convicciones o creencias profundas del obligado”*, el derecho a la objeción de conciencia se deriva de la Libertad de Conciencia, cuya fuente es la dignidad humana, y obra como mecanismo para hacer efectiva dicha libertad. Ya que **de nada vale la Libertad de conciencia si no se la puede hacer valer en el momento preciso en que la conciencia del sujeto de derecho es vulnerada**.

Lo que pretende el proyecto es **preservar un ámbito de intimidad, impenetrable a la autoridad**, que permita al hombre conducirse según su conciencia, sin que le sea constreñida.

No pretende imponer la cosmovisión de los varios grupos al resto de la sociedad; sí que se respete el mantenimiento de las cosmovisiones particulares, frente a las mayorías circunstanciales que sostienen otra ideología, y siempre preservándose el derecho de los demás.

Por mandato del Artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica sobre *Normas de Interpretación*, *“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:*

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

El proyecto de ley a estudio, entonces, se erige en un **imperativo** para el Uruguay, para cumplimentar el mandato del Derecho Internacional de **adoptar disposiciones de derecho interno** (Art. 2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos) para la efectividad de los derechos y libertades proclamados.

De conformidad con el Art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, *“Desarrollo Progresivo. - Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”*.

Entonces, así como el legislador ha reglamentado los institutos de *hábeas corpus*, y luego el de *hábeas data*, para proteger los datos personales por ser de titularidad de la persona, también se impone la reglamen-

4.- A la luz de las obligaciones de los Estados miembros de asegurar el acceso a los servicios y prestaciones sanitarias admitidas por la ley y de proteger el derecho a la protección de la salud, así como su **obligación de asegurar el respeto al derecho a la libertad ideológica, de conciencia y religión** de los profesionales sanitarios, la Asamblea invita a los Estados miembros del Consejo de Europa a **desarrollar marcos legales claros y completos que definan y regulen la objeción de conciencia en relación con los servicios médicos y de salud**, los cuales:

- 4.1. **Garanticen el derecho a la objeción de conciencia** en relación con la participación en el procedimiento en cuestión.
- 4.2. Aseguren que los pacientes son informados de cualquier objeción, en un plazo adecuado, así como que son **derivados a otro profesional sanitario**.
- 4.3. Aseguren que los pacientes reciben tratamiento adecuado, en particular en casos de emergencia.

tación del *“hábeas conscientiam”* de que todo ser humano es titular, mediante el mecanismo idóneo para su amparo: la **“objeción de conciencia”**, más allá de que el instituto sea **directamente aplicable**.

Más aún, ante el cuestionamiento que se ha hecho de algunas de las dimensiones de esta libertad –como el de su **ejercicio en forma colectiva**– y hasta para evitar por parte de la autoridad los **abusos** a que puede prestarse su invocación en todo tiempo y ocasión y proveer de un **marco de certezas que afiance la seguridad jurídica**, se impone la reglamentación mediante ley de la libertad de conciencia, así como del mecanismo idóneo para hacerla valer: la objeción de conciencia individual y de ideario institucional.

Como ha expresado la Corte Europea de DDHH³¹, siendo la libertad de pensamiento, conciencia y religión **una de las bases fundamentales de una sociedad democrática**, constituye uno de los elementos vitales de la dimensión religiosa y de creencias, que *“forja la identidad de los creyentes y de su concepción de vida, pero es también un valor precioso para ateos, agnósticos, escépticos e indiferentes. El pluralismo esencial a una sociedad democrática, que ha costado ganar a través de los siglos, depende de ello”*.

Estamos, Sres. Legisladores, ante una **asignatura pendiente**.

EL SEGUIMIENTO DEL PROYECTO DE LEY

Varios de los representantes de los cultos religiosos que asistieron a la Jornada Parlamentaria “Libertad de Conciencia” de 28 de abril de 2011 manifestaron su interés por el trámite del proyecto de Ley de Reconocimiento de la Libertad de Conciencia e Ideario y en su impulso, insistiendo en que se solicitara audiencia a la Comisión de Derechos Humanos a los informarse, manifestar su posición, interesarse y suscitar el impulso del proyecto en cuestión.

Se conformó así una “comitiva interreligiosa” ad hoc, pro sanción de dicho proyecto de ley, integrada por representantes institucionales de las siguientes confesiones religiosas:

- Unión Uruguaya de los Adventistas del Séptimo Día
- Iglesia Metodista en el Uruguay
- Testigos de Jehová
- Confederación de Iglesias Cristianas (Luteranos y Calvinistas)
- Federación de Iglesias Evangélicas del Uruguay
- Iglesia Bautista
- Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (Mormones)
- Iglesia Anglicana
- Consejo de Representatividad Evangélica del Uruguay
- Iglesia de Dios en el Uruguay, Misiones Mundiales
- Nueva Congregación Israelita
- Comunidad Beit Jabad (judíos ortodoxos)
- Conferencia Episcopal Uruguaya - Iglesia Católica

A dicha comitiva se sumó además la Confraternidad Judeocristiana del Uruguay, quien prestó su apoyo institucional a la iniciativa.

El grupo afroumbanda Atabaque prestó su conformidad a la iniciativa, sin concurrir a las instancias de reunión.

Concedida la audiencia por la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Representantes, la comitiva interreligiosa fue recibida junto a los miembros uruguayos del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa, Dres. Gabriel González Merlano y Carmen Asiaín Pereira el 2 de mayo de 2012. Quien suscribe fue designada para exponer fundamentando el proyecto en nombre de la comitiva interreligiosa, luego de lo cual, cada representante de su confesión religiosa expuso acerca de los motivaciones religiosas concretas para la objeción de conciencia a deberes de fuente normativa, todos abogando por la aprobación del proyecto.

Los representantes de las diversas confesiones religiosas presentes en el país aludieron al **drama del momento preciso y concreto** en que una persona se encuentra en la **disyuntiva entre negar su fe más profunda** (que para él es lo más importante) o incumplir la ley, siendo que es posible para el Estado, aunque más trabajoso, que buscar una **acomodación razonable**, es decir, la armonización de los intereses en juego que permita tutelar la libertad sin desmedro del cumplimiento de los cometidos estatales.

31 Kokkinakis C/Grecia, 17 CEDH 397 (1994), 25 de mayo de 1993, párrafo 53

La comparecencia a la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Representantes por parte de la Comitiva Interreligiosa a impulsar el proyecto de Libertad de Conciencia e Ideario fue un hito en la historia de las relaciones tanto interreligiosas, como de diálogo de las religiones con el poder político. Se vieron religiones de la más diversas aunadas en el impulso de un fin común: el respeto de la libertad de conciencia individual e ideario institucional. Cada una de ellas aportó su fundamento sobre motivaciones religiosas de las más diversas: respeto por los días de descanso o festividad religiosa, respeto de la abstención de reverenciar o juramentar símbolos patrios, respeto a la negativa a realizar determinadas prácticas sanitarias o atinentes a la bioética, al trasplante compulsivo de órganos, etc.): Todas ellas perseguían el mismo fin supremo de la Libertad dentro de la legitimidad.

En cuanto al proyecto, es **ajeno a pretensiones de tipo económico o político-partidario**. No cuesta en términos financieros. Es **humilde** por su pretensión y por quienes lo promueven. Sin prensa, no introduce grandes reformas.

Pero **consagra y protege los más altos valores**, y a la vez los más simples, los de todos los días, lo más sagrado de los seres humanos: sus conciencias y la posibilidad de conducir sus vidas conforme a ellas, dentro del Derecho.

Es un llamado a **dar garantía a las libertades que los uruguayos sostenemos como bases de nuestra sociedad desde Artigas, 3º Instrucción: Promoverá la libertad civil y religiosa en toda su extensión imaginable**.

ANEXO TEXTO DEL PROYECTO DE LEY DE LIBERTAD DE CONCIENCIA E IDEARIO

Comisión de Derechos Humanos
Carpeta N° 559 de 2010

Repartido N° 467
Diciembre de 2010

DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DE IDEARIO **Reconocimiento**

PROYECTO DE LEY

TÍTULO I RECONOCIMIENTO DE LAS LIBERTADES DE CONCIENCIA Y DE IDEARIO Y PREVISIÓN DE SU AMPARO

Artículo 1º.- Como desarrollo de los artículos 5º, 7º, 10, 54, 72 y 332 de la Constitución de la República y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de que el Uruguay es parte, el Estado garantiza a toda persona, sin exclusión alguna, el derecho fundamental de libertad de conciencia, con la consiguiente autonomía jurídica e inmunidad de coacción.

Artículo 2º.- La libertad de conciencia comprende el derecho de formar libremente la propia conciencia, religiosa o no, de actuar conforme a los imperativos de la misma, individual o colectivamente, y de no ser molestado por razón de las propias convicciones éticas, morales o religiosas ni compelido a actuar en contra de ellas.

Artículo 3º.- Se reconoce el derecho de las personas jurídicas de carácter privado de determinar su propio ideario institucional y de no ser obligadas a actuar en contra del mismo, en términos análogos al reconocido a favor de las personas físicas.

Artículo 4º.- La libertad de conciencia incluye el derecho de objeción de conciencia, entendido como el derecho de la persona a ser eximida del cumplimiento de aquellas obligaciones jurídicas que le impongan acciones u omisiones contrarias a los propios y graves imperativos religiosos, morales o éticos, sinceramente asumidos y debidamente probados. El derecho de objeción de conciencia no exime del cumplimiento de

prestaciones sustitutivas que en su caso puedan establecerse con la finalidad de garantizar el principio de igualdad ante la ley o evitar el fraude a la ley.

Artículo 5°.- Sin perjuicio de otros supuestos que pudieran presentarse, se reconoce especialmente el derecho de objeción de conciencia en las siguientes circunstancias:

- A) En obligaciones que puedan imponerse con ocasión del ejercicio de la profesión médica o de profesiones relativas a la salud.
- B) En el cumplimiento de obligaciones civiles, cívicas y laborales, como son el deber de prestar juramento, rendir homenaje a los símbolos patrios, de trabajar en días laborales sustituibles y demás obligaciones afines.
- C) En las actividades de investigación científica.
- D) En la prestación de servicios farmacéuticos.
- E) En el ámbito del ejercicio de las funciones públicas, cuando las obligaciones para ser cumplidas incluyan aspectos incompatibles con las propias creencias o convicciones.
- F) En general, en todo ámbito público o privado, ya se trate de una relación laboral, estatutaria, contractual, en la que una persona se vea obligada al cumplimiento de un deber normativo que se oponga a los mandatos de su conciencia, ya sea con fundamento en sus convicciones o creencias, o en un imperativo moral debidamente acreditado.

Artículo 6°.- Corresponde a quien opone objeción de conciencia demostrar que corresponde a un imperativo religioso, ético o moral sincero, grave e ineludible, o a otro orden de principios.

Artículo 7°.- En el caso de las personas jurídicas, la objeción deberá ser invocada por el legitimado activo, quien acreditará mediante los medios admitidos por el derecho, el ideario, la carta fundacional o los principios religiosos, éticos o morales en los que se inspira la persona jurídica.

Artículo 8°.- Al examinar la objeción de conciencia planteada o los conflictos a que su ejercicio pueda dar lugar, la autoridad pública y/o privada, y en su caso, los jueces, verificarán la existencia de dicho imperativo en la persona del objetor, no pudiendo ingresar a juzgar la pertinencia o procedencia de las convicciones o creencias del objetor.

TÍTULO II

DISPOSICIONES PARA EL ÁMBITO SANITARIO EN PARTICULAR

Artículo 9°.- Ninguna persona física o jurídica será coaccionada, considerada civil ni penalmente responsable o discriminada debido a su rechazo a realizar, autorizar, participar o de cualquier forma asistir en aquellas prácticas sanitarias contrarias a su conciencia o a su ideario, como ser la práctica de un aborto o cualquier otro acto que cause la muerte de un feto humano o un embrión, por cualquier razón, o como ser la eutanasia y en general cualquier práctica que contraríe la conciencia o ideario en cuestión.

Artículo 10.- En el caso de personas físicas, la objeción de conciencia podrá ser planteada individual o colectivamente, por profesionales y personal sanitario, administrativos, funcionarios vinculados a las actividades y en general, por todo aquel que se hallare en una relación de trabajo o servicio (artículo 54 de la Constitución de la República).

Artículo 11.- En el caso de instituciones -ya sean éstas o no personas jurídicas-, éstas podrán oponerse a aquellas prácticas contrarias a su ideario, plasmado en sus estatutos, principios fundacionales y/o doctrina de existencia comprobable.

Artículo 12.- La objeción de conciencia y de ideario será respetada sin perjuicio de la responsabilidad del Estado de asegurar a los usuarios de la salud el acceso adecuado a la atención sanitaria prevista por la ley, respetando los intereses y derechos de quienes buscan un acceso a prestaciones sanitarias admitidas por la ley.

Artículo 13.- Como forma de armonizar el acceso a los servicios y prestaciones sanitarias admitidas por la ley y la protección de la salud, así como el respeto al derecho a la libertad ideológica, de conciencia y religión de los profesionales y personal sanitario y de todo aquel que se hallare en una relación de trabajo o servicios, así como de las instituciones referidas, se establece que el Estado:

- A) Garantizará el derecho a la objeción de conciencia de los particulares y de ideario de las instituciones, en relación con la participación en el procedimiento en cuestión.
- B) Asegurará que los pacientes sean informados de cualquier objeción, de forma de permitir que sean derivados a otro profesional sanitario.
- C) Asegurará que los pacientes reciban tratamiento adecuado, en particular en casos de emergencia.

TÍTULO III APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LA PRESENTE LEY

Artículo 14.- Ninguna de las disposiciones de la presente ley será interpretada de forma que implique un menoscabo de las libertades de pensamiento, conciencia y religión, sino que se priorizará, en base al reconocimiento de la dignidad humana, el pleno y efectivo goce de estos derechos.

Montevideo, 14 de diciembre de 2010.

LUIS ALBERTO LACALLE POU
Representante por Canelones

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Nuestra Constitución proclama la libertad religiosa en sus artículos 5º, 7º, 10, 72 y 332 de forma universal a “todos los cultos religiosos” y dispensa una valoración positiva y de promoción a las religiones, indicador de lo cual es la exención de “toda clase de impuestos”.

Habiendo ratificado los tratados internacionales de derechos humanos, ha incorporado a la Carta aquellas disposiciones que reconocen en plenitud la libertad de pensamiento, conciencia y de religión tal cual está proclamada por el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados y pactos internacionales, a saber “la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”. La Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) contiene similar disposición en su artículo 12.

Nuestro derecho reconoce la dimensión no sólo individual sino colectiva, no sólo en privado, sino también en público, de dichas libertades del espíritu.

Nuestra Constitución reconoce, además de forma explícita, la libertad de conciencia y el mecanismo para hacerla valer, en el artículo 54 cuando mandata a la ley a reconocer a todo aquel que se hallare en una relación de trabajo o servicio la independencia de su conciencia moral y cívica.

Asimismo, reconoce las libertades de asociación y reunión, incluyendo el ejercicio en forma colectiva y pública de las libertades de pensamiento, conciencia y religión.

Recientemente el Parlamento Europeo por Resolución 1763, de 7 de octubre de 2010, reconoció la objeción de conciencia no sólo de parte de las personas -profesionales de la salud, personal sanitario y directivo en general- sino también de parte de las personas jurídicas -establecimientos asistenciales, hospitales, instituciones sanitarias- cuyo ideario se oponga a determinadas prácticas.

El criterio rector está en que los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas en la medida en que éstas constituyen una forma de ejercicio colectivo, fundado en la libertad de asociación, de dichas libertades y derechos fundamentales, entre las que se destacan las libertades ideológica, de conciencia y de religión. En este caso, los fines de la persona jurídica plasmados en sus estatutos o carta fundacional, a modo de ideario de la misma, han sido considerados a efectos de establecer la excepción o el límite hasta donde el Estado puede llegar en la implementación de sus políticas, de la misma manera como la conciencia del ser humano ha sido considerada como el límite a la imposición estatal.

El fundamento para el amparo de las libertades de conciencia y de ideario, aun frente a la existencia de una obligación de fuente normativa se encuentra en que el ordenamiento jurídico también reconoce, respeta, protege y brinda amparo al goce y efectivo ejercicio de las libertades ideológicas, de conciencia y de religión, que obran como límite a la acción estatal.

Así lo ha entendido también la Ley argentina N° 25.673 de 2003 de “Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable”, de contenido similar a la uruguaya Ley de Defensa del Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva, N° 18.426, que prevé en su artículo 10 que “Las instituciones privadas de carácter confesional que brinden por sí o por terceros servicios de salud, podrán con fundamento en sus convicciones, exceptuarse del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6º, inciso b), de la presente ley” (artículo referido a la prescripción y suministro de los métodos y elementos anticonceptivos, a las prácticas denominadas ligadura de trompas de Falopio y ligadura de conductos deferentes o vasectomía, entre otros).

Sin perjuicio del ejercicio sin necesidad de reglamentación de dichas libertades y derechos por virtud del [artículo 332 de la Constitución](#), con el fin de facilitar y hacer efectivo en su plenitud el goce de los derechos, garantías y libertades fundamentales a los habitantes, en cumplimiento de los artículos 54 y 85 (3) constitucionales, se propone el presente proyecto de ley.

Montevideo, 14 de diciembre de 2010.

LUIS ALBERTO LACALLE POU
Representante por Canelones

EL CONTROL ADMINISTRATIVO EN MÉXICO

LUIS JOSÉ BÉJAR RIVERA¹
ALEJANDRO ORRICO GÁLVEZ²

Hay dos correctivos de las prerrogativas de la Administración: Que actúe, pero que obedezca la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio.

Maurice Hariou

I. INTRODUCCIÓN

Siempre se ha dicho que el Derecho Administrativo es una disciplina jurídica incardinada al Poder Público. La Administración Pública contemporánea nace en el seno del Estado moderno, incrustada en un sistema normativo duro, mediante el cual se pretendía que la Administración en tomo momento estuviera sometida a la Ley, bajo el dogma del Principio de Legalidad.

También se reitera que hoy en día, como lo señaló profesor González Navarro, el Derecho Administrativo es el Derecho del Poder Público para la Libertad, y por tanto se convierte en un sistema garante de la seguridad jurídica y los derechos fundamentales de los administrados.

En este sentido, resulta como parte indispensable del propio Derecho Administrativo, el establecimiento de los mecanismos de verificación del cumplimiento de la normatividad por parte de los sujetos que integran a la Administración Pública. Es aquí donde aparecen los sistemas de control, que nos permitan: “[...] medir y examinar los resultados obtenidos en el período, para evaluarlos y para decidir las medidas correctivas que sean necesarias.”³

A grosso modo, se habla de la existencia de 3 tipos de control, todos ellos con sus modalidades y peculiaridades, a saber: controles legislativos, judiciales (y jurisdiccionales para el caso de México) y administrativos.

Para los fines aquí perseguidos realmente no nos interesa introducirnos en los controles legislativo y judicial, y pretendemos únicamente centrarnos en los controles Administrativos, y dentro de estos, abocarnos al análisis del llamado control interno, pues tampoco es nuestra intención distraernos en el control de la legalidad *ad intra* de la Administración Pública.

Así, nuestro objetivo consiste en tratar de hacer una aproximación a los sistemas de control administrativo, específicamente al control interno, desde una perspectiva jurídica, pues pareciera, por lo menos en México, que es un tema que los juristas poco han tratado y no por ello es de menor envergadura y trascendencia para el Derecho Administrativo; máxime que la regulación con la que contamos al respecto, es escasa, por decir lo menos, y estamos sujetos a un Acuerdo de carácter general como norma base al respecto.

II. EL CONTROL ADMINISTRATIVO

Por control, en palabras de Marcel Waline, se entiende que es: “[...] la verificación de la conformidad de una acción (en la especie, una actividad administrativa) con una norma que se impone a ésta; esta norma puede ser jurídica (control de regularidad) o una norma de correcta ejecución (control de rentabilidad o de eficacia).”⁴

Complementando lo anterior, Daniel Márquez Gómez nos dice que: “[...] en la doctrina jurídica se entiende por control la actividad de carácter registral o técnica encomendada a una función pública, un ente administrativo estatal o a un empleado público, por el orden jurídico, que se dirige a revisar la adecuación

1 Licenciado en Derecho por el ITESO. Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. Asociado al Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Director Académico de los Programas de Posgrado en Derecho Administrativo de la Universidad Panamericana.

2 Licenciado en Derecho por la UNAM. Maestro en Derecho Administrativo por la Universidad Panamericana.

3 Organización de las Naciones Unidas, *Aspectos administrativos de planeación*, ONU, Nueva York, 1969, p. 431.

4 Citado por José Luis Vázquez Alfaro, *El control de la Administración Pública en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996, p. 11.

y legalidad de los actos encomendados a los diversos órganos del poder público, con la obligación de pronunciarse sobre ellos.⁵

El control administrativo, es aquél depositado en el propio Poder Ejecutivo, y que puede ser ejercido por el propio titular del Ejecutivo Federal (íntimamente vinculado a los poderes implícitos del Ejecutivo Federal⁶), o bien, por las dependencias y unidades administrativas especializadas, que las leyes determinen.

II.1 Características

José Luis Vázquez Alfaro⁷ distingue como características:

- a) El control administrativo se realiza siempre por una autoridad perteneciente a la administración activa.
- b) El control administrativo puede ser activado en forma espontánea por la propia autoridad administrativa o puede ser provocado mediante la interposición de un recurso.
- c) Este control tiene por objeto revisar la legalidad o la oportunidad del acto sometido a examen; cabe señalar que la revisión de la oportunidad del acto administrativo está francamente limitada en el Derecho Administrativo mexicano, y se conserva prácticamente como una figura doctrinal.⁸
- d) La Administración Pública, en principio, puede revocar o modificar, nulificar o anular sus propios actos o actos de sus funcionarios subordinados, siempre y cuando estos actos no contengan un beneficio o resultado favorable, pues esta clase de actos, para su revocación requieren de la intervención jurisdiccional vía acción de lesividad en el juicio contencioso administrativo.
- e) El control administrativo no se encuentra sometido a las reglas del procedimiento jurisdiccional.

En México, según está dispuesto por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF), en su artículo 37, contamos con una dependencia de la Administración Pública centralizada, la Secretaría de la Función Pública, cuyo único objeto es ejercer la función de control administrativo, tanto en la Administración centralizada como en la Paraestatal⁹.

Esencialmente, su función es precisamente ejercer todos los sistemas de control administrativo (excepto el correspondiente a los recursos administrativos), pero en definitiva de trata del órgano fiscalizador de la propia Administración Pública. La forma en la cual ejerce los controles tiene distintas variables: desde la jerarquía que ejerce sobre los Órganos Internos de Control (OIC) de las dependencias y entidades, así como por el dictado de circulares, oficios, acuerdos y en general, normas de soft law que regulan el comportamiento de la Administración Pública Federal en relación con la rendición de cuentas y cumplimiento de objetivos.

II.2 Elementos del control administrativo

A partir de lo expuesto por José Trinidad Lanz Cárdenas¹⁰, los elementos esenciales del control administrativo son: sujetos, objeto, forma y finalidad.

II.2.1 Sujetos

En primer lugar encontramos al *sujeto activo*, que será el órgano autoridad controladora, es decir, aquel ente público que ejerce el control, y que puede presentarse bajo tres supuestos:

- a. El órgano de control puede pertenecer al servicio o actividad controlada, esto es que el control es ejercido por el propio sujeto controlado, o bien, un superior jerárquico dentro de la misma unidad administrativa.
- b. El controlador pertenezca al mismo ente administrativo sujeto del control, tal como ocurre normalmente con las contralorías internas o los órganos de inspección de la propia entidad controlada¹¹.

5 Daniel Márquez Gómez, *Los procedimientos Administrativos materialmente jurisdiccionales como medios de control en la Administración Pública*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

6 Cfr. Miguel Acosta Romero, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 1992, pp. 284-292.

7 José Luis Vázquez Alfaro, *Op. Cit.*, p. 14.

8 A mayor abundamiento, Cfr. Luis José Béjar Rivera, *El acto administrativo y su finalidad*, Porrúa, México, 2011, pp. 105-114.

9 Cfr. Artículo 37 de la LOAPF.

10 José Trinidad Lanz Cárdenas, *La contraloría y el control interno en México*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, pp. 471 y ss.

11 Este no es el caso de la legislación mexicana.

c. Por último, nos colocamos en el supuesto donde el órgano controlador pertenece a la Administración Pública, incrustado en la autoridad controlada, pero es responsable ante un ente distinto al sujeto controlado. En este sentido, es parte fundamental de las atribuciones conferidas a la Secretaría de la Función Pública, y se ejerce mediante los funcionarios que inserta en las diversas entidades públicas. Reiterando, el órgano interno de control estructuralmente se encuentra dentro del organigrama de cada una de las dependencias y entidades, aunque de acuerdo a la naturaleza de sus actividades, le responden jerárquicamente a la Secretaría Función Pública.

Por otra parte, encontramos con el otro sujeto en el control administrativo, al *sujeto pasivo*, el cual es, en principio una entidad pública (sea de la Administración centralizada o paraestatal, incluso los organismos autónomos); sin embargo, tanto en ley como en las prácticas modernas de los sistemas de control administrativo, se ha establecido que también son sujetos de control los funcionarios públicos en lo específico, en relación con sus atribuciones directas.

II.2.2 Objeto

José Luis Vázquez Alfaro¹², nos distingue que existen tres tipos de control en relación con el objeto: de legalidad, de oportunidad y de gestión.

Ahora bien, cuando nos referimos al *control de la legalidad* o de regularidad (como también puede ser denominado), tiene por único objeto la verificación de que el acto u operación se haya realizado con estricto apego al principio de legalidad, esto es, que durante la ejecución del mismo, éste se haya realizado de conformidad a la normatividad aplicable.

Aunque difícil de apreciar, el *control de oportunidad*, consiste en la concordancia entre la acción u operación controlada, con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en relación con el Plan Nacional de Desarrollo y los Programas respectivos. Este tipo de control atiende, en muchas ocasiones, más a elementos políticos que otra cosa, pues se vincula directamente con el momento y condiciones en que se ejecuta un determinado programa o acción específica del mismo.

Finalmente, el control de gestión, [...] *tiene por objeto revisar la congruencia de los resultados de la acción administrativa con los programas y finalidades [...] permite realizar un examen de la eficacia de los actos y operaciones.*¹³

II.2.3 Forma

La forma de los controles administrativos resultan variadas, pues son el conjunto de mecanismos, vías, técnicas, métodos, sistemas y procedimientos, los cuales pueden surgir de distintos documentos, tales como la Ley y sus Reglamentos, Acuerdos Administrativos, Circulares, Lineamientos de carácter general para la Administración Pública, por citar algunos; y sus características y requisitos de validez variarán, sobretodo en virtud de la naturaleza del acto u operación sujeta al control.

II.2.4 Finalidad

Tal como los conceptos expuestos en párrafos anteriores lo señalan, la finalidad del control administrativo, desde una perspectiva teleológica, es garantizar una actuación regular, equilibrada, eficaz y honesta de los entes públicos y los funcionarios adscritos a ellos, a fin de cumplir adecuadamente con sus funciones y estar en aptitud de satisfacer las necesidades colectivas del Estado.

Como finalidades específicas que podemos identificar, dependerá de la naturaleza del acto y del control ejercido, pues en algunos casos, el control radicará en el manejo de recursos públicos, o bien, en el control de los medios operativos de la entidad controlada, o simplemente, en los procedimientos instaurados por la Administración Pública para arribar a determinadas consecuencias jurídicas.

Esto lo podemos ilustrar de una forma muy sencilla, mediante el establecimiento de ciertos rubros generales que son sujetos de control, que podemos resumir en los siguientes cuatro:

- Organización
- Personal
- Supervisión
- Procedimientos

¹² José Luis Vázquez Alfaro, *Op. Cit.*, pp. 15 y 16.

¹³ *Ibid.*, p. 16.

Cuando el control tiene como finalidad controlar la *organización* administrativa, éste se dirige a identificar la eficiencia en el reparto de labores y asignación de responsabilidades, que atiende a criterios de dirección y coordinación, así como aspectos estructurales de organización, de tal forma que los procedimientos administrativos se desarrollen de acuerdo a los principios que rigen a la actuación administrativa¹⁴.

Por otra parte, si la finalidad del control radica en el *personal* que integra a la Administración Pública, el órgano de control deberá verificar que los servidores públicos cuenten con la capacitación adecuada; sean eficientes en el cumplimiento de sus labores; que su conducta sea acorde a una moralidad mínima exigible por la administración pública; y por último, que cuenten con una retribución justa y proporcional a su trabajo.

La *supervisión*, como parte de la finalidad de los controles, corresponde a la continuidad que éstos deberán tener en relación a los dos puntos antes señalados, es decir, la Administración Pública no puede permitir tener un cierto control en el ingreso de su personal, así como en la organización que se ha establecido, sea mediante la Ley o reglamento, sino que nos encontramos ante un ente cambiante y perfectible en las mismas condiciones que lo hace la sociedad, pues de lo contrario, tal como en múltiples ocasiones lo hemos vivido en nuestro país, el aparato administrativo se ha visto superado por las exigencias de la población. Por lo que en tales condiciones, es imperativo que la supervisión sea una actividad continua, por una parte, como fiscalización de la conducta de sus funcionarios, y por otra, como una herramienta para que la entidad controlada efectivamente realice sus funciones de una manera eficiente y apegada a las necesidades reales de la población.

Por último, cuando el control tiene como finalidad la verificación de los *procedimientos* ejecutados por los órganos de la administración pública, deberá haber una acción constante para emitir las guías de acción tendientes a asegurar el cumplimiento estricto de las normas a las que está sujeta la actuación administrativa, la uniformidad de criterios, la reducción de las fallas humanas y técnicas, abreviar los períodos de capacitación de los funcionarios, y en la medida de lo posible, disminuir el número de órdenes verbales que el superior jerárquico deba emplear para garantizar el correcto funcionamiento de la unidad administrativa a su cargo.

Esto, en principio corresponde a las atribuciones contenidas en la Ley y en los Reglamentos Internos, sin embargo, estos documentos normativos tienen alcances limitados, pues en caso de querer abarcar todos los aspectos a regular en el sinfín de unidades administrativas, aún dentro de una sola entidad pública, nos llevaría a los vicios de la excesiva codificación, situación inaceptable en un Estado de Derecho.

Íntimamente relacionado con los puntos antes expuestos, se encuentra lo dispuesto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA)¹⁵, en su Título Tercero A, De la Mejora Regulatoria, que no es otra cosa, sino el establecimiento de los criterios bajo los cuales se eficientará las relaciones entre la Administración Pública y los gobernados, a fin de no "burocratizar" los procedimientos administrativos; por lo que en tales condiciones, existe un organismo desconcentrado de la Secretaría de Economía denominado Comisión Federal de Mejora Regulatoria¹⁶, como responsable de maximizar el aprovechamiento de los recursos públicos.

Visto lo anterior, es evidente que los sistemas de control, en especial los controles internos en la administración pública, pueden versar sobre recursos humanos, recursos financieros y recursos materiales; todos vinculados entre sí, en base a los criterios de la finalidad específica de los sistemas de control, tal como lo ilustramos con la siguiente figura.

III. CLASIFICACIÓN DEL CONTROL ADMINISTRATIVO

Haciendo nuestros algunos de los conceptos mostrados por Daniel Márquez Gómez¹⁷, podemos decir que existen diversos criterios para identificar al control administrativo, a saber:

- A. Según la clase de actos que se realicen para controlar a los órganos de la Administración Pública:
- a. *Vigilancia*, que consiste en la ejecución de actos y procedimientos administrativos tendientes a verificar el cumplimiento de las normas.
 - b. *Recomendación*, Como tal, es el juicio u opinión técnica que por escrito emite un facultativo o grupo de ellos sobre el estudio o análisis que haya(n) efectuado en la administración pública, en el renglón de su especialidad.

14 El artículo 13 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo señala textualmente:

Artículo 13.- La actuación administrativa en el procedimiento se desarrollará con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, legalidad, publicidad y buena fe.

15 Publicada en el Diario Oficial de la Federación, el día 4 de agosto de 1994.

16 Su fundamento legal lo encontramos en los artículos 69-E, 69-F y 69-G de la LFPA.

17 Daniel Márquez Gómez, Op. Cit., pp. 24 y 25.

Es una forma de control propia de los órganos autónomos, tal como es el caso de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que constituyen una forma de control externo, pues al no formar parte de la administración pública, si verifican el respeto de los derechos humanos en su actuar con los gobernados.

- c. *Decisión*; los actos de decisión, como una de las facultades implícitas en la administración pública, atribuible al superior jerárquico del sujeto controlado, implica una forma de control, pues en tales condiciones estará imponiendo un criterio (aún cuando de carácter interno) que determinará una conducta en el funcionario sujeto del control.
 - d. *Evaluación*; nuevamente los poderes implícitos en la administración pública nos indican que la evaluación, como un acto continuo de medición de resultados de los sujetos controlados, mostrará si efectivamente, con los actos u operaciones encomendadas, se están alcanzando los objetivos trazados por la propia administración pública sobre determinado rubro.
 - e. *Corrección y sanción*; como consecuencia del anterior, la corrección y sanción se presentan una vez que se ha determinado que no se alcanzaron las metas fijadas, o bien, que en la ejecución de las acciones se hizo un uso indebido de recursos.
- B. Por el objeto del control¹⁸
- a. Legalidad
 - b. Gestión
 - c. Eficiencia¹⁹
- C. Por el tiempo o momento en que se realiza la función del control
- a. Preventivo o *a priori*.- Podemos concluir que su objetivo primordial es garantizar el cumplimiento de las metas, así como un cumplimiento cabal de la normatividad aplicable, mediante el establecimiento de dictámenes previos sobre los proyectos, y una aplicación estricta de las formalidades que exija la legislación para los actos administrativos u operaciones a ejecutar.
 - b. Concurrente o concomitante.- “*Se efectúa en el curso de la gestión administrativa... la actividad de control no se separa de la acción controlada sino que la acompaña de principio a fin.*”²⁰ En este caso, son aquellas acciones que fueron tomadas de la administración privada, donde constantemente se están verificando las acciones, de la mano de su propia ejecución.
 - c. Conclusivo o *a posteriori*.- Se presenta una vez que concluye la ejecución de los actos u operaciones sujetas al control. Tienen como objetivo primordial subsanar las irregularidades, la ilegalidad y reparar los daños ocasionados (si es que los hubo). Como tal, se vuelve un sistema de control represivo.
- D. Por la forma de actuación de los órganos administrativos
- a. *Oficioso o espontáneo*.- Se presenta cuando los órganos de control intervienen en virtud de una decisión de carácter discrecional.
 - b. *Activado o desencadenado*.- En el ámbito jurídico lo vinculamos claramente con la expresión “a petición de parte”, esto en virtud de que alguna persona (generalmente un particular, sin embargo, también es frecuente que inicie a solicitud de un diverso ente público) le solicita al órgano de control que ejerza sus facultades de fiscalización.
 - c. *Obligatorio*.- Es aquél que la normatividad le exige al ente controlador que ejerza sus facultades. En estas condiciones podemos identificar a la Auditoría Superior de la Federación, la cual está obligada a la revisión de la cuenta pública en virtud de un mandato constitucional.
- E. Desde el punto de vista del sujeto que realiza el control
- a. *Interno*.- En un principio esté tipo de control, el cual también pudiera ser denominado autocontrol, es aquél que surge de los propios entes que integran a la administración pública, generalmente ejercido por el superior jerárquico del sujeto controlado. También bajo esta perspectiva (según lo señalan algunos doctrinarios) podemos identificar en este género a la Secretaría de la Función Pública, pues forma parte de la propia administración centralizada, sin embargo, disintimos de esta tendencia y consideramos que el control interno únicamente corresponde al ejercido dentro de la propio sujeto controlado, por lo que las funciones de la secretaria de Estado antes citada correspondería al control externo.

18 Ya han sido explicados en el apartado correspondiente a los elementos del control.

19 Este elemento lo podemos identificar con el control de oportunidad que nos refiere José Luis Vázquez Alfaro, y que ha sido descrito en apartados anteriores.

20 José Luis Vázquez Alfaro, Op. Cit., p. 18.

- b. *Externo*.- Según lo señala Vázquez Alfaro, el control externo es ejercitado por órganos que no pertenecen a la administración, por lo que en estas condiciones nos encontramos bajo las formas del control legislativo, o bien, el control jurisdiccional.
Adicionalmente, bajo esta óptica, identificaríamos como parte de este control a la figura del ombudsman.
En concordancia con lo señalado por el suscrito en el punto anterior, las funciones de control ejercidas, aún dentro de la administración pública, pero fuera del sujeto controlado, las incluimos en este supuesto.
En la gestión pública moderna se ha presentado, sobretudo en los ámbitos local y municipal una fuerte tendencia a la contratación de profesionales en el ejercicio privado, a fin de que éstos ejerzan un control externo de la actividad u operación que pretenden controlar, situándonos por tanto, ante una forma peculiar del control externo, donde éste no es ejecutado por un ente público, sino por particulares que son facultados para tal actividad, pero en virtud de un contrato de servicios profesionales.
- F. Por los efectos o resultados del control
- a. *Formal*, cuando de constatarse la legalidad de los actos u operaciones controladas, se emita una declaración de dicha situación, o bien;
 - b. *Constitutivo*, cuando como consecuencia de la verificación, se generen los derechos y obligaciones relativos a acciones posteriores de carácter sancionatorio.
- G. Según la frecuencia o continuidad de aplicación²¹, el control puede ser:
- a. *Alternado*, que se presenta cuando el universo a controlar rebasa la capacidad del órgano de control, por lo que debe hacer una selección de los sujetos más representativos de la actividad a controlar.
 - b. *Periódico*, es aquél control que se ejecuta en intervalos de tiempos regulares, sea por políticas del sujeto controlador, o bien, porque la normatividad así se lo exige.
 - c. *Eventual*, que lo identificamos con el control activado, esto es, se presenta de una forma teóricamente esporádica o accidental, con motivo de una queja o denuncia.
- H. Cuando identificamos el sistema de control con los controles contables, nos podemos encontrar que, según la intensidad del control, éste pudiera ser:
- a. *Analítico*, que corresponde a un análisis profundo sobre cada uno de los rubros y mecanismos que integran a las operaciones a controlar.
 - b. *Sintético*, opuesto al control analítico, es aquél que únicamente revisa por encima los rubros o rasgos más importantes de las operaciones controladas, sin entrar a los detalles que las integran.

IV. CONCLUSIONES PRELIMINARES COMO PUNTO DE PARTIDA AL CONTROL INTERNO

Si partimos de la idea que la función administrativa del Estado consiste en la realización de todas aquellas actividades que permitan alcanzar el bien común, claramente podemos establecer que uno de los fines públicos de la Administración Pública será el garantizar su propia eficacia en sus funciones.

Ahora bien, de los sistemas de control que aquí hemos explicado conceptualmente, se desprenden una serie de actividad y rubros dentro de la denominada Administración activa en la ciencia del derecho administrativo, descubriríamos que gran parte de ésta, consiste propiamente en la aplicación de dichos controles, por lo que hemos considerado prudente hacer esta pequeña pausa para explicar la metodología que hemos elegido para este tema.

En primer lugar, podemos señalar que el Estado ejecuta sistemas de control por conducto de sus poderes públicos, sea el judicial al verificar la legalidad o constitucionalidad de los actos de autoridad; el legislativo al ejercer el control político y mediante la función legislativa; y por supuesto, los controles administrativos, en los que se encuentra una amplia gama de actividades de control.

Al referirnos a éstos últimos, es decir, los controles administrativos, nos enfocamos en aquellos tendientes a garantizar el eficaz cumplimiento de las acciones de la propia Administración Pública, y muchos de estos controles, aún cuando se encuentran sometidos a un sistema de normas jurídicas, no corresponden a la

²¹ Cfr. Cesáreo Larios Contreras, *Funciones de Control de la Hacienda Pública Municipal*, Instituto para el Desarrollo Técnico de las Haciendas Públicas INDETEC. Guadalajara.

ciencia jurídica en cuanto a su estudio técnico, ergo, hemos resuelto no atender en esta obra muchos de ellos, sin embargo, sin consideramos prudente hacer una pausa, en el presente capítulo en el denominado Control Presupuestario, que está vinculado directamente a la aprobación de la cuenta pública, por lo que podemos concluir que es un control administrativo en un principio, que se convierte en un control legislativo, dada su especial naturaleza y trascendencia para la vida del país.

Por otra parte, el resto de los controles administrativos, los podemos identificar con el sistema de responsabilidades administrativas de los servidores públicos, tema que por sí mismo, requiere un estudio completamente aparte del aquí planteado.²²

El lector no debe cometer el error de atender a las clasificaciones de los controles como factores excluyentes en los sistemas de control, sino todo lo contrario, dichos criterios atienden a situaciones específicas, sin embargo, en la práctica, tal como ya lo veremos más adelante, se encuentran íntimamente vinculados unos a otros, esto, en gran parte, gracias a las distintas ópticas que los doctrinarios y especialistas en la materia nos muestran, por lo que nosotros humildemente hemos tratado de armonizar dichos conceptos y emitir un documento que sea asequible para el lector.

V. DEL SISTEMA DE CONTROL INTERNO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL

El Sistema de Control Interno en la Administración Pública Federal se regula en el Acuerdo²³ por el que se emiten las Disposiciones en Materia de Control Interno y se expide el Manual Administrativo de Aplicación General en Materia de Control Interno²⁴ y su reforma²⁵, el cual establece la implementación, actualización, supervisión, seguimiento, control y vigilancia del Sistema de Control Interno Institucional en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y en la Procuraduría General de la República.

El cumplimiento del acuerdo en materia de control interno es obligatorio para las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y la Procuraduría General de la República²⁶, siendo responsables de su aplicación y de cumplir los compromisos que se generen con su implementación, sus titulares, así como los servidores públicos adscritos a las Instituciones.

Para efectos de lo anterior, el titular de la Institución lleva a cabo la designación del Coordinador de Control Interno²⁷, quien aplicará las disposiciones del Acuerdo, y éste a su vez, designa a los Enlace²⁸ de cada uno de los tres procesos contemplados en dicho instrumento normativo, siendo éstos 1. La aplicación del modelo estándar de control interno; 2. Administración de riesgos institucionales, y 3. Funcionamiento del Comité de Control y Desempeño Institucional, los cuales se regulan en el artículo cuarto del Acuerdo, relativo al establecimiento del Manual Administrativo²⁹ de Aplicación General en Materia de Control Interno.

22 A mayor abundamiento, Cfr. Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez, *El sistema de responsabilidades de los servidores públicos* (6ª ed.), Porrúa, México, 2011.

23 Al dicho de Miguel Villoro Torazo, los Acuerdos son normas sobre materia particular. Ocupan el tercer nivel en el orden jerárquico normativo: 1. Normas fundamentales; 2. Normas secundarias (leyes); 3. Normas reglamentarias (reglamentos, decretos, órdenes y acuerdos, emitidos por el Poder Ejecutivo y, en su caso, por las Secretarías de Estado), y 4. Normas individualizadas, contenidas en las decisiones del Poder Judicial o del Poder Ejecutivo, o en los convenios celebrados entre particulares. Cfr. Miguel Villoro Torazo, *Introducción al Estudio del Derecho* (13ª ed.), Porrúa, México, 1998, pp. 304-308.

24 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de julio de 2010.

25 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de julio de 2011.

26 En el caso de Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios, las Sociedades Nacionales de Crédito y demás entidades paraestatales del sector financiero, las disposiciones del acuerdo resultan aplicables en lo que no se oponga a las disposiciones legales y administrativas que rigen su funcionamiento.

Por su parte, las entidades paraestatales en proceso de desincorporación se exceptúan por completo del cumplimiento del acuerdo.

27 La designación del Coordinador de Control Interno debe recaer preferentemente en el Oficial Mayor o su equivalente.

28 La designación del Enlace debe tener el nivel jerárquico inmediato inferior al del Coordinador y cuando menos deben existir dos enlaces por dependencia o entidad.

29 Por su estructura, este manual pudiera ser similar a los manuales de procedimientos administrativos, conceptualizados por Miguel Acosta Romero como "un documento que en forma metódica, señala los pasos y operaciones que debe seguirse para la realización de las funciones de una dependencia. Contiene los diferentes puestos o unidades administrativas que intervienen y se precisa su responsabilidad y su participación". Miguel Acosta Romero, *Teoría General del Derecho Administrativo (primer curso)*, Decimoséptima edición, Porrúa, México, 2004, p.406.

El sistema estándar de control interno cuya implementación se prevé en el Acuerdo, se constituye por tres elementos: 1. Objetivos del control interno; 2. Componentes del control interno, los cuales se identifican en el Acuerdo como Normas Generales de Control Interno, y 3. Unidades y actividades de control interno, las cuales se identifican en el Acuerdo como Niveles de Control Interno.

Estos tres elementos interactúan entre sí para lograr el control interno, al respecto Coopers y Lybrand señala que existe una relación directa entre los objetivos, que es lo que la entidad se esfuerza por conseguir, y los componentes, que representan lo que se necesita para cumplir dichos objetivos³⁰; finalmente, respecto del tercer elemento, corresponden a éste las actividades de control interno y los responsables de llevarlas a cabo, lo cual debe ser acorde con los componentes del control interno, para lograr los objetivos del control interno.

Elementos del sistema estándar de control interno en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal:

- I. *Objetivo del Control Interno*: Su finalidad es proporcionar una seguridad razonable en el logro de los objetivos³¹ y metas³², dentro de las siguientes categorías:
 1. Eficacia³³, eficiencia³⁴ y economía³⁵ de las operaciones, programas y proyectos;
 2. Confiabilidad, veracidad y oportunidad de la información financiera, presupuestaria y de operación;
 3. Cumplimiento del marco jurídico aplicable a las Instituciones, y
 4. Salvaguarda, preservación y mantenimiento de los recursos públicos en condiciones de integridad, transparencia y disponibilidad para los fines a que están destinados.
- II. *Normas Generales de Control Interno*: Se da mediante los cinco componentes del control interno, los cuales se exponen a continuación:
 1. Ambiente de Control: Debe existir un entorno y clima organizacional de respeto e integridad con actitud de compromiso y congruente con los valores éticos del servicio público en estricto apego al marco jurídico que rige a la Administración Pública Federal, con una clara definición de responsabilidades, desagregación y delegación de funciones, además de prácticas adecuadas de administración de los recursos humanos; alineados en su conjunto con la misión, visión, objetivos y metas institucionales³⁶, contribuyendo a fomentar la transparencia, rendición de cuentas y el apoyo a la implementación de un sistema de control interno eficaz y eficiente.
 2. Administración de Riesgos: Se debe implementar un proceso sistemático que permita identificar, evaluar, jerarquizar, controlar y dar seguimiento a los riesgos que puedan obstaculizar o impedir el cumplimiento de los objetivos y metas institucionales.³⁷

30 Cfr. Coopers & Lybrand, *Los nuevos conceptos del control interno (Informe COSO)*, Diaz de Santos, Madrid, 1997, p. 22.

31 Los objetivos de la organización se refieren a los propósitos y condiciones deseados que la organización busca como una entidad individual. Fremont E. Kast y James E. Rosensweig, *Administración en las Organizaciones (Enfoque de sistemas y de contingencias)*, Segunda edición en español, Mc Graw Hill, México, 2007, p. 191.

32 La misión es un enunciado que sirve a la organización como guía o marco de referencia para orientar sus acciones y enlazar lo deseado con lo posible. Es recomendable que el texto de la misión mencione la razón de ser de la organización en términos de propósitos específicos, resultados esperados y compromisos por cumplir. Cfr. Enrique Benajmín y Franklin Fincowsky, *Organización de Empresas*, Tercera Edición, Mc Graw Hill, México 2009, p. 251.

33 En términos del Acuerdo es el cumplimiento de los objetivos y metas establecidos, en lugar, tiempo, calidad y cantidad.

34 Es el logro de objetivos y metas programadas con la menor cantidad de recursos.

35 Son los términos y condiciones bajo los cuales se adquieren recursos, en cantidad y calidad apropiada y al menor costo posible para realizar una actividad determinada, con la calidad requerida.

36 Éstos deben estar alineados al Plan Nacional de Desarrollo y a los Programas Sectoriales, Institucionales y Especiales.

37 El acuerdo en materia de control interno hace especial énfasis en este componente, el cual incluso es considerado uno de los procesos regulados en el Manual Administrativo de Aplicación General en Materia de Control Interno, señalando en su título tercero que la metodología para la administración de riesgos debe registrarse anualmente en la matriz de administración de riesgos institucional, la cual debe contener como mínimo las etapas siguientes:

1. *Evaluación de riesgos*: Se debe llevar a cabo la identificación, selección y descripción de riesgos, valorándolos en cuanto a su grado de impacto y de probabilidad.
2. *Evaluación de controles*: Se comprueba la existencia de controles para los factores de riesgo, determinando si son preventivos, correctivos y/o detectivos, identificando si son suficientes o deficientes.
3. *Valoración final de riesgos respecto a controles*: Se dará un valor final del riesgo, respecto a su impacto y probabilidad de ocurrencia, mediante la confronta de las dos etapas anteriores.
4. *Mapa de riesgos institucional*: Los riesgos obtenidos en la etapa anterior son establecido en la matriz de administración de riesgos, en función de la valoración final de impacto y probabilidad de ocurrencia.

3. Actividades de Control Interno: En todos los niveles y funciones de la Institución se deben establecer y actualizar las políticas, procedimientos, mecanismos y acciones necesarias para lograr razonablemente los objetivos y metas institucionales.
4. Información y Comunicación: Deben existir requerimientos de información definidos por grupos de interés, flujos identificados de información externa e interna y mecanismos adecuados para el registro y generación de información, lo cual debe permitir la adecuada toma de decisiones, transparencia y rendición de cuentas de la gestión pública; la información debe ajustarse a las disposiciones legales y administrativas en la materia; los sistemas de información deben ser útiles, confiables y oportunos; deben existir canales de comunicación adecuados y retroalimentación entre todos los servidores públicos de la Institución, que generen una visión compartida, articulen acciones y esfuerzos, faciliten la integración de los procesos y/o instituciones y mejoren las relaciones con los grupos de interés; así como crear cultura de compromiso, orientación a resultados y adecuada toma de decisiones, y se implementan procedimientos, métodos, recursos e instrumentos que garantizan la difusión y circulación amplia y focalizada de la información hacia los diferentes grupos de interés, preferentemente automatizados.
5. Supervisión y Mejora Continua. Se debe supervisar y mejorar continuamente el Sistema de Control Interno Institucional, con el propósito de asegurar que la insuficiencia, deficiencia o inexistencia identificada en la supervisión, verificación y evaluación interna y/o por los diversos órganos de fiscalización, se resuelva con oportunidad y diligencia, dentro de los plazos establecidos de acuerdo a las acciones a realizar, debiendo identificar y atender la causa raíz de las mismas a efecto de evitar su recurrencia.

III. *Niveles de Control Interno*: Se da en los tres niveles que se señalan a continuación:

1. Estratégico: Tiene como propósito lograr la misión, visión, objetivos y metas institucionales y se conforma por el titular de la Institución y los servidores públicos de segundo nivel jerárquico.
2. Directivo: Tiene como propósito que la operación de los procesos y programas se realice correctamente y se conforma por los servidores públicos de tercer y cuarto nivel jerárquico
3. Operativo: Tiene como propósito que las acciones y tareas requeridas en los distintos procesos se ejecuten de manera efectiva y se conforma por los servidores públicos del quinto y siguientes niveles jerárquicos de mando medio hasta el jefe de departamento o equivalente.

El sistema estándar de control interno debe supervisarse y autoevaluarse periódicamente respecto de su funcionamiento, asimismo, deben proponerse e implementarse acciones de mejora.

Cuando los servidores públicos detecten debilidades de control³⁸ o debilidades de control interno de mayor importancia,³⁹ deberán informarlas a su superior jerárquico, acompañadas de la propuesta de acciones de mejora correspondientes. Por su parte, para el caso de las actividades de control interno de mayor importancia, el titular de la Institución debe informarlas al Comité de Control y Desempeño Institucional y, en su caso, al Órgano de Gobierno.

VI. APLICACIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL INTERNO

Los titulares de las Instituciones deben realizar, cuando menos una vez al año, la autoevaluación del estado que guarda el sistema de control interno institucional, para lo cual se lleva a cabo el proceso siguiente:

5. *Definición de estrategias y acciones de control para administración de riesgos*: Las estrategias a definir son evitar, reducir, asumir o transferir el riesgo. De esta etapa se definirán las acciones de control para administrar los riesgos, las cuales se incluirán en el programa de trabajo de administración de riesgos.

Es de señalar que el análisis y seguimiento de los riesgos, prioritariamente los de atención inmediata, se deben llevar a cabo en las sesiones del Comité de Control y Desempeño Institucional o, en su caso, del Órgano de Gobierno.

Asimismo, resulta oportuno mencionar que en este proceso, tanto el Coordinador de Control Interno como el Enlace de Administración de Riesgos, establecen canales de comunicación entre las unidades administrativas y el titular de la Institución, para la elaboración del programa de trabajo de administración de riesgos y el reporte de avance trimestral.

38 Por debilidad de control interno, se debe entender la insuficiencia, deficiencia o inexistencia identificada en el sistema de control interno institucional mediante la supervisión, verificación y evaluación interna y/o de los órganos de fiscalización, que pueden evitar que se aprovechen las oportunidades y/u ocasionar que los riesgos se materialicen.

39 Por debilidad de control interno de mayor importancia, se debe entender la insuficiencia, deficiencia o inexistencia identificada que obstaculizan o impiden el logro de los objetivos y metas institucionales, o motivan la existencia de un riesgo que eventualmente genere un daño al erario público federal.

Los Enlaces de Control Interno de la dependencia o entidad, a solicitud del Coordinador, llevan a cabo encuestas de autocontrol en los tres niveles de Control Interno (estratégico, directivo y operativo), para lo cual se hace una muestra representativa de los servidores públicos que los integran, conforme a las indicaciones de la Unidad de Control de la Gestión Pública de la Secretaría de la Función Pública.

Las encuestas son respondidas por responsables de los tres niveles de Control Interno, en el ámbito de su competencia, quienes deberán conservar la evidencia documental y/o electrónica suficiente, competente, relevante y pertinente que acredite las afirmaciones efectuadas en la encuesta, así como de resguardarla y tenerla a disposición de los órganos fiscalizadores.

Una vez respondidas las encuestas, éstas se envían al Enlace, quien consolida la información por niveles de control interno (estratégico, directivo y operativo) y elabora propuestas de informe anual⁴⁰ y de programa de trabajo de control interno⁴¹, el cual es revisado por el Coordinador de Control Interno, quien a su vez lo acuerda con el titular de la Institución, llevando a cabo el análisis y selección de áreas de oportunidad y acciones de mejora a comprometer en el programa de trabajo.

Hecho lo anterior, el titular de la Institución debe presentar el correspondiente informe anual a la Secretaría de la Función Pública, con copia al Órgano Interno de Control; al Comité de Control y Desempeño Institucional, y en su caso, al Órgano de Gobierno (tratándose de entidades paraestatales y organismos autónomos).

Este informe anual se evaluará por el Órgano Interno de Control en la dependencia o entidad, quien realizará un informe de resultados⁴², el cual se presentará al titular de la Institución con copia al Secretario de la Función Pública, y al Comité de Control y Desempeño Institucional o, en su caso, al Órgano de Gobierno.

Derivado del informe de resultados, el titular de la Institución puede instruir la actualización del Programa de Trabajo de Control Interno, así como su implementación.

El Coordinador y los Enlaces deben llevar a cabo el seguimiento del avance del programa, a través del reporte de avances trimestral⁴³, el cual debe presentarse al titular de la Institución, quien lo presenta al Comité de Control y Desempeño Institucional y al titular del Órgano Interno de Control.

Los servidores públicos responsables deberán resguardar la evidencia documental y/o electrónica suficiente, competente, relevante y pertinente que acredite la implementación de las acciones de mejora y/o avances reportados del cumplimiento del programa de trabajo de control interno

Una vez entregado el reporte trimestral, el Órgano Interno de Control efectúa la verificación del avance del programa de trabajo de control interno y los resultados de las acciones implementadas, presentando al titular de la Institución y al Comité de Control y Desempeño Institucional el informe de verificación al reporte de avance trimestral.

40 El informe anual, tiene la finalidad de informar los aspectos relevantes derivados de la aplicación de las encuestas (porcentaje de cumplimiento general, elementos de control con mayor grado de cumplimiento y debilidades o áreas de oportunidad en el sistema); resultados relevantes alcanzados con la implementación de acciones de mejora, y el compromiso de cumplir en tiempo y forma las acciones de mejora comprometidas en el programa de trabajo de control interno.

41 El programa debe incluir las acciones de mejora determinadas en la encuesta, sus fechas de inicio y término, la unidad administrativa y el responsable de su implementación, los medios de verificación, así como el nombre y firma del titular de la Institución.

42 El informe de resultados debe pronunciarse respecto de la existencia de las encuestas por cada nivel de control interno; de la existencia de evidencia documental y/o electrónica del cumplimiento de los elementos de control interno; de que el programa de trabajo de control interno se integra con las acciones de mejora determinadas en las encuestas consolidadas; de que estas acciones son pertinentes respecto a las debilidades de mejora comprometidas y reportadas en el mencionado programa; de los resultados alcanzados con la implementación de las acciones de mejora comprometidas y reportadas en el programa, y las correspondientes conclusiones y recomendaciones.

43 El reporte de avances trimestral debe contener resumen de acciones de mejora comprometidas, cumplidas, en proceso y su porcentaje de cumplimiento; descripción de las principales problemáticas que obstaculizan el cumplimiento de las acciones comprometidas y propuestas de solución del Comité de Control y Desempeño Institucional, y la conclusión general sobre el avance global en la atención de las acciones de mejora comprometidas y resultados alcanzados en relación con los esperados.

VII. DEL COMITÉ DE CONTROL Y DESEMPEÑO INSTITUCIONAL

Conforme al Acuerdo de control interno, las dependencias de la Administración Pública Federal, tienen la obligación de implementar un Comité de Control y Desempeño Institucional,⁴⁴ por su parte entidades podrán implementarlo de manera optativa.

Las entidades que opten por no establecer el mencionado Comité, deberán presentar en las sesiones ordinarias de su respectivo Órgano de Gobierno, el seguimiento al establecimiento y actualización del sistema de control interno institucional y de seguimiento al proceso de administración de riesgo institucional.

El Comité de Control y Desempeño Institucional contribuye a impulsar el establecimiento y actualización del Sistema de Control Interno; al análisis y seguimiento para la detección y administración de riesgos, y al cumplimiento de los objetivos y metas institucionales; con base en esto, el Comité cuenta con las atribuciones siguientes:

1. Aprobar acuerdos para fortalecer el sistema de control interno institucional, respecto a:
 - Informe anual del estado del control interno institucional;
 - Cumplimiento en tiempo y forma de las acciones de mejora del programa de trabajo de control interno;
 - Recomendaciones incluidas en el informe de resultados del Órgano Interno de Control, derivado de la evaluación del informe anual, y
 - Atención en tiempo y forma de las recomendaciones y observaciones de instancias de fiscalización y vigilancia
2. Aprobar acuerdos y formular recomendaciones para fortalecer la Administración de Riesgos Institucional, derivados de:
 - Revisión del Programa de Trabajo de Administración de Riesgos;
 - Reporte de avances trimestral del Programa de Trabajo de Administración de Riesgos;
 - Análisis del resultado anual del comportamiento de los riesgos, y
 - La recurrencia de observaciones derivadas de las auditorías o revisiones practicadas por el Órgano Interno de Control o por las diferentes instancias externas de fiscalización, y salvedades en la dictaminación de estados financieros.
3. Aprobar acuerdos para fortalecer el desempeño institucional, particularmente respecto a:
 - Comportamiento presupuestario y financiero;
 - Cumplimiento de objetivos, metas e indicadores, y
 - Cumplimiento de los programas de la Institución y temas transversales de la Secretaría.
4. Tomar conocimiento del reporte de análisis del desempeño de la Institución, que elaboren los Delegados para las dependencias y órganos desconcentrados.
5. Dar seguimiento a los acuerdos o recomendaciones aprobados e impulsar su cumplimiento en tiempo y forma.

Los acuerdos del Comité deben establecer una acción concreta a realizar, la cual debe encontrarse dentro de la competencia de la Institución, precisar al responsable de su atención, así como la fecha perentoria para su atención.

VIII. CONCLUSIONES

Los controles administrativos que generalmente se estudian desde la ciencia del Derecho Administrativo son los jurisdiccionales y judiciales ejercidos por los Tribunales⁴⁵.

En el caso de México, los sistemas de control, en especial los sistemas de control administrativo se han fortalecido en las últimas dos décadas, a un grado tal que, podemos afirmar que las dependencias y entidades

44 Para el caso de los organismos desconcentrados que no cuenten en su estructura con Órgano Interno de Control, la dependencia a la que se encuentren jerárquicamente subordinados determinará, previa autorización de la Unidad de Control de la Gestión Pública de la Secretaría de la Función Pública, que sea el Comité de Control y Desempeño Institucional de la propia dependencia en la que se traten los asuntos correspondientes a dichos órganos administrativos desconcentrados o, en su caso, que dicho órgano constituya su propio Comité de Control y Desempeño Institucional.

45 No se debe perder de vista que, en México, la justicia administrativa corresponde al modelo francés y por tanto el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa es un órgano dotado de autonomía para dictar sus fallos, pero no pertenece al Poder Judicial. Por otra parte, sus resoluciones son revisables por los Tribunales del Poder Judicial de la Federación.

de la Administración Pública Federal, e incluso los órganos autónomos han incorporado a su quehacer diario la rendición de cuentas y un control interno verdaderamente concomitante.

En concreto, el control interno se ha centrado, no en la legalidad de los actos, ni mucho menos en la eficacia jurídica de los mismos, a tal grado que en el Derecho mexicano se han negado ciertos modelos de control, tales como la revocación en razón de oportunidad; por el contrario, el impacto principal de los controles internos se ha sostenido sobre el correcto uso y destino de los recursos materiales y financieros, de tal forma que se encuentra más vinculado a los modelos de control de la cuenta pública y manejo presupuestario, bajo un modelo de eficiencia presupuestaria y estadística, que a un control de legalidad y juridicidad de los actos de la Administración Pública.

Nuestra intención con este artículo consiste precisamente en mostrar un estado de la cuestión actual, y evidenciar que todavía estamos cortos en el estudio del control interno, tema que a nuestro juicio el Derecho Administrativo debe retomar y ser verdaderamente parte de un sistema que precisamente propicie la satisfacción del interés general desde su dimensión individual, teniendo como una de sus bases, no sólo la apariencia de una buena Administración, sino contar realmente con una buena Administración Pública.

IX. FUENTES

Bibliográficas

1. Acosta Romero, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 1992.
2. Béjar Rivera, Luis José, *El acto administrativo y su finalidad*, Porrúa, México, 2011.
3. Benjamín, Enrique y Franklin Fincowsky, *Organización de Empresas* (3a ed.), McGraw Hill, México, 2009.
4. Coopers & Lybrand, *Los nuevos conceptos del control interno (Informe COSO)*, Díaz de Santos, Madrid, 1997.
5. Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, *El sistema de responsabilidades de los servidores públicos* (6ª ed.), Porrúa, México, 2011.
6. Kast, Fremont E., *Et. Al.*, *Administración en las Organizaciones (Enfoque de sistemas y de contingencias)* (2a. ed.), McGraw Hill, México, 2007.
7. Lanz Cárdenas, José Trinidad, *La contraloría y el control interno en México*, Fondo de Cultura Económica, 1987.
8. Larios Contreras, Cesáreo, *Funciones de Control de la Hacienda Pública Municipal*, Instituto para el Desarrollo Técnico de las Haciendas Públicas (INDETEC), Guadalajara, s./a.
9. Márquez Gómez, Daniel, *Los Procedimientos Administrativos materialmente jurisdiccionales como medios de control en la Administración Pública*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.
10. Organización de las Naciones Unidas. *Aspectos administrativos de planeación*, ONU, Nueva York, 1969.
11. Vázquez Alfaro, José Luis, *El control de la Administración Pública en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996.
12. Villoro Torazo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho* (13a ed.), Porrúa, México, 1998.

Legislación

1. Acuerdo por el que se emiten las Disposiciones en Materia de Control Interno y se expide el Manual Administrativo de Aplicación General de control Interno, y su reforma.
2. Ley Federal de Procedimiento Administrativo
3. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal

Electrónicas

1. <http://www.funcionpublica.gob.mx>

EL PRINCIPIO DE LA SUSTENTABILIDAD EN LAS APLICACIONES AGROBIOTECNOLÓGICAS, EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA¹

ALINA CELI FRUGONI ²

RESUMEN

El presente artículo recae sobre el estudio del principio de sustentabilidad, sus aplicaciones en las agrobiotecnologías en la Unión Europea, así como su relación con las tendencias hacia la conformación de un Derecho transnacional o global de la bioseguridad. Ello, en el entendido que el principio del desarrollo sostenible tradicionalmente asociado a la conservación y protección de recursos naturales para las generaciones venideras, es también esencial para la reconducción de las actividades agro biotecnológicas a escala transnacional.

INTRODUCCIÓN

La biotecnologías modernas aplicadas a la agricultura como fenómeno social y jurídico³, se presentan como desafío para el modelo de desarrollo sustentable teniendo principalmente en cuenta los riesgos que de ellas se derivan, su gestión y los impactos presentes y aquéllos que recaigan en el ambiente y la salud humana afectando de esta forma las generaciones futuras. El principio del desarrollo sostenible, especialmente relacionado con las generaciones vendieras traza una serie de dificultades de orden jurídico de difícil solución. A ello se suman condicionantes de naturaleza ética y bioética y la necesidad de promover y contar con estos avances tecnológicos para el desarrollo de la actual humanidad.

Por ello es necesaria la conciliación de los diversos intereses y propósitos que los distintos ordenamientos jurídicos actuales requieren de forma tal de orientar soluciones hacia la conformación de un orden jurídico global de bioseguridad del que se vean beneficiadas las actuales y futuras generaciones.

A continuación se analizan algunos de los aspectos vinculados al principio del desarrollo sustentable, a las medidas jurídicas que vinculan la bioseguridad con la sustentabilidad (o sostenibilidad), teniendo como especial marco de referencia el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y otras referencias normativas internacionales en la materia.

1. VINCULACIONES ENTRE LA SOSTENIBILIDAD, LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y LAS VALORACIONES ÉTICAS

La persona es un ser por esencia ético, lo que no resuelve por sí solo la adopción del compromiso social, para la resolución de problemas intergeneracionales e intrageneracionales derivados de la crisis ambiental. No obstante el Derecho ambiental puede hacer importantes aportes, pues posee un hondo contenido ético; para atender este objetivo debe incorporarse el concepto de especie dentro de la variable temporal que no es lo mismo que la suma de quienes habitan el planeta.⁴ Además de la referencia temporal, el cuadro lo completa el concepto de “hogar común” que describe la dimensión espacial referido por los términos de “nuestro hogar”, mencionados en el Preámbulo de la Declaración de Principios de la Conferencia de Río del año 1992.

1 El estudio está basado en la tesis doctoral de la autora, dirigida por el Doctor Gabriel Real Ferrer, leída y defendida en su día en la Universidad de Alicante (España), bajo el título: “Régimen jurídico de los riesgos ambientales derivados de las agrobiotecnologías. Análisis de los ordenamientos jurídicos de Brasil y la Unión Europea.”

2 Doctora en Derecho por la Universidad de Alicante (España), Master en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo (Uruguay), Postgraduada en Derecho Ambiental por la Universidad Austral de Buenos Aires (Argentina). Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay.

3 SANCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. Sobre la Constitución normativa y la tecnología, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Derecho y Nuevas Tecnologías*, Granada, n. 8, pp.257-278, 2005.

4 MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. IV, Madrid, Edisofer, 2003, p. 42.

Para Gabriel Real Ferrer, esta expresión cobra especial trascendencia pues introduce para la especie humana la idea de grupo sujeto a una unidad de destino.⁵

El problema ético no presentaría mayores problemas de no ser que el mismo se traslada a la normas jurídica (ambiental), la cual es desafiada en su aplicación en el espacio y en el tiempo, ante interrogantes que recaen sobre la necesidad de conocer si son titulares de derechos las generaciones futuras y sobre la delimitación de los ámbitos espaciales de aplicación de tales normas. Tanto los instrumentos internacionales como las cartas constitucionales y normas inferiores han zanjado estos problemas con la consagración expresa de tales derechos, y los correlativos deberes y obligaciones de las actuales, así como de los poderes públicos, lo cual no resuelve en absoluto la cuestión de la eficiencia y eficacia de estas normas jurídicas.

Se establece aquí la problemática y el desafío jurídico de la categoría del derecho subjetivo y colectivo sobre la titularidad de derechos de seres humanos inexistentes físicamente actualmente. Al parecer el reconocimiento no implica mayores problemas, si se le comprende como un derivado del principio de la solidaridad intergeneracional⁶, el problema radica en descubrir la eficacia de este tipo de normas y confirmar en qué momento y lugar acaece dicha protección.

El conflicto jurídico atañe a cuestiones de determinación del ámbito temporal y espacial de la norma jurídica, por ello parece más razonable atribuir únicamente al plano ético el compromiso con las generaciones futuras, y actuar efectivamente sobre el compromiso ético y jurídico de protección del medio ambiente, indispensable para la supervivencia de los futuros habitantes del planeta. De hecho la dificultad de cumplir con la protección ambiental para las próximas generaciones y por tanto el desarrollo sustentable, resulta de difícil confirmación en la práctica, además de constituir un verdadero embreite para los poderes públicos a la hora de actuar y tratar de definir el quantum de protección necesaria para la protección de las actuales y futuras generaciones.

Parece posible sin embargo, la protección de las generaciones futuras a través de la prolongación de la protección efectiva que reciban las presentes como forma de garantizar la supervivencia de la especie en el planeta, sin tener demasiado en consideración las escalas de tiempo de difícil determinación.

El otro tema es saber si el concepto de generaciones futuras responde a un concepto jurídico indeterminado. A primera vista la respuesta es afirmativa, pero por poco que se avanza (sobre todo en relación a los riesgos ambientales derivados ciertas actividades como las biotecnológicas) se visualiza la dificultad de aplicar las reglas inherentes a la determinación de esta categoría de conceptos. La calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una, o se da o no el concepto, como explica Eduardo García de Enterría.⁷ Le cabe pues, una "solución justa" que debe existir cuando se pretende aplicar el concepto.⁸ ¿Cuál será pues el alcance determinado del concepto de generaciones futuras, cuando se trata de protegerlas de este tipo de riesgos? Como afirma Eduardo García de Enterría, debemos servirnos de criterios de valor o experiencia, según la naturaleza del concepto⁹ y ambos, "deben ser objeto de una estimación jurídica según el sentido de la Ley que ha creado el concepto jurídico en cuestión, ley que ha configurado éste con la intención expresa de acotar un supuesto concreto, aunque su precisión reste indeterminada."¹⁰

A nuestro entender, las dificultades se presentan en la búsqueda de la solución justa y en la tarea de acotar al supuesto concreto, que en este caso es el deber de los poderes públicos de proteger el medio ambiente para las generaciones futuras, con relación a los eventuales riesgos biotecnológicos. Es difícil proteger a las generaciones futuras de riesgos con semejante grado de incertidumbre; o bien llegamos a la conclusión que no es posible tal protección, por lo menos a partir de los medios jurídicos con que contamos, o bien concluimos que la protección de las generaciones futuras no es más que una proyección del nivel de las actuales.

Otro aspecto es que particularmente la preocupación por los riesgos ambientales de las agrobiotecnologías, se entremezcla con la discusión ética sobre los procedimientos utilizados en dichas investigaciones tecnológicas y sus utilidades y que muchas veces envuelven técnicas no aceptadas socialmente.

Las implicancias éticas de las nuevas tecnologías, en la producción de alimentos y bienes agrícolas, nos parece que obedecen, al menos a tres amplios grupos de razones que podemos simplificar en: a) aquéllas

5 REAL FERRER, Gabriel. El principio de solidaridad en la Declaración de Río, *Droit de l' Environnement et Développement durable*, PULIM, Presses Universitaires de Limoges, pp.77-84, 1994.

6 Sobre este tema véase, REAL FERRER, Gabriel. El principio de solidaridad en la Declaración de Río. *Droit de l' Environnement et Développement Durable*, Limoges, Pulim, 1994, pp.77-84. También del autor, La solidaridad en el Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, n.16, pp.123-179, mayo-agosto, 2003.

7 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1983, p. 35.

8 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*, p. 35.

9 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*, p. 36.

10 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*, p. 35.

vinculadas a la producción de eventos transgénicos, y entonces lo que es objeto de críticas y dudas éticas recae sobre la técnica utilizada, y más descriptivamente sobre la manipulación propiamente dicha de un organismo vivo y de su información genética, cosa que es posible a nivel humano; b) en segundo lugar existe un foco de permanente discusión dentro de los límites de la ética, que se sitúa en la producción de alimentos modificados genéticamente para la ingesta humana, aspectos que más que nada se vinculan con la seguridad alimentaria, por aquello que al propio concepto de seguridad alimentaria le concierne garantizar la libre elección de alimentos y c) la tercera razón se centra en la definición de la propiedad o del hallazgo o innovación.

En este contexto cabe destacar la importancia de los Comités de Expertos en Bioética y sus opiniones, como el Informe del Cuadro de Expertos Eminentes sobre la ética en la alimentación y la biotecnología¹¹ o bien los comités y líneas éticas incorporados a las normas de regulación del riesgo biotecnológico, como es el caso de la Directiva 2001/18/CE, del Parlamento y del Consejo¹², que menciona la importancia del “respeto de los principios éticos reconocidos en un Estado miembro”, así como el hecho que “los Estados miembros pueden tener en cuenta aspectos éticos cuando se liberen intencionalmente o se comercialicen organismos modificados genéticamente como productos o componentes de productos.” Estas medidas se complementan entre otras, con las tareas del Grupo Europeo sobre Ética en Ciencias y nuevas Tecnologías, y la importancia de las opiniones del Grupo para la preparación e implementación de la legislación y políticas de la Comunidad.

Otro núcleo complejo de dificultades son las que surgen de las relaciones del innovador y o de quienes detentan conocimientos previos sobre las especies genéticamente manipuladas. Estas dificultades se centran en cuestiones tan básicas y lógicas como los reclamos y el reconocimiento a los derechos que poblaciones y comunidades locales tienen sobre las innovaciones biotecnológicas, y las ganancias de los detentores de patentes de invención, por cuanto la base de la invención no es otra que el material genético retirado de territorios comunitarios, en ocasiones ilegítimamente (piratería). Esta materia que contiene componentes éticos, se ha instalado en los últimos años como cuestión prioritaria de las discusiones jurídicas internacionales, bajo la denominación genérica de, “acceso a los beneficios”, comprendiendo todas las pérdidas o privaciones que representan las patentes de invención cuya base fue tomada de un conocimiento previo “no científico” y ancestral sobre ciertas especies. El último instrumento jurídico internacional y vinculante que sienta bases jurídicas es el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se derivan de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica, firmado el 20.10.2010 en Nagoya, y complementario del Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología.

De lo que hasta aquí hemos expuesto, surge la necesidad de elaborar soluciones jurídicas teniendo como punto de partida la alineación de los conceptos de ética, justicia social, derechos humanos, y desarrollo sustentable. Estos conceptos de impacto futuro, Klaus Bosselmann los reúne bajo la afirmación, que las ideas derivadas de la eco-justicia son visibles en el desarrollo reciente del Derecho ambiental y probablemente informará el Derecho sustentable.¹³

En otros términos pero también complementarios a la relación de la ética y los derechos humanos, se entremezclan cuestionamientos sobre si los talentos integran la personalidad moral, de acuerdo a una concepción normativa de la persona y subyacente al discurso moral, como se cuestiona Carlos Santiago Nino¹⁴. Esta interrogante por ejemplo, tiene virtualidad si se concibe que el conocimiento “no científico” de las comunidades locales y poblaciones indígenas, sobre especies vegetales y animales, proviene del talento originario y transmitido, al que hasta hace muy poco tiempo no le asistía ninguna protección jurídica y menos aún el derecho (inherente) de transmitirlo por su titular.

Surge la pregunta de si, ¿tiene esto que ver con el respeto a la dignidad de la persona humana? O más bien, ¿la valoración de los conocimientos ancestrales viene a dignificar valores culturales con notorio retraso de inclusión social? ¿La inclusión o exclusión de la dignidad humana como derecho y principio guarda relación con la justicia social y el desarrollo sustentable? En definitiva los avances biotecnológicos ¿deben ser únicamente ponderados a la luz de criterios técnicos y científicos, o de algo más...? Son algunas de las múltiples cuestiones que se revelan vinculadas al concepto de desarrollo sustentable y a la aplicación del principio de sustentabilidad en la materia, y en particular como consecuencia del entramado de aspectos

11 El informe puede verse en: www.fao.org/DOCREP/003/X9600s/X9600s00.HTM

12 Directiva 2001/18/CE del Parlamento y del Consejo de 12 de marzo de 2001, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente y por la que se deroga la Directiva 90/220/CEE del Consejo. Esta previsión está contenida en el Considerando 9. (DO L 106, de 17.04.2001)

13 BOSSELMANN, Klaus. **The principle of sustainability: transforming law and governance**, Burlington, Ashgate Publishing Co., 2008, p.81.

14 NINO Carlos Santiago, **Ética y Derechos humanos**, Buenos Aires, Astrea, 2007, p.175. El autor revé la Teoría de la Justicia, de John RAWLS.

diferentes generados a partir de las actividades biotecnológicas, y que convocan a otras disciplinas además del Derecho para la obtención de respuestas.

Por lo pronto la disciplina de la filosofía de la tecnología, asumirá buena parte de esta variada problemática que como señala Alberto Cupani, “aunque antigua como tema de reflexión de algunos pensadores aislados, es reciente como disciplina académica”¹⁵, y sin embargo su avance resultaría un apoyo esencial para la elaboración de principios y reglas jurídicas; en virtud de que el substratum de la regulación jurídica de las nuevas tecnologías, contiene aspectos filosóficos y morales vinculados a la discusión sobre la aceptación social de nuevos riesgos tecnológicos y los beneficios de estas tecnologías en la ansiada sociedad sustentable o yendo aún más lejos, siendo que involucra la “reflexión de la modernidad y sus límites”¹⁶, abarcando de esta forma algo más que fundamentos filosóficos en virtud de la caracterización sociológica, de la relación complementaria existente entre la moral y el derecho concebida por Jürgen Habermas.¹⁷

2. LA SOLIDARIDAD Y LA COOPERACIÓN COMO FUERZAS ARTICULADORAS DE LA SOSTENIBILIDAD

La vinculación de conceptos de naturaleza disímil en el planteamiento de la sustentabilidad de las biotecnologías modernas antes mencionados, nos hace coincidir con Klaus Bosselmann acerca del imperativo de rescatar la ética ambiental y la justicia ecológica junto a la sustentabilidad (ecológica), así como la necesidad de reconocer la importancia ética y legal de la integridad ecológica.¹⁸ Como el autor recuerda, el propio Informe Brundtland presentado en la Conferencia de Río de 1992 contiene elementos éticos esenciales a la idea del desarrollo sustentable: el primero alusivo “a los pobres”, que concierne a la justicia o equidad intrageneracional, y el segundo referente “al futuro” que apunta a la justicia y equidad intergeneracional.¹⁹

Sin embargo a nuestro juicio, el fundamento de la discusión debe ir más allá de la ética ambiental y su relación con la justicia ecológica, y centrarse en la fuerza que subyace que no es otra que la solidaridad humana y social, a partir de la cual es posible reconstruir un modelo de sustentabilidad teniendo a dicha solidaridad como una de las fuerzas articuladora de los tres elementos que Bosselman menciona: la ética ambiental, la justicia ecológica y la sustentabilidad ecológica.

La solidaridad para el Derecho ambiental, aparece en la Declaración de la Conferencia de Río 1992 en el Principio 7 que señala que los Estados, “deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra”, consagrando además la responsabilidad común pero diferenciada en virtud de la contribución de las naciones a la degradación ambiental. Ello concluye -como expresa la Declaración- que los países desarrollados reconocen sus responsabilidades hacia la búsqueda del desarrollo sostenible, teniendo en cuenta además de las presiones sociales sobre el medio ambiente mundial, las ventajas tecnológicas y los recursos financieros de que disponen.

Pero se requiere algo más a nuestro criterio, otra fuerza articuladora además de la solidaridad mundial, teniendo en cuenta que esta pierde sentido fuera de la acción política, por ello apelamos a un segundo principio con el cual la solidaridad que es el de cooperación, y en particular la cooperación internacional, como conjunto organizado de esfuerzos de las naciones que surge luego de la segunda guerra mundial y entre otros propósitos tiene, el de resolver los problemas de la post-guerra; los que sobrevienen paralelamente al derecho al desarrollo de las naciones más castigadas, como explica Marcelo Dias Varella.²⁰ Este nuevo derecho al desarrollo, se sustentó en los principios de no reciprocidad, desigualdad compensadora, y de creación de un sistema general de preferencias, que permitiese a los países del sur competir en los mercados de los países del norte; principios que además están directamente ligados a las doctrinas socialistas y desaparecerán a partir de la pérdida de credibilidad en dicho sistema político y ascensión del neoliberalismo.²¹

La solidaridad mundial y la cooperación internacional se relacionan con la prevención y la ordenación del riesgo agro-biotecnológico y una prueba de ello es la necesidad de “Creación de capacidades en materia de seguridad de la biotecnología”; que se derivó una vez aprobado el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad

15 CUPANI, Alberto. *Filosofia da Tecnologia: Um convite*, Editora UFSC, Florianópolis, 2011, p. 9.

16 VOLPATO DUTRA, Delamar José. *Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*, Florianópolis, Editora UFSC, 2005, p.247.

17 VOLPATO DUTRA, Delamar José. *Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*, p.214.

18 BOSSELMANN, Klaus. *The principle of sustainability: transforming law and governance*, p.97.

19 BOSSELMANN, Klaus. *The principle of sustainability: transforming law and governance*, p.97.

20 DIAS VARELLA, Marcelo. *Direito Internacional Econômico Ambiental*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p.52.

21 DIAS VARELLA, Marcelo. *Direito Internacional Econômico Ambiental*, p.52.

de la Biotecnología, de su Artículo 22 (Creación de Capacidad), que menciona la cooperación de las partes en el desarrollo y fortalecimiento tanto de recursos humanos como de las capacidades institucionales abarcando la seguridad de la biotecnología. El antecedente de estas orientaciones y su relación con el desarrollo sostenible, puede encontrarse en el Principio 9 de la Declaración de Río, que insta a los Estados a cooperar “para reforzar la creación de capacidades endógenas para lograr un desarrollo sostenible (...)”, para lo cual es necesario el aumento de conocimientos científicos y tecnológicos.

Cabe recurrir a la posición de Gabriel Real Ferrer acerca de la relación del concepto de desarrollo sostenible (Principio 3, Declaración de Río) junto a las exigencias de cooperación de la Declaración, que tienen su referente en la solidaridad colectiva como el autor dice, entre las que menciona la erradicación de la pobreza (Principio 9) y el establecimiento de un adecuado sistema económico internacional (Principio 12), entre otras alusiones.²² A su vez la solidaridad (mundial) descansa en la cooperación (internacional), y en la responsabilidad (común pero diferenciada), sobre lo que cabe reiterar la responsabilidad de los países desarrollados en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, entre otras razones por las tecnologías y capacidades que estos países detentan.

Es específicamente en el marco de la cooperación para la creación de capacidades prevista en el Protocolo de Cartagena, considerando el alto costo de las tecnologías y la adquisición de conocimientos, que se desplaza, gran parte de la “política transnacional” hacia la “sociedad transnacional”²³; entendiéndose por sociedad transnacional, según la definición de Manuel García Pelayo, las relaciones protagonizadas por actores no gubernamentales y que excluyen la intervención del Estado.²⁴

El concepto de solidaridad mundial de la Declaración de Río, como fuerza articuladora de la sostenibilidad junto a la cooperación se relaciona con estos conceptos de política transnacional y sociedad transnacional de múltiples formas. Aquí nos interesa destacar siguiendo a Germán Bidart Campos, la importancia de la presencia de los derechos humanos y su relación con el “afuera”, pero más que nada el vínculo que se establece a partir del uso de las biotecnologías modernos y sus riesgos, y aspectos de bioética y bioderecho que han sido antes mencionados, pues no cabe duda que existen, “los tráficos de ideas y patrones culturales y de acciones políticas en cuyo campo entra todo lo referente a la concepción común o general sobre los derechos humanos, a su defensa, a su promoción, a la difusión de su ideario”.²⁵ A lo que Bidart Campos agrega, que ante la apertura de las sociedades y la intensa interacción transnacional, y más allá del control interno que los Estados puedan tener de los derechos humanos, al Estado le resulta difícil cerrarse a los insumos transnacionales vinculados no sólo con los aspectos beneficiosos cuanto malignos.²⁶

Por ello nos parece que nuevamente es útil la teoría de la solidaridad que Gabriel Real Ferrer construye y como punto de partida como el jurista menciona, la existencia de varios tipos de solidaridad, entre las cuales interesa la que califica de “egoísta”, que es en opinión del autor, la que lleva a actuar a favor del grupo de pertenencia, lo que permitirá una mejora personal además de grupal. El autor incluye como opuesto a este tipo de solidaridad, la “altruista” de la que no se espera ni beneficio directo ni indirecto.²⁷

Otra cuestión compleja que contribuye a la sustentabilidad del modelo social es la relación que se establece entre los conceptos de solidaridad y ciudadanía. La Unión Europea, para el logro de los objetivos comunitarios, ha adoptado una serie de medidas que son instrumentadas por los Estados miembros, y que tienden a incorporar el esfuerzo de la ciudadanía al desarrollo de ciertos fines que no han dejado de ser tales para los Estados, pero que su logro –vinculado al bien común– requieren de la solidaridad y la participación social.

El Tratado de la Unión Europea (TUE), incorporó el instituto del voluntariado entendiéndose por tal, las actividades que contribuyen al desarrollo de la solidaridad social; y la Declaración N° 38 prevé la estimulación por parte de la Comunidad de las organizaciones de voluntariado, con especial énfasis en el intercambio de

22 REAL FERRER, Gabriel. “El principio de solidaridad en la Declaración de Río, p.77-84.

23 BIDART CAMPOS, Germán. **Teoría General de los Derechos Humanos**, Buenos Aires, Astrea 2006, p. 426. El autor refiere a la posición del autor GARCÍA PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**, Madrid, Alianza, 1977, p. 145-146.

24 BIDART CAMPOS, Germán. **Teoría General de los Derechos Humanos**, p.426.

25 BIDART CAMPOS, Germán. **Teoría General de los Derechos Humanos**, p. 425.

26 BIDART CAMPOS, Germán. **Teoría General de los Derechos Humanos**, p. 425.

27 REAL FERRER, Gabriel. La solidaridad en el Derecho Administrativo, **Revista de Administración Pública**, p.123-179. El estudio además de las contribuciones en a dilucidar dificultades clásicas de Derecho administrativo interesa, por el análisis de la noción de solidaridad que realiza y el aporte que supone a la Teoría del Estado y al actuar de la Administración pública.

información y experiencia, así como en la participación de jóvenes y adultos en dichas actividades.²⁸ Cabe mencionar también, la Declaración relativa a la Cooperación con las Asociaciones de solidaridad²⁹.

3. EL IMPERATIVO DE LA SUSTENIBILIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

La sustentabilidad, como objetivo y principio se encuentra en el actual Artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), que establece el propósito de la Unión de establecer un mercado interior que funcionará en pro del desarrollo sostenible europeo y tendrá por base el crecimiento económico equilibrado, la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado de alta competencia en que se priorizan el pleno empleo, el progreso social y el nivel elevado de protección y la mejora de la calidad del medio ambiente.

Pero para que este designio se cumpla el TUE además prevé la promoción del progreso científico y técnico y la contribución de la Unión para con el desarrollo sostenible a escala planetaria (Artículo 3.5.)

El antecedente de estas normas se remonta a la Comunidad Económica Europea en la Declaración del Consejo de Europa de 1985, y con posterioridad en el Cuarto Programa de Acción de 1987-1992, y el Acta Única (Artículo 130.1), donde aparecen referencias sobre la conservación del ambiente, y la garantía con uso racional y prudente de recursos naturales.³⁰

La sustentabilidad vinculada a la protección del medio ambiente, además está especialmente contenida en el Artículo 11 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que ordena integrar las exigencias de la protección del medio ambiente en la definición y en las políticas y acciones comunitarias, con el objeto de fomentar un desarrollo sostenible.

Pero no será hasta el Quinto Programa comunitario de actuación en materia de medio ambiente: hacia un desarrollo sostenible (1992-2000), en el que se planteará la cuestión de la sustentabilidad como eje para el manejo del medio ambiente, coherente con los tiempos internacionales, de preparación de la Cumbre de Johannesburgo para el año 2001. El Quinto Programa se caracterizó por un contenido ambicioso, teniendo como objetivo la transformación del modelo de crecimiento de la Comunidad y fomentando el desarrollo sostenible. Entre los principios se estableció la necesidad de contar con un enfoque global y constructivo, dirigido a agentes como actividades que afectaran el medio ambiente y usaran de recursos naturales. Además se consideró necesaria el compromiso de todos los interesados incluidos consumidores, empresas y autoridades públicas, respondiendo a un modelo actual (tripolar) de gestión ambiental.

El Programa procura favorecer cambios de comportamiento del mercado a través de nuevos instrumentos ambientales y para ello debe contar con la "voluntad de invertir tendencias y prácticas", lo que lleva a pensar en la necesidad de implementación del mismo, a través del uso de técnicas e instrumentos jurídicos de mercado, interpretadas en un esquema de promoción y fomento de conductas ambientales sostenibles a modo de reorientación de las fuerzas de producción y consumo, y especialmente sobre la forma de explotación de los recursos no renovables. Esta redirección de fuerzas se encuadra en el proceso de cambio económico y social, que además de estar motivado por la crisis ecológica que induce al cambio ambiental en sentido reactivo y adaptativo está conduciendo a la civilización a un nuevo modelo de sociedad y desarrollo humano³¹, aspecto presente en la Decisión 2179/98/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de septiembre de 1998 relativa a la revisión del Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible «Hacia un desarrollo sostenible»³², que en el Artículo 8º, refiere a la innovación del sector industrial en relación con el desarrollo sostenible, orientados hacia pautas sostenibles de producción y consumo.

El reparto de responsabilidades está contenido como principio del Quinto Programa, y la agricultura se encuentra mencionada entre otros sectores como actividad responsable del deterioro del medio ambiente, causado por el aumento de cultivos intensivos, la utilización de abonos y acumulación de excedentes, señalando como medida indispensable la reforma de la política agrícola común y de desarrollo forestal tomando en cuenta las exigencias ambientales; si bien puede decirse que no se encuentran incluidos los impactos negativos posibles derivados de biotecnologías nuevas utilizadas en la producción agrícola.

28 Declaración N° 38 anexa al TUE, por el Tratado de Ámsterdam.

29 Declaración anexa al TUE, adoptado en Maastricht. La declaración rescata la importancia de la colaboración para el cumplimiento de los objetivos del Art. 136 del Tratado de la Comunidad Europea sobre el fomento del empleo y mejora de las condiciones. (Actualmente, Art. 151 Tratado de funcionamiento de la Unión Europea).

30 MARTIN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*, p. 95.

31 JIMÉNEZ HERRERO, Luis M. *Desarrollo sostenible. Transición hacia la coevolución global*, Madrid, Pirámide, 2003, p.38.

32 DO L 275 de 10.10.1998.

Ya entre las prioridades básicas, de la Decisión 2179/98/CE para la integración de los aspectos del medio ambiente en otras políticas, el Artículo 2 vinculado a la agricultura, menciona prioridades que pueden resumirse en “la integración de las políticas comerciales, de desarrollo rural, y de medio ambiente con la finalidad de garantizar una agricultura sostenible”, reiterando la necesidad de integrar el factor ambiental a la política agraria y “la adopción de medidas adecuadas a fin de garantizar que se consigan objetivos medioambientales específicos con arreglo al proceso de reforma de la política agrícola común”. Además de ello, todas las medidas deben ser seguidas de adecuado control, información y evaluación y de informes periódicos que revelen las presiones de las prácticas agrícolas al ambiente y a la diversidad biológica, por lo que deben entenderse comprendidas las modalidades de producción con uso de nuevas biotecnologías.

También se prevé la continuación en el desarrollo de una estrategia integrada destinada a reducir los riesgos para la salud y el medio ambiente derivados de uso de productos fitosanitarios y plaguicidas y la sustitución de los productos fitosanitarios y plaguicidas más peligrosos, y en tal sentido entendemos no debe descartarse su sustitución por productos biotecnológicos.

En relación al cumplimiento de sus objetivos, el Quinto Programa previó, la legislación, los instrumentos económicos a modo de incentivos para productores y consumidores y otros instrumentos horizontales entre los que especialmente interesa mencionar los tendientes a la promoción de la investigación científica y el desarrollo tecnológico así como la formación profesional. Estos instrumentos van a verse ampliados en la Decisión 2179/98/CE (Artículos 3 y 3.2)

Los instrumentos horizontales deberán estar presentes en el examen de las políticas, planes y programas y sus efectos en el medio ambiente; el fomento de la normalización en cuestiones ambientales, la evaluación de la compatibilidad de las actuales políticas e instrumentos con los requisitos del desarrollo sostenible.

Con relación a la aplicación y cumplimiento de la legislación también la Decisión 2179/98/CE, hace ciertas precisiones que interesan, en tanto son objetivos prioritarios de la Comunidad; por ello se establece, la mejora del marco legal de la política del medioambiente mediante enfoques coherentes, globales e integrados en sectores específicos.

En conclusión, cabe afirmar que el Quinto Programa se adelantó a las necesidades sustentables de los sectores de la producción y el consumo, y a la construcción del modelo productivo con la totalidad de actores y la conformación de medidas tendiente a ello a través de instrumentos de promoción y fomento.

Ya en el Sexto Programa de Acción de la Comunidad Europea en materia de Medio Ambiente (Medio Ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos)³³, la prioridad está en la superación del enfoque estrictamente legislativo y la opción de sustituir este enfoque por otro estratégico, mecanismo que viene asociado al aspecto dinámico de la sostenibilidad ya sea en cuanto aparece referenciado, como norma jurídica, o bien como estrategia con contenidos a seguir³⁴. Una y otra modalidad se complementan, sin que haya que pensar en relegar la sostenibilidad como norma, y por tanto como principio³⁵, por el contrario la técnica de la sustitución habla de la necesidad de operatividad de la sostenibilidad, de forma de concretar el mandato jurídico de sostenibilidad, a que refiere Erick Rebhinder.³⁶

Como ejemplo de la operatividad del principio de sostenibilidad –y tratándose de una de las siete estrategias del Sexto Programa- cabe citar la Comunicación de la Comisión de 21 de diciembre de 2005, Estrategia temática sobre el uso sostenible de los recursos naturales³⁷, que determina el marco de actuación para los próximos veinticinco años de la comunidad con respecto a la gestión sostenible de los recursos naturales, medida que además de subrayar las pautas insustentables de uso de dichos recursos, coloca una vez más la irresolución inicial del progreso del consumo, con la conservación de dichos recursos.

Es importante el concepto “ciclo de vida” para la adecuada gestión de los recursos naturales, desde que se toma el recurso y hasta la eliminación de desechos. La ventaja estará en incorporar las políticas que no aparecen directamente vinculadas al medio ambiente, pero que usando recursos naturales deberán considerar las pautas de esta estrategia. Este aspecto se complementa con los conceptos de la “mayor eficacia ecológica” y la “transición hacia modos de producción sostenible”.

En particular como antecedentes de la agricultura sostenible, y por tanto asociada al correcto y eficiente uso de las nuevas biotecnologías existen notorios aportes de la Comisión a través de la Comunicación, “Hacia

33 COM/2001/0031 final - COD 2001/0029. (DO C 154 E, de 29.05.2001.)

34 JIMÉNEZ HERRERO, Luis M. *Desarrollo sostenible. Transición hacia la coevolución global* p. 99.

35 BOSSELMAN, Klaus. *The principle of sustainability: transforming law and governance*, p.40.

36 REBHINDER, Erick. El debate sobre la transposición del imperativo de sostenibilidad en el Derecho Ambiental y de la planificación, (traducido por VALENCIA MARTIN, Germán), *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Navarra, Aranzadi, n.1, pp. 23-28, 2003.

37 COM (2005) 670. No publicada.

una agricultura sostenible³⁸, en cuanto integra a través de un enfoque estratégico, la cuestión ambiental a la actividad agrícola. Las máximas preocupaciones ambientales recaen sobre la contaminación del agua y del suelo y la destrucción de los ecosistemas. La sostenibilidad a partir de esta medida se apoya en incentivos mediante remuneraciones a los productores que presten servicios ambientales en caso de protección del ambiente y del paisaje, lo que no significa premiar por el cumplimiento de las buenas prácticas agrícolas (BPA), a pesar que resulta una base para acceder a dichas remuneraciones, pues el productor deberá encontrarse ya cumpliendo dichas prácticas.

En el marco de dicha Comunicación, los Estados podrán supeditar los pagos directos al cumplimiento de medidas ambientales, sumado a la reducción de las ayudas por cantidad producida lo que evitará la sobreexplotación y agotamiento de recursos y contaminación como en el caso de la ganadería. Por último los Estados pueden declarar un 10% de las tierras, zonas enfrentadas a dificultades específicas, recibiendo apoyos para la realización de actividades agrarias y para la mejora de las condiciones ambientales.³⁹

4. CONSERVACIÓN DE LA BIODIVERSIDAD Y PRODUCCIÓN AGRÍCOLA SUSTENTABLE.

A lo anteriormente expuesto debe agregarse que la sostenibilidad está asociada a las formas de uso y a la conservación de un sistema productivo o un patrimonio natural, si bien es en las ciencias naturales donde se encuentran los primeros aportes, para la evaluación de la conservación y degradación de los recursos naturales⁴⁰, el Derecho –aquí en particular el comunitario– se ha ocupado de la materia, a través de la Comunicación de la Comisión sobre Plan de acción sobre biodiversidad para la conservación de los recursos naturales (volumen II)⁴¹, cuyos objetivos son, la conservación de la fauna y la flora y la detención de la pérdida de biodiversidad en relación con la gestión de los recursos hídricos, el suelo, los bosques y los humedales. Así mismo se plantea como objetivo regional detener la pérdida de biodiversidad en todo el territorio, y a escala global la preservación de la diversidad ecológica.

Ya el Plan de acción sobre biodiversidad para la conservación de los recursos naturales (volumen III), referente a la agricultura y la biodiversidad establece entre las prioridades: mantener las prácticas de agricultura intensiva en niveles no perjudiciales para la biodiversidad, entre otras acciones, mediante la gestión sostenible de los recursos y producción extensiva; una actividad agrícola económicamente viable, socialmente aceptable, y respetuosa con la biodiversidad; la aplicación de medidas agroambientales para la explotación sostenible de la biodiversidad, y la garantía de infraestructura ecológica necesaria.

Resultan importantes los apoyos a través de, “medidas para mantener las razas y variedades locales, y la diversidad de variedades locales utilizadas en la agricultura”, tanto como evitar la expansión de especies no autóctonas, para lo cual se requiere de la existencia y mejora de bancos de germoplasma, para la conservación de la diversidad genética. El germoplasma vegetal “es todo tejido vivo constituido por células germinales portadoras de caracteres hereditarios a partir de la cual se puede obtener un nuevo individuo”⁴²; este material hereditario es imprescindible para la obtención de nuevas especies. Sin embargo y en ciertos casos -afirma

38 COM (1999) 22 final. DO C 173 de 19.06.1999.

39 Existen otras medidas coincidentes con las ya mencionadas que transmiten la preocupación de la incorporación de la cuestión ambiental en el resto de las políticas europeas; entre otras: COM (2006) 508 final, de 15.09.2006 (no publicada en el DO), Comunicación de la Comisión sobre Establecimiento de indicadores agroambientales para el seguimiento de las consideraciones medioambientales de la política agrícola común; Decisión del Consejo, 2006/144/CE, de 20.02.2006, sobre Directrices estratégicas comunitarias de desarrollo rural (período de programación 2007-2013). (DO L 55 de 25.02.2006); COM (2001/144) no publicada en DO, Comunicación de la Comisión de 20.03.2001, sobre Información estadística necesaria para los indicadores de seguimiento de las consideraciones medioambientales en la política agrícola común.; COM (2001/264) no publicada en el DO, Comunicación de la Comisión de 15.05.2001, sobre Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible (Propuesta de la Comisión ante el Consejo Europeo de Gotemburgo); COM (2005/658 final) de 13.12.2005, Comunicación de la Comisión relativa a la revisión de la estrategia para un desarrollo sostenible Plataforma de acción; COM (2002/82 final), no publicada en el DO, Comunicación de la Comisión, Hacia una asociación mundial para un desarrollo sostenible; Declaración conjunta del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo del Parlamento europeo y de la Comisión sobre la política de desarrollo de la Unión europea, titulada El consenso europeo sobre desarrollo. (DO C 46 DE 20.02.2006.)

40 JIMÉNEZ HERRERO Luis M. *Desarrollo sostenible. Transición hacia la coevolución global*, p. 102.

41 COM (2001/162 final) No publicada.

42 PENGUE, Walter A. *Cultivos transgénicos ¿Hacia dónde vamos?*, Buenos Aires, Lugar Editorial -Unesco, 2000, pp. 117-118.

Walter Pengue- que la ingeniería genética en base a las promesas tecnológicas está recibiendo mayores apoyos en detrimento de los tradicionales bancos de genes, lo cual parecería una contradicción en virtud de la necesaria conservación de la biodiversidad y el modelo de agricultura sostenible, que hace visible la centralidad de estos bancos. En tal sentido, el autor advierte sobre que la promoción financiera se incrementa cuando se trata de producción biotecnológica, mientras que los bancos de germoplasma “aparecen como una estructura debilitada del sistema, cuyo desmantelamiento o escasa operatividad tendría consecuencias irreparables en el siglo que viene.”

El Reglamento (CE) n° 870/2004 de 24 de abril, del Consejo por el que se establece un programa comunitario relativo a la conservación, caracterización, recolección y utilización de los recursos genéticos del sector agrario (...)⁴³, regula estos aspectos. El programa cuya dotación es de diez millones de euros, recae sobre recursos fitogenéticos, microbianos y animales, “que son o podrían ser útiles para la agricultura”. Las acciones (de tres tipos) a ser cofinanciadas hasta un coste total del 50% deben recaer sobre: a) la conservación, caracterización, recolección y utilización de los recursos genéticos del sector agrarios, in situ y ex situ; b) la elaboración en la Web de un inventario europea descentralizado, permanente y ampliamente accesible que incluya los recursos genéticos conservados actualmente in situ así como su explotación; c) la promoción de intercambios de información entre los Estados miembros en forma regular.

Además bajo la forma de acciones concertadas y medidas de acompañamiento recibirán un total de hasta un 80% del coste total; las primeras medidas atienden acciones transnacionales relativas al intercambio de información, ya en cuanto a las medidas de acompañamiento, la financiación recaerá sobre acciones informativas y formativas, divulgativas y consultivas.

En el ámbito internacional vinculado a la conservación de la diversidad biológica no puede dejar de mencionarse el Preámbulo del Convenio de Diversidad Biológica (CDB), que rescata como exigencia fundamental para “la conservación de la diversidad biológica la conservación in situ de los ecosistemas y hábitats naturales y el mantenimiento y la recuperación de poblaciones viables y especies en sus entornos naturales”; la adopción de medidas ex situ también en el país de origen desempeñan una función importante.

El CDB en el Artículo 1, tiene por objetivos, la conservación de la diversidad biológica, la utilización de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, aspecto que también se vincula a un modelo social y económico sostenible y que oportunamente son abordados con mayor profundidad.

El CDB dedica el Artículo 6 a las “Medidas generales a los efectos de la conservación y la utilización sostenible”, y establece que cada Parte de acuerdo a sus condiciones y capacidades, “elaborará estrategias, planes o programas para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica o adaptará para ese fin las estrategias, planes o programas existentes...”; “además integrará en la medida de lo posible y según proceda la utilización sostenible de la diversidad biológica en planes, programas y políticas...”. Sobre la conservación in situ (Artículo 8) entre otras cosas, ordena la reglamentación y administración de, “los recursos biológicos importantes para la conservación de la diversidad biológica...para garantizar su conservación y utilización sostenible” (Literal c); sin perjuicio que la Parte, “Establecerá o mantendrá medios para regular, administrar o controlar los riesgos derivados de la utilización y la liberación de organismos vivos modificados (OVMS) como resultado de la biotecnología que es probable tengan repercusiones ambientales adversas que puedan afectar a la conservación y a la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana” (Literal g).

La base de todas estas medidas comunitarias para la sostenibilidad en la UE, asociada a la producción agrícola y el uso de las biotecnologías, surge del Artículo 179 TFUE (Título XIX), que establece –entre otros– como objetivo de la Comunidad, el fomento de las acciones de investigación consideradas necesarias en virtud de los demás capítulos del Tratado y entre los que debe incluirse a estos efectos los Títulos III (Agricultura y Pesca); XV (Protección de los consumidores); XII (Industria), y XIX (Medio ambiente).

La investigación al servicio de las demás políticas comunitarias, resulta imprescindible ante la crisis ambiental para concretar en general un modelo social sustentable que incluya el de agricultura sustentable. El Séptimo Programa Marco (2007-2013): Construir la Europa del conocimiento⁴⁴, establece cuatro programas

43 DO L 117, 04.05.2005. Esta medida deroga el Reglamento n° 1467/94 (DO L 162 de 30.04.2004).

44 Decisión 2006/1982/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativa al Séptimo Programa Marco de la Comunidad Europea para acciones de investigación, desarrollo tecnológico y demostración (2007 a 2013). Los cuatro objetivos mencionados responden a programas. El programa cooperación interesa especialmente aquí pues busca la promoción de la cooperación entre la industria y la investigación en un marco transnacional: el programa ideas, pretende reforzar la investigación europea con el descubrimiento de nuevos conocimientos: el programa personas, a través del incremento de recursos financieros busca captar jóvenes investigadores y mejorar las perspectivas de las

específicos: cooperación, ideas, personas y capacidades, de acuerdo a los objetivos principales; el Séptimo Programa Marco "Cooperación"⁴⁵ y, busca la cooperación entre centros tecnológicos, universidades, empresas y poderes públicos.

Se relacionan nueve temas según su importancia para el conocimiento y la tecnología, de particular interés resultan: a) salud; b) alimentos, agricultura y biotecnología; c) nanociencias, nanotecnologías, materiales y nuevas tecnologías de producción y d) medio ambiente y cambio climático, con lo cual se rescata nuevamente la importancia de la cooperación internacional que constituye a nuestro juicio parte ineludible del soporte de la sostenibilidad, junto al desarrollo tecnológico.

En tal sentido, expresamente el Séptimo Programa Marco "Cooperación", tiene entre sus objetivos, "contribuir al desarrollo sostenible en un contexto de promoción de la investigación que permita alcanzar el nivel de excelencia más elevado". En el marco del uso de las biotecnologías ese nivel de excelencia debe estar relacionado con el aumento del uso de las biotecnologías en la producción agrícola y otros usos, a lo que se suma el concepto de "bioeconomía europea basada en el conocimiento", coincidente con el concepto de la OCDE y la construcción de una política bioeconómica al 2030⁴⁶, conjugando desarrollo sostenible, con economía y biotecnologías aplicadas a la producción agrícola y coherente con el Literal c) del Artículo 39 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, en cuanto ordena tomar en consideración en la elaboración de la política agrícola común, "el hecho de que en los Estados miembros, la agricultura constituye un sector estrechamente vinculado al conjunto de la economía".

CONSIDERACIONES FINALES

El desarrollo sustentable continúa siendo una aspiración de absoluta prioridad planetaria. En buena medida la normativa comunitaria es útil como antecedente para la conformación de un Derecho global de bioseguridad que contemple todos los intereses y plantee resoluciones trasnacionales justas para las naciones.

Existen para la conformación de un modelo de desarrollo sustentable en general y en particular de agricultura sustentable, múltiples procedimientos de articulación de soluciones; sin embargo se requiere de medidas provenientes de la acción política, en la que convergen el interés general de protección del medio ambiente, progreso y mejora en la calidad de vida de los ciudadanos; sin perjuicio de aquellos intereses particulares o privados de mercado.

La bioseguridad está estrechamente vinculada al desarrollo sustentable junto a la protección ambiental y tratándose del ordenamiento jurídico comunitario, existe una clara orientación hacia la armonización de intereses comerciales de productores y consumidores de productos biotecnológicos, con las necesidades de cumplir con el objetivo de una elevada protección ambiental comunitaria y global.

Para ello la tendencia jurídica en materia de bioseguridad apunta a la conformación de un sistema normativo trasnacional que regula o sienta bases para los ordenamientos jurídicos internos, hacia la resolución de los principales problemas ambientales, comerciales, éticos y de consumo. Dichos sistemas se basan en que las biotecnologías son capaces de contribuir con un modelo social sustentable, y para ello deben orientarse a la correcta gestión de los riesgos biotecnológicos

Por ello desde el comienzo de las preocupaciones internacionales en materia de bioseguridad y teniendo como principal referente el Convenio de Diversidad Biológica de la Conferencia de Río 1992, pasando por el Protocolo de Cartagena en tanto instrumento de implementación de aquél, y el reciente Protocolo de Nagoya, se advierte la urgente necesidad de armonización de los marcos regulatorios y la adopción de medidas comunes globales en materia de bioseguridad, lo que sin duda contribuirá con el desarrollo sostenible global.

Sin embargo para que todo este proceso se confirme positivamente, es necesaria la resolución de algunos temas aún pendientes de fundamento ético, bioético y bio-jurídico, que involucran también a otras disciplinas además del Derecho. Estos temas aún son de difícil resolución y constituyen desafíos para la conformación de un Derecho o sistema jurídico trasnacional de bioseguridad cuyo eje sea la sustentabilidad.

carreras de investigación; y el programa capacidades busca reforzar la competitividad creando polos de investigación en regiones pujantes.

45 Decisión del Consejo de 19 de diciembre de 2006, relativa al Programa específico de Cooperación por el que se ejecuta el Séptimo Programa Marco de la Comunidad Europea de acciones de investigación, desarrollo tecnológico y demostración (2007-2013). (DO L de 30.12.2006)

46 OCDE, *The Bioeconomy to 2030: Designing a policy agenda*, Biotechnology Update, Internal Co-ordination Group for Biotechnology (ICGB), n. 19, 30.04.2008. Disponible en, www.oecd.org. Acceso en, 25.02.2010.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BIDART CAMPOS, Germán. **Teoría General de los Derechos Humanos**, Buenos Aires, Astrea 2006.
- BOSELMANN, Klaus. **The principle of sustainability: transforming law and governance**. Burlington, Ashgate Publishing Co. 2008.
- CUPANI, Alberto. **Filosofia da Tecnologia: Um convite**, Florianópolis, Editora UFSC, 2011.
- DIAS VARELLA, Marcelo. **Direito Internacional Econômico Ambiental**, Belo Horizonte, Del Rey, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder**, Madrid, Civitas, 1983.
- JIMÉNEZ HERRERO, Luis M. **Desarrollo sostenible. Transición hacia la coevolución global**, Madrid, Pirámide, 2003.
- MARTÍN MATEO, Ramón. **Tratado de Derecho Ambiental**, vol. IV, Madrid, Edisofer, 2003.
- NINO Carlos Santiago, **Ética y Derechos humanos**, Buenos Aires, Astrea, 2007.
- PENGUE, Walter A. **Cultivos transgénicos ¿Hacia dónde vamos?**, Buenos Aires, Lugar Editorial Unesco, 2000.
- REAL FERRER, Gabriel. La solidaridad en el Derecho Administrativo. **Revista de Administración Pública**, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.16, mayo-agosto, 2003.
- REAL FERRER, Gabriel. El principio de solidaridad en la Declaración de Río, **Droit de l' Environnement et Développement durable**, Limoges, Pulim, 1994.
- REBHINDER, Erick. El debate sobre la transposición del imperativo de sostenibilidad en el Derecho Ambiental y de la planificación, (traducido por VALENCIA MARTIN, Germán), **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**, Navarra, Aranzadi, n.1, 2003.
- SANCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. Sobre la Constitución normativa y la tecnología, **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Derecho y Nuevas Tecnologías**, Granada, n. 8, 2005.
- VOLPATO DUTRA, Delamar José. **Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia**, Florianópolis, Editora UFSC, 2005.

PROMESAS DE ENAJENACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES: PROBLEMAS PRÁCTICOS PARA SU CESIÓN, A LA LUZ DE LA RESPONSABILIDAD DE ADQUIRENTES DE CASAS DE COMERCIO

ANDRÉS HESSDÖRFER¹

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tendrá como propósito analizar una situación específica vinculada a la responsabilidad solidaria de adquirentes de casas de comercio consagrada en el artículo 22 del Código Tributario². De este modo, el foco reposará en la aplicación de éste régimen a las operaciones de cesión de promesa de enajenación de establecimiento comercial, así como en las problemáticas prácticas derivadas de la multiplicidad de normas que, de alguna manera, tienen incidencia en la materia. En particular, me concentraré en el artículo 69 de la Ley Nro. 18.083³, que interpretó que en sede de cesión de promesa de enajenación de establecimiento comercial, a cedente y cesionario se le aplican las mismas obligaciones que al promitente vendedor y comprador de establecimientos comerciales en algunos aspectos.

Para abordar la temática procuraré, en primer lugar, describir las características generales del negocio de cesión de promesa de enajenación de establecimiento comercial a efectos de delimitar la figura bajo la cual se analizará la responsabilidad solidaria del artículo 22 del Código Tributario. Posteriormente, expondré las notas características del mencionado régimen de responsabilidad solidaria de adquirentes de casas de comercio y sucesores de activo y pasivo de empresa (al cual me referiré de aquí en más como “**responsabilidad de adquirentes**”).

Una vez descriptos los dos institutos en forma independiente, intentaré compatibilizarlos, a los efectos de delimitar en qué circunstancias la responsabilidad de adquirentes puede aplicarse al cesionario de una promesa de enajenación de establecimiento comercial (a efectos de amenizar la lectura, de aquí en más me referiré a éste negocio como “**promesa de enajenación**”).

Finalmente, con apoyo en las nociones previas, analizaré íntegramente el artículo 69 de la Ley Nro. 18.083, lo cual comprende a los sujetos responsables designados, los requisitos para que se verifique su responsabilidad, y las obligaciones contenidas en la norma, planteando algunos problemas prácticos que surgen de la aplicación de esta norma y que podrían obstruir a la normal ejecución de negocios de cesión de promesas de enajenación.

1 Docente de Derecho Financiero I y II de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Trabajo presentado en el marco de las “V Jornadas Tributarias de la Dirección General Impositiva”, celebradas el 28 y 29 de setiembre de 2012.

2 “Artículo 22. (Solidaridad de los sucesores).- Los adquirentes de casas de comercio y demás sucesores en el activo y pasivo de empresas en general, serán solidariamente responsables de las obligaciones tributarias de sus antecesores; esta responsabilidad se limita al valor de los bienes que se reciban, salvo que los sucesores hubieren actuado con dolo. La responsabilidad cesará al año a partir de la fecha en que la oficina recaudadora tuvo conocimiento de la transferencia.”

3 “Artículo 69. Interpretase que el artículo 2º del Decreto-Ley N° 14.433, de 30 de setiembre de 1975, es aplicable también a la cesión de promesa de enajenación de establecimiento comercial, estando sometidos el cedente y el cesionario a las mismas obligaciones que dicho artículo establece para el promitente vendedor y el promitente comprador.

Para todos los casos comprendidos en el referido artículo, si el promitente vendedor o el cedente en su caso, no solicitaren en plazo el certificado a que refiere el inciso segundo de dicha norma, debería hacerlo el escribano interviniente, en un plazo máximo de treinta días contados desde el vencimiento del plazo antedicho.

En caso de incumplimiento, la responsabilidad solidaria del escribano interviniente será:

A) En la promesa de enajenación de establecimiento comercial: por las obligaciones tributarias del promitente enajenante.

B) En la cesión de promesa de enajenación de establecimiento comercial:

1) Si el cedente hubiera tomado posesión del establecimiento comercial: por las obligaciones tributarias del cedente.

2) Si el cedente no había tomado posesión del establecimiento comercial por las obligaciones tributarias del promitente enajenante.

En las situaciones previstas en los literales A) y B) precedentes, la responsabilidad solidaria del escribano interviniente estará limitada al valor de los bienes que se reciban por la operación, salvo que hubiera actuado con dolo en cuyo caso la responsabilidad será limitada.

La referida responsabilidad cesará al año a partir de la fecha en que la oficina recaudadora tuvo conocimiento de la transferencia.”

2. LA CESIÓN DE PROMESA DE ENAJENACIÓN

Teniendo como propósito caracterizar el negocio de cesión de promesa de enajenación, entiendo indispensable en primer lugar hacer una conceptualización del establecimiento comercial, así como de la figura de la promesa de enajenación de establecimientos, puesto que se trata de un presupuesto previo a la cesión, y contiene, en definitiva, los derechos y obligaciones que se transferirán al cesionario mediante éste negocio.

2.1. EL ESTABLECIMIENTO COMERCIAL

*A la hora de analizar el concepto de establecimiento comercial, lo primero que merece destacarse es que no existen normas de derecho positivo en nuestro ordenamiento que lo definan conceptualmente. Ello, sin perjuicio que su figura esté recogida en distintos textos legales de diversas ramas jurídicas, que regulan aspectos vinculados al mismo*⁴.

En mérito a ello, las construcciones doctrinarias que se han elaborado al respecto cobran especial relevancia. Estas enseñanzas coinciden en que el establecimiento comercial goza de ciertas notas que permiten definirlo e individualizarlo. Dichas características se resumen en que los bienes individuales que lo integran deben tener una cohesión tendiente al fin de desarrollar en forma coordinada una actividad comercial (la "unidad funcional"); pero que a su vez exista una diversidad en su naturaleza (por ejemplo, corporales e incorporales, muebles o inmuebles, etc.) y en el vínculo jurídico con el titular (por ejemplo, propietario, arrendatario, comodatario, etc.) (la "heterogeneidad"). Finalmente, se apunta como nota caracterizante que el cambio o retiro de dichos bienes no afecte la existencia del establecimiento (la "mutabilidad")⁵.

Recogiendo lo anterior, vale citar el concepto que SCHWARTZ elabora en base a las distintas definiciones que ha hecho la doctrina, cuando afirma que "el establecimiento comercial es una universalidad mueble integrada por un conjunto de bienes materiales e inmateriales destinados al desarrollo de una actividad organizada para la producción o comercialización de bienes o prestación de servicios"⁶.

En resumen, y atendiendo a las características y definiciones reseñadas, es posible afirmar que el establecimiento comercial es un bien complejo, integrado por bienes de diversa naturaleza, y que se encuentran destinados al desempeño organizado de una actividad comercial.

2.2. LA PROMESA DE ENAJENACIÓN DE ESTABLECIMIENTO COMERCIAL: CONTENIDO, FORMA Y EFECTOS

La enajenación de establecimientos comerciales fue regulada en el año 1904, mediante la Ley Nro. 2.904. Dicha norma, en su breve articulado, no plantea más obligaciones que la de publicar durante veinte días un llamado a acreedores del enajenante, so pena de responder solidariamente de todas las deudas contraídas por éste último antes de la enajenación y de las que contraiga mientras no se hagan las correspondientes publicaciones, inclusive cuando éstas no estuvieren asentadas en libros.

Por su parte, el Decreto Ley Nro. 14.433 vino a regular un procedimiento de promesa de enajenación de establecimiento comercial. Éste mecanismo no es preceptivo, pero en la práctica se vuelve casi imprescindible para obtener certeza jurídica en el lapso que transcurre entre que las partes arriban preliminarmente a un acuerdo, y que finalmente se satisfacen todos los requisitos que la normativa establece para perfeccionar el negocio de enajenación definitiva.

4 Como señala ARCIA, los códigos Civil, de Comercio, Tributario y General del Proceso, así como la Ley Nro. 2904, el Decreto Ley Nro. 14.433, entre otras. Vé. ARCIA, Sebastián: "Responsabilidad Tributaria de los Adquirentes de Casas de Comercio y de Empresas en General", en Revista Tributaria Nro. 214, Tomo XXXVII, IUET, Enero-Febrero 2010, pág. 46. En este sentido, véase también RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri: "Manual de Derecho Comercial Uruguayo" Volumen 1, Tomo 3, "Establecimiento Comercial. Propiedad Industrial", FCU, Montevideo, 2005, pág. 11. Asimismo, aporta RODRÍGUEZ OLIVERA otros ejemplos como la Ley Nro. 16.060, de Sociedades Comerciales, la Ley Nro. 16.871, de Registros, y la Ley Nro. 17.228, en materia de prenda de establecimientos comerciales (pág. 32).

5 A nivel de doctrina comercialista, es posible citar a SUPERVIELLE, Bernardo: "El Establecimiento Comercial. Noción - Disciplina - Naturaleza", Montevideo, 1953, págs. 31 y siguientes; RODRÍGUEZ, Nuri: "Manual (...)" op. cit., págs. 33 y 34; y MEZZERA ALVAREZ, Rodolfo: "Curso de Derecho Comercial" Tomo IV, Actualizado y ampliado por SIEGBERT RIPPE, FCU, Rosario, 1998, págs. 9 y siguientes. Por su parte, a nivel tributario, se destacan los trabajos de ARCIA, Sebastián: "Responsabilidad Tributaria (...)" op. cit., pág. 46, y BERRO, Federico: "Responsables Tributarios", AMF, Montevideo, 1990, págs. 54 y 55.

6 SCHWARTZ, Julio: "El Establecimiento Comercial", FCU, Montevideo, 1993, pág. 16.

El contrato de promesa de enajenación de establecimiento comercial va más allá del mero acuerdo de contratación futura, propio de los contratos preliminares. Este contrato, como se verá, puede tener obligaciones de dar y hacer propias de lo que sería un contrato definitivo.⁷

Resulta relevante destacar que la promesa de enajenación de establecimiento tiene una importante cobertura para el promitente adquirente, contenida en el artículo 1 del citado decreto ley: desde la fecha de su inscripción registral⁸, la promesa de enajenación de establecimientos comerciales confiere al promitente adquirente derecho real respecto de cualquier enajenación, gravamen o embargo posterior y, cuando se haya pagado o se pague toda la prestación y se hayan cumplido las obligaciones estipuladas, le acuerda acción para exigir la transferencia y entrega del bien que constituye el objeto de la prestación. No se exige otro documento para la inscripción registral que el documento de promesa otorgado en escritura pública, o en documento privado con firmas certificadas⁹.

Es importante recalcar que en el marco de una promesa de enajenación es posible –y así sucede en la mayoría de los casos en la práctica- tomar posesión del establecimiento en forma previa a la enajenación definitiva, lo cual implicará, en los hechos, que el promitente adquirente tome control del negocio que se le propone transferir. En efecto, y si bien formalmente el promitente enajenante sigue siendo el propietario, luego de la toma de posesión el promitente adquirente pasará a explotar el establecimiento a nombre y por cuenta propia. En tal sentido, y tal como afirma RODRÍGUEZ OLIVERA “podrá vender mercaderías del establecimiento, utilizar sus materias primas para la producción, usar los bienes del equipo, ocasionando su desgaste, y podrá efectuar reparaciones o sustituciones de elementos de ese equipo (...)” y agrega que “en el desarrollo de la explotación contraerá deudas y celebrará contratos que lo vincularán personalmente respecto a terceros”¹⁰.

Por otra parte, es debido señalar que el artículo 2 del Decreto Ley Nro. 14.433 exige que dentro de los quince días de la fecha en que el promitente comprador tomó posesión del establecimiento comercial - lo que constará en acta notarial - deberán solicitarse los certificados especiales de enajenación emitidos por la Dirección General Impositiva y el Banco de Previsión Social.

Si dentro del plazo de 150 días no se hubiere realizado la liquidación definitiva del eventual adeudo tributario del promitente enajenante, el organismo encargado de la expedición del certificado habilitante podrá practicar una liquidación provisoria disponiendo al efecto de un plazo de treinta días y consignado su importe, expedirá el recaudo pedido con las reservas que correspondan.

Transcurridos dichos plazos, esto es, 180 días, sin que se expida el certificado ni se practique la liquidación definitiva o provisoria, las partes pueden estimar la deuda tributaria que tuviere el establecimiento comercial a enajenar y consignar su importe ante el organismo recaudador correspondiente, o en el Banco de la República Oriental del Uruguay si el organismo se rehusare a aceptarlo.

El comprobante de depósito tendrá el carácter de certificado y será suficiente para otorgar la enajenación del establecimiento comercial y demás actos relativos al mismo.

La gran relevancia del mecanismo antes indicado de consignación, es que libera de responsabilidad solidaria que pudiere corresponderles al escribano y al adquirente, lo cual es de profunda relevancia para el tema bajo análisis como se verá.

2.3. LA CESIÓN DE PROMESA DE ENAJENACIÓN DE ESTABLECIMIENTO COMERCIAL

2.3.1. Conceptualización

Considero que la cesión de promesa de enajenación encarta dentro del concepto general de cesión de contratos, negocio que se encuentra implícitamente admitido por el artículo 1292 del Código Civil¹¹, y contenido expresamente en normas que, en materias específicas, refieren a la posibilidad de ceder o no contratos en determinadas hipótesis¹².

7 Cfr. RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri: “Manual (...)” op. cit., pág. 85.

8 Concretamente, en el Registro de Personas Jurídicas, Sección Registro Nacional de Comercio, según Ley Nro. 16.871.

9 De acuerdo al artículo 89 de la Ley Nro. 16.871 y concordantes.

10 RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri: “Manual (...)” op. cit., págs. 88 y 89.

11 Cfr. RODRÍGUEZ OLIVERA, NURI: “Manual (...)” op. cit., pág. 109.

12 El ejemplo paradigmático es el Decreto Ley Nro. 14.219, que en el literal G) del artículo 65 trata expresamente la hipótesis de cesiones de promesa de enajenación en el marco de arrendamientos con destino industria y comercio.

A efectos de brindar un marco conceptual al tema, vale citar lo expuesto por ANDREOLI, quien afirma que “la cesión del contrato (...) es el instrumento que permite realizar la llamada circulación del contrato, es decir, la transferencia negocial a un tercero (llamado cesionario) del conjunto de posiciones contractuales (...), constituida en la persona de uno de los originarios contratantes (llamado cedente); de tal forma que, a través de esa sustitución negocial del tercero en la posición de ‘parte’ del contrato, en lugar del cedente, dicho tercero subentra en la totalidad de los derechos y obligaciones que en su orgánica interdependencia se derivan del contrato estipulado por el cedente”¹³.

Resumidamente, y atendiendo al caso que nos ocupa, es posible afirmar que se trata de un negocio mediante el cual un tercero se hará de los derechos y obligaciones de promitente adquirente emergentes de la promesa de enajenación de la cual no fue parte.

2.3.2. Derechos y obligaciones transferidos en la cesión

Dentro del elenco de derechos que se transfieren al cesionario en el marco del negocio bajo análisis, podemos destacar los siguientes:

- (a) derecho a que se otorgue la enajenación definitiva cuando se verifiquen las hipótesis previstas en la ley o en el contrato de promesa, y en tal sentido, a exigir la escrituración;
- (b) derecho a que se le entregue posesión del establecimiento, si la promesa previó la toma de posesión, o al momento de la enajenación definitiva, en caso que en la promesa no se hubiera previsto esta hipótesis;
- (c) derecho real frente a terceros, al que se hizo referencia en el capítulo 2.2. anterior.

En cuanto a las obligaciones que transfiere, puede resumirse en la de pagar el precio o saldo remanente al promitente enajenante, así como hacer frente a las obligaciones con acreedores que se pudieran haber transferido, cuyo alcance dependerá de factores como, por ejemplo, haber realizado correctamente las publicaciones que mencioné anteriormente. Ello, sin perjuicio de las obligaciones que asuma frente al cedente como contrapartida de la cesión de la promesa.

2.3.3. Requisitos para su inscripción registral

A los efectos que el cesionario pueda hacer valer frente a terceros los derechos emergentes de la promesa, es necesario que ésta sea inscrita. En tal sentido, el numeral 11 del artículo 49 de la Ley Nro. 16.871 de Registros Públicos, establece como acto inscribible “Todos los actos que alteren o modifiquen las inscripciones efectuadas”. A riesgo de caer en la obviedad, destaco de todas formas que el numeral 5 del citado artículo prevé como acto inscribible a las promesas de enajenación de establecimientos comerciales.

Recordemos que la inscripción (tanto de la promesa como de la cesión) no constituye un requisito de validez del respectivo contrato, sino que se trata del requisito que dota de oponibilidad al negocio frente a terceros, y que aísla del riesgo del promitente enajenante y del cedente en su caso, al establecimiento comercial que se pretende transferir.

Para su inscripción registral, la cesión debe contar con las mismas formalidades notariales que la promesa de enajenación.

Asimismo, y en virtud del literal 1) del artículo 664 de la Ley Nro. 16.170, el Registro está obligado a exigir la presentación de un Certificado Especial expedido por el Banco de Previsión Social, en el que conste que no existen adeudos a la fecha de otorgamiento del acto. En esto existe una diferencia con las promesas de enajenación, ya que las mismas se inscriben prescindiendo de la presentación o control notarial de certificados fiscales.

Por su parte, nótese que ni el numeral 15) del artículo 314 del Decreto Ley Nro. 14.252, creador del actual régimen de certificados a nivel de Dirección General Impositiva, ni sus sucesivas modificaciones, estipularon la obligación de obtener el Certificado Especial de la Dirección General Impositiva para éste tipo de operaciones, a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre para las enajenaciones de establecimiento comercial. No obstante el Registro, amparándose en el artículo 65 de la Ley Nro. 16.871, que le inhibe de inscribir documentos “que no hayan cumplido con las exigencias de las leyes tributarias aplicables y sus reglamentaciones”, entendió que dicho certificado (relativo al cedente en éste caso) debía ser presentado.

13 ANDREOLI, M.: “La Cesión del Contrato”, traducida por Francisco Javier Osset, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, págs. 2 y 3.

Esta interpretación aparejó un importante problema de naturaleza práctica teniendo en cuenta que el hecho habilitante de la solicitud de certificados es la toma de posesión, que presupone el otorgamiento en forma anterior de la cesión, y que éste negocio no podía inscribirse sin presentar los certificados fiscales. Seguramente pocos adquirentes (mediante el procedimiento de cesiones de promesa), se encuentran dispuestos a asumir los riesgos de un negocio sin la protección del Decreto Ley Nro. 14.433¹⁴. La posición actual del Registro será objeto de análisis detallado en el capítulo 4.2.

3. LA RESPONSABILIDAD DE ADQUIRENTES DE CASAS DE COMERCIO Y DEMÁS SUCESORES EN EL ACTIVO Y PASIVO DE EMPRESAS

Formulada la descripción general de los distintos aspectos del negocio en el cual se enmarca el análisis del presente trabajo, corresponde ahora hacer una reseña del régimen de responsabilidad de adquirentes previsto en el artículo 22 del Código Tributario, de modo de determinar las comunicaciones que existen entre ambos regímenes, y su forma de aplicación al caso concreto.

3.1. NATURALEZA DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ARTÍCULO 22 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO

Como primera aproximación al tema, vale citar la aclaración que formula BERRO, cuando indica que el artículo 22 no consagra “un caso de sucesión de obligaciones incluido en la cesión del comercio. No opera como una transmisión de deudas (...)”¹⁵.

Por el contrario, el artículo 22 consagra un régimen de responsabilidad solidaria que opera en determinadas circunstancias, como mecanismo de protección del Fisco frente a la posible insolvencia de un contribuyente, ocasionada por el desprendimiento de su casa de comercio a favor de un tercero, y que podría afectar la posibilidad de cobro del crédito del Estado¹⁶.

Cabe mencionar que, si bien el Código Tributario contiene diversas normas que consagran regímenes de responsabilidad solidaria o hipótesis en las que ésta se verifica¹⁷, dicho concepto como tal no se encuentra definido en la norma. No obstante, en aplicación del inciso primero del artículo 6 del citado cuerpo normativo, así como de su artículo 14, y siguiendo las enseñanzas de VALDÉS COSTA¹⁸, podemos recurrir en este caso a las definiciones que da el derecho común a este instituto. En particular, me remito al numeral 1ro. del artículo 1398 del Código Civil, que establece como consecuencia de la solidaridad pasiva (esto es, de la solidaridad en la deuda), “que el acreedor tiene el derecho de pedir la totalidad del crédito al deudor que eligiere, el cual está obligado a pagarlo por entero”.

En mérito a lo anterior, y considerando que en materia de responsabilidad de sucesores, la ley pone como co-obligado a un sujeto totalmente ajeno a la verificación del hecho generador como se verá, es que resulta imprescindible analizar las circunstancias que dan lugar a la aplicación del artículo 22, así como su alcance.

Finalmente, corresponde mencionar que el artículo 22 del Código Tributario co-existe y se complementa con el régimen descrito en el capítulo 2 del presente (tanto a la Ley Nro. 2.904, como al Decreto Ley Nro. 14.433)¹⁹. Por su parte, indudablemente también es aplicable a los negocios de cesión de promesa de enajenación, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley Nro. 18.083 que se analizará en detalle en el capítulo 4 siguiente.

14 Vé. WONSIK DE HASKEL, María: “Reforma tributaria: incidencia en la contratación comercial; enajenación de establecimientos comerciales” en AA.VV. “Jornadas Académicas del Instituto de Técnica Notarial”, Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo, 2008, págs. 126 y 127.

15 BERRO, Federico: “Responsables (...)” op. cit., pág. 51.

16 Cfr. BERRO, Federico: “Responsables (...)” op. cit., pág. 52 y ARCIA, Sebastián: “Responsabilidad Tributaria (...)” op. cit., pág. 50.

17 Así, por ejemplo en materia de Derecho Tributario Material, los artículos 20, 21, 22 y 23.

18 Vé. VALDÉS COSTA, Ramón: “Curso de Derecho Tributario”, Segunda edición, Depalma-Temis-Marcial Pons, Buenos Aires-Santa Fe de Bogotá-Madrid, 1996, pág. 335.

19 Vé. BERRO, Federico: “Responsables (...)” op. cit., págs. 61 a 67.

3.2. CASOS EN QUE OPERA LA RESPONSABILIDAD DE ADQUIRENTES

De acuerdo al artículo 22 del Código Tributario, serán solidariamente responsables los “adquirentes de casas de comercio y demás sucesores en el activo y pasivo de empresas en general”. El giro de la norma es lo suficientemente amplio para afirmar que el presupuesto de ésta responsabilidad comprende tanto a las enajenaciones de establecimientos comerciales en el marco de la Ley Nro. 2.904 y Decreto Ley Nro. 14.433, como otras hipótesis de distinta naturaleza, en base a la referencia a “demás sucesores en el activo y pasivo de empresas en general”. Conforme sostiene ARCIA, esta disposición genérica a sucesión en el activo y pasivo de empresas puede englobar “eventuales adjudicaciones genéricas del patrimonio de una sociedad comercial producto de su disolución para que el o los accionistas continúen con el giro de aquella, los negocios de fusión, escisión u operaciones”²⁰, por entender que se trata de situaciones en las cuales, si bien no hay enajenación, hay sucesión de activos y pasivos.

Al referirse la norma al concepto de empresa, cabe remitirnos a la definición en sede de Impuesto a la Renta de las Actividades Económicas que la caracteriza como “toda unidad productiva que combina capital y trabajo para producir un resultado económico, intermediando para ello en la circulación de bienes o en la prestación de servicios”²¹. Por tratarse de una definición dada por el propio Derecho Tributario, y que se encontraba vigente a la sanción del Código (aunque en un impuesto actualmente derogado), entiendo que es de plena aplicación al caso.

En lo que refiere al concepto de transferencia recogido en el Código Tributario, considero de pleno recibo las conclusiones expuestas por ARCIA, cuando argumenta a favor de un criterio de naturaleza “económica” de enajenación, por oposición a un criterio “jurídico-formal”²². Dicha posición se sustenta, por un lado, en el inciso 2do. del artículo 6 del Código Tributario²³ que consagra el “principio de realidad”, así como en las distintas definiciones de enajenación que brinda el ordenamiento jurídico tributario²⁴. En particular se destaca la que ofrece el Impuesto al Valor Agregado cuando refiere a aquel negocio “que tenga por objeto la entrega de bienes con transferencia del derecho de propiedad o que dé a quien los recibe la facultad de disponer de ellos como si fuera su propietario”, y agrega como ejemplo a los “contratos de promesa con transferencia de la posesión”²⁵.

Al inclinarme por un criterio económico de sucesión, no necesariamente ligado a las formas que ofrece el Derecho Privado, y que alcanzaría a los negocios de promesa de enajenación con toma de posesión, cabe preguntarse entonces qué sucede en aquellos casos que las oficinas recaudadoras niegan el certificado al promitente enajenante por detectar adeudos tributarios ¿existe responsabilidad solidaria del promitente adquirente?

20 ARCIA, Sebastián: “Responsabilidad (...)” op. cit., pág. 50.

21 Actualmente, en el artículo 3 literal B) numeral 1º del Título 4º del Texto Ordenado de DGI, en redacción dada por la Ley Nro. 18.083. No obstante, esta definición tiene una presencia de larga data en nuestro ordenamiento, apareciendo por primera vez en la Categoría Industria y Comercio del viejo Impuesto a las Rentas de las Personas Físicas creado por la Ley Nro. 12.804, y luego recogido en el artículo 331 del Decreto Ley Nro. 14.252, en materia de Impuesto a la Renta de Industria y Comercio.

22 Vé. ARCIA, Sebastián: “Responsabilidad (...)” op. cit., págs. 55 y 56. Una posición contraria sostuvo BERRO, al afirmar que “Para la transferencia de dominio y para la correlativa adquisición de patrimonio, nuestro derecho exige como norma general, el título y el modo (...). Por lo tanto la hipótesis prevista en el C. Tributario para la responsabilidad por hecho ajeno de los adquirentes o sucesores requiere que estos sean tales”. (Vé. BERRO, Federico: “Responsables (...)” op. cit., pág. 54. La posición de BERRO también es recogida por FERRARI REY, Mario y GUTIERREZ PRIETO, Gianni en “Conjuntos Económicos. Enfoque Tributario”, AMF – ORT, Montevideo, 2011, págs. 141 y 142. Entiendo que esta posición encierra una suerte de contradicción: por un lado, se afirma que se es responsable desde la adquisición formal de la empresa, pero por otro lado, al momento de analizar el cómputo del plazo de caducidad de la responsabilidad del adquirente, mencionan como mecanismo típico la solicitud de certificados, evento necesariamente anterior a la enajenación definitiva bajo la normativa actual.

23 Dicho inciso 2do. dispone: “Las formas jurídicas adoptadas por los particulares no obligan al intérprete; éste deberá atribuir a las situaciones y actos ocurridos una significación acorde con los hechos, siempre que del análisis de la norma surja que el hecho generador, fue definido atendiendo a la realidad y no a la forma jurídica”.

24 Por ejemplo, en materia de Impuesto al Valor Agregado. Para un análisis pormenorizado del carácter económico del concepto de enajenación (“circulación de bienes”) en el IVA, vé. BLANCO, Andrés: “El Impuesto al Valor Agregado”, Volumen I, FCU, Montevideo, 2001; y SHAW, José Luis: “Impuesto al Valor Agregado”, editorial Acali, Montevideo, 1978. Asimismo, en sede de Impuesto a la Renta de las Actividades Económica, más concretamente en las definiciones de renta bruta, el literal F) del artículo 17 establece del Título 4º del Texto Ordenado toma como “fecha de la enajenación” la de “efectiva entrega del establecimiento”.

25 Artículo 2 literal A) del Título 10 del Texto Ordenado de DGI, en redacción dada por el artículo 76 de la Ley Nro. 14.100.

Entiendo que deben distinguirse las distintas situaciones: Si el contrato de promesa se rescinde en virtud de la detección del adeudo tributario, y el promitente adquirente deja de operar el establecimiento, entiendo que no puede caberle responsabilidad solidaria de especie alguna. Ello, atendiendo al propósito del dictado del Decreto Ley Nro. 14.433, de brindar una protección al promitente adquirente en el lapso que transcurre desde el acuerdo de celebrar el negocio, y los plazos necesarios para encontrarse en condiciones de ejecutar el negocio conforme a las exigencias del marco normativo. El promitente adquirente no debería ser rehén de una regulación que, en gran medida, fue puesta en beneficio de su seguridad a la hora de adquirir un establecimiento. Si el propio ordenamiento jurídico exige la toma de posesión para solicitar los certificados especiales, esta toma de posesión no debería ser el hecho determinante que derive en su responsabilidad en caso de detección de adeudos tributarios del promitente enajenante, si es que el promitente adquirente cuenta con las herramientas jurídicas necesarias y la voluntad de salirse del negocio en virtud de tal circunstancia.

Ahora bien, teniendo en cuenta la inclinación hacia un criterio sustancial, entiendo que sí cabría responsabilidad en aquellos casos en que, luego de detectado un adeudo tributario, el promitente adquirente continuara operando el establecimiento en condiciones similares a las que lo haría su titular²⁶. Sin perjuicio de ello, el promitente adquirente que permanece en posesión del establecimiento con el adeudo detectado, podrá beneficiarse del plazo de caducidad que se explica en el punto 3.3.2. siguiente, ante la inacción del Fisco.

Por otra parte, corresponde destacar que la responsabilidad regulada en el artículo 22 del Código Tributario alcanza a los adquirentes o sucesores, y no a otros sujetos vinculados a los mencionados primeramente, como por ejemplo, sus representantes²⁷. En tal sentido, se debe resaltar que la norma refiere únicamente al adquirente o sucesor, y que conforme al artículo 20 del Código Tributario “la solidaridad debe ser establecida expresamente por la ley”, por lo que no es posible extenderla a otros sujetos sin un respaldo normativo que así lo habilite. Asimismo, si nos remitimos al artículo 21 del Código Tributario en materia de responsabilidad de representantes, vemos que se exige que exista negligencia para responsabilizarlo, y tal negligencia es imposible de verificarse en el marco de los tributos que eventualmente adeudara el antecesor de su representada, puesto que le eran enteramente ajenos a su control y cuidado.

Finalmente, quisiera aclarar que la presentación teórica del alcance del artículo 22 realizada en este apartado, es sin perjuicio de la posibilidad de, en el marco del inciso 2do. del artículo 6 del Código Tributario, recalificar operaciones que, si bien formalmente no serían transferencias de empresas, en sustancia sí lo son.²⁸

3.2. OBLIGACIONES COMPRENDIDAS POR EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

El multicitado artículo 22 establece que el adquirente será solidariamente responsable “de las obligaciones tributarias de sus antecesores”, lo cual nos impone remitirnos al artículo 14 del Código Tributario, que define a la obligación tributaria como “el vínculo de carácter personal que surge entre el Estado u otros entes públicos y los sujetos pasivos en cuanto ocurre el presupuesto de hecho previsto en la ley”.

Siguiendo a las enseñanzas de la doctrina más recibida en nuestro país, afirmamos que solamente quedarán comprendidas en la responsabilidad de los adquirentes las obligaciones de naturaleza tributaria en sentido estricto, quedando fuera otras prestaciones pecuniarias como ser, por ejemplo, sanciones y obligaciones en calidad de responsables.

Ello, en virtud de que, si bien el inciso final del artículo 14 dispone que “se consideran también de naturaleza tributaria las obligaciones de los contribuyentes, responsables y terceros, referentes al pago de anticipos, intereses o sanciones, o al cumplimiento de deberes formales.”, se ha sostenido que tal asimilación supone reconocer que no se trata de obligaciones tributarias en sí, y que tuvo como único propósito mantenerlas en el ámbito del Derecho Tributario y no de otras ramas jurídicas²⁹.

26 Lo cual podría hacer por 10 años al amparo de la promesa que le dio derecho a la toma de posesión, teniendo en cuenta que ese es el plazo de caducidad que el artículo 79 numeral 2 de la Ley Nro. 16.871 estableció para las promesas de enajenación de establecimiento comercial, sin perjuicio de la posibilidad de reinscripción.

27 En este sentido se destaca la Sentencia Nro. 215 del 16 de marzo de 1992, por la cual el Tribunal de lo Contencioso Administrativo rechazó la imputación por parte de la DGI de responsabilidad sobre los representantes del adquirente de una casa de comercio, en el entendido que “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’ (citada en ARCIA, Sebastián: “Responsables (...)” op. cit., pág. 52).

28 En este sentido ha procedido en varias oportunidades el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. A modo de ejemplo, véase la Sentencia Nro. 408/2003 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

29 Así, BERRO, Federico: “Responsables (...)” op. cit., págs. 29 a 32 y 53; VALDÉS COSTA, Ramón, VALDÉS de BLEN-GIO, Nelly y SAYAGUÉS ARECO, Eduardo: “Código Tributario de la República Oriental del Uruguay. Comentado y Concordado” FCU, Montevideo, 2002, pág. 286; ARCIA, Sebastián: “Responsabilidad (...)” op. cit., pág. 51.

3.3. LÍMITES A LA RESPONSABILIDAD DEL ADQUIRENTE

En esta apartado se analizarán los dos límites que se aprecian en el artículo 22 del Código Tributario: el límite cuantitativo y el límite temporal.

3.3.1. Límite cuantitativo a la responsabilidad

El primero de los límites a analizar refiere al monto hasta el cual responderá el adquirente en el marco de la aplicación del artículo 22, condicionado a determinadas circunstancias, según se verá.

Dispone la norma que la responsabilidad “se limita al valor de los bienes que se reciban”. Por tratarse de un límite conceptual, no necesariamente en caso de verificarse la responsabilidad el adquirente responderá con el patrimonio transferido.

Debe destacarse que “valor de los bienes” no debería confundirse con el “valor de la operación”. No solamente porque ello no surge de la norma, sino también en virtud del propósito de la misma. En efecto, con esta disposición, el Fisco se ve protegido de la insolventación del enajenante, teniendo un deudor solidario por el mismo monto de los bienes de los que se podría haber cobrado³⁰.

Vale aclarar que no existirá límite de especie alguna en caso que el adquirente hubiere actuado con dolo. Considerando que el cumplimiento de las obligaciones del enajenante le fueron ajenas al adquirente, entiendo que el dolo debe apreciarse en el marco de la operación de transferencia. En tal sentido, habría dolo cuando en la enajenación de la empresa hubiere elementos objetivos que condujeran a sostener que el negocio, o partes del mismo, estaban dirigidos específicamente a sustraerse del pago de los tributos.

3.3.2. Límite temporal

La responsabilidad del adquirente se encuentra limitada en el tiempo. En efecto, se prevé que la misma “cesará al año a partir de la fecha en que la oficina recaudadora tuvo conocimiento de la transferencia”, tratándose con toda claridad de un caso de caducidad.

Al no contener la norma hipótesis concretas de “toma de conocimiento”, es posible afirmar que existen diversas maneras para que la Administración advierta que ha operado una transferencia de empresa. Determinar cuáles son estas circunstancias reviste una importancia insoslayable, puesto que será al año de tales hechos que el adquirente se verá liberado de toda responsabilidad por las deudas tributarias de su antecesor.

Como modo paradigmático de tomar conocimiento, es posible mencionar la solicitud de certificados especiales de enajenación³¹. No obstante, existen otras formas, como ser la constatación en el marco de un procedimiento inspectivo³², o la comunicación de ciertos cambios en el Registro Único Tributario que pueden considerarse indicios de transferencia, como el caso en que un contribuyente comunica un cambio de

30 En este sentido, ARCIA, Sebastián: “Responsabilidad (...)” op. cit., pág. 53. Una posición distinta asume BERRO, quien refiere al “precio de la casa de comercio” (Vé. BERRO, Federico en “Responsables (...)” op. cit., pág. 55). No obstante, valor de los bienes no puede identificarse con valor de la operación, ya que ésta última incluye, el valor de los bienes, más una suma que se denomina “valor llave”.

31 En la Sentencia Nro. 211/2007 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Dirección General Impositiva procuró alegar que el único mecanismo de toma de conocimiento de una enajenación de empresa es mediante la solicitud de certificados. El Tribunal desechó tal hipótesis, y declaró caduca la responsabilidad del adquirente, por haber transcurrido el plazo de un año desde el momento en que el Fisco había conocido fehacientemente la situación, por la vía de los hechos.

32 En tal sentido, la Sentencia Nro. 99/2004 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo expresa que “Luego de una intimación de presentación de documentación concretada el 13/7/99 (...), se realizó un informe de inspectores con fecha 2 de setiembre de 1999, en el que se da cuenta que el kiosco sigue el mismo giro, y que es explotado actualmente por una empresa unipersonal cuyo titular es hija de los socios de la citada empresa (...) S.R.L. (fs. 22/23 de A.A.). De lo expuesto surge con claridad que entre el 13/7/99 y el 2/9/99, la Administración ya tomó conocimiento de la situación que implicaba a la actora como posible sucesora de la empresa”. Asimismo, podemos complementar con las conclusiones expuestas en la Sentencia Nro. 408/2003 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo sostuvo que: “el conocimiento de la Administración surge como resultado de un proceso de inspección, que culmina con el informe de fecha 14/12/98 (A.A., fs. 145/150), del cual se extraen los indicios serios y concordantes que permiten inferir la existencia de la sucesión o transferencia de empresas.”

Por otra parte, un reciente fallo del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno expresó que no resulta de recibo la pretensión del Fisco consistente en que el plazo del año sea contado a partir de un informe definitivo de su Asesoría Letrada. En efecto, sostiene que “Tal argumento no puede prosperar, pues con tal criterio en situación análoga, el plazo de caducidad de la acción pauliana comenzaría a correr desde que el sujeto afectado acude a un profesional a efectos de asesoramiento” (Sentencia Nro. 27/2012).

domicilio fiscal al domicilio de otro contribuyente registrado, y ambos tienen el mismo giro³³, entre otras que dependerán de las circunstancias de hecho. Otra hipótesis que, a mi criterio podría tomarse en cuenta, es la publicación en el Diario Oficial y en otro diario que exige la Ley 2.904. Ello, por cuanto se trata de un llamado a acreedores, sin distinción de su naturaleza ni de la de sus créditos. Si la Ley presume que un acreedor privado puede tomar eficazmente conocimiento a través de dichas publicaciones, por qué no entender que la Administración Fiscal lo puede, cuando dispone de mayores medios que otros acreedores para advertir la transferencia de un establecimiento por éste medio³⁴.

3.4. LA CESIÓN DE PROMESA DE ENAJENACIÓN COMO UNA HIPÓTESIS ALCANZADA POR EL ARTÍCULO 22 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO

Conforme a lo descrito a lo largo del presente capítulo, y atendiendo a la doctrina y jurisprudencia citada, abogo por un concepto “sustancial” de enajenación a los efectos de la configuración de la responsabilidad del adquirente.

Tomando como premisa lo antedicho, considero que habrá sucesión de casas de comercio o de activos y pasivos de empresas, en aquellos casos en que el sucesor pueda disponer del negocio en la misma forma que si fuera el dueño “formal” o de iure.

Esta posición entiendo que es la que recoge el artículo 2 del Decreto Ley 14.433, cuando establece como mojón para la solicitud de los certificados especiales la toma de posesión del establecimiento (etapa en la que aún se está al amparo de la promesa, y en forma previa a la enajenación definitiva, en la mayoría de los casos), y momento a partir del cual cesará la actividad del promitente enajenante, y comenzará la del promitente adquirente.

Teniendo en cuenta que el artículo 69 de la Ley Nro. 18.083 dispuso que “es aplicable también a la cesión de promesa de enajenación de establecimiento comercial”, las mismas conclusiones le son aplicables. Podemos afirmar que existe, en sentido económico, una transferencia de cedente a cesionario en la medida que haya toma de posesión. Ello, por cuanto el cedente dejará de operar el establecimiento, y el cesionario de la promesa de enajenación comenzará actuar en forma sustancialmente asimilable como lo haría si fuera el dueño³⁵. Asimismo, no podemos dejar de reconocer que, en el lapso que transcurre desde que el promitente adquirente toma posesión del establecimiento hasta que cede la promesa a un tercero, contrae y se generan obligaciones de distinta naturaleza vinculadas con el establecimiento, que incluyen también a aquellas de naturaleza tributaria.

4. EL ARTÍCULO 69 DE LA LEY NRO. 18.083

4.1. CONTENIDO DE LA NORMA

Considerando que el artículo 69 de la Ley Nro. 18.083 contiene disposiciones de diversa índole, en éste capítulo intentaré analizar en forma independiente cada uno de ellos, en la medida que revistan relevancia al objeto de estudio.

4.1.1. Su naturaleza “interpretativa”

En primer lugar, y aunque no me detendré en este punto por exceder la temática que se está tratando, cabe mencionar que el artículo 69 de la Ley Nro. 18.083 se arrogó el carácter de interpretativo, de manera más que cuestionable en algunos aspectos.

Concretamente interpreta, en primer lugar, que las obligaciones de promitente vendedor y promitente comprador en el marco del Decreto Ley Nro. 14.433, son aplicables a los negocios de cesión de promesa de enajenación. En éste punto, y atendiendo a una interpretación finalista como la ya expuesta, es posible com-

³³ Una situación similar se analiza detalladamente en la Sentencia Nro. 211/2007 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

³⁴ Este criterio se refuerza en la práctica si tenemos en cuenta que el Diario Oficial tiene una sección específica vinculada a la venta de establecimientos, con lo cual basta que una persona esté a cargo de leerlo periódicamente para estar informado de las hipótesis de sucesión de empresas.

³⁵ En este sentido, WONSIK DE HASKEL, María: “Reforma (...)” op. cit., pág. 127.

partir desde lo conceptual la solución. No obstante, agrega el citado artículo en segundo lugar, que habrá responsabilidad solidaria del escribano en ciertos casos que detallaré en el apartado 4.1.3. Esto último mal podría considerarse interpretativo, puesto que ninguna norma (en materia de impuestos recaudados por la Dirección General Impositiva), establecía una responsabilidad de ésta naturaleza, como sí lo hacía el artículo 668 de la Ley Nro. 16.170 en el ámbito del Banco de Previsión Social.

En mérito a lo anterior, considero inadecuado otorgar al artículo 69 de la Ley Nro. 18.083 los efectos típicos de las normas interpretativas, esto es, la retroactividad, considerando que se trata de una disposición que estipula una especie de responsabilidad tributaria que no estaba contemplada en el ordenamiento positivo con anterioridad a su dictado. Conforme sostiene BERRO “las leyes sancionatorias y fiscales, si afectan negativamente conductas de trascendencia económica que se encontraban libres de la nueva regulación, chocan contra los principios constitucionales que consagran la seguridad jurídica, la libertad de trabajo, la propiedad, y los que implícitamente derivan del régimen republicano (...)”³⁶.

4.1.2. Obligaciones de cedente y cesionario

Conforme a la remisión que el artículo 69 hace al artículo 2 del Decreto Ley Nro. 14.433, debe señalarse que en los negocios de cesión de promesa de enajenación, el cedente deberá solicitar los certificados especiales a la Dirección General Impositiva y al Banco de Previsión Social en un plazo de quince días desde que el cesionario tomó posesión del establecimiento. Entiendo que esta es la única obligación de cedente y cesionario al amparo de esta norma, puesto que el resto del artículo 2 citado no contienen obligaciones para promitente comprador y vendedor.

Adicionalmente, agrega el artículo 69 que si el cedente no solicitare en plazo los certificados deberá hacerlo el escribano interviniente, en un plazo máximo de treinta días contados desde el vencimiento del plazo conferido al cedente (esto es, un plazo máximo de 45 días luego de la toma de posesión).

Nótese que el artículo 2 del Decreto Ley Nro. 14.433 estipula que los certificados son necesarios “para el otorgamiento de la escritura definitiva”. Un tema relevante será determinar cómo se acompasa ésta referencia con la aplicación del citado artículo a las cesiones de promesa de enajenación. En concreto, si debe interpretarse que “escritura definitiva” refiere a la escritura de cesión, o seguimos considerando tal escritura en relación a la enajenación definitiva. Desde ya adelanto mi inclinación hacia la última interpretación, esto es, que los certificados no son necesarios para otorgar la cesión, puesto que de lo contrario sería materialmente imposible celebrar negocios de cesión de promesa de enajenación respetando las exigencias impuestas por el ordenamiento, tal como detallaré en el capítulo 4.4. siguiente.

4.1.3. Responsabilidades involucradas

El artículo 69 reguló minuciosamente la responsabilidad del escribano actuante en éste tipo de negocios. Así, dispuso que en caso que el escribano omitiera solicitar los certificados en el plazo de treinta días luego de vencido el que se establece para el promitente adquirente, o cedente de la promesa, le corresponderá la siguiente responsabilidad:

- (a) en el marco de promesas de enajenación de establecimiento comercial, será solidariamente responsable de las obligaciones tributarias del promitente enajenante;
- (b) en el ámbito de cesiones de promesa de enajenación, será solidariamente responsable de las obligaciones tributarias del cedente si hubiera habido toma de posesión, o del promitente enajenante en caso contrario.

Respecto a la responsabilidad solidaria del escribano en operaciones de cesión, corresponde señalar que la hipótesis de responsabilidad para el caso que no exista toma de posesión es de imposible verificación. Ello, por cuanto el plazo inicial que la normativa prevé para la solicitud (primero del cedente, y luego del escribano en caso de omisión), toma como punto de partida la toma de posesión.³⁷

Cabe señalar que se prevé en forma expresa que la responsabilidad cesa al año en que la oficina recaudadora tuvo conocimiento de la transferencia, y que se limita al valor de los bienes transferidos, salvo que existiera dolo. La referencia a estos elementos, plenamente coincidentes con los contenidos en el artículo 22 del Código Tributario, hace que le sean aplicables los conceptos ya vertidos sobre éste régimen de responsabilidad solidaria.

36 BERRO, Federico: “Responsabilidad y mora en la Ley de Presupuesto N° 17.930”, en Revista Tributaria Nro. 190, IUET, Enero-Febrero 2006, págs. 32.

37 En este sentido, ARCIA, Sebastián: “Responsabilidad (...)” op. cit., pág. 64.

Finalmente, sin perjuicio de la responsabilidad del escribano que se viene de detallar, y conforme a lo expuesto en el capítulo 3 del presente, el cesionario podrá eventualmente ser responsable en su calidad de “sucesor” del cedente de una promesa de enajenación de establecimiento comercial, con el alcance y las particularidades reseñadas en el citado capítulo. Esto sucederá, a mi criterio, si habiendo tomado posesión el cesionario y habiéndose solicitado los certificados del cedente, se detectare un adeudo de éste último, y el cesionario igualmente continuara operando el establecimiento a su nombre. Ello, sin perjuicio de la caducidad de un año que prevé el artículo 22 del Código Tributario. En caso de no solicitud de certificados, las mismas conclusiones son aplicables, con excepción al inicio del cómputo de la caducidad, que operará desde el momento en que la Administración tomó conocimiento de la operación en cuestión.

4.2. LA INTERPRETACIÓN DEL REGISTRO NACIONAL DE COMERCIO

Resulta interesante comentar la interpretación que el Registro Nacional de Comercio (en adelante, el “RNC”) ha hecho del artículo 69 de la Ley Nro. 18.083.

En el instructivo que emite la Dirección General de Registros³⁸, se establece como exigencia para la inscripción de cesiones de promesa de enajenación de establecimientos comerciales, presentar la siguiente documentación:

- (a) documento de cesión privado protocolizado o primera copia de escritura pública;
- (b) certificados de DGI y BPS del cedente a la fecha de la cesión, o su control.

Este segundo requisito, de exigir los certificados especiales a la fecha de la cesión para proceder a la inscripción, adolece de un obstáculo práctico insalvable: mientras que los organismos fiscales cuentan con un plazo de 180 días para expedir el certificado, la inscripción de documentos en carácter provisorio (esto es, ingresados con la ausencia de algún requisito indispensable) caduca a los 90 días, o 150 en caso que se otorgare una prórroga, conforme al artículo 66 de la Ley Nro. 16.871.

En otras palabras, es posible que la inscripción caduque sin que los organismos fiscales hayan, legítimamente, emitido aún los certificados. Esto apareja la gravísima consecuencia que, caducada la inscripción de la cesión de promesa, se tendrá como si el documento jamás hubiera sido inscripto³⁹, estando entonces el cesionario desprotegido frente a los riesgos del cedente, y careciendo de la protección que le provee el Decreto Ley Nro. 14.433. Factiblemente, una consecuencia que descartaría la posibilidad de optar por la cesión de promesa de enajenación como forma de estructurar un negocio de transferencia de empresas.

Ahora, debe tenerse presente que si bien la Ley Nro. 16.170 establece la responsabilidad del funcionario por la ausencia de control del certificado especial de Banco de Previsión Social en el marco de cesiones de promesa de enajenación, no existe norma análoga respecto al certificado que emite la Dirección General Impositiva.

Esto no es menor, si tenemos en cuenta que la experiencia práctica demuestra que el Banco de Previsión Social emite el certificado especial (si las condiciones están dadas) en un plazo lo suficientemente breve como para poder inscribir el documento en plazo⁴⁰ acompañando el certificado, o inscribirlo sin éste provisoriamente, y obtenerlo en forma previa al plazo de caducidad. Esta situación no se replica en el ámbito de la Dirección General Impositiva, donde la emisión del certificado (o su denegación) insume mayores tiempos en la práctica.

Personalmente, y tal como expondré en detalle en el siguiente capítulo, entiendo que el RNC no debe exigir el certificado especial de la Dirección General Impositiva, porque el artículo 69 de la Ley Nro. 18.083 no lo exige, y tampoco lo hacen otras normas del ordenamiento positivo. El control de las normas tributarias que le impone el numeral 3) del artículo 65 de la Ley Nro. 16.871 no puede comprender el control del certificado especial de la Dirección General Impositiva, puesto que no hay norma que lo exija para otorgar o inscribir tal negocio.

38 Disponible en el sitio web de la Dirección General de Registros, en el siguiente hipervínculo: http://www.dgr.gub.uy/requisitos/comercio_requisitos.htm#art17_18930. También pudimos corroborar la posición tomada en el marco de las consultas al público que evacuan los escribanos de la citada dependencia.

39 Conforme al inciso final del artículo 66 de la Ley Nro. 16.871.

40 Recuérdese que éste plazo, conforme al inciso final del artículo 50 de la Ley Nro. 16.871, es de treinta días.

4.3. MI INTERPRETACIÓN

4.3.1. ¿Son necesarios los certificados fiscales para inscribir una cesión de promesa de enajenación de establecimiento comercial?

En primer lugar, quisiera recalcar que considero que el artículo 69 de la Ley Nro. 18.083 no estableció la obligación de obtener los certificados para ceder una promesa de enajenación de establecimiento comercial e inscribirla. Por el contrario, estableció que son de aplicación las mismas obligaciones que para promitentes adquirentes y enajenantes: solicitar los certificados.

En segundo lugar, entiendo que, de no ser por el artículo 667 de la Ley Nro. 16.170, la cesión de promesa podría inscribirse sin necesidad de presentar ningún certificado fiscal. No obstante al demandar, la citada Ley el certificado correspondiente al Banco de Previsión Social, y al no haberse previsto su derogación al aprobar la Ley Nro. 18.083 para ese caso, entiendo que no puede dejar de exigirse. Considero que no sería factible interpretar que el artículo 69 de la Ley Nro. 18.083 derogó tácitamente la exigencia del certificado especial del Banco de Previsión Social. Ello, por cuanto si bien hay una referencia al Decreto Ley Nro. 14.433, y a su amparo las promesas de enajenación se inscriben sin presentación de certificados fiscales, el artículo 69 remite solamente en lo que refiere a las obligaciones de promitente adquirente y promitente enajenante (en concreto, al artículo 2), mientras que lo que tiene relación a la inscripción de la promesa y sus efectos, está regulado en el artículo 1, al que el artículo 69 de la Ley Nro. 18.083 no se remite⁴¹.

4.3.2. ¿Debe el escribano actuante controlar los certificados para otorgar la cesión de promesa de enajenación de establecimiento comercial?

Me adelanto a afirmar categóricamente que no; el escribano actuante no debe controlar los certificados fiscales para otorgar la cesión.

En primer lugar, no lo establece el artículo 69 de la Ley Nro. 18.083, el cual solamente le impuso la obligación de solicitarlos en determinadas circunstancias, que son siempre posteriores al otorgamiento de la cesión.

Por su parte, si bien el artículo 668 de la Ley Nro. 16.170 dispone que la realización de los actos previstos en los artículos 663 y 664 (entre los cuales está la cesión de promesa) sin el certificado especial del Banco de Previsión Social hará incurrir en responsabilidad a los intervinientes, profesionales y funcionarios públicos actuantes, entiendo que no aplica para el otorgamiento de la cesión. Ello, por cuanto no es posible exigir para otorgar la cesión, un documento que requiere de la cesión para ser otorgado. No obstante, sí entiendo plenamente aplicable ésta norma para la inscripción registral.

Esta posición entiendo que encuentra recibo implícitamente en el artículo 69 de la Ley Nro. 18.083, por cuanto establece la obligación del escribano de solicitar los certificados en circunstancias que siempre implican el otorgamiento previo de la cesión.

En segundo lugar, y complementando las afirmaciones anteriores, reitero que sería una obligación de cumplimiento imposible, por cuanto no habría un documento que habilite al cedente, o en su caso al escribano, a solicitar los certificados especiales que las leyes exigen. El otorgamiento de la cesión es un requisito previo e indispensable para pedir los certificados. Más aún, si tenemos en cuenta que un eventual negocio de “promesa de cesión de promesa de enajenación de establecimiento comercial” no es un acto inscribible de los listados en la Ley Nro. 16.871 de Registros Públicos.

4.3.3. ¿Qué exige en materia de certificados el artículo 69 de la Ley Nro. 18.083?

El artículo 69 exige que los certificados se soliciten, primero por parte del cedente, y eventualmente por parte del escribano en caso de omisión del primero. En eso consiste la obligación: en solicitar en determinados plazos que se expidan los certificados fiscales.

Del tenor literal, y de la remisión al artículo 2 del Decreto Ley Nro. 14.433 no puede desprenderse la necesidad de obtener los certificados como condicionamiento para otorgar la cesión.

41 WONSIK DE HASKEL asume una posición más amplia, entendiendo que el artículo 69 de la Ley Nro. 18.083 habilitó a inscribir las cesiones de promesa de enajenación sin certificados (WONSIK DE HASKEL, MARÍA: “Reforma tributaria (...)” op. cit., pág. 125.

4.3.4. ¿Cuál es el propósito de exigir la solicitud de certificados en el marco de cesiones de promesa de enajenación?

El propósito de la norma entiendo que puede analizarse desde dos ópticas distintas: una mirada sustancial, y otra formal.

En cuanto a la justificación sustancial, considero que la norma entendió, razonablemente, que en las cesiones de promesa de enajenación existe una transferencia en sentido económico del establecimiento comercial, que puede disminuir la posibilidad de cobro de eventuales adeudos fiscales de quien se desprende del control de un establecimiento. En definitiva, una situación asimilable a la que se da en el marco de una promesa de enajenación de establecimiento, y que ya se encontraba regulada por el Decreto Ley Nro. 14.433.

Por su parte, la justificación formal viene dada por los controles fiscales que las leyes exigen, tanto de parte del escribano interviniente, como del RNC y sus funcionarios.

El escribano, en virtud del artículo 2 del Decreto Ley Nro. 14.433, artículos 664 y 668 de la Ley Nro. 16.170, y el numeral 15) del artículo 314 del Decreto Ley Nro. 14.252 ya comentados, no podría otorgar la escritura definitiva de enajenación sin contar con los certificados especiales emitidos por la Dirección General Impositiva y el Banco de Previsión Social. En aquellos casos que haya existido una cesión de la promesa, el escribano, al momento de la enajenación definitiva, deberá controlar que se hayan otorgado los certificados fiscales del promitente enajenante, y el del o los cedentes de la promesa que hubieren existido para salvar su responsabilidad.

Por su parte, los controles fiscales que la Ley Nro. 16.871 le impone al RNC se deberán hacer al momento de la inscripción de la enajenación definitiva, controlando los mismos certificados que los mencionados para el escribano en el párrafo anterior. Ese será el único momento en que las partes del negocio podrán contar con todos los certificados exigidos por la ley, y que permitirán controlar debidamente el tracto desde la promesa originaria hasta la enajenación definitiva. Esta conclusión, por imperio de la Ley Nro. 16.170, no es de aplicación al certificado especial del Banco de Previsión Social, que sí debe presentarse en el marco de la inscripción de la cesión de promesa.

Finalmente, bajo la designación de distintos responsables ajenos al negocio en sí, como el escribano y los funcionarios actuantes, se aumentan las posibilidades que el Fisco tome conocimiento fehaciente de operaciones de sucesión de empresas, para que pueda hacer efectivo su derecho al cobro si tal fuera el caso.

4.4. UNA POSIBLE SOLUCIÓN DE LEGE FERENDA

No es posible dejar de reconocer que, de no ser por la buena práctica del Banco de Previsión Social de pronunciarse sobre el otorgamiento del certificado especial en un plazo significativamente menor al que le concede el ordenamiento, la conjugación del plazo de 180 días con que cuenta el organismo, con el plazo de 90 días (o eventuales 150) de caducidad de la inscripción, es un problema a resolver. Más aún, si se mantiene la interpretación, a mi criterio incorrecta, que el RNC tiene de exigir también el certificado especial de la Dirección General Impositiva.

Una posible solución normativa, que requeriría de una modificación legislativa, es habilitar el mecanismo de promesa de cesión de promesa de enajenación de establecimientos comerciales.

En cuanto a sus formalidades, dicha promesa de cesión sería, en esta proposición, asimilable a una promesa de enajenación de establecimiento, y podría inscribirse sin la presentación de certificado de especie alguna. Con la inscripción de la promesa de cesión, el cesionario obtendría la cobertura del derecho real, y comenzarían a correr los plazos para solicitar los certificados para la cesión definitiva.

Actualmente, el principal escollo jurídico que tiene esta propuesta de solución es que el RNC no admitiría la inscripción del documento de promesa de cesión, en mérito a que no es un acto inscribible conforme a la Ley Nro. 16.871. No obstante, su inclusión en la norma, y un mínimo ajuste a la normativa en materia de certificados podría dar por tierra a los problemas prácticos que se han generado en el marco de negocios de cesión de promesa de enajenación de establecimientos comerciales.

5. CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto a lo largo del presente trabajo, corresponde destacar algunas conclusiones, las que referirán exclusivamente al punto principal de análisis, esto es, la cesión de promesas de enajenación de establecimiento comercial a la luz de la responsabilidad tributaria de adquirentes. Éstas son:

- (a) Los negocios de cesión de promesa de enajenación de establecimientos comerciales comportan una transferencia económica del control de una empresa. En tal sentido, y dependiendo de cada caso, el cesionario de una promesa de enajenación podría ser eventualmente responsabilizado solidariamente como sucesor de su cedente. Esta responsabilidad no operará si, detectado el adeudo, se rescinde la cesión y quien fuera cesionario deja de tener la posesión del comercio.
- (b) Si los certificados no se emitieran, el cesionario se liberará de responsabilidad consignando una suma estimada luego de vencido el plazo de 180 días que el Decreto Ley Nro. 14.433 otorga a los organismos fiscales; o aún cuando no hubiera consignado, al año de haberlos solicitado, en virtud del plazo de caducidad establecido en el artículo 22 del Código Tributario. Esto, sin perjuicio que, en caso de ausencia de solicitud, la caducidad opere al año de cualquier evento susceptible de poner al Fisco en conocimiento de la situación.
- (c) El certificado especial de la Dirección General Impositiva no debe exigirse para inscribir las cesiones de promesas de enajenación de establecimientos. No lo prevé la norma madre en materia de certificados del referido organismo, y no se desprende del artículo 69 de la Ley Nro. 18.083.
- (d) Los certificados, tanto del Banco de Previsión Social como de la Dirección General Impositiva, no deben controlarse al momento del otorgamiento de la escritura de cesión. La cesión es un presupuesto indispensable para la solicitud de certificados.
- (e) El citado artículo 69 exige que los certificados sean solicitados, primero por parte del cedente, y eventualmente por parte del escribano en caso que el cedente estuviera omiso. La obligación consiste ni más ni menos que en la solicitud en cierto plazo, so pena de responsabilidad solidaria del escribano actuante.
- (f) La interpretación del RNC, que exige la presentación de certificados fiscales para inscribir la cesión de promesa de enajenación, puede presentar un obstáculo insalvable: Mientras que los organismos fiscales cuentan con un plazo de 180 días para expedir el certificado, la inscripción de documentos en carácter provisorio (esto es, ingresados con la ausencia de algún requisito indispensable) caduca a los 90 días, o 150 en caso que se otorgare una prórroga. La consecuencia de la caducidad podría ser gravísima, puesto que el documento se tendrá como si jamás hubiera sido inscripto, perdiendo el cesionario las protecciones que el ordenamiento puso a su favor.
- (g) El control de los certificados fiscales, tanto por parte del escribano actuante como por parte del RNC debería hacerse al momento de la enajenación definitiva del establecimiento comercial. En este control se deberá contar con los certificados del promitente enajenante, así como de los cedentes que hubiere habido.
- (h) Una eventual solución a los problemas prácticos que aparejan las cesiones de promesa de enajenación, y que indudablemente requiere de una modificación legislativa, es habilitar un nuevo mecanismo consistente en la promesa de cesión de promesa de enajenación de establecimientos comerciales. Al amparo de éste negocio, podría asimilarse a una promesa de enajenación de establecimiento, con los beneficios que ella tiene: inscripción sin presentación de certificados, y nacimiento de un derecho real frente a terceros a raíz de su inscripción. A partir de dicho momento, podrían computarse los plazos para solicitar los certificados, y que éstos se exijan al momento de la cesión definitiva de la promesa.

Para que ésta propuesta sea viable, las promesas de cesión de promesas de enajenación de establecimientos deberían incluirse como acto inscribible en la Ley de Registros, y debería modificarse el artículo 69 de la Ley Nro. 18.083 para dejar sentado con claridad que los plazos para solicitar certificados corren desde la promesa de cesión.

LA CRISIS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL OBJETIVA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS PERUANAS

ORLANDO VIGNOLO CUEVA¹

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA Y ALGUNOS DATOS INICIALES

La responsabilidad jurídica, entendida de manera extensa como una “situación de un sujeto sometido a los efectos reactivos de una regulación jurídica en relación a deberes coercibles”², no es una figura desconocida ni dejada de lado en los textos normativos del ordenamiento peruano. Es más, en fueros propios del Derecho Administrativo, el Legislador ha puesto empeño en regular secciones enteras -el título V de la LPAG sería una muestra de ello- de aspectos relativos a obligaciones exigibles al personal administrativo y un conjunto de elementos coercitivos de resarcimiento económico o disciplina frente a un incorrecto o nulo incumplimiento de éstas. Sin embargo, después de diez años de entrada en vigor de este régimen, nada ha cambiado, pues la vida de los ciudadanos de este país sigue ligada a la descarada indemnidad frente a lo que hagan o dejen de hacer las organizaciones administrativas. Cada vez más resuena frente a estas situaciones injustas, el título del libro escrito por el profesor francés (y “sociólogo de lo cotidiano”) Michel Crossier denominado “No se cambia la sociedad por decreto”. Por eso, más allá de la frase escrita hecha norma, la responsabilidad es una figura de escasa significación para nuestros operadores de toda condición (incluidos políticos, empleados públicos y jueces), siendo genéticamente descartada en nuestra cultura y, en términos actuales, irrelevante.

Presentadas las anteriores consideraciones, no puede dejarse de reconocer que nuestra sociedad ya no soporta –sin más- el atropello, la disfuncionalidad, el silencio o la exageración de los Poderes Públicos, sin presentar ante quien corresponda el reclamo respectivo o alzar los gritos más destemplados. Atrás quedaron los tiempos de aletargamiento de los colectivos y los propios particulares, siendo claro que nuestro “inconsciente colectivo ya no acepta las desgracias y siniestros como desgracias providenciales”³. Estamos en tiempos de una explosión de la participación ciudadana, la cual se reconoce a sí misma como el motor del avance económico y social (innegable) de los últimos veinte años y protagonista de todos los espacios de intervención del país. Sin embargo, el señalado estallido debe encontrar los medios jurídicos para ser canalizado, caso contrario puede convertirse en un arma arrojada contra los mismos ciudadanos (mediante taras ya vigentes como el corporativismo). Por eso, y hoy más que nunca, la responsabilidad patrimonial de las organizaciones administrativas es parte de la solución frente a la insatisfacción (casi endémica) que acompaña a los peruanos frente al conjunto de los Poderes Públicos del Estado.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe indicarse que vivimos en un tejido social que -en buena medida- se rige por los sellos distintivos de la informalidad e indisciplina. En medio de ese marasmo aparece un insatisfactorio Derecho de Daños que intenta liquidar, sin dejar de tener cierta suficiencia normativa, las diversas afectaciones contra las esferas jurídicas de los sujetos, pero en sus tareas o intentos aplicativos no consigue más que mostrarnos como una sociedad insensible frente a la responsabilidad por los perjuicios reales (antijurídicos)⁴. Si las organizaciones del Poder Público son tributarias de este tejido social, no puede esperarse menos de los efectos que puedan producir los regímenes de responsabilidad creados por el Legislador para estos puntuales

1 Doctorando por la Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Universidad de Piura (Perú). Abogado Asociado del Estudio Echeconpar (Perú). Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Piura (Perú). Miembro de la Unión Iberoamericana Municipalista.

2 Vignocchi, Gustavo, “La responsabilidad civil, administrativa y penal de los Funcionarios del Estado (con especial referencia a la legislación italiana)” en Revista Documentación Administrativa, número 119, 1967, p. 11.

3 Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones” en Revista de Administración Pública, número 150, 1999, p. 320.

4 Estas ideas escritas en el párrafo principal surgen del prólogo escrito por Eduardo García de Enterría al libro de Leguina Villa, Jesús, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Tecnos, Madrid, 1970, p. 14 y ss.

sujetos. Peor todavía, no se puede pretender que existan limitaciones o incentivos para eliminar la omisión o la actuación irregular por parte de éstos, cuando el supuesto normativo no produce las consecuencias jurídicas estimadas en la realidad, sólo porque el primero no se practica, o se olvida de su existencia. Justamente, el tema que revisaremos en este trabajo adolece de este vicio, lo cual ha llevado a que una porción de la responsabilidad regulada por la LPAG sea -para desgracia de todos- una cabal flatus vocis.

Baste sólo entender, en los que nos interesa, que si se gasta mucha tinta en enumerar obligaciones de todo estilo en una norma, entendiéndolas como vinculantes y jurídicamente exigibles a los respectivos destinatarios, al costado de ellas siempre deben existir los mecanismos para castigar y aminorar las conductas que busquen volverlas apariencias o deberes de restringida efectividad. Por lo dicho, es que el instituto de la responsabilidad siempre necesita quedar unido al "concepto de sanción; no hay responsabilidad sin sanción (...). Sanción y responsabilidad son realmente el punto de partida de toda consideración jurídica"⁵. Ahora bien, en conexión con lo anterior, si tenemos varias reglas que son papeles mojados y permiten un sistema de impunidad, es evidente que los ciudadanos perderán la fe en el Derecho como técnica capaz de imponer soluciones justas y prácticas⁶.

Por otro lado, no debe dejar de señalarse que los regímenes de responsabilidad pública si funcionan, superan lo jurídico, teniendo directa incidencia en los costes económicos y la gestión de los servicios prestados por las organizaciones del Poder Público. Incluso, como bien lo afirma L. MARTIN REBOLLO, son capaces de introducir una serie de componentes políticos sobre cómo debe practicarse la intervención pública, los cuales "aunque no sean explícitos, conviene no perder de vista para adecuar el mecanismo previsto a los fines que efectivamente se pretenden. Algunos de estos fines deben ser aflorados para introducir coherencia en la actuación administrativa, pero también en las demandas ciudadanas, de modo que no se les pidan (...) acciones contradictorias"⁷. Por eso, cuando un sistema de responsabilidad se desenvuelve deja al Derecho como la técnica secundaria que busca soluciones a los conflictos e incertidumbres, más allá de la mera interpretación formal y, sobresale, el despliegue de varios otros conocimientos no jurídicos que deberán ser tomados en cuenta en la gestión pública. Claro, este esquema aún no lo vivimos, pues recién estamos en la discusión de cómo poder reemprender la marcha de la responsabilidad administrativa objetiva instaurada por el capítulo I del título V de la LPAG (quizás potenciando su uso mediante mecanismos propiamente administrativos y no bajo el manto ritualista de la pretensión procesal en sede judicial) y paliar la crisis aguda de disciplina que impide al personal administrativo de nuestras Administraciones públicas tener respeto y bregar por metas comunes⁸.

Planteado este ánimo negativo contra un instituto jurídico-administrativo que aparece muy golpeado en los tiempos recientes, a pesar del espíritu importante que impulsó a sus creadores⁹ y al Congreso de la República para instaurarlo, buscando garantizar el fiel cumplimiento del personal administrativo sobre el resto del articulado de la LPAG (volverla una norma del "Derecho vivo", lo cual en parte se ha cumplido) y de ansias por unificar los dispersos regímenes jurídicos de responsabilidad administrativa (lo cual todavía no se consigue), no puedo dejar de dar cuenta sobre la necesidad de otorgarle una mayor sustancia adjetiva a este régimen, eliminando una supletoriedad "universal y mecánica" que recurre malamente a las reglas procesales de la responsabilidad civil por daños, sin un mínimo de respeto y coherencia entre dos Derechos comunes y normales: el Derecho Administrativo y Derecho Civil¹⁰. Además, de que el sistema ajustable a las organizaciones administrativas (el patrimonial), es diametralmente opuesto en naturaleza, sujetos responsables, formas de agresión, fines y mecánica de despliegue con el primero.

5 Vignocchi, Gustavo, "La responsabilidad civil, administrativa y penal de los Funcionarios del Estado (con especial referencia a la legislación italiana)", p. 12.

6 Cfr. Martín Rebollo, Luis, "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones", p. 319.

7 Martín Rebollo, Luis, "La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)" en *Revista Derecho y Salud*, Volumen 9, número 1, 2001, p. 18.

8 Cfr. Dellis Georges y Pappas, Spyros, "Desde la mera disciplina hasta una verdadera deontología" en *Revista Documentación Administrativa*, número 241-242, 1995, p. 501.

9 Cfr. Morón Urbina, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, pp. 774-775.

10 Sobre las cualidades de *común* y *normal* otorgadas a un Derecho puede revisarse el importante trabajo de Clavero Arévalo, Manuel, *Estudios de Derecho Administrativo*, Cívitas, Madrid, 1992, pp. 27 y ss.

Ahora bien, la inclusión de la pretensión procesal por daños patrimoniales ocasionados por “alguna actuación impugnada, conforme al artículo 238 de la Ley N° 27444”, agregada al artículo 5 de la LPCA por la disposición única del Decreto Legislativo 1067, es un avance pero no basta por sí misma. Sin perjuicio, de que podría ser discutible que sólo las actuaciones impugnables puedan ser resarcidas judicialmente, pues esto reduce el ámbito objetivo de la norma sustantiva extendida a todo tipo de actuaciones administrativas, incluidas las específicas por servicios públicos (¿qué pasará con aquellas actividades que no son directamente impugnables en cualquier vía como las actuaciones técnicas o los defectos de obras públicas¹¹?), el agregado debió llevar aparejado la introducción de otras reglas propias que permitan generar la eficacia de este instituto cuando es aplicado por un privado en la jurisdicción contencioso-administrativa. Incluso, pudo ser la oportunidad para pensar en otros mecanismos para materializar la reclamación directa, en vía administrativa previa, ante la Administración Pública agresora, sin que ésta pueda eximirse de su revisión y cumplimiento (de ser el caso). Si se quiere, se pudo intentar la desjudicialización de ciertos aspectos de la siempre litigiosa responsabilidad jurídica de las organizaciones administrativas. Sin embargo, y aunque merece un estudio más profundo, la reforma legislativa del 2008 desaprovechó la posibilidad de un mejor afinamiento de la figura, la cual continúa desfalleciendo en las líneas de una regulación procesal burda y recortada¹².

Dicho esto, quiero centrar esta nota introductoria presentando los ejes básicos de este trabajo. La finalidad del estudio es mostrar un panorama genérico del Capítulo I del Título V de la LPAG, puntualizando las cuestiones problemáticas referidas a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y ciertas críticas enmarcadas en el desaliento que he expresado con anterioridad. Todas estas notas buscan exteriorizar –en puridad– un régimen autónomo diferente a la regulación común establecida en el Código Civil, que debe escapar de una actual marginalidad de tratamiento (casi es vista como una figura menor o secundaria a la responsabilidad civil). Ya no cabe seguir en un rumbo que no conceptualiza a este instituto jurídico-administrativo desde una visión bifronte: como un auténtico “mecanismo de garantía”¹³ para reparar daños causados a los ciudadanos y, a la vez, ante aquellos fines normativos impuestos por el Legislador, como “un medio al servicio de una política jurídica o legislativa”¹⁴.

Me hubiese gustado utilizar el resto del espacio otorgado en esta obra colectiva, junto con los acápites correspondientes al régimen administrativo de riesgos, en manifestar conceptos acerca de la casi inexplorada responsabilidad de los empleados públicos respecto al incumplimiento u omisión de deberes funcionales por la tramitación de procedimientos administrativos. Estas partes concretas hubiesen servido para indicar los ámbitos objetivo, subjetivo y las probables formas procedimentales de este peculiar sistema disciplinario; sin embargo, el tiempo no me ha permitido culminar con este segundo emprendimiento. Aunque, si quisiera expresar una conclusión sintética sobre estos regímenes unidos por el Legislador en una sola sección normativa de la LPAG: ambos tienen no pocas distancias (algunas incluso saltan a la vista desde el simple contraste), pues –de saque– mientras la responsabilidad recaída en cabeza de la Administración pública “es forzosamente limitada, en cuanto a que solamente puede asumir algunas formas especiales, sobre todo de naturaleza civil,

11 Sólo con el afán de mostrar algunos ejemplos que sobrepasan el concepto de “actuación impugnada” (algunos de ellos similares a los soportados, diaria y estoicamente, por los ciudadanos de este país), quiero presentar unos cuantos presentados en la jurisprudencia española, los cuales nos deben llevar a pensar a que el ensanchamiento de la base conceptual de esta pretensión procesal es una necesidad. Así, no sería extraño encontrar recursos judiciales por “suicidios de enfermos diagnosticados en la Administración sanitaria, lesiones producidas por un interno a otro en un establecimiento penitenciario; asfixia de un niño en una piscina municipal con socorrista; caída de un peatón a consecuencia de un golpe que se da con la cuña de salida de garaje puesta por la comunidad de vecinos aconsejada por el ayuntamiento (...) soldados fallecidos a consecuencia de disparos para lo que no habían sido suficientemente entrenados; órdenes de cierre de establecimientos (...) daños producidos por irregular funcionamiento de los semáforos (...) atasco de la red de alcantarillado (...)”. *Vid.* Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones”, pp. 320-321.

12 Algunas preguntas sin responder sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración han sido reseñadas por Morón Urbina, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*, p. 765.

13 Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones”, p. 360.

14 Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones”, p. 360.

algunas veces administrativas y nunca penal (...) la responsabilidad del funcionario es, por el contrario, poliédrica. Tal responsabilidad se articula en las diversas formas (...) administrativa, civil y penal¹⁵.

Justamente, la anterior cuestión debe ser tomada en cuenta por el lector al momento de afrontar estas materias, asumiendo que fuera de la responsabilidad de la organización administrativa existen otros sub-regímenes referidos a fórmulas de responsabilidad administrativa del empleado público insertadas en medio del ordenamiento común del procedimiento administrativo: la disciplinaria surgida por afectaciones a obligaciones funcionales muy particulares cometidas por una persona física que tiene una vinculación subordinada y especial (estatutaria) con la organización administrativa empleadora. A su vez, esta tipo de responsabilidad es distinta de otra fórmula como la responsabilidad formal, la cual aparece frente “a la mera violación de preceptos jurídicos, independientemente del hecho de que aquel que los ha violado pueda haber ocasionado o no daño a la Administración (...) es la responsabilidad en que se incurre por el mero hecho de haber violado normas de organización”¹⁶.

II. LOS ELEMENTOS CONCEPTUALES VITALES DEL RÉGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ORGANIZACIONES ADMINISTRATIVAS PERUANAS

Este régimen es una verdadera respuesta frente a las carencias que plantea la responsabilidad civil (o aquiliana) por daños, construido sobre la base de la culpa o negligencia del causante, pues esta última resulta desequilibrada para atender las afectaciones patrimoniales causadas por las actividades propias de la Administración pública, marcadas en toda su extensión por las potestades y privilegios habilitados por el Ordenamiento a esta organización del Poder Público, los cuales son completamente distintos al ejercicio de derechos y libertades presentados en las acciones de los particulares. Si se quiere, se trata de una regulación separada del Código Civil que “es teóricamente más ventajosa para el dañado porque se trata de una responsabilidad en la que no hay que demostrar culpa o negligencia alguna sino únicamente la existencia de una lesión imputable causalmente a la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos, interpretada esta expresión en un sentido genérico como equivalente a actividad administrativa”¹⁷. Cabe asumir entonces, como lo indicó BERMEJO, que este tipo de sistema debe estimarse como un “contrapeso de las prerrogativas o potestades típicas de la Administración (...) por la cual las Administraciones públicas han de responder por toda lesión que los particulares sufran en sus bienes o derechos e intereses legítimos, siempre que tal lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y con la salvedad de los casos de fuerza mayor”¹⁸.

Por ende, la responsabilidad objetiva de la Administración se configura como una auténtica garantía sustanciada “en un criterio de solidaridad social, por cuya virtud los daños generados por la acción de los poderes públicos no deben pivotar azarosamente sobre el patrimonio de los privados de quienes se ven afectados por su actividad: los efectos perjudiciales indirectos de una actividad dirigida a lograr beneficios colectivos y a actuar en intereses sociales deben ser igualmente asumidos por toda la colectividad y si los beneficios de las funciones administrativas alcanzan potencialmente a todos, también los perjuicios deben repararse por todos”¹⁹.

En otro orden de ideas, vale tener en cuenta que este régimen por riesgos alude expresamente a los términos y medidas conceptuales propios de la responsabilidad extracontractual, inclusive en su contenido “debe diferenciarse (...) de la responsabilidad cuasicontractual que deriva del llamado enriquecimiento injusto o

15 Vignocchi, Gustavo, “La responsabilidad civil, administrativa y penal de los Funcionarios del Estado (con especial referencia a la legislación italiana)”, p. 15.

16 Vignocchi, Gustavo, “La responsabilidad civil, administrativa y penal de los Funcionarios del Estado (con especial referencia a la legislación italiana)”, p. 15.

17 Martín Rebollo, Luis, “La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)”, pp. 9-10.

18 Bermejo Vera, José, *Derecho administrativo básico*, Cívitas-Thomson, Madrid, 2008, p. 467.

19 Gallardo Castillo, Miriam, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 696. (Las cursivas son nuestras).

sin causa (prestaciones de particulares no contratadas pero recibidas por la Administración, por ejemplo) y de otros supuestos en que la Administración está obligada a abonar una cantidad a un particular por causas diferentes (devolución de ingresos indebidos, por ejemplo)²⁰.

Por otro lado, sea bajo el antiguo numeral 238.1 de la LPAG, o con la introducción de ciertas palabras incrustadas en esta disposición por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1029, el sistema de responsabilidad patrimonial de nuestras organizaciones administrativas sigue estando conformado por los conceptos de lesión y servicio público. Por un lado, la lesión es considerada como el daño o perjuicio antijurídico, sea económico, físico o moral, que el administrado afectado por la acción administrativa no tiene el deber jurídico de soportar²¹. Este daño debe poseer algunas características básicas como que tiene que ser efectivo (realmente producido en la esfera jurídica del administrado), evaluable (medible económicamente en cualquiera de sus configuraciones)²² e individualizado o fácilmente individualizable (sobre un sujeto o un conjunto determinado de éstos)²³, según lo establecido por el numeral 238.4 de la LPAG. En el mismo sentido, la antijuridicidad (objetiva) le da carta de naturaleza al menoscabo sufrido por el privado, especificándolo como tal y permitiendo que sea la cobertura jurídica para un posible resarcimiento pecuniario, no importando para esto la legalidad o ilegalidad de la acción administrativa que cause el daño, ya que la responsabilidad se deriva tanto de actuaciones u omisiones ilícitas como de actuaciones lícitas, dado la amplitud de supuestos que permiten “los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas”²⁴. En sentido inverso, y bajo estricta necesidad de conformación casuística en la vía judicial²⁵, no se podría resarcir los atentados patrimoniales por causas justas impuestas por el Ordenamiento, tales como por ejemplo las exenciones preceptuadas en el numeral 238.2 de la LPAG, centradas en actuaciones administrativas enérgicas, razonables y proporcionales cometidas “en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos”, o, surgidas de manera amplia en aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas por “daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias”. A esto, cabe agregar unas causales de indemnidad bastante puntuales por situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o eventos derivados por acción directa del damnificado o de un tercero, sin que en estos casos el Legislador haya mencionado algunas características básicas para sus respectivas conformaciones tales como si los hechos lesivos deben ser exteriores, imprevisibles o no, indeterminados o no, inevitables o no, o cuáles son los conceptos que guían la introducción de causas ajenas a la organización administrativa (ver el escueto numeral 238.2. de la LPAG).

A mayor abundamiento, y en concreto acerca de las exenciones de fuerza mayor y caso fortuito, es pertinente mencionar que un reciente estudio del profesor BACA ha puesto en evidencia una mini-crisis normativa, conceptual y terminológica creada por la reforma introducida por el Decreto Legislativo 1092 en cuanto a un régimen que se hace llamar objetivo pero que cuenta con figuras propias de la responsabilidad por culpa. Así, sobre estas causales de indemnidad ha mencionado que “para un observador no familiarizado con el Derecho Civil peruano, la reciente modificaciones de la LPAG realizadas por el Decreto Legislativo 1029 daría una pista definitiva sobre el carácter subjetivo de la responsabilidad, pues frente a la redacción

20 Sánchez Morón, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 916.

21 Por todas se pueden revisar las sentencias del Tribunal Supremo Español de 8 de julio de 1971, de 27 de enero de 1971 y de 16 de febrero de 1999. También, es pertinente revisar la obra de Jiménez Lechuga, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 263.

22 Esta característica elimina la posibilidad de indemnización del daño futuro, eventual, hipotético, condicionado, o que simplemente no demuestra su producción sobre un objeto determinado. En este punto, y siguiendo los primeros criterios, por su entidad económica y efectividad material, podrían ser indemnizables los daños morales pero no las supuestas lesiones causadas por las cargas regulares de la vida social (trazados por desvío de carreteras, pago de impuestos, eliminación de residuos sólidos o desperdicios). *Vid.* Bermejo Vera, José, *Derecho administrativo básico*, p. 469.

23 Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones”, p. 345.

24 Cfr. Jiménez Lechuga, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho español*, p. 254.

25 Frente a lo señalado en el párrafo principal, el profesor L. Martín Rebollo ha caracterizado a este régimen de responsabilidad patrimonial indicando que es “un sistema sencillo, avanzado y generoso. Pero es también un sistema casuístico –lo cual es inevitable– y un sistema inseguro, lo cual cabe preguntarse si es igualmente inevitable”. *Vid.* Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones”, p. 345. (Las cursivas son nuestras).

original, que siguiendo a su fuente española, sólo liberaba a la Administración por fuerza mayor, introdujo el caso fortuito como causa de exclusión. Y si la máxima virtualidad de la responsabilidad objetiva es hacer responsable a la Administración por los accidentes; es decir, por el caso fortuito, la responsabilidad sería subjetiva en el Derecho peruano, pues aquella no respondería por éstos. Sin embargo (...) el art. 1972 del Código Civil peruano incluye entre las causas al caso fortuito (...) por lo que nada podríamos deducir del Decreto Legislativo 1029 (...) la inclusión de estas causas de exclusión de responsabilidad y su correspondencia (relativa) con el Código Civil si podrían servir como una pista para determinar el sistema de responsabilidad vigente, pues la fuerza mayor y el caso fortuito se usan en la norma para excluir la responsabilidad objetiva, pues es innecesario contemplarlos expresamente para descartar la responsabilidad subjetiva, ya que basta la ausencia de culpa²⁶.

Es evidente, siguiendo lo explicado por BACA, que el Legislador ha atemperado el régimen objetivo, convirtiéndolo en un sistema mixto que admite ciertos conceptos de la responsabilidad aquiliana. Sobre este punto volveré en la última parte de este trabajo, sin embargo si me gustaría dejar en claro que ambas exclusiones de responsabilidad patrimonial nos llevan a pensar que el alcance universal y absoluto de esta figura se habría puesto en entredicho, si se quiere se habría sido aminorado en supuestos concretos, no existiendo sustento para pensar que la Administración deba responder ante todo hecho lesivo causado sobre un patrimonio ajeno, desde su actuar o sola presencia. Estas últimas afirmaciones deben complementarse con un entendimiento cabal acerca de los supuestos de estado de necesidad implantados en la LPAG, en cuanto a la producción de daños (¿jurídicos?) en esferas de administrados en defensa de ciertos derechos constitucionales y bienes jurídicos de importancia previstos en el ordenamiento (ver numeral 238.2), por los cuales “no se busca castigar a nadie, sino simplemente determinar qué patrimonio debe asumir el costo de los daños. Así, puede justificarse que en este caso no responda quien causó el daño, pero sí deba hacerlo quien se benefició con él. Por tanto, si es daño se produjo en beneficio de terceros, es razonable que no haya responsabilidad administrativa, pues son ellos los quienes deben responder²⁷.”

En otro orden de planteamientos, como ya habíamos adelantado, los servicios públicos se interpretan en versión funcional y amplia, como equivalentes a las actividades administrativas ordinarias de diversa índole, o según lo indicado por la jurisprudencia española como “la acción administrativa en su conjunto que abarca todo giro o tráfico normal (...) actividad, gestión o quehacer administrativo²⁸”. En ese ámbito, quedarían enmarcados los actos administrativos (la actividad jurídica-administrativa por excelencia), además de “los actos puramente materiales, las vías de hecho, los actos administrativos declarados nulos por los Tribunales contenciosos y, en general, por las acciones u omisiones antijurídicas que el administrado no está obligado a soportar²⁹”. Quedarían fuera de la materia indemnizable, por decisión del Legislador en el numeral 238.1. de la LPAG, todas las actividades técnicas gestionadas por concesionarios u otros contratistas que colaboran con las Administraciones Públicas³⁰, así como los actos “personales” practicados por los empleados públicos³¹. No considero, mereciendo por cierto un estudio particular, que los sujetos delegados a los cuales formalmente se les haya encomendado una potestad administrativa puedan ser directamente imputados por este régimen de la LPAG, sin embargo la Administración titular de esta competencia o función, por co-responsabilidad (culpa in vigilando) frente a los actos del agente delegado, si podría quedar sometida a los alcances de la responsabilidad objetiva.

26 Baca Oneto, Víctor, “¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Peruano? Razones para una respuesta negativa” en *Revista de Derecho Administrativo*, número 9, año 5, pp. 247-248.

27 Baca Oneto, Víctor, “¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Peruano? Razones para una respuesta negativa”, p. 248.

28 Al respecto, es conveniente revisar la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 27 de marzo de 1980.

29 Jiménez Lechuga, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho español*, p. 248.

30 La regla general que impide la respuesta resarcitoria de la organización administrativa frente a daños ocasionados por contratistas o concesionarios, sujetos privados colaboradores de este Poder Público no integrados –evidentemente– en su estructura, se podría quebrar cuando cualquiera de los segundos actúa “cumpliendo una orden de la Administración, pues en estos supuestos está obligado a realizar todo aquello que la Administración le ha ordenado; con lo cual, le está considerando como un agente suyo (...) aunque en estos casos el daño lo haya causado el concesionario, no le es a él imputable, sino al autor mediato, que es la Administración, ya que se ha valido de este sujeto para realizar su voluntad”. *Vid.* Beladiez Rojo, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 151.

31 Cfr. Morón Urbina, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*, p. 762.

Entre la lesión y los servicios públicos debe existir un nexo causal que junte a ambos extremos para probar que el funcionamiento regular o no de las actividades administrativas ocasionaron el daño antijurídico, “de manera directa, exacta, exclusiva y sin intervención de elemento extraño alguno (la fuerza mayor, por ejemplo)”³². No cabe asumir como resarcibles aquellas lesiones que no cuenten con este elemento. Entonces, estamos en presencia de un requisito o presupuesto directo y exclusivo que permite valorar jurídicamente los hechos u omisiones que aparecerían en un caso concreto. Ahora, la cuestión enunciada de manera genérica no resulta nada sencilla de desenredar, ya que la existencia de relación de causalidad imputada a la Administración por un daño, presenta aristas que hacen difícil lograr su adecuada definición sin tropezar en un sinnúmero de problemas que han tratado de ser solucionados mediante teorías de los más diversos estilos (de la previsibilidad, causa remota, causa próxima, equivalencias de las condiciones, la causalidad basada en juicios de probabilidad)³³. Lo dicho, en nuestro objeto de estudio, abre la discusión hacia dos tesis en razón de las actuaciones administrativas anormales (ilícitas, por mala prestación de la actividad, tardanza u omisión de la misma) o normales, así:

- a) En caso de funcionamiento anormal la doctrina comparada se ha decantado por la denominada teoría de la “equivalencia de las condiciones” con objeto de “responsabilizar a la Administración, incluso en el supuesto de que concurra en la acción dañosa un hecho de tercero o haya culpa de la víctima”³⁴. En nuestro ordenamiento, dicha tesis se ha visto mitigada, tal como habíamos adelantado y desarrollaremos luego, con la introducción de algunos supuestos abstractos de exclusión basados en la culpa exclusiva o concurrente por un “hecho determinante del administrado damnificado o de tercero” que produzca una determinada lesión.
- b) En cuanto al funcionamiento normal, la jurisprudencia comparada ha aceptado varias teorías “que discriminan la relevancia del hecho causal, es decir causalidad eficiente, causalidad adecuada, imputación objetiva (...) Según la primera de las teorías citadas, cualquiera de los hechos que intervienen en el proceso causal es susceptible de producir daño, mientras que de conformidad con las segundas, para que un hecho sea considerado causa del daño, debe ser idóneo en sí mismo para producirlo”³⁵. Nuestro LPAG tiende a decantarse por la idea de un daño producido por actividades administrativas con cierta consistencia y características previas (como que tengan directa e inmediata relación con la lesión, y que sean provistas sólo por organizaciones administrativas). Por tanto, aunque extensa y tuitiva en su ámbito, de saque toda actuación administrativa debe tener ciertos grados de idoneidad de cara a la afectación, sin perjuicio que ésta luego -en sí misma- deba gozar de otras características previstas en el numeral 238.4 de la LPAG. Esto nos lleva a pensar que la ratio legis de este capítulo buscaba llamar la atención sobre el funcionamiento administrativo anormal, colocando en posición secundaria al regular. Esta preferencia impacta en la revisión de la materia litigiosa hecha por el Juez, debiendo éste asumir que el funcionamiento normal indemnizable se consolida desde ciertos criterios de referencia para el resarcimiento y un respeto escrupuloso por la discrecionalidad administrativa, con lo cual sus razonamientos deberán tomar en cuenta “las funciones de la responsabilidad. Y si antes decía que es, sobre todo, garantía y control, ahora añadido (...) también seguro y precio. Seguro por el riesgo derivado de ciertas actuaciones inevitables e imprevisibles. Precio por el ejercicio legítimo de ciertas políticas. El riesgo relevante que hay que aceptar puede ser a veces explícito. El precio de la actividad remite a los daños expropiatorios o cuasiexpropiatorios”³⁶. Todos estos criterios previos tienen un objetivo doble: evitar la parálisis futura de la organización condenada y un escape a su ejercicio cotidiano de potestades habilitadas por el ordenamiento.

32 Jiménez Lechuga, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho español*, p. 256.

33 Cfr. Baca Oneto, Víctor, “¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Peruano? Razones para una respuesta negativa”, p. 236. Este autor peruano sigue en este punto a la importante reflexión expresada por el profesor español Santamaría Pastor sobre las dificultades para conceptualizar la causa jurídico-administrativa. Vid. Santamaría Pastor, José Alfonso, “La invalidez de los contratos públicos” en Vol. Col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, Cívitas, Madrid, 2004, p. 385 y ss.

34 Bermejo Vera, José, *Derecho administrativo básico*, p. 471.

35 Bermejo Vera, José, *Derecho administrativo básico*, p. 471.

36 Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones”, p. 367.

Por otro lado, la imputación de responsabilidad a la organización administrativa implicará entender que no necesariamente toda intervención de terceros exime a la Administración pública de la posibilidad de resarcir económicamente, el Legislador ha incluido en el numeral 238.2 de la LPAG un concepto jurídico indeterminado -hecho determinante- que deberá aplicado e interpretado de manera prudente y moderada por los Jueces. En estos supuestos, existen verdaderas posibilidades de atemperar la responsabilidad administrativa (por concurrencia o compensación de culpas), incluso de quebrar el propio nexo causal (claro de probarse la calidad y autoría del hecho cometido por un privado)³⁷. Al respecto, un crítico argumento de L. MARTÍN REBOLLO, puso en evidencia que el tipo de casualidad exigible para la responsabilidad objetiva (por riesgos) se convierte en la clave para dirimir los conflictos surgidos alrededor del sistema, pero en particular para resolver supuestos tan escabrosos como los anteriores, más todavía en tiempos como los nuestros donde los conocimientos y datos de diversa índole son abundantes y ultra especializados; por eso, por encima del uso de una palabra de acompañamiento o formales argumentos que adornen la sentencia, hace falta que el Juez ponga mucho empeño en definir la relación de causalidad entre el productor y la afectación cometida³⁸. Todo esto, con mucho mayor énfasis, cuando se pretenda excluir la responsabilidad administrativa.

En conexión con lo anterior, siguiendo el mismo elemento conceptual y aristas del “hecho determinante” del numeral 238.3 de la LPAG, resultaría más claro el supuesto de exención del riesgo cuando la imputación directa y total del daño sea atribuible al propio administrado afectado, sin posibilidad alguna de poder trasladar, o esgrimir recodos de relación con actuaciones administrativas. Por tanto, la culpa de la víctima debe ser valorada y subsumida por el Juez como el presupuesto causal entre los hechos y las consecuencias patrimoniales negativas acaecidas. Entonces, estamos nuevamente ante la quiebra del nexo causal por concurrencia o compensación de culpas. En el mismo sentido, un par de ejemplos de estas situaciones, provenientes de la jurisprudencia española, podrían ayudar para dar mayores luces sobre este tema: así puede eliminarse la responsabilidad patrimonial por el suicidio de un detenido en una celda policial (STS de 18 de mayo de 2002), aunque en este caso se haya discutido abiertamente la culpa in vigilando y negligente custodia del preso; en segundo término, la explosión de un depósito de gas por descuido comprobado del particular (STS de 25 de enero de 1992)³⁹. En estos dos casos, el argumento principal para consolidar la indemnidad es la prueba hecha por la organización administrativa involucrada, de que sus actuaciones se desplegaron normalmente (sean de guardia policial, fiscalización o inspección), sin errores u omisiones, tal como lo había efectuado anteriormente en otros casos de similar naturaleza o condición.

Una especificación más sobre la imputación jurídica. No basta con que el daño pueda ser endosable –a priori- a la Administración pública, resulta necesario que en cualquier caso esta lesión, sea en funcionamiento normal o anormal de las actividades administrativas, so pena de extender irregularmente la capacidad tuitiva de la responsabilidad objetiva hacia supuestos que no se incardinan en el servicio público; sea causada por un empleado público “realizando una actividad relacionada con el servicio, pues de otro modo no sería el servicio el que creara el riesgo, sino un sujeto particular; y ya se visto que sólo se puede imputar daño a aquel que ha creado el riesgo cuya realización ha causado el resultado lesivo. Por esta razón, no se imputan a la Administración los daños que los agentes públicos causen cuando actúen con desconexión total del servicio. Los daños que se imputan a la Administración son aquellos que derivan de la realización de los riesgos propios de los servicios públicos, por lo que si falta este elemento, la mera pertenencia formal del causante del daño a la organización administrativa no dará lugar a la responsabilidad de ésta”⁴⁰.

Un punto aparte que merece ser analizado es la regla introducida por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1029, mediante la cual se reforma íntegramente el numeral 238.3 de la LPAG, preceptuándose la obvedad de que la declaratoria judicial o administrativa de nulidad de un acto administrativo “no presupone necesariamente derecho a la indemnización”. Y digo esto, porque la nulidad genera un efecto inmediato, determinado por el vicio jurídico transcendente y grave, subsumido en una causal legalmente establecida y que ha quedado demostrado en la estructura del acto anulado; esto es su expulsión y la destrucción completa de todos los efectos que ha producido, imposibilitándose la emisión de otros nuevos. En suma, la nulidad declarada

37 Cfr. González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Cívitas, Madrid, 1993, p. 125.

38 Cfr. Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones”, p. 346.

39 Bermejo Vera, José, *Derecho administrativo básico*, p. 473.

40 Beladiez Rojo, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, p. 152.

oficialmente por la autoridad competente, en tanto, el más enérgico instrumento de respuesta y remedio ante un acto inválido, permite el surgimiento efectivo de la máxima *quod nullum est nullum effectum* productum y la liquidación de la presunción de validez de éste (el principio de legalidad prima por sobre la estabilidad de las relaciones jurídicas y la seguridad jurídica)⁴¹. De ninguna manera, con la emisión de una declaración judicial o administrativa anulatoria, podría justificarse que el vicio invalidante produce una lesión contra un privado, con lo cual el nexo causal quedaría reservado para otro tipo de revisiones y probanzas que miren directamente a este presupuesto. Más aún, no todas las anulaciones pueden producir afectaciones patrimoniales a la esfera jurídica de los privados, porque en algunos casos la materialización de la invalidez de un acto es causada por el mismo administrado o provienen de la práctica de potestades discrecionales habilitadas por el Legislador a la organización administrativa para que conforme directamente el interés público, desde distintas opciones y criterios no necesariamente jurídicos. Al respecto, BLASCO ESTEVE ha destacado que la responsabilidad de la Administración se atenúa en las declaraciones de actos inválidos, restringiéndose sus posibilidades de efectividad por debajo de otros ejemplos como el resarcimiento por lesiones causadas frente a actos materiales o la desviación del poder, no siendo posible en estos supuestos llevar hasta sus últimas consecuencias la concepción objetivista de la institución⁴².

Por tanto, debe entenderse la diversidad de causas y responsables que ocasionan la invalidez jurídica de un acto administrativo, apareciendo esta regla sólo para reafirmar la necesidad de probanzas judiciales a partir de una pretensión autónoma, destinadas a revisar los posibles presupuestos de responsabilidad patrimonial que hemos venido explicando. En ese orden de ideas, considero que los profesores ABRUÑA y BACA han hecho bien, a partir de los alcances de la regla establecida en el numeral 205.1 de la LPAG, en puntualizar que “esta previsión general de la obligación indemnizatoria debe ser matizada, pues únicamente debe indemnizarse cuando además, el particular no tenga el deber de soportar el perjuicio. Así, por ejemplo, ha de distinguirse entre la pérdida “subjetiva” de las condiciones que justificaron la emisión del acto, que generalmente no será indemnizable, y la pérdida “objetiva”, que si lo será”⁴³.

Para cerrar este acápite, quisiera presentar una pieza conceptual que merece especial atención por impactar en el cauce (jurisdiccional) donde se definen los elementos antes vistos y la posibilidad consecuente de resarcir a un afectado; ésta es el principio de unidad jurisdiccional. La figura mencionada se desprende de la propia configuración del régimen de responsabilidad administrativa reconocido en la LPAG y de la pretensión procesal de más reciente aprobación preceptuada en el incorporado numeral 5 del artículo 5 de la LPCA, produciendo la obligación de que cualquier supuesto que se convierta en materia judicializada, deba ser ventilado -de manera exclusiva- en la sede contencioso-administrativa, salvo “la sola excepción de la jurisdicción penal cuando la responsabilidad civil deriva de un delito cometido por funcionarios; supuestos en el que la responsabilidad de la Administración es sólo subsidiaria”⁴⁴. Podría afirmarse la existencia de una excepción más al principio de unidad jurisdiccional, puntualmente cuando la organización administrativa, previa aceptación regulada por Derecho administrativo, se desprende de sus potestades y privilegios (*ius imperium*) para desenvolverse como un privado más sometido al Derecho común, claro en estos casos este sujeto se liga al sistema de responsabilidad civil del Código Civil, pero no por razones “ontológicas” (de naturaleza originaria), sino más bien porque existe un acto administrativo que permite y fundamenta la transformación temporal o casuística de la Administración en un sujeto de naturaleza privada. Por tanto, la unidad del fuero procesal no se desintegra de ninguna manera frente al caso presentado, por el contrario se reafirma, ya que todas las actuaciones administrativas de la organización administrativa, en tanto organización del Poder Público, podrían ser sometidas a su cauce jurisdiccional natural (el contencioso-administrativa), con la finalidad de revisar si producen afectaciones patrimoniales contra los administrados.

41 Cfr. Baca Oneto, Víctor, “La Ley 27444 y la mal llamada nulidad de pleno derecho” en Revista Peruana de Jurisprudencia, número 48, 2006, compendio especializado, p. 7 y ss. También de este autor es pertinente revisar su trabajo “La inexistencia, una noción instrumental necesaria en el Derecho Administrativo Peruano” en Vol. Col. *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*, Palestra, 2007, p. 252 y ss. En la doctrina comparada existen innumerables trabajos sobre esta materia, pero siempre es necesario revisar a Santamaría Pastor, José, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972.

42 Blasco Esteve, Avelino, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Cívitas, Madrid, 1985, p. 34 y ss.

43 Abruña Puyol, Antonio y Baca Oneto, Víctor, *Notas al curso de derecho administrativo*, pro manuscrito, 120.

44 Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones”, p. 345.

En el mismo sentido al explicado en el anterior párrafo, el profesor L. MARTIN REBOLLO acepta que la jurisdicción civil puede ser competente, no sólo para estas actuaciones residuales e instrumentales de las organizaciones administrativas en las que las afectaciones derivan de “la actividad estrictamente privada y ajena al servicio del funcionario”⁴⁵, sino también para daños ocasionados por empresas públicas de configuración jurídico-privada (sociedades mercantiles) y “cuando la Administración tiene asegurada su actividad y el dañado se dirige contra la entidad aseguradora (...) planteándose la delicada cuestión de quién verifica ab initio la realidad del daño y su extensión (...) Al refugiarse en la técnica aseguradora privada, la Administración no puede pretender evitar una consecuencia derivada de ella en garantía de las víctimas”⁴⁶.

III. ACERCA DE LA DIFÍCIL CONSOLIDACIÓN DEL MONTO INDEMNIZATORIO Y LA REPETICIÓN JUDICIAL CONTRA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Un punto que merece una reseña separada es la indemnización. El numeral 238.5 de la LPAG -también modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1029- ha reconocido que la cuantía indemnizatoria es establecida sobre los hombros del principio de integridad patrimonial, ya que todo daño de origen administrativo debe ser resarcido económicamente (mediante sumas de dinero), a fin de dejar “indemne” el patrimonio de la víctima⁴⁷, no importando la calidad de las lesiones ocasionadas contra ésta, sean materiales o morales, “directas e inmediatas” (daño emergente) o colaterales (el lucro cesante). Frente a esta regla positiva, debo indicar que el Legislador peca por exceso pues no limita el contenido abstracto del mencionado principio mediante algún otro criterio objetivo, razón que obligaría a un operador a ponderar posibles restricciones en pos de generar el montante exacto y equitativo en un pleito judicial. En este caso, cabe reconocer que el damnificado se encuentra prohibido de enriquecerse de manera injusta, merced a una suma indebida de los componentes de la indemnización, o porque el Juez de la causa no tomó en cuenta ciertas prestaciones accesorias económicas o previos beneficios con intención reparatoria otorgados por la Administración condenada. Entonces, la fijación de la cifra final necesita del equilibrio y balance entre dos principios ubicados en las antípodas (integridad patrimonial versus enriquecimiento injusto).

Adicionalmente, es necesario tomar en cuenta ciertas consideraciones extras sobre la imposición de un monto resarcitorio, asumiendo que varias de ellas se colocan bajo el manto del escueto numeral 238.5 de la LPAG, y algunas otras necesitan de un urgente desarrollo normativo y jurisprudencial (hoy, prácticamente inexistente). En ambos casos, estas cuestiones buscan resolver aspectos prácticos de la imposición de sentencias condenatorias pecuniarias:

- Para la cuantificación económica de daños personales diferentes a los materiales, se necesita crear valores económicos de sustitución introducidos en normas reglamentarias que amplíen de manera efectiva la cobertura del concepto legal “daño a la persona”, con el propósito de generar objetividad y seguridad jurídica en la valoración judicial. En ese orden de ideas, piénsese por ejemplo en la solución justa de un caso real: las víctimas de contagio de virus de VIH en hospitales públicos aparecidas durante la década pasada. Las respuestas para estos hechos que se podrían alcanzar con criterios objetivos como la edad del fallecido, las cargas familiares demostrables, las expectativas o status profesional frustrado, serían importantes y equitativas, al menos de mayor nivel que las actuales. Esto aunque no es ninguna novedad urge ponerlo en práctica, porque en las circunstancias recientes no se nota un rumbo claro.

45 Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones”, p. 353.

46 Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones”, p. 354.

47 Cfr. Jiménez Lechuga, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho español*, p. 263.

- Es necesario que el Juez entienda que la “cuantía de la indemnización tiende a evaluarse con mayor generosidad cuando el hecho lesivo sea imputable al funcionamiento anormal del servicio público o a dolo o negligencia grave de los funcionarios que lo presten”⁴⁸.
- Es necesario restringir la cuantía indemnizatoria o incluso no decretarla, cuando aparezcan –respectivamente- supuestos de culpas concurrentes o conductas culpables absolutamente atribuibles a la víctima.
- El proceso de evaluación de los perjuicios efectuado por un Juez, debe tomar en cuenta que no todos ellos se reparan con dinero, siendo indispensable entender la causa de los mismos para establecer cómo debe ser corregidos. Así, no “se reparará igual el daño procedente de un hecho natural (caso, por ejemplo, del establecimiento que se inunda por el alcantarillado) que el procedente de una intervención humana (caso, por ejemplo, del cierre de establecimiento por virtud de sanción)”⁴⁹.
- La integridad de la indemnización incluye la idea de que estas deudas son reales y actualizables (eliminación del concepto de obligaciones dinerarias nominales). Si se quiere son “créditos de valor”. Esto “obliga a fijarlas teniendo en cuenta no el momento en que se produjo la lesión y se hizo posible su reclamación, sino el momento actual en el que la indemnización es efectivamente pagada. Se le pone así a cubierto al lesionado de los perjuicios ciertos que le seguirían de una valoración en tiempo pasado por efecto de la rápida devaluación monetaria y de los enormes retrasos con que los Tribunales efectúan sus tasaciones y las ejecutan”⁵⁰. Ahora bien, podría alegarse –desde una interpretación meramente mecánica- del actual numeral 238.5 de la LPAG que nuestro ordenamiento no acepta esta postura, peor si quedó derogada la antigua norma que indicaba que “la cuantía de la indemnización (...) se calculará con referencia al día en que el perjuicio se produjo”, según expreso mandato del artículo 1 del Decreto Legislativo 1029. Aunque el propósito del Legislador haya sido hacer pervivir el carácter nominal, cosa que sería muy discutible porque se opone al principio repetidamente expuesto de la norma legal vigente y a otro básico que rige esta materia: la garantía patrimonial⁵¹, no puede dejarse de lado -en esta respuesta- al resto de elementos del régimen de responsabilidad administrativa que lo tipifican como un sistema general capaz afrontar la reparación integral del damnificado. No creo, ni es equitativo, que al privado se le pueda ofrecer una sentencia justa que reconozca la afectación pero sólo resarza económicamente los montos calculados en versión pasada e irreal. Esto no se condice con la estructura y fines queridos por el Legislador en la LPAG, ni con el principio de acceso a la justicia material que debe guiar a la Judicatura nacional, y, en último término con la regla general adjetiva contenida en el artículo 43 de la LPCA de que la Administración condenada “está obligada al pago de los intereses que generen el retraso en la ejecución de la sentencia”.
- Es necesario que la conformación de las sentencias condenatorias tengan impregnada los alcances del principio de legalidad presupuestaria, al menos en cuanto a la perspectiva de que existe un procedimiento administrativo de gasto y pago en el que “el presupuesto continúa siendo el límite de actuación y de organización”⁵² de los fondos públicos asignados particularmente. Sin embargo, de nuevo con el equilibrio para evitar la deformación de las instituciones, así la Ley presupuestaria sea habilitadora y límite ex post del financiamiento público (incluido el necesario para los créditos administrativos), constituyendo un verdadero presupuesto de validez jurídica para todas las ac-

48 Jiménez Lechuga, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho español*, p. 263. (Las cursivas son nuestras).

49 Jiménez Lechuga, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho español*, p. 264.

50 Jiménez Lechuga, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho español*, p. 264.

51 Cfr. Baca Oneto, Víctor, “¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Peruano? Razones para una respuesta negativa”, p. 233.

52 Villar Palasí, José Luis, “La dinámica del principio de legalidad presupuestaria” en *Revista de Administración Pública*, número 49, 1966, p. 10. En igual dirección a lo manifestado en el párrafo principal, cabe recordar el valor y alcance de la Ley de Presupuesto, asumiendo que ésta es “una norma periódica típicamente autoritativa en términos generales o básicos, de un marco que contempla los lineamientos fundamentales de la política de ingresos y gastos del Estado para el año calendario”. *Vid.* Cea Egaña, José Luis, “Sobre el principio de legalidad presupuestaria” en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 19, número 3, p. 425.

tuaciones correspondientes, esto no significa que ex profeso la organización administrativa pueda desconocer el valor “de una situación jurídica perfecta por el mero hecho de que no exista crédito presupuestario”⁵³. Es decir, aunque existan topes máximos para gastar, las sentencias firmes no pueden dejar de ser efectivas tras la rigidez y fortaleza de la legalidad presupuestaria activa.

- Un reflejo de lo anterior es lo que sucede en la ejecución de sentencias del contencioso-administrativo. Bajo, el esquema de límites presupuestarios y cumplimiento de los mandatos judiciales, agregado al privilegio de no ser compulsada en sus bienes de dominio privado hasta por seis meses ante incumplimientos sucesivos, la organización administrativa se rige por una escalera gradual de supuestos para ejecutar resoluciones que contienen obligaciones pecuniarias impuestas judicialmente, a partir de lo preceptuado por el artículo 42 de la LPCA y el Decreto Supremo 175-2002-EF, entendiéndose que la cuantía indemnizatoria es el criterio que va activando las fases sucesivas de ampliación presupuestaria cuando el pliego específico no puede cumplir con estas cifras monetarias, pudiendo “destinar hasta el tres por ciento (3%) de la asignación presupuestal que le corresponda al pliego por (...) recursos ordinarios (...) con cargo a la Categoría del Gasto 5 Gastos Corrientes, en el Grupo Genérico 3, Bienes y Servicios” de esta fuente de financiamiento (ver, respectivamente, el numeral 42.3 de la LPCA y el artículo 2 del Decreto Supremo 175-2002-EF).
- El casuismo que empapa el sistema objetivo de responsabilidad administrativa, aunque todavía no lo vivimos de una manera plena, merece una reflexión adelantada pensando en lo que nos tocará afrontar tarde o temprano. Puntualmente, merece pensarse el alcance del sistema, a partir de la especificación concreta de que daños podrían ser indemnizables dentro de un marco normativo plagado de conceptos jurídicos indeterminados (como funcionamiento anormal, lesiones que “el administrado tiene el deber jurídico de soportar”, etc.), los cuales quedarán siempre bajo una posible decisión subjetiva del Juez. Es decir, sin mucho apremio, podrían existir varias visiones sobre cuál es el correcto desenvolvimiento administrativo, con diferentes estándares planteados por cada magistrado competente. Frente a este panorama, hace falta potenciar al máximo la actuación de medios probatorios y, en un futuro no muy lejano, sería indispensable contar con parámetros legislativos que fijen desde varios aspectos (económicos, políticos o sociológicos) “cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”⁵⁴.
- Con lo expuesto en la anterior consideración volveríamos al planteamiento inicial, si el régimen de riesgo administrativo es objetivo necesita –al costado- de razones concretas que delimiten su contenido muchas veces gaseoso, más si se van a utilizar fondos públicos en la plasmación de los posibles resarcimientos. Esto es un imperativo ineludible para afrontar el futuro de la institución. Sobre el particular, algunas interesantes críticas han sido planteadas por el profesor PANTALEÓN, cuándo se refería a estos apotegmas indeterminados, frente a los que cabría una forma de introducción de culpa en la actividad del agresor, logrando así una atenuación del sistema frente a senderos que –mal llevados- podrían ocasionar el colapso de la hacienda pública y la parálisis de las organizaciones administrativas: “el perjudicado deberá soportar el daño producido como consecuencia del funcionamiento de un servicio público cuando resulte simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que deba soportarlo. Algo parecido –se notará- a la obviedad de que el perjudicado por la Administración deberá soportar el daño siempre que la Administración no tenga que indemnizarlo (...) A ver si hay suerte, y acaban por pensar que lo razonable es, como regla, que el perjudicado debe soportar el daño si no hay culpa imputable a la Administración titular del servicio (...) Pero, ¿y si no hay suerte, habida cuenta de lo que los jueces del contencioso-administrativo han venido tomando durante más de cuarenta años como dogma de progresista? (...) ¿No es preferible admitir que la regla general tiene que ser de que esa responsabilidad exige la culpa (no necesariamente localizada en una persona identificada) de la Administración demandada, sin ocultarla vergonzosamente bajo capas como la antijuridicidad del daño o la causalidad administrativa, estableciendo al propio

53 Villar Palasí, José Luis, “La dinámica del principio de legalidad presupuestaria”, p. 17.

54 Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones”, p. 365.

tiempo de la Ley una forma explícita y taxativa los casos de responsabilidad objetiva que deben exceptuar aquella regla general?”⁵⁵.

Dejando de lado la teoría sobre la indemnización, quisiera pasar al segundo tema de este acápite referido a la acción de repetición judicial prevista en el numeral 238.6 de la LPAG, incoada por parte de la organización administrativa en contra de los empleados públicos que hayan sido considerados -judicial o administrativamente- como directos responsables de la afectación patrimonial causada. Todo esto, luego de que la organización administrativa condenada por los Tribunales haya pagado la indemnización prevista a favor de los administrados damnificados. Debe entenderse que la responsabilidad civil aplicada sobre la relación Administración – empleado público tiene dos vertientes, una de las cuales sería la aludida, la segunda faceta que no revisaremos en este trabajo sería aquella por la que “la Administración puede dirigirse directamente contra el funcionario cuando éste ocasiona daños y perjuicios a los bienes y derechos del Estado”⁵⁶. Entonces nos centraremos en desenredar la responsabilidad civil en vía de regreso de los empleados públicos como ámbito que complementa el impedimento de demandar directamente por daños a cualquiera de éstos, ya que las lesiones en el esquema de riesgos explicado siempre serán imputables a la Administración, siendo este Poder Público el encargado de cubrir –en primera instancia- las actividades u omisiones atentatorias de su personal⁵⁷.

La justificación conceptual que impide la demanda por responsabilidad extracontractual bajo los términos del párrafo precedente, se puede encontrar en las fórmulas de imputación que antes habíamos resumido. Cuando se atribuye un daño antijurídico a la Administración, ésta debe hacerse responsable de éstos así existan suficientes elementos para conectarlos con autores materiales pertenecientes a su personal, porque “es la organización administrativa la que ha creado el riesgo de que los funcionarios o agentes de la misma causen daños dolosa o imprudentemente; riesgo; que, al tener la consideración de jurídicamente relevante, permite atribuirle los resultados lesivos que la materialización del mismo ocasionen (...) el riesgo que ha creado la Administración es simplemente que sus funcionarios o agentes puedan causar daño dolosa o imprudentemente, por ello, si este riesgo se materializa y se produce el resultado lesivo, la Administración, en tanto que cocausante del daño (...) deberá responder por el mismo; pero no soportando en su patrimonio los perjuicios causados, sino asegurando a la víctima la indemnización”⁵⁸.

Siguiendo la línea trazada, la posición de garante de la Administración permite el pago de un resarcimiento en cumplimiento de una sentencia condenatoria, pero también abre la discusión acerca de si necesariamente en todos los casos este Poder público debe actuar contra sus empleados responsables de la lesión. En otros términos, si el inicial principio de irresponsabilidad de los agentes físicos debe ser quebrado siempre, o acaso existen algunas causales puntuales que exoneren de esta acción de regreso, o si necesariamente debe exigirse una cuantía idéntica a la pagada a la víctima. Considero que las relaciones de servicio que unen a ambos participantes son las únicas que pueden establecerse como base fáctica de estos supuestos, siendo distintas y autónomas a las mantenidas entre la organización administrativa y los ciudadanos⁵⁹. Adicionalmente, estamos, por mandato y densidad normativa del numeral 238.6 de la LPAG, en medio de una auténtica potestad discrecional de la Administración para incoar o no una litis judicial contra los responsables personales (la palabra “podrá” es un signo inequívoco de atribución este tipo de competencias), la cual nada tiene que ver con definirla de saque como obligatoria o potestativa, por el contrario la habilitación de este tipo de funciones nos acerca a mirar las razones que justificarían su práctica o descarte en cada caso concreto, dentro de las cuales necesariamente deberán ser valoradas algunas cuestiones no sólo jurídicas, sino económicas, sociológicas, políticas, etc. Por tanto, los motivos de su ejercicio son los realmente importantes para decidir lo mejor para el interés público, establecidos necesariamente en el marco de una relación de imputación propia del empleo

55 Pantaleón Prieto, Fernando, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas) en Vol. Col. *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 440 y ss.

56 Rivero Ysern, Enrique, “La responsabilidad civil del funcionario público frente a la Administración” en *Revista de estudios de la vida local*, número 177, 1973, p. 2

57 Cfr. Martín Rebollo, Luis, “La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)”, p. 10.

58 Beladiez Rojo, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, pp. 162-163.

59 Cfr. Rivero Ysern, Enrique, “La responsabilidad civil del funcionario público frente a la Administración”. p. 17.

público (incumplimiento de deberes en la relación de servicio), debiendo quedar éstos enmarcados de manera ineludible en una serie de “criterios de ponderación a la hora de exigir la responsabilidad”⁶⁰.

Puestos así los elementos, la respuesta frente a la obligatoriedad y alcance monetario de la acción de repetición es depende, siendo necesario que la respectiva decisión sea llevada en medio de las relaciones de empleo público y tamizadas bajo los “criterios de ponderación” establecidos por el numeral 238.6 de la LPAG: “la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio”. Por eso, la acción de regreso debe ser mirada en su justa medida, si como un concepto de “reparto o distribución definitiva interna de la carga indemnizatoria”⁶¹ frente a comprobadas responsabilidades personales que, de quedar impunes, afectarían el caudal patrimonial público; no como un utensilio mecánico de recuperación de un crédito (casi comercial, en el que la Administración persigue a su personal para resarcirse de todo y ante cada resolución judicial desfavorable). Nuevamente, es un tema de justificación, prudencia, equilibrio ante extremos y de entender que la exageración traería consigo la hemipléjia administrativa por miedo al error real o inventado⁶².

Pasa algo similar con la cuantificación económica exacta de la vía de regreso, en cuanto a la medida y la necesidad de motivos, ya que ésta se liga a la atribución de responsabilidad personal del empleado público, pudiendo existir supuestos en los que el daño sólo sea parcialmente imputable al actuar profesional o subjetivo de éste, o a las voluntades de varios involucrados en el evento (con diferentes escalas de participación y niveles de responsabilidad, encontrándonos en presencia de la llamada responsabilidad compartida). La imposibilidad de cobrar todo el montante pagado a un administrado no es un caso excepcional, y menos antijurídico, es real y merece atención desde la perspectiva que “la responsabilidad patrimonial tiene una función distinta a la atribuible a la acción de regreso, a la que es ajena la noción de garantía de la víctima”⁶³. Siendo preciso recalcar, como bien indicó MANZANEDO, que “el importe de la indemnización entregada al particular limita la cuantía de la acción de regreso contra el funcionario, teniendo este límite carácter de máximo, por lo que la Administración puede repetir por cualquier cantidad, siempre que sea inferior a dicho límite”⁶⁴.

En otro orden de ideas, sin perjuicio de que su presupuesto antelado sea la efectiva indemnización recaída en la víctima por mandato judicial expreso, es pertinente señalar que en la configuración de la acción de regreso deben concurrir dos requisitos taxativos y enlazados: por un lado, la individualización del empleado causante del daño y, en segundo término, que se haya instruido su dolo, culpa grave o negligencia en la producción de las afectaciones causadas a una víctima mediante un procedimiento disciplinario o proceso judicial, permitiéndose comprobar de manera fehaciente y terminante su responsabilidad subjetiva (profesional). Sobre el primer recaudo, la necesidad de señalar a un causante exacto implica colocar en su justa medida la cobertura de los daños imputables, a partir de revisar si las acciones estrictamente personales del primero, cometidas en medio de la relación de servicio, pueden conectarse y derivar en el daño estimado como antijurídico por los Tribunales⁶⁵. En segundo término, los hechos cometidos por el empleado público

60 Martín Rebollo, Luis, “La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)”, p. 17.

61 Morón Urbina, Juan Carlos, “La olvidada atribución de repetir contra los funcionarios causantes de indemnizaciones que el Estado paga ¿Todos somos garantes de funcionarios que actúan ilegalmente? En Revista Actualidad Jurídica, tomo 201, 2010, p. 192.

62 Al respecto, de cara a entender las dificultades de casos fronterizos y la aplicación de la vía de regreso, piénsese por ejemplo en temas como la *obediencia debida*, puntualmente acerca del agente que cumplió cabalmente las órdenes del superior, sin que éstas tengan apariencia de antijuridicidad, no pudiendo ser denunciadas –a priori– ante el órgano de control interno o el Ministerio Público. Ante ellos, ¿podría practicarse sin más la repetición? ¿No sería acaso un modo de exclusión de la responsabilidad personal del empleado de inferior rango? Vid. Rivero Ysern, Enrique, “La responsabilidad civil del funcionario público frente a la Administración”. pp. 22-23.

63 Martín Rebollo, Luis, “La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)”, p. 17.

64 Manzanedo Mateos, José Antonio, “La responsabilidad civil de los funcionarios del Estado” en Revista Documentación Administrativa, número 82, 1964, p. 44.

65 Cfr. Rivero Ysern, Enrique, “La responsabilidad civil del funcionario público frente a la Administración”. p. 20. Este requisito proviene del criterio de ponderación contenido en el numeral 238.6 de la LPAG referido a la probanza que debe tener en cuenta la organización administrativa condenada sobre el agente posiblemente infractor y su “relación con la producción del perjuicio”.

deben ser subsumidos dentro de cualquiera de las tres opciones: culpa grave, negligencia o dolo, para ser probados y resueltos con decisión firme en medio de la tramitación de un procedimiento disciplinario o un proceso judicial de diverso orden (contencioso-administrativa, penal, supranacional, constitucional), es decir en este segundo presupuesto se hace necesario quebrar la inicial indemnidad patrimonial del agente físico, desde la prueba indubitable que el resultado dañoso es grave, bajo responsabilidad profesional (relación de servicio y ejercicio de funciones o tareas públicas) y se ha producido con intencionalidad o bajo presupuestos de culpa o negligencia cualificada. En este contexto, debe asumirse que la vía de regreso, está condicionada a un fallo judicial o acto disciplinario inimpugnable⁶⁶, caso contrario no tendrían valor, utilidad ni sentido real los criterios de ponderación preceptuados por el Legislador y repetidamente mencionados en este acápite del trabajo.

Una mención aparte merece la definición sobre responsabilidad civil de “servidores y funcionarios públicos” establecida por la novena disposición final de la Ley 27785, por la que cualquiera de éstos es responsable por un “daño económico a su Entidad o al Estado (...) sea ocasionado incumpliendo (...) sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve”. Adelantando que esta noción merecería una redacción más pulcra, y que está pensada para la responsabilidad directa del empleado público frente a la Administración, resulta completamente errado considerar que la culpa leve puede ser fundamento para resarcir a una organización administrativa, porque ésta no es factor de atribución de cara a una afectación patrimonial con cierta cualificación e importancia social. Además, de ser francamente desproporcionada e injusta, al no discriminar entre supuestos de funcionamiento regular o irregular y, por ende, al haber abandonado el “riesgo inherente a la actividad profesional de muchas labores burocráticas”⁶⁷. La culpa leve en este supuesto se emparenta a la responsabilidad formal que habíamos adelantado en la primera parte de este artículo. Al respecto, me gustaría ver a los funcionarios de la Contraloría General de la República respondiendo por los actos de control que no respetan ciertos principios o institutos recogidos en la Guía del Auditado, y que causarían el despliegue (innecesario) de los órganos de una entidad administrativa auditada frente a hallazgos de tenue motivación, claro ante la elaboración de estos últimos no existe una voluntad abierta ni negligencia extrema, pero sí un cierto descuido en las labores profesionales, una auténtica culpa leve. Por eso, cuando no se es equilibrado y se olvida las indispensables dosis de racionalidad, las curas frente a las distorsiones administrativas o la corrupción burocrática terminan siendo medios corrosivos de la propia eficacia de esta clase de Poderes Públicos. Ahora bien, sobre este mismo tema, es preciso entender que una definición normativa no genera un sistema o régimen, es sólo un concepto aislado que necesita de otros y de cierta armonía dotada previamente por el Legislador.

IV. REFLEXIONES FINALES ACERCA DE LA CRISIS DE UN SISTEMA OBJETIVO QUE NO TERMINA POR DESPLEGARSE EN NUESTRA REALIDAD Y LA IMPLANTACIÓN DE UN RÉGIMEN HÍBRIDO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ADMINISTRATIVA

La fuente española de la que proviene y se nutre nuestro sistema objetivo se encuentra marcada por un desmoronamiento continuo, lo cual ha sido puesto en evidencia por diversos autores, y en nuestro medio ha dado cuenta de manera extensa un reciente trabajo de BACA⁶⁸. Quisiera mostrar algunos de estos argumentos, por cierto bastante esclarecedores, ya que involucran a los propios propulsores de este régimen, que ha pasado de ser una conquista del Estado constitucional de Derecho a convertirse en un lastre para la caja fiscal española y un cuasi-medio de implantación de un “garantismo” bastante irracional.

En primer término, BERMEJO ha indicado que “el reconocimiento incondicionado de la responsabilidad administrativa (...) puede provocar riesgos visibles en la aplicación práctica del sistema en un Estado social, democrático de Derecho (...) La multiplicación incesante de las organizaciones públicas, o de las formas de

66 Cfr. Rivero Ysern, Enrique, “La responsabilidad civil del funcionario público frente a la Administración”. p. 22.

67 Morón Urbina, Juan Carlos, “La olvidada atribución de repetir contra los funcionarios causantes de indemnizaciones que el Estado paga ¿Todos somos garantes de funcionarios que actúan ilegalmente?”, p. 193.

68 Cfr. Baca Oneto, Víctor, “¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Peruano? Razones para una respuesta negativa”, p. 242 y ss.

acción privada en la gestión de lo público, recomiendan un cierto replanteamiento de las fórmulas de responsabilidad administrativa. Éstas se traducen frecuentemente en fuertes indemnizaciones que salen de los presupuestos públicos, sin análisis y evaluación de los auténticos beneficiados por la aplicación del sistema. Por ello, no resulta extraña la tendencia al aseguramiento de las Administraciones públicas en garantía de sus precisas y potencialmente arriesgadas actuaciones para la conformación del orden social. Tal vez sería también indispensable articular un sistema de localización de los auténticos responsables, con el fin de que se diluyan excesivamente las responsabilidades objetivas⁶⁹. Mucho antes, durante la década de los ochenta, el profesor aragonés ponía en duda la viabilidad del carácter objetivo de la responsabilidad administrativa y mostraba la necesidad de activar un verdadero régimen de regreso contra los responsables personales, cuando mencionaba que la figura “traducida frecuentemente en indemnizaciones económicas que salen del erario público (redundancia, por cierto) hacia los ciudadanos, requiere con urgencia un análisis serio y riguroso, desprovisto de tópicos ingenuos y teorizaciones más o menos románticas”⁷⁰.

A su turno, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, iniciador de los estudios acerca del régimen de responsabilidad por riesgos, en respuesta a una crítica devastadora presentada por PANTALEÓN⁷¹, la cual adelantamos en el acápite anterior (la culpa encubierta tras conceptos indeterminados y las imposibilidades de futuro del sistema), propuso un retroceso en el alcance universal y al barrido de la institución, estableciendo que el mismo se presenta desde la antijuridicidad de corte objetivo aplicada sobre el daño, la cual podría ser imputable a la organización administrativa si es que existe un adecuado criterio de imputación (la culpa en funcionamiento anormal y el riesgo en funcionamiento normal)⁷².

Aunque existen mucho más en la doctrina española, un trabajo relevante de BELADIEZ ROJO, terminó por herir de muerte al régimen cuando incluyó el concepto penal de la imputación objetiva para superar las debilidades de una relación de causalidad (abstracta e imprecisa) que no terminaba por atribuir limpiamente la responsabilidad a un determinado agresor. Es así, que la autora concretiza que “para que un daño pueda imputarse objetivamente a un sujeto jurídico es preciso que la acción causante del daño haya creado un riesgo, y que ese riesgo se haya realizado en el resultado lesivo, teniendo estos daños la consideración de antijurídicos”⁷³. Con esto, se pretende encerrar el daño antijurídico alrededor del riesgo jurídicamente relevante a fin de imputar “al sujeto causante del mismo, lo que a su vez, va a determinar el deber de indemnizar de éste”⁷⁴.

Como se notará, en el ordenamiento de origen -por decirlo menos- el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa aparece muy golpeado, merced a su despliegue incesante y laxo, lleno de imprecisiones y controvertidos fallos judiciales, que ha llevado a un replanteamiento de la institución y a la búsqueda de una solución, sea como una salida intermedia (introducción de la culpa y otras formas de reconducción concreta de la responsabilidad del agresor) y otras más radicales que propugnan la introducción definitiva de la responsabilidad aquiliana con ciertas adaptaciones a las actividades administrativas, en medio de un país que hasta hace poco era “una de las diez primeras economías del mundo”⁷⁵.

Lo importante de las lecciones foráneas, será repensar en qué estamos y qué queremos, pues nosotros no tenemos los problemas de viabilidad y descubierto de la caja fiscal (por el contrario seguimos viviendo en la ofensiva indemnidad administrativa que oprime a nuestros ciudadanos), ya que simplemente hemos abandonado la aplicación del régimen objetivo implantado en el año 2001 por la LPAG. Pareciera, que la

69 Bermejo Vera, José, *Derecho administrativo básico*, p. 474.

70 Estas alusiones de Bermejo aparecen en el prólogo del libro de Dromi, Roberto, *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*, Grouz, Madrid, 1986.

71 Sobre las interesantes críticas de este autor, además del trabajo antes citado, es necesario revisar su artículo “los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas” en *Revista Documentación Administrativa*, números 237-238, 1994, p. 239 y ss.

72 Las partes pertinentes de los trabajos de García de Enterría aparecen recogidos en el artículo de Baca Oneto, Víctor, “¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Peruano? Razones para una respuesta negativa”, pp. 243-244.

73 Beladiez Rojo, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, p. 99.

74 Beladiez Rojo, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, p. 102.

75 Baca Oneto, Víctor, “¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Peruano? Razones para una respuesta negativa”, p. 247.

crisis de éste nació con la vigencia de la norma, una omisión de los mismos actores físicos que nunca le permitió desplegarse por fuera del texto positivo. Sin embargo, ahora, casi sin entender siquiera su fisonomía, la cercana reforma del 2008 ha desmontado ciertas piezas de la universalización del daño antijurídico, con esto existen más que indicios de un lento virar hacia un régimen híbrido de responsabilidad patrimonial. Sea como sea, lo importante será encontrar la cura ante tanto mal y tanta agresión patrimonial impaga cometidas por nuestras organizaciones administrativas, situación que sigue siendo un lastre de nuestro Estado de Derecho, y que podría remediarse -quizás sin querer y saberlo- con esta mixtura de datos y conceptos que supera los problemas de saque (y demostrados) que tiene la responsabilidad objetiva traída desde España. Es sólo cuestión de aprovechar la oportunidad y practicar realmente lo que tengamos, el resto de beneficios vendrán por añadidura.

EL DESAFÍO DE LOS GOBIERNOS MUNICIPALES EN EL URUGUAY: PARTICIPACIÓN CIUDADANA, TRANSPARENCIA Y ARTICULACIÓN

CON ESPECIAL REFERENCIA AL GOBIERNO MUNICIPAL DE MONTEVIDEO¹

PABLO SCHIAVI ^{2(*)}

I) INTRODUCCION.

1.- Objeto del presente trabajo.

El presente trabajo tiene por objeto abordar el desafío de los gobiernos municipales en el Uruguay, con especial referencia a Montevideo, partiendo de un estudio del régimen vigente de descentralización territorial en nuestro país.

El régimen vigente de descentralización territorial en el Uruguay es el fijado en la Constitución de 1967, con las enmiendas introducidas en 1997. Como la Constitución en muchos aspectos se remite a la ley, incluso admite en algunos casos ser modificada por la ley, y esas leyes suelen ser reglamentadas por actos administrativos, para conocer exactamente nuestra organización territorial es preciso tener en cuenta, además de la Constitución, numerosas leyes y reglamentos así como la normativa interna de cada entidad territorial y, por cierto, los principios generales del Derecho³.

En el verdadero ejercicio de uno de los principios básicos de la descentralización local, el relativo a la participación de la ciudadanía, junto a la transparencia en lo relativo al cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa y pasiva; y la debida articulación entre los distintos niveles de administración interna, se encuentra el verdadero desafío para un funcionamiento eficiente y eficaz de los gobiernos municipales.

De ahí que haremos referencia a la participación ciudadana, a la transparencia y a la articulación como las claves para el éxito de la gestión de los gobiernos municipales.

2.- Precisiones preliminares sobre los conceptos de departamento, de gobierno departamental, de intendencia, de municipio y de gobierno municipal.

En forma previa a abordar el estudio del régimen vigente de descentralización territorial en el Uruguay, es conveniente efectuar unas precisiones respecto de conceptos que ilustraran nuestro trabajo, esto es, que entendemos por departamento, por gobierno departamental, por intendencia, por municipios entre otras palabras claves.

1 Ponencia presentada en las V Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano celebradas en el Pazo de Mariñan, La Coruña, Reino de España del 26 al 30 de marzo de 2012.

2 (*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Master en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo. Aspirante a Profesor Adscripto en Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor asistente de la materia "Recursos administrativos" del Máster de Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo. Aspirante de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Certificado en Prevención del Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo por el Isede y la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay "Dámaso Antonio Larrañaga". Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Miembro del Grupo de Estudio e Investigación de Derecho Administrativo de la Universidad de Montevideo. Coordinador de Estudios de Derecho Administrativo de la Editorial La Ley Uruguay - Thomson Reuters. Secretario de Redacción de La Justicia Uruguaya. Ex- Asesor del Auditor Interno de la Nación, Auditoría Interna de la Nación (A.I.N). Asesor del Contador General de la Nación, Contaduría General de la Nación (C.G.N.) del Ministerio de Economía y Finanzas de la República Oriental del Uruguay. E-mail: pablo.schiavi@cgn.gub.uy. Twitter: @PabloSchiavi.

3 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. – "Descentralización territorial en el Uruguay", en Estudios de Derecho Administrativo N° 1/2010; La Ley Uruguay 2010; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Director; pág. 109 y siguientes.

- **Departamentos:** Los Departamentos -hoy en día 19, número que puede aumentarse por ley (art. 85, numeral 9 de la Constitución⁴)- son circunscripciones territoriales sobre las que se ejerce el poder estatal de las entidades centrales así como el de los respectivos Gobiernos Departamentales⁵.

- **Gobierno Departamental:** Hay un Gobierno Departamental por Departamento. Son personas jurídicas de derecho público cuyo nombre es Gobierno Departamental con el agregado del nombre del Departamento: por ejemplo, Gobierno Departamental de Montevideo. Cada Gobierno Departamental posee dos órganos necesarios: la Junta Departamental y la Intendencia (art. 262⁶). En realidad la Constitución no menciona al órgano Intendencia, sino a su soporte, el Intendente. También, con gran imprecisión, a veces dice simplemente Intendente (art. 262⁷) y otras veces Intendente Municipal (art. 271⁸). La Junta Departamental ejerce funciones legislativas y de contralor del Gobierno Departamental (art. 273⁹). Está compuesta por 31 miembros llamados

4 **Constitución de la República; Artículo 85.-** A la Asamblea General compete: 9º) Crear nuevos Departamentos por mayoría de dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara; fijar sus límites; habilitar puertos; establecer aduanas y derechos de exportación e importación aplicándose, en cuanto a estos últimos, lo dispuesto en el artículo 87; así como declarar de interés nacional zonas turísticas, que serán atendidas por el Ministerio respectivo.

5 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. - "Descentralización territorial en el Uruguay", Ob. Cit; pág. 109 y siguientes.

6 **Constitución de la República; Artículo 262.-** El Gobierno y la Administración de los Departamentos, con excepción de los servicios de seguridad pública, serán ejercidos por una Junta Departamental y un Intendente. Tendrán sus sedes en la capital de cada Departamento e iniciarán sus funciones sesenta días después de su elección.

Podrá haber una autoridad local en toda población que tenga las condiciones mínimas que fijará la ley. También podrá haberla, una o más, en la planta urbana de las capitales departamentales, si así lo dispone la Junta Departamental a iniciativa del Intendente.

La ley establecerá la materia departamental y la municipal, de modo de delimitar los cometidos respectivos de las autoridades departamentales y locales, así como los poderes jurídicos de sus órganos, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 273 y 275.

El Intendente, con acuerdo de la Junta Departamental, podrá delegar en las autoridades locales la ejecución de determinados cometidos, en sus respectivas circunscripciones territoriales.

Los Gobiernos Departamentales podrán acordar, entre sí y con el Poder Ejecutivo, así como con los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, la organización y la prestación de servicios y actividades propias o comunes, tanto en sus respectivos territorios como en forma regional o interdepartamental.

Habrán un Congreso de Intendentes, integrado por quienes fueren titulares de ese cargo o lo estuvieren ejerciendo, con el fin de coordinar las políticas de los Gobiernos Departamentales. El Congreso, que también podrá celebrar los convenios a que refiere el inciso precedente, se comunicará directamente con los Poderes del Gobierno.

7 **Constitución de la República; Artículo 262.-** El Gobierno y la Administración de los Departamentos, con excepción de los servicios de seguridad pública, serán ejercidos por una Junta Departamental y un Intendente. Tendrán sus sedes en la capital de cada Departamento e iniciarán sus funciones sesenta días después de su elección.

Podrá haber una autoridad local en toda población que tenga las condiciones mínimas que fijará la ley. También podrá haberla, una o más, en la planta urbana de las capitales departamentales, si así lo dispone la Junta Departamental a iniciativa del Intendente.

La ley establecerá la materia departamental y la municipal, de modo de delimitar los cometidos respectivos de las autoridades departamentales y locales, así como los poderes jurídicos de sus órganos, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 273 y 275.

El Intendente, con acuerdo de la Junta Departamental, podrá delegar en las autoridades locales la ejecución de determinados cometidos, en sus respectivas circunscripciones territoriales.

Los Gobiernos Departamentales podrán acordar, entre sí y con el Poder Ejecutivo, así como con los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, la organización y la prestación de servicios y actividades propias o comunes, tanto en sus respectivos territorios como en forma regional o interdepartamental.

Habrán un Congreso de Intendentes, integrado por quienes fueren titulares de ese cargo o lo estuvieren ejerciendo, con el fin de coordinar las políticas de los Gobiernos Departamentales. El Congreso, que también podrá celebrar los convenios a que refiere el inciso precedente, se comunicará directamente con los Poderes del Gobierno.

8 **Constitución de la República; Artículo 271.-** Los partidos políticos seleccionarán sus candidatos a Intendente mediante elecciones internas que reglamentará la ley sancionada por el voto de los dos tercios de componentes de cada Cámara. Para la elección de Intendente Municipal se acumularán por lema los votos en favor de cada partido político, quedando prohibida la acumulación por sublema.

Corresponderá el cargo de Intendente Municipal al candidato de la lista más votada del partido político más votado.

La ley, sancionada por la mayoría estipulada en el primer inciso, podrá establecer que cada partido presentará una candidatura única para la Intendencia Municipal.

9 **Constitución de la República; Artículo 273.-** La Junta Departamental ejercerá las funciones legislativas y de contralor en el Gobierno Departamental.

Su jurisdicción se extenderá a todo el territorio del departamento.

Además de las que la ley determine, serán atribuciones de las Juntas Departamentales:

- 1º) Dictar, a propuesta del Intendente o por su propia iniciativa, los decretos y resoluciones que juzgue necesarios, dentro de su competencia.

ediles, electos directamente por el cuerpo electoral del Departamento (art. 270¹⁰). Los cargos se distribuirán en principio por el sistema de representación proporcional, pero asegurando la mayoría en la Junta al Partido que haya obtenido el mayor número de votos en el Departamento. Las atribuciones de la Junta Departamental son fijadas por la Constitución y por la ley (art. 273)¹¹.

- **Intendencia:** A la Intendencia corresponde las funciones ejecutivas y administrativas en el Gobierno Departamental (art. 274¹²), así como las de representación (art. 276¹³). Las atribuciones de las Intendencias son fijadas por la Constitución y por la ley (art. 275¹⁴)^{15 16}.

-
- 2°) Sancionar los presupuestos elevados a su consideración por el Intendente, conforme a lo dispuesto en la Sección XIV.
 - 3°) Crear o fijar, a proposición del Intendente, impuestos, tasas, contribuciones, tarifas y precios de los servicios que presten, mediante el voto de la mayoría absoluta del total de sus componentes.
 - 4°) Requerir la intervención del Tribunal de Cuentas para informarse sobre cuestiones relativas a la Hacienda o a la Administración Departamental. El requerimiento deberá formularse siempre que el pedido obtenga un tercio de votos del total de componentes de la Junta.
 - 5°) Destituir, a propuesta del Intendente y por mayoría absoluta de votos del total de componentes, los miembros de las Juntas Locales no electivas.
 - 6°) Sancionar, por tres quintos del total de sus componentes, dentro de los doce primeros meses de cada período de Gobierno, su Presupuesto de Sueldos y Gastos y remitirlo al Intendente para que lo incluya en el Presupuesto respectivo.

Dentro de los cinco primeros meses de cada año podrán establecer, por tres quintos de votos del total de sus componentes, las modificaciones que estimen indispensables en su Presupuesto de Sueldos y Gastos.

- 7°) Nombrar los empleados de sus dependencias, corregirlos, suspenderlos y destituirlos en los casos de ineptitud, omisión o delito, pasando en este último caso los antecedentes a la Justicia.
- 8°) Otorgar concesiones para servicios públicos, locales o departamentales, a propuesta del Intendente, y por mayoría absoluta de votos del total de sus componentes.
- 9°) Crear, a propuesta del Intendente, nuevas Juntas Locales.
- 10) Considerar las solicitudes de venia o acuerdo que el Intendente formule.
- 11) Solicitar directamente del Poder Legislativo modificaciones o ampliaciones de la Ley Orgánica de los Gobiernos Departamentales.

10 Constitución de la República; Artículo 270.- Las Juntas Departamentales y los Intendentes serán elegidos directamente por el pueblo, con las garantías y conforme a las normas que para el sufragio establece la Sección III.

11 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. - *"Descentralización territorial en el Uruguay"*, Ob. Cit; pág. 109 y siguientes.

12 **Constitución de la República; Artículo 274.-** Corresponden al Intendente las funciones ejecutivas y administrativas en el Gobierno Departamental.

13 **Constitución de la República; Artículo 276.-** Corresponde al Intendente representar al departamento en sus relaciones con los Poderes del Estado o con los demás Gobiernos Departamentales, y en sus contrataciones con órganos oficiales o privados.

14 **Constitución de la República; Artículo 275.-** Además de las que la ley determine, sus atribuciones son:

- 1°) Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las Leyes.
- 2°) Promulgar y publicar los decretos sancionados por la Junta Departamental, dictando los reglamentos o resoluciones que estime oportuno para su cumplimiento.
- 3°) Preparar el presupuesto y someterlo a la aprobación de la Junta Departamental, todo con sujeción a lo dispuesto en la Sección XIV.
- 4°) Proponer a la Junta Departamental, para su aprobación, los impuestos, tasas y contribuciones; fijar los precios por utilización o aprovechamiento de los bienes o servicios departamentales y homologar las tarifas de los servicios públicos a cargo de concesionarios o permisarios.
- 5°) Nombrar los empleados de su dependencia, corregirlos y suspenderlos. Destituirlos en caso de ineptitud, omisión o delito, con autorización de la Junta Departamental, que deberá expedirse dentro de los cuarenta días. De no hacerlo, la destitución se considerará ejecutoriada. En caso de delito, pasará, además, los antecedentes a la Justicia.
- 6°) Presentar proyectos de decretos y resoluciones a la Junta Departamental y observar los que aquélla sancione dentro de los diez días siguientes a la fecha en que se le haya comunicado la sanción.
- 7°) Designar los bienes a expropiarse por causa de necesidad o utilidad públicas, con anuencia de la Junta Departamental.
- 8°) Designar los miembros de la Juntas Locales, con anuencia de la Junta Departamental.
- 9°) Velar por la salud pública y la instrucción primaria, secundaria y preparatoria, industrial y artística, proponiendo a las autoridades competentes los medios adecuados para su mejoramiento.

15 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. - *"Descentralización territorial en el Uruguay"*, Ob. Cit; pág. 109 y siguientes.

16 Augusto DURÁN MARTÍNEZ en *"Descentralización territorial en el Uruguay"*, Ob. Cit; pág. 109 y siguientes, señala que la reforma de 1997 procuró incrementar la autonomía de lo departamental en lo político. En tal sentido: a) separó en el tiempo las elecciones nacionales, por un lado, y las departamentales y locales, por otro (art. 77, numeral 9); b) estableció que los partidos políticos debían seleccionar sus candidatos a Intendente mediante elecciones internas en la forma que

- **Municipio:** La circunscripción territorial en la que se asienta el tercer nivel administrativo de gobierno del país. Abarca las áreas urbanas, rurales o ambas y puede contar con subdivisiones territoriales¹⁷.

- **Gobierno Municipal:** El órgano elegido por la ciudadanía que tiene competencia para ejercer las funciones ejecutivas y administrativas que corresponden al tercer nivel político-administrativo de gobierno¹⁸.

- **Alcalde o Alcaldesa:** Presidirá el Gobierno Municipal y será el primero o la primera titular de la lista más votada dentro de la respectiva circunscripción territorial¹⁹.

- **Concejal Municipal:** Cada uno de los miembros del Gobierno Municipal con excepción del Alcalde o Alcaldesa²⁰.

3.- Hacia la descentralización orgánica y la mayor importancia institucional de las autoridades locales.

En materia departamental, la reforma constitucional de 1996, que comenzó a regir el 14 de enero de 1997, ingresó a nuestra Constitución Nacional, una serie de normas tendientes a favorecer la descentralización orgánica en cada departamento, y darle una mayor importancia institucional a las autoridades locales²¹.

En ese sentido, al decir de Fulvio GUTIÉRREZ, la citada reforma dispuso:

- a) Ampliar desde el punto de vista orgánico, la estructura de las autoridades locales; y con ese fin, prescribió la posibilidad de que tales autoridades locales fueran unipersonales o pluripersonales, y que pudieran estar radicadas fuera de la capital departamental o dentro de la capital departamental. (Art. 262 inc. 2°).
- b) Cometer al legislador la creación y delimitación de la materia departamental, que estaría a cargo del Intendente y de la Junta Departamental; y la creación y delimitación de la materia municipal, que estaría a cargo de las Autoridades Locales. (Art. 262 inc. 3°).
- c) Crear una nueva forma de delegación de cometidos, facultando al Intendente, con acuerdo de la Junta Departamental, la posibilidad de delegar en las autoridades locales, "la ejecución de determinados cometidos, en sus respectivas circunscripciones territoriales". (Art. 262 inc. 4°). La redacción de la norma no es técnicamente precisa, y agrava la falta de coherencia técnica de nuestra Constitución, lo cual ya habíamos señalado oportunamente, pues en el art. 168 Nral. 24 y 181 Nral. 9° se dice delegar "atribuciones"; en la disposición transitoria letra "E" se autoriza la delegación de "competencias"; en el art. 278 se refiere a la delegación de "facultades", en el art. 262 inc 4° y 280 se refiere a la delegación de cometidos, y ahora, se refiere a la delegación en la "ejecución de determinados cometidos". En ese sentido, afirmamos que compartíamos la opinión del Prof. Correa Freitas, entendiéndolo que "la terminología correcta es "delegación de atribuciones", la que debe ser realizada mediante un acto administrativo del Intendente con acuerdo de la Junta Departamental, que crea un precepto jurídico de alcance particular, y que va dirigido al órgano que tiene expresa autorización para ser delegatario²².

4.- Principios básicos de la descentralización local.

Los principios básicos de la descentralización local en el Uruguay no son otros que los que ha sustentado una tendencia muy antigua en Europa, ya que es del Siglo XI, pero relativamente nueva en Latinoamérica (y obviamente muy nueva en nuestro país) que se denomina "municipalismo". Se basa en la idea de descentralización de cometidos y atribuciones hacia las autoridades locales, en el entendido que ello es absolutamente

estableciera la ley (art. 271 de la Constitución) y, mientras no se dictara, por medio de las convenciones departamentales, electas también por elecciones internas departamentales (literal Z de las Disposiciones Transitorias y Especiales de la Constitución). De esta manera, se diluye la injerencia de las autoridades partidarias nacionales sobre las departamentales y se posibilita incluso la creación de partidos departamentales que no existieran en lo nacional.

17 Decreto N° 33.209 de la Junta Departamental de Montevideo de 17 de diciembre de 2009.

18 Decreto N° 33.209 de la Junta Departamental de Montevideo de 17 de diciembre de 2009.

19 Decreto N° 33.209 de la Junta Departamental de Montevideo de 17 de diciembre de 2009.

20 Decreto N° 33.209 de la Junta Departamental de Montevideo de 17 de diciembre de 2009.

21 GUTIÉRREZ, Fulvio. - "Los Municipios. Análisis de la Ley N° 18.567 de 13/09/2009; Ley N° 18.744 de 12/02/2010; Ley N° 18.653 de 15/03/2010 y Ley N° 18.659 de 26 de abril de 2010. Circular N° 8544 de la Corte Electoral de 12/03/2010", Cita Online: D1610/2010; La Ley Uruguay 2010-7.

22 GUTIÉRREZ, Fulvio. - "Gobierno Departamental", (F.C.U., Montevideo, 1986), pág. 64.

necesario para el perfeccionamiento de la democracia y la participación ciudadana, como instrumentos, a su vez, del desarrollo económico y social del país en la lucha para superar la pobreza.²³

El proceso en el Uruguay ha sido lento. Tal vez, demasiado lento. Han pasado más de diez años desde que se aprobó la reforma constitucional que entró en vigencia en 1997, para que el legislador decidiera dictar la ley que se le encomendó en aquella oportunidad, para hacer realidad la intención del constituyente. Y en estas leyes, se han plasmado como derecho positivo, una serie de principios que merecen un análisis profundo²⁴.

Precisamente en el art. 3° de la Ley 18.567 de 13 de setiembre de 2009 se establecen dichos principios fundamentales en los cuales se basa la creación de los Municipios, y que entendemos son normas programáticas, las cuales se deberán llevar a la práctica con la aplicación de las disposiciones que prescribe esta ley. Pensamos que para la interpretación de algunas disposiciones dudosas de la ley, las soluciones que podemos dar en cada caso, necesariamente deberán basarse en los referidos principios.

Son principios cardinales del sistema de descentralización local, de acuerdo al artículo 3° de la Ley N°18.567:

1) La preservación de la unidad departamental territorial y política.

Este es un principio básico en un país unitario como el Uruguay, en el cual la descentralización es una excepción frente a la centralización de la estructura del Estado a nivel nacional en el Gobierno Central, y a nivel departamental en el Gobierno Departamental. Lo entendemos como la necesidad de cuidar siempre la unidad global de cada departamento, más allá de la posibilidad de que se tomen decisiones regionalizadoras, como las que prevé la propia ley, en cumplimiento, seguramente, de lo dispuesto en el art. 262 en su inciso 5°. En consecuencia, el espíritu del legislador en este caso, no fue darle al "Municipio" que crea un concepto descentralizador como el que se ha implementado en otras partes del mundo y al cual refiere el Prof. Daniel H. Martins; sino una entidad que en verdad, está desconcentrada del Intendente, y no descentralizada²⁵.

2) La prestación eficiente de los servicios estatales tendientes a acercar la gestión del Estado a todos los habitantes.

En verdad, este es un concepto genérico, que no sólo vale para los Municipios, sino para cualquier órgano del Estado, (es obvio que debemos partir de la base de que siempre se busca la prestación eficiente de los servicios estatales); más allá de que tengamos que aceptar que en el Municipio, por una razón de vecindad, la cercanía entre el gobernante y el gobernado, necesariamente es mayor y más íntima.

3) La gradualidad de la transferencia de atribuciones, poderes jurídicos y recursos hacia los Municipios en el marco del proceso de descentralización.

Este principio es de suma importancia, porque hablar de gradualidad de la descentralización, presupone un criterio lógico, practicable, que se irá dando en el correr del tiempo, atendiendo seguramente a la posibilidad material de que los Municipios realmente puedan cumplir los cometidos que se les asigna, y a las disponibilidades financieras que la Intendencia tenga para solventar el apoyo material y humano que ello suponga²⁶.

4) La participación de la ciudadanía.

Es evidente que el espíritu y la filosofía de la ley, es darle participación a los vecinos del lugar en el gobierno local; aunque ello obviamente no significa otorgarle poder decisorio al colectivo ciudadano, ya que ello supondría una reforma constitucional que así lo estableciera. Y esa participación no se debe reducir al mero acto de votar en las elecciones de las autoridades municipales. Se trata entonces, de hacer participar a la gente de la localidad, con el fin de recibir de primera mano las inquietudes y sugerencias que pudieran corresponder. La creación de instrumentos viables para la participación activa de la sociedad en las cuestiones del gobierno local, están previstas en el art. 5° (incs. 1 y 2) y deben orientarse a que esa población pueda recabar información, pueda hacer consultas, pueda plantear sus iniciativas y pueda ejercer el control de los asuntos municipales. No obstante, bueno es señalar que esa participación ciudadana tiene un contenido

23 GUTIÉRREZ, Fulvio. – "Los Municipios. Análisis de la Ley N° 18.567 de 13/09/2009..." Ob. Cit...

24 GUTIÉRREZ, Fulvio. – "Los Municipios. Análisis de la Ley N° 18.567 de 13/09/2009..." Ob. Cit...

25 GUTIÉRREZ, Fulvio. – "Los Municipios. Análisis de la Ley N° 18.567 de 13/09/2009..." Ob. Cit...

26 GUTIÉRREZ, Fulvio. – "Los Municipios. Análisis de la Ley N° 18.567 de 13/09/2009..." Ob. Cit...

de consulta y nada más. De lo contrario, estaríamos violando nuestra Constitución, en cuanto prevé como institutos de gobierno directo, solo a la iniciativa popular, al referendo y al plebiscito, institutos éstos que sí tienen poder decisorio (arts. 79, 82, 304, 305 y 331), por lo cual va de suyo que no podemos crear por ley, otros institutos de tal naturaleza²⁷.

5) La electividad y la representación proporcional integral.

La ley se pronuncia a favor del sistema electoral de la representación proporcional integral, principio éste que está incluido en forma expresa en la integración del Municipio. No hay duda que este es el mejor sistema electoral, en cuanto a la integración de órganos colectivos; aunque en la práctica, pueda plantear alguna dificultad de representatividad en una integración tan reducida (cinco miembros)²⁸.

6) La cooperación entre los Municipios para la gestión de determinados servicios públicos o actividades municipales en condiciones más ventajosas.

Prácticamente se trata de una coordinación entre los diferentes Municipios del departamento, en actividades que lógicamente sean comunes; por lo que, a nuestro juicio, más que un principio, debió ser incluido como uno de los cometidos en el art. 13. No obstante, se podría entender que así se ha hecho al tenor de lo que resulta del Nral. 10, o que también se refiere a esta temática al considerar como materia municipal lo previsto en el Nral. 4° y 5° del art. 7°²⁹.

II) RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS MUNICIPIOS

1.- Marco legislativo: Ley N° 18.567 de 13 de setiembre de 2009; modificativas y complementarias.

El marco legislativo actual de los Municipios parte de la ley N° 18.567 de 13 de setiembre de 2009.

Afirma Augusto DURÁN MARTÍNEZ³⁰ que se trata de una ley muy defectuosa, muy criticada también por diversos sectores políticos. Tan defectuosa es y tan poco asentimiento político tuvo que fue casi enseguida modificada o completada en varias oportunidades. Así, para estudiar el tema, tenemos que tener en cuenta no solo la ley indicada sino también las siguientes leyes: N° 18.644 de 12 de febrero de 2010, N° 18.653 de 15 de marzo de 2010, y N° 18.659 de 26 de abril de 2010.

Del artículo 1 de la ley N° 18.567, de 13 de setiembre de 2009, y del artículo 1° de la ley N° 18.653, de 15 de marzo de 2010, se desprende que los Municipios son creados por esas leyes. Esta solución es inconstitucional puesto que, conforme a lo establecido por los artículos 262³¹ y 273, numeral 9³², de la Constitución, la

27 GUTIÉRREZ, Fulvio. – “Los Municipios. Análisis de la Ley N° 18.567 de 13/09/2009...” Ob. Cit...

28 GUTIÉRREZ, Fulvio. – “Los Municipios. Análisis de la Ley N° 18.567 de 13/09/2009...” Ob. Cit...

29 GUTIÉRREZ, Fulvio. – “Los Municipios. Análisis de la Ley N° 18.567 de 13/09/2009...” Ob. Cit...

30 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. – “Descentralización territorial en el Uruguay”, Ob. Cit; pág. 109 y siguientes.

31 **Constitución de la República; Artículo 262.**- El Gobierno y la Administración de los Departamentos, con excepción de los servicios de seguridad pública, serán ejercidos por una Junta Departamental y un Intendente. Tendrán sus sedes en la capital de cada Departamento e iniciarán sus funciones sesenta días después de su elección.

Podrá haber una autoridad local en toda población que tenga las condiciones mínimas que fijará la ley. También podrá haberla, una o más, en la planta urbana de las capitales departamentales, si así lo dispone la Junta Departamental a iniciativa del Intendente.

La ley establecerá la materia departamental y la municipal, de modo de delimitar los cometidos respectivos de las autoridades departamentales y locales, así como los poderes jurídicos de sus órganos, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 273 y 275.

El Intendente, con acuerdo de la Junta Departamental, podrá delegar en las autoridades locales la ejecución de determinados cometidos, en sus respectivas circunscripciones territoriales.

Los Gobiernos Departamentales podrán acordar, entre sí y con el Poder Ejecutivo, así como con los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, la organización y la prestación de servicios y actividades propias o comunes, tanto en sus respectivos territorios como en forma regional o interdepartamental.

Habrá un Congreso de Intendentes, integrado por quienes fueren titulares de ese cargo o lo estuvieren ejerciendo, con el fin de coordinar las políticas de los Gobiernos Departamentales. El Congreso, que también podrá celebrar los convenios a que refiere el inciso precedente, se comunicará directamente con los Poderes del Gobierno.

32 **Constitución de la República; Artículo 273, Numeral 9°).**- La Junta Departamental ejercerá las funciones legislativas y de contralor en el Gobierno Departamental. Su jurisdicción se extenderá a todo el territorio del departamento. Además

creación de los antecedentes locales corresponde a las respectivas Juntas Departamentales a iniciativa del Intendente³³.

Estas leyes son la culminación de una larga discusión a nivel legislativo y partidario, basada en un primer proyecto remitido por el Poder Ejecutivo que fue sufriendo modificaciones, y al cual, desde el punto de vista jurídico, se le fueron sacando una serie de disposiciones que eran evidentemente inconstitucionales, y se fueron precisando otras que no eran claras. No obstante, las referidas leyes, que están comprendidas dentro de lo que se denomina “nuevo régimen para la descentralización en materia departamental y local y participación ciudadana”, van más allá de aspectos orgánicos en cuanto a la creación del “Municipio”, y la Ley 18.567 (que es la ley básica en esta temática) prevé ocho capítulos, a saber: “De los principios generales” (arts. 1° a 5°), “De la materia departamental y local (o municipal)” de los arts. 6° a 8°; “Integración” (de los arts. 9° a 11), “De las atribuciones y cometidos del municipio y sus integrantes” (arts. 12 a 15); “De la Iniciativa y el control” (arts. 16 a 18); “De los recursos” (arts. 19 a 21), “Disposiciones Especiales” (art. 22) y “Disposiciones Transitorias” (arts. 23 a 25), todo lo cual analizaremos detenidamente. Las modificaciones dispuestas por las leyes No. 18.644 y 18.653, no cambiaron esta estructura³⁴.

Por esta misma razón, en su momento José Aníbal CAGNONI en “El proyecto de ley sobre municipio” (Revista de Derecho Público. F.C.U., Montevideo 2008, N° 33), citado por Augusto DURÁN MARTÍNEZ³⁵, objetó la constitucionalidad del artículo 1° del proyecto que a la postre se convirtió en la ley N° 18.567. En tal sentido expresó: “de acuerdo al artículo 262 de la Carta: ‘Podrá haber una autoridad local...’ pero su creación es competencia del Gobierno Departamental respectivo: iniciativa del Intendente y voluntad de la Junta Departamental, artículo 273, 9°.” Una cosa es decir podrá haber como dice la Constitución, la que además comete su creación a las autoridades departamentales, y otra es decir habrá, como dice la ley.

2.- Requisitos necesarios para la configuración de los Municipios.

Analizando los artículos 1 y 16 de la ley N° 18.567, Carlos E. DELPIAZZO en “Autoridades departamentales y municipales” (AMF, Montevideo 2010), citado por Augusto DURÁN MARTÍNEZ³⁶ indica los requisitos necesarios para la configuración de los Municipios: “En primer lugar, se exige que tenga una población de al menos dos mil habitantes y que su circunscripción territorial urbana y suburbana conforme una unidad, con personalidad social y cultural, con intereses comunes que justifiquen la existencia de estructuras políticas representativa y que faciliten la participación ciudadana (art. 1°, inc. 2°).

En segundo lugar, se habilita que puede haber Municipios en aquellas poblaciones que no alcancen dicho número de dos mil habitantes, si así lo dispone la Junta Departamental a iniciativa del Intendente (at. 1°, inc. 3, primera frase).

En tercer lugar, en concordancia con el art. 262, inc. 2° de la Constitución, también podrá haber Municipios en las capitales departamentales siempre que se cuente igualmente con la iniciativa del Intendente y aprobación de la Junta Departamental (art. 1° inc. 3°, segunda frase).

En cuarto lugar, el art. 16 de la ley N° 18.567 contempla la hipótesis de que el 15 % de los ciudadanos inscriptos en una localidad o circunscripción ejerza la iniciativa ante el Gobierno Departamental para constituirse en Municipio, ‘En este caso reza el inc. 2° la Junta Departamental, a iniciativa del Intendente, podrá disponer la creación del Municipio respectivo, aunque se trate de una población de menos de dos mil habitantes’.

No obstante, debe tenerse presente que conforme al artículo 24 de la ley N° 18.567, en redacción dada por el artículo 3 de la ley N° 18.644 de 12 de febrero de 2010, en las poblaciones de más de 5.000 habitantes se instalarán los Municipios a partir del año 2010, en las restantes comprendidas en el inciso 2° del artículo 1 de la ley N° 18.567, es decir poblaciones de al menos 2.000 habitantes que conformen una unidad, con personalidad social y cultural, con intereses comunes que justifiquen la existencia de estructuras políticas representativas y que faciliten la participación ciudadana, se hará a partir del año 2015. Los actuales Municipios son creados por la ley N° 18.653, de 15 de marzo de 2010³⁷.

3.- La materia departamental y la materia local (o municipal).

Daniel H. MARTINS en “El municipio contemporáneo” (F.C.U., Montevideo 1978), citado por Augusto DURÁN MARTÍNEZ³⁸ definió al municipio como una “institución político-administrativa-territorial, basada

de las que la ley determine, serán atribuciones de las Juntas Departamentales:9°) Crear, a propuesta del Intendente, nuevas Juntas Locales.

33 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. – “Descentralización territorial en el Uruguay”, Ob. Cit; pág. 109 y siguientes.

34 GUTIÉRREZ, Fulvio. – “Los Municipios. Análisis de la Ley N° 18.567 de 13/09/2009...” Ob. Cit...

35 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. – “Descentralización territorial en el Uruguay”, Ob. Cit; págs. 132 y 133.

36 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. – “Descentralización territorial en el Uruguay”, Ob. Cit; pág. 133.

37 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. – “Descentralización territorial en el Uruguay”, Ob. Cit; pág. 134.

38 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. – “Descentralización territorial en el Uruguay”, Ob. Cit; pág. 129.

en la vecindad, organizada jurídicamente dentro del Estado, para satisfacer las necesidades de vida de la comunidad local, en coordinación con otros Entes territoriales y servicios estatales”.

Respecto del punto, señala Augusto DURÁN MARTÍNEZ que siguiendo ese lineamiento, pero prefiriendo una definición más esencial que descriptiva, definió el municipio como una institución corporativa, política, territorial, no soberana, basada en la vecindad.³⁹ El gobierno municipal se limita a un centro urbano o a parte de un centro urbano; el Gobierno Departamental se extiende por todo el Departamento con lo que comprende varios municipios y zonas rurales.

Y agrega Augusto DURÁN MARTÍNEZ que hay pues una distinción en lo orgánico entre lo nacional, lo departamental y lo municipal, y también en lo material. La ley establecerá la materia departamental y la municipal así como la nacional, sin perjuicio de lo que disponga directamente la Constitución. Lo expuesto no significa que la ley tenga libertad absoluta para determinar la materia nacional, la departamental y la municipal.

De acuerdo al artículo 6 de la ley N° 18.567 de 13 de setiembre de 2009, la materia departamental estará constituida por:

- 1) Los cometidos que la Constitución de la República y las leyes asignen a los Gobiernos Departamentales.
- 2) Los asuntos que emerjan de acuerdos entre el Gobierno Nacional y el Departamental.
- 3) La protección del ambiente y el desarrollo sustentable de los recursos naturales dentro de su jurisdicción.

Y en consonancia con el artículo 7 ley N° 18.567 de 13 de setiembre de 2009, la materia municipal estará constituida por:

- 1) Los cometidos que la Constitución de la República y la ley determinen.
- 2) Los asuntos que le son propios dentro de su circunscripción territorial.
- 3) Los asuntos que, referidos a cuestiones locales, el Poder Ejecutivo, por intermedio del respectivo Gobierno Departamental, acuerde asignar a los Municipios.
- 4) Los asuntos que resulten de acuerdos que puedan concretarse entre más de un Municipio del mismo departamento, con autorización del Intendente.
- 5) Los asuntos que resulten de acuerdos entre los Gobiernos Departamentales que puedan ejecutarse entre Municipios de más de un departamento.
- 6) Los asuntos que el respectivo Gobierno Departamental asigne a los Municipios.

Finalmente cabe señalar que el artículo 8° dispone que en aquellas zonas del territorio donde no exista Municipio, las competencias municipales serán ejercidas por el Gobierno Departamental.

4.- Integración de los Municipios.

La integración del órgano “Municipio” está prevista en los arts. 9, 10 y 11 de la ley N° 18.567 de 13 de setiembre de 2009. Son órganos colegiados, integrados por cinco miembros que se denominan Concejales, salvo su Presidente que se denomina Alcalde, tratándose de cargos electivos, que obviamente deberán ser cubiertos en la elección departamental. Acá el legislador cometió algunas graves omisiones en cuanto al fondo de la reforma, y una grave inconstitucionalidad desde el punto de vista formal⁴⁰.

Así, y en primer lugar no precisó si los electores y los elegibles de cada Municipio eran los ciudadanos radicados en dicho Municipio, o quienes tuvieran la credencial cívica correspondiente a ese Municipio, o en su caso, debían reunir las dos condiciones. La Corte Electoral aclaró con un criterio muy práctico y muy claro, aunque no exento de crítica. Dispuso que los electores en cada Municipio son quienes tienen la credencial cívica correspondiente a ese Municipio; sin embargo, para ser elegible, deben cumplir los requisitos que indica la ley, y por lo tanto lo serán solo quienes estén radicados en el territorio del Municipio tres años antes a la fecha de la elección. La crítica a esta decisión, es que se puede dar el caso de un candidato a Alcalde o a Concejales, que si bien puede ser elegible por tener esa radicación en el Municipio, no podrá votar a la lista que lo incluye como candidato, si su credencial cívica no corresponde al Municipio⁴¹.

En segundo lugar, la ley No. 18.567, que creó los Municipios, nada establecía con referencia a si los candidatos a los Municipios, deben ir en hojas separadas a la hoja de votación de los candidatos a Intendente y Ediles, o deben ir en la misma hoja de votación que éstos. La Corte Electoral, en uso de su facultad reglamentaria corrigió esta omisión legislativa, y dispuso que los candidatos electivos del Municipio, fueran en

39 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Los Gobiernos Departamentales ...”, Ob. Cit., p. 96.

40 GUTIÉRREZ, Fulvio. – “Los Municipios. Análisis de la Ley N° 18.567 de 13/09/2009...” Ob. Cit...

41 GUTIÉRREZ, Fulvio. – “Los Municipios. Análisis de la Ley N° 18.567 de 13/09/2009...” Ob. Cit...

una hoja separada a la de los candidatos a Intendente y Junta Departamental, aunque deben pertenecer al mismo lema, con lo cual se prohíbe el denominado voto cruzado⁴².

5.- Atribuciones y cometidos del municipio.

Las atribuciones de los Municipios están consagradas en el artículo 12 de la ley N° 18.567 de 13 de setiembre de 2009⁴³:

- 1) Cumplir y hacer cumplir la Constitución de la República, las leyes, los decretos y demás normas departamentales.
- 2) Supervisar las oficinas de su dependencia y ejercer la potestad disciplinaria sobre sus funcionarios en el marco de la política de recursos humanos y de las disposiciones vigentes establecidas por el respectivo Gobierno Departamental.
- 3) Ordenar gastos o inversiones de conformidad con lo establecido en el presupuesto quinquenal o en las respectivas modificaciones presupuestales y en el respectivo plan financiero, así como en las disposiciones vigentes.
- 4) Administrar eficaz y eficientemente los recursos financieros y humanos a su cargo para la ejecución de sus cometidos.
- 5) Designar representantes del Municipio en actividades de coordinación y promoción del desarrollo regional.
- 6) Promover la capacitación y adiestramiento de sus funcionarios para el mejor cumplimiento de sus cometidos.
- 7) Aplicar las multas por transgresiones a los decretos departamentales cuyo contralor se les asigne.
- 8) Velar por el respeto de los derechos y garantías fundamentales de los habitantes.
- 9) Las demás atribuciones que les asigne el Intendente.
- 10) Requerir el auxilio de la fuerza pública siempre que resulte necesario para el cumplimiento de sus funciones.

Los cometidos de los Municipios están consagrados en el artículo 13 de la ley N° 18.567 de 13 de setiembre de 2009⁴⁴:

- 1) Dictar las resoluciones que correspondan al cabal cumplimiento de sus cometidos.
- 2) Elaborar anteproyectos de decretos y resoluciones, los que serán propuestos al Intendente para su consideración a los efectos de que, si correspondiera, ejerza su iniciativa ante la Junta Departamental.
- 3) Colaborar en la realización y mantenimiento de obras públicas que se realicen en su jurisdicción.
- 4) Elaborar programas zonales y adoptar las medidas preventivas que estime necesarias en materia de salud e higiene, protección del ambiente, todo ello sin perjuicio de las competencias de las autoridades nacionales y departamentales, según las normas vigentes en la materia.
- 5) Adoptar las medidas tendientes a conservar y mejorar los bienes y edificaciones, especialmente aquellos que tengan valor histórico o artístico.
- 6) Atender lo relativo a la vialidad y el tránsito, el mantenimiento de espacios públicos, alumbrado público y pluviales, sin perjuicio de las potestades de las autoridades departamentales al respecto.
- 7) Atender los servicios de necrópolis y de recolección y disposición final de residuos, que les sean asignados por la Intendencia Departamental.
- 8) Colaborar en la vigilancia de la percepción de las rentas departamentales.
- 9) Colaborar con las autoridades departamentales dentro de las directrices que éstas establezcan en materia de ferias y mercados, proponiendo su mejor ubicación de acuerdo con las necesidades y características de sus zonas, cooperando asimismo en su vigilancia y fiscalización.

42 GUTIÉRREZ, Fulvio. – “Los Municipios. Análisis de la Ley N° 18.567 de 13/09/2009...” Ob. Cit...

43 De acuerdo al artículo 3 del Decreto N° 33.209 de la Junta Departamental de Montevideo de 17 de diciembre de 2009, en su literal VI, se entiende por Atribución: “Potestad que se tiene para el cumplimiento de un cometido”.

44 De acuerdo al artículo 3 del Decreto N° 33.209 de la Junta Departamental de Montevideo de 17 de diciembre de 2009, en su literal V, se entiende por Cometido: “Actividad que se asigna a una institución o persona en ejercicio de un cargo”.

- 10) Colaborar con los demás organismos públicos en el cumplimiento de tareas y servicios que les sean comunes o que resulten de especial interés para la zona, promoviendo la mejora de la gestión de los mismos.
- 11) Adoptar las medidas que estimen convenientes para el desarrollo de la ganadería, la industria y el turismo, en coordinación con el Gobierno Departamental, y sin perjuicio de las atribuciones de las autoridades nacionales y departamentales en la materia.
- 12) Formular y ejecutar programas sociales y culturales dentro de su jurisdicción, estimulando el desarrollo de actividades culturales locales.
- 13) Emitir opinión sobre las consultas que, a través del Gobierno Departamental, les formule el Poder Ejecutivo en materia de proyectos de desarrollo local.
- 14) Colaborar en la gestión de los proyectos referidos en el numeral anterior cuando así se haya acordado entre el Gobierno Departamental y el Poder Ejecutivo y exista interés así como capacidad suficiente para el cumplimiento de la actividad por el Municipio.
- 15) Adoptar las medidas urgentes necesarias en el marco de sus facultades, coordinando y colaborando con las autoridades nacionales respectivas, en caso de accidentes, incendios, inundaciones y demás catástrofes naturales comunicándolas de inmediato al Intendente, estando a lo que éste disponga.
- 16) Colaborar en la gestión de políticas públicas nacionales cuando así se haya acordado entre el Gobierno Departamental y el Poder Ejecutivo.
- 17) Crear ámbitos de participación social.
- 18) Rendir cuenta anualmente ante el Gobierno Departamental de la aplicación de los recursos que hubiera recibido para la gestión municipal o para el cumplimiento de funciones que se hubieran expresamente delegado en la autoridad municipal.
- 19) Presentar anualmente ante los habitantes del Municipio, en régimen de Audiencia Pública, un informe sobre la gestión desarrollada en el marco de los compromisos asumidos, y los planes futuros.

6.- Atribuciones del Alcalde y de los Concejales.

Las atribuciones del Alcalde están consagradas en el artículo 14 de la ley N° 18.567 de 13 de setiembre de 2009:

- 1) Presidir las sesiones del Municipio y resolver por doble voto las decisiones en caso de empate entre sus integrantes.
- 2) Dirigir la actividad administrativa del Municipio.
- 3) Ejercer la representación del Municipio, sin perjuicio de lo dispuesto por el numeral 5) del artículo 12 de la presente ley.
- 4) Proponer al Municipio planes y programas de desarrollo local que estime convenientes para su mejor desarrollo.
- 5) Ordenar los pagos municipales de conformidad con lo establecido en el presupuesto quinquenal o en las respectivas modificaciones presupuestales y en el respectivo plan financiero, así como en las disposiciones vigentes.
- 6) Adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de los cometidos municipales, pudiendo, asimismo, disponer del personal, recursos materiales y financieros para cumplir con los servicios municipales esenciales vinculados a seguridad e higiene.

También podrá disponer de esas medidas y de esos recursos en caso de urgencia, dando cuenta en este caso al Municipio en la primera sesión y estando a lo que éste resuelva.

Las atribuciones de los Concejales están consagradas en el artículo 15 de la ley N° 18.567 de 13 de setiembre de 2009:

- 1) Participar en las sesiones del Municipio y emitir su voto a fin de adoptar las decisiones del órgano por la mayoría simple de sus integrantes.
- 2) Ejercer el contralor sobre el ejercicio de las atribuciones del Alcalde.
- 3) Representar al Municipio cuando éste así lo disponga.
- 4) Proponer al Cuerpo planes y programas de desarrollo local que estime convenientes para su mejor desarrollo, sin perjuicio de las atribuciones de las autoridades nacionales y departamentales en la materia.
- 5) Colaborar con el Alcalde para el normal desempeño de los cometidos municipales.
- 6) Ejercer las atribuciones previstas en el numeral 10) del artículo 12 de la presente ley.

7.- La iniciativa y el control.

Al respecto el artículo 16 de la ley N° 18.567 de 13 de setiembre de 2009 dispone que el 15% (quince por ciento) de los ciudadanos inscriptos en una localidad o circunscripción tendrá el derecho de iniciativa ante el Gobierno Departamental en los asuntos de su competencia, incluida la iniciativa para constituirse en Municipio. En este caso la Junta Departamental, a iniciativa del Intendente, podrá disponer la creación del Municipio respectivo, aunque se trate de una población de menos de 2.000 habitantes.

Por su parte el artículo 17 de la ley N° 18.567 de 13 de setiembre de 2009 establece que los actos administrativos generales y los particulares de los Municipios admitirán los recursos de reposición y, conjunta y subsidiariamente el de apelación, ante el Intendente.

Serán de aplicación los plazos establecidos en el artículo 317 de la Constitución de la República⁴⁵.

Finalmente el artículo 18 de la ley N° 18.567 de 13 de setiembre de 2009 dispone que la Junta Departamental tendrá sobre los Municipios los mismos controles que ejerce sobre la Intendencia Municipal. Será de aplicación lo dispuesto en el artículo 296 de la Constitución de la República⁴⁶.

8.- Los recursos y el financiamiento de la gestión de los municipios.

La gestión de los Municipios se financiará, de acuerdo al artículo 19 de la ley N° 18.567 con:

- 1) Con los fondos que les destinen los Gobiernos Departamentales.
- 2) Con los recursos que les asigne el Presupuesto Nacional en el Fondo de Incentivo para la Gestión de los Municipios, que se creará a dicho efecto a partir de fondos que no afecten los que actualmente se destinan a los Gobiernos Departamentales, se tendrán en cuenta criterios de equidad e indicadores de gestión, además del mantenimiento de la relación entre número de funcionarios y población, en el período inmediatamente anterior.

El Gobierno Departamental proveerá los recursos humanos y materiales necesarios a los Municipios, a los efectos de que éstos puedan cumplir con sus atribuciones, en el marco del presupuesto quinquenal y las modificaciones presupuestales aprobadas por la Junta Departamental, tal cual lo dispone el artículo 20 de la Ley en estudio.

Finalmente el artículo 21 de la ley N° 18.567 establece que el Poder Ejecutivo, con el asesoramiento del Congreso de Intendentes, propondrá las normas legales que estime necesarias para determinar adecuadamente el gasto público en políticas sociales de los Gobiernos Departamentales. Dicho gasto deberá ser considerado en la forma de distribución de recursos que determina el literal C) del artículo 214 de la Constitución de la República⁴⁷.

45 **Constitución de la República; Artículo 317.**- Los actos administrativos pueden ser impugnados con el recurso de revocación, ante la misma autoridad que los haya cumplido, dentro del término de diez días, a contar del día siguiente de su notificación personal, si correspondiere, o de su publicación en el "Diario Oficial".

Cuando el acto administrativo haya sido cumplido por una autoridad sometida a jerarquías, podrá ser impugnado, además, con el recurso jerárquico, el que deberá interponerse conjuntamente y en forma subsidiaria, al recurso de revocación.

Cuando el acto administrativo provenga de una autoridad que según su estatuto jurídico esté sometida a tutela administrativa, podrá ser impugnado por las mismas causas de nulidad previstas en el artículo 309, mediante recurso de anulación para ante el Poder Ejecutivo, el que deberá interponerse conjuntamente y en forma subsidiaria al recurso de revocación. Cuando el acto emane de un órgano de los Gobiernos Departamentales, se podrá impugnar con los recursos de reposición y apelación en la forma que determine la ley.

46 **Constitución de la República; Artículo 296.**- Los Intendentes y los miembros de la Junta Departamental podrán ser acusados ante la Cámara de Senadores por un tercio de votos del total de componentes de dicha Junta por los motivos previstos en el artículo 93.

La Cámara de Senadores podrá separarlos de sus destinos por dos tercios de votos del total de sus componentes.

47 **Constitución de la República; Artículo 214.**- El Poder Ejecutivo proyectará con el asesoramiento de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, el Presupuesto Nacional que regirá para su período de Gobierno y lo presentará al Poder Legislativo dentro de los seis primeros meses del ejercicio de su mandato.

El Presupuesto Nacional se proyectará y aprobará con una estructura que contendrá:

- A) Los gastos corrientes e inversiones del Estado distribuidos en cada inciso por programa.
- B) Los escalafones y sueldos funcionales distribuidos en cada inciso por programa.
- C) Los recursos y la estimación de su producido, así como el porcentaje que, sobre el monto total de recursos, corresponderá a los Gobiernos Departamentales. A este efecto, la Comisión Sectorial referida en el artículo 230, asesorará sobre el porcentaje a fijarse con treinta días de anticipación al vencimiento del plazo establecido en el inciso primero. Si la Oficina de Planeamiento y Presupuesto no compartiere su opinión, igualmente la elevará al Poder Ejecutivo, y éste la comunicará al Poder Legislativo.

III) CLAVES PARA EL ÉXITO DE LA GESTIÓN DE LOS GOBIERNOS MUNICIPALES.

1.- Apreciaciones preliminares.

En el verdadero ejercicio de uno de los principios básicos de la descentralización local, el relativo a la participación de la ciudadanía, junto a la transparencia en lo relativo al cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa y pasiva; y la debida articulación entre los distintos niveles de administración interna, se encuentra el verdadero desafío para un funcionamiento eficiente y eficaz de los gobiernos municipales.

A continuación analizaremos cada una de las que consideramos como las claves para el éxito de la gestión de los gobiernos municipales: participación ciudadana, transparencia y articulación.

En este sentido, los procesos de participación ciudadana son cada vez más una demanda social y es responsabilidad de las administraciones públicas garantizarlos, al igual que es responsabilidad de los ciudadanos tomar un papel activo y por tanto participativo en este tipo de procesos.

A lo largo de este capítulo hemos estudiado los modelos de participación ciudadana de Madrid y de Barcelona, como ejemplos de modernización de los gobiernos locales.

No hay dudas del efecto multiplicador de la participación ciudadana, que sirve para potenciar valores como la transparencia de la gestión administrativa constituyéndose en los pilares para una exitosa gestión de los municipios junto a la debida y necesaria articulación, teniendo presente que en un mismo territorio pueden coexistir actividades de órganos de los tres niveles de Administración, nacional, departamental y local, que tienen diversa competencia material.

2.- La participación ciudadana como elemento de modernización de los gobiernos municipales.

Mucho se ha escrito y discutido sobre las posibilidades reales de participación ciudadana que ofrecen las administraciones públicas a nivel local, en el contexto de las actuales democracias representativas⁴⁸.

El tema ha sido enfocado desde diversas perspectivas, tales como las formas alternativas de conceptualizar la participación; los beneficios que reporta la participación a la administración local así como las dificultades que ella conlleva; las capacidades reales que poseen los ciudadanos para acercarse a la oferta participativa o demandar la creación de nuevos espacios; el aporte de estos procesos a la profundización de la democracia, etc⁴⁹.

Las grandes ciudades, dada su complejidad proveniente tanto de su estructura, extensión y número de habitantes como de su historia y posición político-administrativa en el seno del estado necesitan modelos específicos de Participación Ciudadana que por su configuración, funcionamiento y variedad de formulas de participación sean capaces de integrar y dar respuestas a las necesidades y aspiraciones de amplios y variados sectores de población; jóvenes, adultos y mayores, profesionales cualificados y no, personas asociadas y no

Los Gobiernos Departamentales remitirán al Poder Legislativo, dentro de los seis meses de vencido el ejercicio anual, una rendición de cuentas de los recursos recibidos por aplicación de este literal, con indicación precisa de los montos y de los destinos aplicados.

D) Las normas para la ejecución e interpretación del presupuesto.

Los apartados precedentes podrán ser objeto de leyes separadas en razón de la materia que comprendan.

El Poder Ejecutivo dentro de los seis meses de vencido el ejercicio anual, que coincidirá con el año civil, presentará al Poder Legislativo la Rendición de Cuentas y el Balance de Ejecución Presupuestal correspondiente a dicho ejercicio, pudiendo proponer las modificaciones que estime indispensables al monto global de gastos, inversiones y sueldos o recursos y efectuar creaciones, supresiones y modificaciones de programas por razones debidamente justificadas.

48 FERNÁNDEZ, M. Ignacia. – “Ciudadanía y participación a nivel local: el caso de la ciudad de Barcelona”; Universidad de Barcelona, 2003; <http://www.fesweb.org>.

49 FERNÁNDEZ, M. Ignacia. – “Ciudadanía y participación a nivel local: el caso de la ciudad de Barcelona”; Universidad de Barcelona, 2003; <http://www.fesweb.org>.

asociadas, viejos y nuevos vecinos, personas con diversos niveles de alfabetización y manejo de las nuevas tecnologías⁵⁰.

El desarrollo de un nuevo modelo de participación ciudadana precisa de la configuración inicial de un marco normativo y planificador que contemple las acciones, procesos, vías y órganos de participación que van a constituir dicho modelo, ese es actualmente nuestro empeño, sin olvidar que la construcción del propio modelo de Participación Ciudadana no puede ir desligado ni de una metodología participativa ni del desarrollo de experiencias que nos vayan permitiendo contrastar la viabilidad del modelo con la realidad y con las aspiraciones de la ciudadanía y de los movimientos sociales y asociativos. Además de en el marco normativo y planificador que desarrollaremos mas tarde, la construcción del modelo participativo de la ciudad se basa, lógicamente, en determinados valores y principios⁵¹.

En este sentido, los procesos de participación ciudadana son cada vez más una demanda social y es responsabilidad de las administraciones públicas garantizarlos, al igual que es responsabilidad de los ciudadanos tomar un papel activo y por tanto participativo en este tipo de procesos⁵².

La oferta participativa del Ayuntamiento de Barcelona se rige de acuerdo con las Normas Reguladoras de Participación Ciudadana, aprobadas en Consejo Plenario el 22 de noviembre de 2002, que reemplazan a la anterior normativa de 1986. De acuerdo con el texto de las Normas, estas pretenden ampliar y reforzar los procesos, mecanismos y organismos para la participación de los ciudadanos de Barcelona, en los asuntos de la ciudad. Para cumplir con estos objetivos, se estructuran en 6 grandes temas: i) los derechos de la ciudadanía; ii) el fomento del asociacionismo; iii) los órganos de participación, donde se crea la figura del Consejo de Ciudad como máximo órgano consultivo y de participación del ayuntamiento y refuerza los Consejos Sectoriales; iv) los procesos de participación, que constituyen un nuevo mecanismo obligatorio para la aprobación de proyectos urbanísticos de gran envergadura o de especial trascendencia y que son recogidos en Memorias Participativas; v) los mecanismos de participación, donde se crea la instancia de las Audiencias Públicas; vi) las instancias de mediación y aparato, que crea los servicios de mediación comunitaria⁵³.

Más aún, la participación es de por sí un derecho de los ciudadanos que no se limita a la participación en los procesos electorales, a la elección democrática de sus gobernantes una vez cada cuatro años (democracia representativa), sino que se extiende a la toma de decisiones en asuntos que les afectan, al control de la ejecución de las decisiones y a la gestión directa o participada de servicios, programas, proyectos o actividades que repercutan en la comunidad (democracia participativa). La democracia participativa supone por tanto hacer de la participación un proceso continuo de corresponsabilidad entre ciudadanos y administración local. Igualmente, la participación se plantea en esta nueva etapa como un instrumento fundamental para la resolución de los problemas que plantea el ejercicio de gobierno, que además facilita la toma de decisiones, favorece el consenso y reduce los conflictos. Los procesos de participación ciudadana resultan de esta manera un factor de racionalización y de modernización en el funcionamiento de la Administración Pública⁵⁴.

Por otra parte, no hay que olvidar que los procesos de participación ciudadana contribuyen significativamente a reforzar el espíritu de ciudadanía y el desarrollo del sentimiento de pertenencia a una comunidad, jugando en este sentido un papel clave como medio de cohesión y responsabilidad social⁵⁵.

En definitiva, creemos que el desarrollo de la participación ciudadana contribuye a potenciar otros valores básicos de la democracia local como son la transparencia y el control de los ciudadanos sobre de las medidas y actuaciones llevadas a cabo por el gobierno local; o la mayor receptividad de los gobiernos locales hacia

50 GARCÍA SEGADOR, Víctor. – *“La participación ciudadana como elemento de modernización del Gobierno Local. Modelo de Participación ciudadana de la Ciudad de Madrid”*; <http://www.madrid.es/UnidadWeb/Contenidos/Colecciones/Gobierno-Administracion/EstudiosGobYAdon/Ficheros/ParticipacionCiudadana.pdf>.

51 GARCÍA SEGADOR, Víctor. – *“La participación ciudadana como elemento de modernización del Gobierno Local. Modelo de Participación ciudadana de la Ciudad de Madrid”*... Ob. Cit.

52 GARCÍA SEGADOR, Víctor. – *“La participación ciudadana como elemento de modernización del Gobierno Local. Modelo de Participación ciudadana de la Ciudad de Madrid”*... Ob. Cit.

53 FERNÁNDEZ, M. Ignacia. – *“Ciudadanía y participación a nivel local: el caso de la ciudad de Barcelona”*; Universidad de Barcelona, 2003; Ob. Cit.

54 GARCÍA SEGADOR, Víctor. – *“La participación ciudadana como elemento de modernización del Gobierno Local. Modelo de Participación ciudadana de la Ciudad de Madrid”*... Ob. Cit.

55 GARCÍA SEGADOR, Víctor. – *“La participación ciudadana como elemento de modernización del Gobierno Local. Modelo de Participación ciudadana de la Ciudad de Madrid”*... Ob. Cit.

las demandas de los ciudadanos que permita adaptar las políticas y servicios públicos a las preferencias de estos y al contexto social⁵⁶.

Tal como señala el autor no hay dudas del efecto multiplicador de la participación ciudadana, que sirve potenciar valores como la transparencia, de la cual nos ocuparemos en el próximo apartado.

Por todo lo cual insistimos en la necesidad de trabajar en el desarrollo de un modelo de participación ciudadana en los distintos departamentos que precisa de la configuración inicial de un marco normativo y planificador que contemple las acciones, procesos, vías y órganos de participación que van a constituir dicho modelo, el cual debe ir ligado de una metodología participativa y del desarrollo de experiencias que nos vayan permitiendo contrastar la viabilidad del modelo con la realidad y con las aspiraciones de la ciudadanía y de los movimientos sociales y asociativos.

3.- Transparencia: los municipios como sujetos obligados por la Ley N° 18.381 sobre Acceso a la Información Pública, obligaciones de transparencia activa y pasiva⁵⁷.

En el Capítulo Primero "Disposiciones Generales" de la Ley N° 18.381, se dispone expresamente que la presente ley tiene por objeto promover la transparencia de la función administrativa de todo organismo público, sea o no estatal, y garantizar el derecho fundamental de las personas al acceso a la información pública.

En este apartado analizaremos las obligaciones que los municipios como sujetos obligados deben cumplir en materia de transparencia activa y pasiva.

Sobre el punto señala Augusto DURÁN MARTÍNEZ⁵⁸ que "la ley se alinea expresamente con la corriente doctrinaria que vincula el derecho al acceso a la información a la transparencia. Pero eso no significa negar la vinculación que tiene nuestro tema con la democracia. En efecto, transparencia y democracia están últimamente vinculadas, pues no puede haber democracia sin transparencia".

La Ley define a los sujetos obligados en su artículo 2° como "cualquier organismo público, sea o no estatal", lo cual deja de manifiesto que el alcance de sus disposiciones no hace distinción alguna según la calidad de estatal o no estatal de los organismos públicos, si no que frente a una solicitud de acceso a la información pública, todos tienen las mismas obligaciones y deberes⁵⁹.

No caben dudas en cuanto a que los municipios son sujetos obligados por la Ley de Acceso a la Información Pública.

Asimismo apunta Carlos E. DELPIAZZO⁶⁰ que "el principio de publicidad y el de transparencia alcanzan a toda Administración pública... tanto para las estatales como para las no estatales, porque en nuestro Derecho Positivo existe una tendencia que se ha manifestado en las normas anticorrupción y de ética pública, que se extiende también a las personas públicas no estatales".

56 GARCÍA SEGADOR, Víctor. – "La participación ciudadana como elemento de modernización del Gobierno Local. Modelo de Participación ciudadana de la Ciudad de Madrid"... Ob. Cit.

57 Al respecto se sugiere la lectura de SCHIAVI, Pablo. – "El Acceso a la Información Pública en el Uruguay" publicado en Estudios de Derecho Administrativo, N° 3/2011, DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Director (Editorial La Ley Uruguay, Montevideo 2011); en el Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña, N° 15, (Universidade da Coruña, 2011), pág. 147 y siguientes y en la Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXXIII, N° 395 (R.A.P., 2011) pág. 25 y siguientes.

58 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. – "Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública, Leyes N° 18.331, de 11 de agosto de 2008 y N° 18.381, de 17 de octubre de 2008", AMF, Montevideo, 2009, pág. 89 y siguientes.

59 Decreto N° 232/010 de 2 de agosto de 2010. Artículo. 2°. – Ámbito de aplicación. El presente Decreto será de aplicación a todos los organismos públicos, sean o no estatales.

60 Comisión de Educación y Cultura de la Cámara de Senadores de la República Oriental del Uruguay; Carpeta N° 541/2006; Versión taquigráfica de la reunión realizada el día 23 de noviembre de 2006, Palabras del Dr. Carlos E. DELPIAZZO.

Por su parte el artículo 3° (Derecho de acceso a la información pública) dispone que “El acceso a la información pública es un derecho de todas las personas, sin discriminación por razón de nacionalidad o carácter del solicitante, y que se ejerce sin necesidad de justificar las razones por las que se solicita la información”⁶¹.

El artículo 2° define la información pública: “Se considera información pública toda la que emane o esté en posesión de cualquier organismo público, sea o no estatal, salvo las excepciones o secretos establecidos por ley, así como las informaciones reservadas o confidenciales”.

Por su parte el artículo 4° dispone que “Se presume pública toda información producida, obtenida, en poder o bajo control de los sujetos obligados por la presente ley, con independencia del soporte en el que estén contenidas”⁶².

Por lo tanto, de la redacción de ambos artículos, surge que información pública es toda la que emane o esté en posesión de cualquier organismo público, sea o no estatal (presumiendo como tal la información producida, obtenida, en poder o bajo control de los sujetos obligados por la presente ley, con independencia del soporte en el que estén contenidas), salvo la excepciones expresamente determinadas.

Habiendo precisado el concepto de la información pública, la Ley hace especial hincapié en su difusión. El artículo 5° de la Ley⁶³ incorpora las denominadas obligaciones de transparencia activa⁶⁴.

Conforme a la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado (Ley N° 20.285) de Chile el acceso a la información pública se realiza a través de dos vías: transparencia Activa y transparencia Pasiva.

La **transparencia activa** consiste en que los órganos de la Administración Pública deben mantener a disposición permanente de la ciudadanía, a través de sus sitios web, antecedentes como su estructura orgánica; sus facultades, funciones y atribuciones; la planta del personal y el personal a contrata y a honorarios, con sus respectivas remuneraciones; las contrataciones que realice ya sea para el suministro de bienes inmuebles, prestación de servicios, asesorías, consultorías y otros; y las transferencias de fondos públicos que efectúen, entre varios otros puntos. Esta información debe ser actualizada por cada órgano por lo menos una vez al mes⁶⁵.

La **transparencia pasiva** corresponde al derecho de cada persona a solicitar y recibir información de las instituciones del Estado, sin la necesidad de decir por qué o para qué la estamos pidiendo. Por ejemplo, cualquier ciudadano puede preguntar a una repartición pública acerca de los actos, resoluciones, contratos, acuerdos, estudios, expedientes, y otros tipos de documentos o trabajos que hayan sido realizados con presupuesto público. No existe obligación de las reparticiones públicas de crear información para los usuarios, sino que sólo debe entregar la que poseen o compilaciones ya realizadas de éstas. Se excluyen de la Transparencia pasiva, las empresas autónomas del Estado, los Tribunales de Justicia y el Congreso Nacional⁶⁶.

Al respecto apunta Carlos E. DELPIAZZO⁶⁷ que “la propia palabra transparencia indica que visualiza a la Administración como si estuviera en una vidriera; y es así como debe estar. Si los mecanismos de control funcionaran adecuadamente, esto sería más notorio o visible. Incluso, la Ley Anticorrupción dedica un Ca-

61 Decreto N° 232/010 de 2 de agosto de 2010. Artículo 3°.- “Ámbito subjetivo. El acceso a la información pública es un derecho de todas las personas físicas o jurídicas conforme a las normas constitucionales y legales vigentes, el que se regirá por los principios consagrados en el Capítulo II”.

62 En tal sentido el Dictamen del Consejo Ejecutivo de la Unidad de Acceso a la Información Pública (UAIP) N° 3/2010 de 29 de abril de 2010 y el Dictamen del Consejo Ejecutivo de la Unidad de Acceso a la Información Pública (UAIP) N° 4/2010 de 28 de mayo de 2010, dictaminaron que la información sobre empadronamientos de automóviles y la información sobre publicidad, pautas publicitarias y recursos humanos es información pública en función de lo establecido por la Ley N° 18.381.

63 Decreto N° 232/010 de 2 de agosto de 2010. Artículo 18°.- Disponibilidad de la información pública. La información pública deberá estar disponible en forma actualizada sin previa solicitud. Aquella información determinada por el artículo 5° de la Ley que se reglamenta, deberá estar disponible en el sitio web del sujeto obligado así como en formato físico en forma actualizada..

64 Decreto N° 489/009 de 19 de octubre de 2009. Artículo 1°: Exhortase a los titulares de organismos públicos estatales y no estatales a dar cumplimiento a las obligaciones de transparencia activa establecidas en el artículo 5° de la Ley N° 18.381, de 17 de octubre de 2008.

65 Guía Ciudadana para el uso de la ley de acceso a la información: <http://archivoschile.org/2010/05/guia-ciudadana-para-el-uso-de-la-ley-de-acceso-a-la-informacion/#laley>.

66 Guía Ciudadana para el uso de la ley de acceso a la información: <http://archivoschile.org/2010/05/guia-ciudadana-para-el-uso-de-la-ley-de-acceso-a-la-informacion/#laley>.

67 Comisión de Educación y Cultura de la Cámara de Senadores de la República Oriental del Uruguay; Carpeta N° 541/2006; Versión taquigráfica de la reunión realizada el día 23 de noviembre de 2006, Palabras del Dr. Carlos E. DELPIAZZO.

pítulo a lo que denomina el Control Social y este no es posible de ser llevado a cabo en plenitud si no hay transparencia en el obrar de la Administración”.

Sobre el punto enseña Carlos E. DELPIAZZO⁶⁸ que “íntimamente asociado al principio de publicidad, el principio de transparencia supone algo más. Cuando se habla de transparencia de la gestión administrativa, “se quiere dar un paso más respecto de la publicidad... como que la publicidad implica mostrar pero la transparencia implica algo más que mostrar, implica dejar ver; simplemente que el actuar de la administración se deje ver como a través de un cristal”.

Y Carlos E. DELPIAZZO⁶⁹ cita a Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ al afirmar que según se ha destacado “la transparencia se asocia a lo que es visible y accesible, a lo que puede ser conocido y comprendido, por contraposición a lo cerrado, misterioso, inaccesible o inexplicable. Igualmente la transparencia se asocia a una carga afectiva ligada a la tranquilidad y serenidad provocada por todo aquello que se domina y racionaliza, por oposición a la angustia y perturbación de lo misterioso y desconocido..”

Toby MENDEL⁷⁰, en referencia a la transparencia activa, entiende que “usualmente se extiende a la información clave de los organismos sobre como operan, sus políticas, las oportunidades para la participación pública en su trabajo, y como solicitar información. Publicar la información de esta manera se reconoce cada vez más como una de las maneras más eficaces de mejorar el acceso a la información que está en manos de entidades públicas”.

La transparencia activa implica una acción proactiva del Estado de presentar información determinada como mínima sin que las personas deban solicitarlo, siendo fundamental para el fortalecimiento democrático en la medida que coadyuva en la generación de participación y confianza entre gobernantes y gobernados.

En forma acertada, Cristina VÁZQUEZ PEDROUZO⁷¹ señala que “transparencia implica apertura, comunicación y rendición de cuentas, y el acceso a la información pública constituye instrumento fundamental para su realización”.

Esto es, se trata, ni más ni menos que, de la publicidad de información sin que medie solicitud alguna.

Al respecto, la difusión de la información pública se regula en el artículo 5° que dispone que: “Los sujetos obligados deberán prever la adecuada organización, sistematización y disponibilidad de la información en su poder, asegurando un amplio y fácil acceso a los interesados.

Los organismos públicos, sean o no estatales, deberán difundir en forma permanente, a través de sus sitios web^{72 73} u otros medios que el órgano de control determine, la siguiente información mínima⁷⁴:

- A) Su estructura orgánica.
- B) Las facultades de cada unidad administrativa.
- C) La estructura de remuneraciones por categoría escalafonaria, funciones de los cargos y sistema de compensación
- D) Información sobre presupuesto asignado, su ejecución, con los resultados de las auditorías que en cada caso corresponda.
- E) Concesiones, licitaciones, permisos o autorizaciones otorgadas, especificando los titulares o beneficiarios de éstos.
- F) Toda información estadística de interés general, de acuerdo a los fines de cada organismo.
- G) Mecanismos de participación ciudadana, en especial domicilio y unidad a la que deben dirigirse las solicitudes para obtener información”.

68 DELPIAZZO, Carlos E. – “A la búsqueda del equilibrio entre privacidad y acceso” en “Protección de Datos Personales y Acceso a la Información Pública” Dr. Carlos Delpiazzo- Coordinador, Instituto de Derecho Informático, Facultad de Derecho de la Universidad de la República, F.C.U./AGESIC, Montevideo 2009), pág. 17.

69 DELPIAZZO, Carlos E. – “A la búsqueda del equilibrio entre privacidad y acceso”, Ob. Cit., pág. 17.

70 MENDEL, Toby. - “Freedom of Information. A comparative Legal Survey”, Unesco, citado en Índice de Transparencia Activa en Línea (ITAeL) – “El Estado uruguayo y la provisión de información pública a través de la web” (1° Edición: Centro de Archivo y Acceso a la Información Pública/Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay), 2010.

71 VÁZQUEZ PEDROUZO, Cristina. – “El régimen jurídico del acceso a la información pública y la protección de datos personales” (Revista de Derecho y Tribunales, N° 15, A.M.F., Montevideo 2011), pág. 62.

72 Decreto N° 484/0089 de 3 de noviembre de 2009; Artículo 2°: A tales efectos los sujetos obligados por la Ley N° 18.381, efectuarán una autoevaluación de sus páginas web, de acuerdo con los formularios y parámetros establecidos en los Anexos I y II adjuntos, que son parte integrante del presente Decreto.

73 Decreto N° 484/009 de 19 de octubre de 2009; Artículo 3°: La autoevaluación establecida en el artículo anterior deberá ser presentada entre los días 28 de octubre y 3 de noviembre de 2009 ante la Unidad de Acceso a la Información Pública.

74 Decreto N° 232/010 de 2 de agosto de 2010. TÍTULO V – DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS SITIOS WEB. CAPÍTULO I – Difusión de la Información Pública. Artículo 38°.-

Debe destacarse que la Ley no se limita únicamente a imponer a los sujetos obligados la obligación de suministrar la información solicitada, sino que les impone el deber de organizarse de manera que su información sea de amplio y fácil acceso. Asimismo les impone el deber de difundir en sus sitios Web u otros medios la denominada “información mínima”⁷⁵.

4.- La necesaria articulación entre los distintos niveles de administración interna: local, regional y nacional: instrumentos de articulación.

Teniendo presente que en un mismo territorio pueden coexistir actividades de órganos de los tres niveles de Administración, nacional, departamental y local, que tienen diversa competencia material, la articulación de esos tres niveles presenta dificultades considerables⁷⁶.

Apunta Augusto DURÁN MARTÍNEZ que estas dificultades han existido siempre pero las mismas se incrementan a partir de la reforma de 1997 al introducir, en el artículo 50⁷⁷, un nuevo concepto de descentralización, diferente del jurídico generalmente aceptado hasta el momento que, por cierto se mantiene. De esta forma, coexisten en nuestra Constitución dos conceptos de descentralización, o tres, en caso de que se entienda que la descentralización territorial, y la descentralización por servicios no pertenezcan al mismo género⁷⁸.

Y en el mismo sentido enseña el Profesor que a los efectos de la articulación de los distintos niveles de Administración, la Constitución prevé instrumentos de tipo institucional y de tipo convencional, destacando entre los primeros al Congreso de Intendentes, por medio del cual se procura lograr una coordinación horizontal de las actividades de los Gobiernos Departamentales en la materia de su competencia. Sus decisiones para su instrumentación requieren ser adoptadas por cada uno de los Gobiernos Departamentales por medio de sus mecanismos internos⁷⁹.

75 SCHIAVI, Pablo. – “El Acceso a la Información Pública en el Uruguay” publicado en Estudios de Derecho Administrativo, N° 3/2011, DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Director (Editorial La Ley Uruguay, Montevideo 2011); en el Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña, N° 15, (Universidade da Coruña, 2011), pág. 147 y siguientes y en la Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXXIII, N° 395 (R.A.P., 2011) pág. 25 y siguientes.

76 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. – “Articulación entre los distintos niveles de administración interna: local, regional y nacional”, en “Retos de la Organización Administrativa Contemporánea”, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sección Publicaciones, X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, El Salvador 2011; pág. 877 y siguientes.

77 **Constitución de la República; Artículo 50.** - El Estado orientará el comercio exterior de la República protegiendo las actividades productivas cuyo destino sea la exportación o que reemplacen bienes de importación. La ley promoverá las inversiones destinadas a este fin, y encauzará preferentemente con este destino el ahorro público. Toda organización comercial o industrial trustificada estará bajo el contralor del Estado.

Asimismo, el Estado impulsará políticas de descentralización, de modo de promover el desarrollo regional y el bienestar general.

Constitución de la República; Artículo 230. - Habrá una Oficina de Planeamiento y Presupuesto que dependerá directamente de la Presidencia de la República. Estará dirigida por una Comisión integrada con representantes de los Ministros vinculados al desarrollo y por un Director designado por el Presidente de la República que la presidirá.

El Director deberá reunir las condiciones necesarias para ser Ministro y ser persona de reconocida competencia en la materia. Su cargo será de particular confianza del Presidente de la República.

La Oficina de Planeamiento y Presupuesto se comunicará directamente con los Ministerios y Organismos Públicos para el cumplimiento de sus funciones.

Formará Comisiones Sectoriales en las que deberán estar representados los trabajadores y las empresas públicas y privadas.

La Oficina de Planeamiento y Presupuesto asistirá al Poder Ejecutivo en la formulación de los planes y programas de desarrollo, **así como en la planificación de las políticas de descentralización** que serán ejecutadas:

- A) Por el Poder Ejecutivo, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, respecto de sus correspondientes cometidos.
- B) Por los Gobiernos Departamentales respecto de los cometidos que les asignen la Constitución y la ley. A estos efectos se formará una Comisión Sectorial que estará exclusivamente integrada por delegados del Congreso de Intendentes y de los Ministerios competentes, la que propondrá planes de descentralización que, previa aprobación por el Poder Ejecutivo, se aplicarán por los organismos que corresponda. Sin perjuicio de ello, la ley podrá establecer el número de los integrantes, los cometidos y atribuciones de esta Comisión, así como reglamentar su funcionamiento. La Oficina de Planeamiento y Presupuesto tendrá además los cometidos que por otras disposiciones se le asignen expresamente así como los que la ley determine.

78 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. – “Articulación entre los distintos niveles de administración interna: local, regional y nacional”, Ob. Cit; págs. 877 y siguientes.

79 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. – “Articulación entre los distintos niveles de administración interna: local, regional y nacional”, Ob. Cit; págs. 877 y siguientes.

El artículo 262⁸⁰ de la Constitución de la República contiene un quinto inciso que fue añadido en la enmienda constitucional de 1997, por el que se crea un nuevo órgano: el Congreso de Intendentes.

Su naturaleza jurídica y posición institucional ha sido discutida. Así, unos han sostenido que constituye una nueva persona jurídica de derecho público estatal y otros, en cambio, entendieron que “es un órgano de la persona jurídica Estado, que expresa su voluntad con el fin de coordinar las políticas de los Gobiernos Departamentales, se comunica directamente con los Poderes de Gobierno y puede celebrar los convenios a que se refiere el inca 5° del Art. 262.”

Esta última posición es coherente con las potestades que la reforma de 1997 asigna al Poder Ejecutivo en materia de políticas de descentralización (Arts. 50 y 230), que no desarrollo ahora por no relacionarse necesariamente con la descentralización territorial, tomando este término en su sentido técnico jurídico⁸¹.

Asimismo Augusto DURÁN MARTÍNEZ menciona entre los instrumentos de articulación de tipo institucional a los Coordinadores Regionales. Estos no son de previsión constitucional sino legal. En efecto el artículo 83⁸² de la Ley N° 18.719, de 27 de diciembre de 2010, habilita a la Presidencia de la República a crear hasta seis cargos de Coordinador Regional⁸³.

Finalmente, entre los instrumentos de tipo convencional, el profesor destaca a los acuerdos que figuran en el inciso 5 del artículo 262 cuando dispone que los Gobiernos Departamentales podrán acordar, entre sí y con el Poder Ejecutivo, así como con los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, la organización y la prestación de servicios y actividades propias o comunes, tanto en sus respectivos territorios como en forma regional o interdepartamental; así como los convenios que pueda celebrar el Congreso de Intendentes conforme al inciso 6 ya referido⁸⁴.

80 **Constitución de la República; Artículo 262.**- El Gobierno y la Administración de los Departamentos, con excepción de los servicios de seguridad pública, serán ejercidos por una Junta Departamental y un Intendente. Tendrán sus sedes en la capital de cada Departamento e iniciarán sus funciones sesenta días después de su elección.

Podrá haber una autoridad local en toda población que tenga las condiciones mínimas que fijará la ley. También podrá haberla, una o más, en la planta urbana de las capitales departamentales, si así lo dispone la Junta Departamental a iniciativa del Intendente.

La ley establecerá la materia departamental y la municipal, de modo de delimitar los cometidos respectivos de las autoridades departamentales y locales, así como los poderes jurídicos de sus órganos, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 273 y 275.

El Intendente, con acuerdo de la Junta Departamental, podrá delegar en las autoridades locales la ejecución de determinados cometidos, en sus respectivas circunscripciones territoriales.

Los Gobiernos Departamentales podrán acordar, entre sí y con el Poder Ejecutivo, así como con los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, la organización y la prestación de servicios y actividades propias o comunes, tanto en sus respectivos territorios como en forma regional o interdepartamental.

Habrán un Congreso de Intendentes, integrado por quienes fueren titulares de ese cargo o lo estuvieren ejerciendo, con el fin de coordinar las políticas de los Gobiernos Departamentales. El Congreso, que también podrá celebrar los convenios a que refiere el inciso precedente, se comunicará directamente con los Poderes del Gobierno.

81 Ver DURÁN MARTÍNEZ, A., “Los Gobiernos Departamentales en la perspectiva de la reforma constitucional de 1997”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Público ...*, vol. I, pp. 299 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., “Las políticas de descentralización en el Uruguay en la reforma constitucional de 1997”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Público*, Montevideo, 2008, vol. II, pp. 338 y ss.

82 **Ley N° 18.719 de 27 de diciembre de 2010; Artículo 83.**- Habilítase a la Presidencia de la República, en la unidad ejecutora 001 “Servicios de Apoyo de la Presidencia de la República”, programa 481 “Política de Gobierno” del Inciso 02 “Presidencia de la República”, la creación de hasta seis cargos de Coordinador Regional, de particular confianza, comprendidos en el literal d) del artículo 9° de la Ley N° 15.809, de 8 de abril de 1986, modificativas y concordantes.

El Coordinador Regional tendrá como cometido coordinar y articular las políticas públicas nacionales en el territorio del país por áreas regionales, con el objetivo de mejorar la eficiencia y eficacia de las mismas, respetando las competencias de los Gobiernos Departamentales y sin perjuicio de los cometidos de la Comisión Sectorial a que refiere el artículo 230 literal B) de la Constitución de la República.

El cargo de Coordinador Regional recaerá sobre personas con comprobada idoneidad técnica para cumplir con los objetivos asignados.

Los Coordinadores Regionales conforme a lo dispuesto por el artículo 77 numeral 8) de la Constitución de la República, estarán comprendidos en las prohibiciones establecidas en el numeral 4) del mismo artículo.

Para poder ser candidatos a cargos electivos deberán cesar en sus funciones por lo menos doce meses antes de la fecha de la elección.

El Poder Ejecutivo reglamentará esta norma en un plazo máximo de ciento ochenta días.

83 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. – “Articulación entre los distintos niveles de administración interna: local, regional y nacional”, Ob. Cit; Págs. 877 y siguientes.

84 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. – “Articulación entre los distintos niveles de administración interna: local, regional y nacional”, Ob. Cit; Págs. 877 y siguientes.

IV) LOS MUNICIPIOS EN MONTEVIDEO

1.- Un tercer nivel de gobierno: gobierno municipal.

El proceso de descentralización política y administrativa del departamento ingresó en una nueva etapa, que permite profundizar la participación de la ciudadanía en la gestión de gobierno. La nueva legislación agregó a los niveles de gobierno nacional y departamental un tercero, el municipal. Los gobiernos municipales están integrados por cinco miembros, denominados concejales municipales. El concejal más votado del lema dentro del municipio es designado alcalde o alcaldesa y preside el gobierno municipal⁸⁵.

Los gobiernos municipales ejecutan planes de desarrollo y administran el presupuesto en su territorio. Principales cometidos: Cumplir y hacer cumplir la Constitución de la República, las leyes, los decretos y demás normas departamentales; Velar por el respeto de los derechos y garantías fundamentales; Colaborar en la gestión de políticas públicas nacionales; Contribuir a la construcción de espacios de coordinación y cooperación con otros Gobiernos Municipales, el Gobierno Departamental y el Gobierno Nacional; Propiciar la participación institucionalizada de los vecinos en la vida comunal a través de los Concejos Vecinales; Apoyar la actividad de los Concejos Vecinales.

Asimismo deberán proponer iniciativas para la creación de otros ámbitos de participación ciudadana en la gestión del municipio; Hacer pública la información sobre la gestión municipal; Apoyar a la sociedad civil para el desarrollo de sus propios medios y acciones de comunicación; Formular y ejecutar programas sociales y culturales que incorporen la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres; Elaborar y presentar al Intendente la solicitud de ingresos y egresos correspondiente a su período de gestión; Presentar a los Concejos Vecinales del Municipio el Plan Municipal de Desarrollo y el Presupuesto Municipal; Ejecutar el Plan Municipal de Desarrollo y administrar el Presupuesto Municipal; Rendir cuenta anual ante el Gobierno Departamental de la aplicación de los recursos; Presentar un informe anual a los Concejos Vecinales y, en audiencia pública, a la ciudadanía sobre el estado de los asuntos municipales.

Finalmente, en lo que concierne a la escala barrial y municipal, la planificación, ejecución y mantenimiento de las obras relativas a la red vial y el alumbrado público, la señalización y el control del tránsito, la limpieza y el mantenimiento de espacios públicos, la creación y mantenimiento de áreas verdes, sin perjuicio de las atribuciones y competencias de las autoridades departamentales y nacionales al respecto; Velar por la protección del medio ambiente haciendo cumplir la normativa vigente; Colaborar con los demás organismos públicos en el cumplimiento de tareas y servicios que les sean comunes⁸⁶.

2.- Los gobiernos municipales en Montevideo.

El Departamento de Montevideo se divide en ocho circunscripciones territoriales denominadas Municipios⁸⁷.

En cuanto a la creación de nuevos Municipios, el artículo 6 dispone que la modificación de los límites de Municipios existentes así como la creación de nuevos Municipios serán potestad del Gobierno Departamental a iniciativa del

quince por ciento de los ciudadanos inscriptos en la localidad o circunscripción correspondiente, y del o la Intendente en consulta preceptiva con todos los Gobiernos Municipales.

El gobierno y la administración de cada Municipio serán ejercidos por un Gobierno Municipal, en el marco de los cometidos que se le otorgan por el presente decreto y otros que se le incorporen por ley o decreto departamental en el futuro.

La integración de los Gobiernos Municipales será la prevista por el artículo 287 de la Constitución de la República y en el artículo 9 la Ley N° 18.567.

85 <http://www.imm.gub.uy/institucional/gobiernos-municipales>

86 <http://www.imm.gub.uy/institucional/gobiernos-municipales>

87 <http://www.imm.gub.uy/institucional/gobiernos-municipales>

Para integrar el Gobierno Municipal se exigirán los mismos requisitos que para ser Edil Departamental y se le aplicará el mismo régimen de incompatibilidades y prohibiciones. No podrán integrarlos los miembros de la Junta Departamental ni el Intendente.

Dichos requisitos son:

- I. Dieciocho años cumplidos a la fecha de la respectiva elección;
- II. Ciudadanía natural o legal y en este último caso con tres años de ejercicio;
- III. Ser nativo o estar radicado en el Municipio correspondiente, desde por lo menos tres años antes de la fecha de la elección respectiva.

En cuanto a las reglas de funcionamiento, el artículo 14 dispone que el Gobierno Municipal reglamentará su funcionamiento, el que se instrumentará sobre las siguientes bases:

- I. Deberá reunirse por lo menos una vez por semana;
- II. Para que pueda sesionar el Gobierno Municipal se requerirá la presencia de por lo menos tres Concejales Municipales;
- III. Para adoptar resolución se requerirá la mayoría simple de votos de Concejales presentes. En caso de empate, decidirá el voto del Alcalde o Alcaldesa;
- IV. Las sesiones del Gobierno Municipal serán abiertas, salvo que por razones fundadas se determine lo contrario.
- V. Se podrá crear una Comisión Permanente en cada Municipio integrada por una delegación del Gobierno Municipal y de los Concejales Vecinales correspondientes. La misma tendrá como cometido el intercambio de información sobre la marcha de los planes y el propuesto aprobados en el Municipio. Esta Comisión tendrá solo atribuciones de relacionamiento.

Son atribuciones de los miembros del Gobierno Municipal:

- I. Proponer al Gobierno Municipal planes y programas de desarrollo local;
- II. Participar en las sesiones del Gobierno Municipal y emitir su voto a fin de adoptar las decisiones del órgano;
- III. Colaborar con el Alcalde o Alcaldesa para el cumplimiento de los cometidos del Gobierno Municipal;
- IV. Ejercer el contralor sobre el ejercicio de las atribuciones del Alcalde o Alcaldesa.

Son atribuciones del Alcalde o Alcaldesa, sin perjuicio de los que le corresponden como Concejale Municipal:

- I. Presidir las sesiones del Gobierno Municipal;
- II. Cumplir y hacer cumplir la normativa departamental y municipal;
- III. Dirigir la actividad administrativa del Gobierno Municipal;
- IV. Ejercer la representación del Gobierno Municipal;
- V. Ordenar los pagos de conformidad con la normativa vigente;
- VI. Adoptar las medidas que entienda necesarias para el cumplimiento de los cometidos municipales, dando cuenta al Gobierno Municipal y estando a lo que éste resuelva;
- VII. Requerir el auxilio de la fuerza pública siempre que resulte necesario para el ejercicio de las funciones del Gobierno Municipal.

El Artículo 17º regula los Pedidos de informes. La Junta Departamental y los Concejales Vecinales del Municipio respectivo podrán pedir por escrito al Gobierno Municipal los datos e informes que estimen necesarios. La Junta Departamental con el voto conforme de la tercera parte de sus miembros, podrá hacer venir a su Sala al Alcalde o Alcaldesa, para pedirle y recibir los informes que estimen convenientes.

El Alcalde o Alcaldesa podrá hacerse acompañar con los miembros del Gobierno Municipal y funcionarios que estime necesario para el cumplimiento de la requisitoria. Los Concejales Vecinales del Municipio respectivo tendrán potestad de convocar al Gobierno Municipal para el análisis de asuntos de su jurisdicción por mayoría simple de sus integrantes.

El Artículo 19° regula la Iniciativa ciudadana. El quince por ciento de los inscriptos residentes en el Municipio tendrá el derecho de iniciativa ante el Gobierno Municipal en asuntos de su jurisdicción.

Habrà una Junta de Alcaldes integrada por quienes fueren titulares de ese cargo o lo estuvieren ejerciendo, la que serà presidida por el o la Intendente. Esta se reunirá mensualmente en forma ordinaria convocada por el Intendente o Intendenta.

Podrà ser convocada en forma extraordinaria a iniciativa del Intendente o Intendenta. La Junta de Alcaldes tendrá carácter consultivo y serà un ámbito de coordinación de las políticas municipales y departamentales. La Junta de Alcaldes tendrá carácter consultivo y serà un ámbito de coordinación de las políticas municipales y departamentales.

3.- Régimen presupuestal de los municipios en Montevideo.

El Capítulo VI del Decreto en estudio establece el Régimen Presupuestal de los Municipios. En cuanto a las fuentes de financiamiento, el artículo 25 dispone que la gestión de los Municipios se financiará: I. Con los fondos que le destine el Gobierno Departamental; II. Con los recursos que le asigne el Presupuesto Nacional en el Fondo de Incentivo para la Gestión de los Municipios, que se creará a dicho efecto; III. Con otras fuentes de recursos (donaciones, convenios con organizaciones internacionales, etc.) que la normativa departamental reglamentará.

En cuanto a la asignación de recursos, el artículo 26 establece que el Gobierno Departamental proveerá los recursos humanos y materiales necesarios a los Municipios, a los efectos de que estos puedan cumplir con sus cometidos, en el marco del presupuesto quinquenal y las modificaciones presupuestales aprobadas por la Junta Departamental. Los funcionarios y funcionarias que presten servicios en los Municipios se regirán por el mismo estatuto en materia de ingreso, permanencia y demás particularidades laborales (derechos y obligaciones) que el resto del personal del Gobierno Departamental.

En cuanto al destino de los recursos, el artículo 27 dispone que los recursos que asigne el Gobierno Departamental a los Municipios estarán destinados a cubrir gastos de funcionamiento e inversiones. Los funcionarios que cumplan tareas a cargo de los Gobiernos Municipales pertenecerán al contingente departamental de recursos humanos. La asignación de recursos humanos a cada Gobierno Municipal serà decidida por el Gobierno Departamental en función de sus cometidos, de los objetivos del sistema, de indicadores y los planes de desarrollo municipal.

El Artículo 28° crea el Fondo presupuestal para la gestión de los Municipios. El o la Intendente dispondrá en el Presupuesto Departamental de un Fondo que serà el resultado de la sumatoria de los planes municipales presentados oportunamente y acordados con el Gobierno Departamental.

El Artículo 29° regula la elaboración del Plan Municipal de Desarrollo y el Proyecto de Presupuesto Quinquenal de cada Gobierno Municipal. A los efectos de iniciar el proceso de elaboración del Plan Municipal de Desarrollo y el Proyecto de Presupuesto Quinquenal de cada Gobierno Municipal, el o la Intendente convocará a la Junta de Alcaldes dentro de los treinta días posteriores a la asunción de su mandato. Los Alcaldes presentarán en dicha ocasión sus lineamientos estratégicos para la elaboración de los Planes Municipales de Desarrollo, incluyendo lo necesario para el funcionamiento de los Concejos Vecinales, previo informe y consulta con los Concejos Vecinales de su Municipio. La Intendencia estimará en función de los cometidos de los Municipios los recursos a destinar a los mismos.

A los efectos de su estimación deberá establecer un sistema de indicadores que permita ponderar los recursos necesarios para cada municipio y cuyos objetivos serán:

- I. Promover el desarrollo integral y armónico de las diversas partes del territorio departamental;
- II. Contribuir a la disminución del desequilibrio en el costo de la prestación de los servicios en el marco de sus competencias;
- III. Estimular la eficiencia en la administración municipal;
- IV. Posibilitar la implementación y gestión de estrategias y políticas municipales de desarrollo, en el marco de los Planes de Desarrollo Municipales, que también habrán tenido en cuenta, la superficie y calificación del

suelo, la caracterización demográfica y socioeconómica de la población, y los cometidos y las atribuciones de los gobiernos municipales;

V. Contribuir a la transparencia en la gestión municipal;

VI. Incentivar la participación ciudadana en la gestión municipal incluyendo la perspectiva de género. Una vez recibida la información sobre la estimación de los recursos departamentales que se estaría en condiciones de asignar a cada uno de los Gobiernos Municipales para el quinquenio, estos dispondrán de noventa días para presentar al o la Intendente, a los efectos de la elaboración del Presupuesto Quinquenal del Gobierno Departamental:

I. El Plan Municipal de Desarrollo que llevará adelante cada Gobierno Municipal en el transcurso de su mandato constitucional;

II. El correspondiente Proyecto de Presupuesto Municipal Quinquenal;

III. El primer Plan Operativo Anual con su previsión de ingresos y egresos. Los Gobiernos Municipales deberán elaborar sus presupuestos por programas de tal modo que permitan identificar las finalidades que se persiguen y los objetivos que se pretende alcanzar con los gastos presupuestados.

La Intendencia elaborará a partir de estos insumos el Proyecto de Presupuesto Quinquenal Departamental que remitirá a la Junta Departamental acompañado de los respectivos Proyecto Municipales presentados por cada Municipio.

A los efectos de la elaboración de los ajustes anuales de los presupuestos Municipales la convocatoria a la Junta de Alcaldes se realizará antes del 31 de marzo de cada año, siguiéndose los mismos procedimientos y plazos establecidos en el artículo anterior (Art. 30).

El Artículo 31° regula la Convocatoria de Cabildo. Los Gobiernos Municipales elaborarán el Plan Municipal de Desarrollo y el proyecto de Presupuesto Quinquenal así como los respectivos ajustes anuales previa realización de un Cabildo convocado por el Alcalde o Alcaldesa, que lo presidirá, y coordinado con los Concejos Vecinales de su Municipio en el que participarán los miembros del Gobierno Municipal, los miembros de los Concejos Vecinales, los representantes de las organizaciones sociales del municipio, vecinos y vecinas. Dicho Cabildo será convocado por lo menos una vez al año a efectos del análisis, seguimiento y propuestas sobre la gestión municipal así como la toma de decisiones sobre el Presupuesto Participativo que corresponda.

El Artículo 32° regula Rendición de cuentas. Los Gobiernos Municipales elaborarán y presentarán al o la Intendente, en el curso de los cuarenta y cinco días posteriores a la realización de la Junta de Alcaldes a que se hace referencia en el Art. 30 del presente Decreto la rendición de cuentas del ejercicio correspondiente al año anterior de su gestión, el Plan Operativo Anual y el proyecto de ajuste presupuestal para el ejercicio siguiente, a los efectos de su incorporación al informe de rendición de cuentas y al proyecto de ajuste presupuestal del Gobierno Departamental.

4.- Competencia y atribuciones de los municipios en Montevideo.

Por Resolución de la Intendencia de Montevideo, de 9 de agosto de 2010⁸⁸ se establecen las siguientes competencias y atribuciones de los Gobiernos Municipales, las que se indican de conformidad con los artículos 12,13 y 14 de la Ley N° 18.567 de 13 de setiembre de 2009; Único de la Ley N° 18.659 de 26 de abril de 2010; los artículos 16, 22 y 24 del Decreto N° 33.209 de 28 de diciembre de 2009, y el artículo 1° del Decreto N° 33.322 de 26 de abril de 2010:

I. Dictar las resoluciones necesarias para el funcionamiento de las oficinas de sus dependencias directas, así como de los Servicios Centros Comunales Zonales que dependen de cada Gobierno Municipal de conformidad con el artículo 31 del Decreto N° 33.480 de 9 de julio de 2010.

II. En su calidad de ordenador secundario de gastos, disponer erogaciones correspondientes a sus asignaciones presupuestales, de conformidad con los artículos 28 y 29 (literal b) del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF), y el artículo 1°, numeral XIV del Decreto N° 33.322 de 26 de abril de 2010, con el límite máximo del doble del monto de la licitación abreviada, y atendiendo a los procedimientos establecidos en los artículos 33 y siguientes del mismo Texto Ordenado.

88 <http://www.imm.gub.uy/institucional/gobiernos-municipales>

III. Delegar la competencia para ordenar gastos en funcionarios de su dependencia, los que actuarán bajo supervisión y responsabilidad del Gobierno Municipal (artículo 30 del TOCAF).

IV. Elaborar anteproyectos de decretos y resoluciones en materias de competencia de la Junta Departamental de Montevideo, los que serán propuestos al Intendente o a la Intendenta para su consideración, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 275, numeral 6°) de la Constitución de la República.

V. Elaborar anteproyectos y resoluciones en materias de competencia del Intendente o la Intendenta, para el eventual ejercicio de las correspondientes potestades.

VI. Aplicar multas por montos equivalentes a hasta 55 Unidades Reajustables, cuando los servicios inspectivos dependientes del Gobierno Municipal (artículo 1°, numeral XV del Decreto N° 33.322) comprueben la existencia de transgresiones a los Decretos departamentales vigentes, de acuerdo al régimen punitivo vigente (Decreto N° 21.626 de 23 de abril de 1984 y disposiciones modificativas y concordantes), en las siguientes materias:

- a) Control de habilitaciones de establecimientos industriales y comerciales.
- b) Cerco de propiedades.
- c) Puestos de frutas y verduras en la vía pública.
- d) Aguas residuales, domiciliarias, industriales y comerciales.
- e) Ocupación de veredas con fines no comerciales (colocación de macetones, bancos, etc.).
- f) Ocupación de veredas por establecimientos industriales y comerciales.
- g) Inspección de permisos de obras y de barreras.
- h) Control de mantenimiento de veredas.
- i) Control de daños en el ornato público (Decreto N° 16.298 de 26 de marzo de 1974, y artículo 2° numeral 2 del Decreto N° 21.626 de 23 de abril de 1984).
- j) Ocupación de espacios públicos con fines de vivienda;
- k) Ocupación de espacios públicos efectuada por particulares, con fines distintos a los señalados en el literal anterior.
- l) Control de habilitación de vehículos de transporte de alimentos.
- ll) Fiscalización de la Ordenanza de Limpieza Pública (Decreto N° 14.001 de 9 de agosto de 1967, Artículo 4° literal B del Decreto N° 23.372 de 7 de enero de 1987, y Volumen VI del Digesto, "Higiene y Asistencia Social").
- m) Quioscos rodantes de ventas de alimentos.
- n) Control de ferias periódicas.
- ñ) Control de eventos relativos a las festividades de Carnaval (desfiles, corsos, escenarios, etc.)
- o) Ejercicio de potestades de policía territorial (artículo 35, numeral 43, literal B) de la Ley N° 9.515 de 28 de octubre de 1935 -Ley Orgánica de los Gobiernos Departamentales-, en la redacción establecida por el artículo 83, numeral 4) literal b), de la Ley N° 18.308 de 18 de junio de 2008 (Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible).

En el caso de los precedentes literales i) a o), la fiscalización en dichas materias se efectuará sin perjuicio de las competencias de las dependencias especializadas de la Intendencia, y de la actuación concurrente de los servicios inspectivos de carácter central.

VII. Administrar los Mercados Minoristas, pudiendo:

- a) adjudicar los permisos de uso de los locales existentes en los mismos.
- b) autorizar la transferencia de esos permisos.
- c) modificar las autorizaciones concedidas determinando nuevas ubicaciones.
- d) disponer el cambio o anexo de rubros, siendo de su competencia las potestades que la Resolución N° 361/96 de 29 de enero de 1996 asignó en su momento al ex-Departamento de Descentralización y a las desaparecidas Juntas Locales.
- e) adjudicar con carácter precario y revocable los derechos de uso de los locales de los Mercados Minoristas, para su utilización con fines sociales.

VIII Autorizar la instalación en espacios públicos, con o sin entarimado, de mesas, sillas y bancos frente a comercios, bares y afines.

XI. Suscribir convenios para la entrega de materiales y/o servicios para la construcción de viviendas (Fondo Solidario de Materiales), de conformidad con la Reglamentación aprobada por Resolución del Intendente N° 5.683/90 de 10 de diciembre de 1990, modificativas y concordantes.

X. Otorgar préstamos y subsidios con cargo al Fondo Rotatorio de Conexiones al Saneamiento, hasta un monto equivalente a 50 Unidades Reajustables.

XI. Trasladar por razones de servicio a los funcionarios asignados a las oficinas de sus dependencias directas, y a las de los Servicios Centros Comunales Zonales correspondientes al Municipio.

XII. Conceder licencias extraordinarias con goce de sueldo a los funcionarios de los Municipios y sus Servicios Centros Comunales, por un lapso no mayor de 5 (cinco) días, cuando sean solicitadas por profesionales, técnicos o estudiantes para la asistencia a congresos, jornadas o seminarios atinentes a sus especialidades o sus estudios.

XIII. Ejercer la potestad disciplinaria sobre los funcionarios asignados a los Gobiernos Municipales y a los Servicios Centros Comunales Zonales de su dependencia, pudiendo, con asesoramiento jurídico, y previos los procedimientos y garantías del caso (artículos R.114 y R.116 del Volumen II del Digesto, "Del Procedimiento"), aplicar las siguientes sanciones;

a) de observación;

b) de suspensión en el ejercicio de las funciones, siempre que la sanción no supere el término de veinte días (artículo 24 del Decreto N° 33.209, y artículos D.141 y D.144 del Volumen III del Digesto, "De la Relación Funcional").

Cuando considere que la falta cometida y comprobada debiera dar lugar a una sanción de mayor entidad, deberá hacerlo saber al Intendente o Intendenta, fundamentando su parecer.

XIV. Disponer la realización de investigaciones administrativas (artículo R.115 del Volumen II del Digesto, "Del procedimiento").

XV. Efectuar denuncias de ocupación ilegítima de inmuebles de propiedad pública o privada del Gobierno

Departamental (artículo 13, numeral 5), de la Ley N° 18.567, y artículo 22, numeral XXV del Decreto N° 33.209).

XVI. Proponer ante la Intendencia el inicio de acciones de desalojo, o la suspensión de los procesos en trámite con ese objeto, fundamentando su propuesta, así como disponer la presencia del Alcalde o de uno de los Concejales Municipales en las diligencias judiciales de lanzamiento que se practiquen en bienes departamentales ubicados en el Municipio.

2.- Establecer que, de conformidad con el artículos 14 de la Ley N° 18.567 de 13 de setiembre de 2009, y Único de la Ley N° 18.659 de 26 de abril de 2010, y el artículo 16 del Decreto N° 33.209 de 28 de diciembre de 2009, son atribuciones de los Alcaldes o Alcaldesas:

I. Cumplir y hacer cumplir la Constitución de la República, las Leyes, y la normativa departamental y municipal en cuanto refieran a las competencias de los Gobiernos Municipales, y las resoluciones emitidas por éste.

II. Ejercer la representación del Gobierno Municipal. Presidir las sesiones del Gobierno Municipal, con voto decisorio en caso de empate en las votaciones realizadas en el seno del órgano.

III. Disponer el orden de los asuntos a tratar en cada sesión del Gobierno Municipal, incluyendo los que la mayoría hubiese propuesto tratar en el mismo día, y abrir y clausurar las mismas, así como suspender o levantar la sesión en caso de alteraciones a su normal discurrir.

IV. Dirigir las sesiones con absoluta imparcialidad, concediendo la palabra en el orden en que la misma haya sido solicitada por los Concejales Municipales y por él mismo y llamar al orden y a la cuestión a los Concejales cuando lo considere procedente.

V. Dirigir la actividad administrativa del Gobierno Municipal, y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de los cometidos asignados a los mismos en la situaciones previstas en el artículo 14, numeral 6) de la Ley N° 18.567, y disponer esas medidas y de esos recursos en caso de urgencia, dando cuenta al Gobierno Municipal en la primera sesión que realice, y estando a lo que éste resuelva.

VI. Ordenar los pagos correspondientes a gastos dispuestos por el Gobierno Municipal.

VII. Requerir el auxilio de la fuerza pública siempre que resulte necesario para el ejercicio de la competencia del Gobierno Municipal.

VIII. Disponer la realización de informaciones de urgencia, en la forma establecida en el artículo R.124 del Volumen II del Digesto, "Del Procedimiento".

IX. Radicar denuncias ante la Seccional Policial correspondiente, en las situaciones previstas en el artículo R.120 (última oración) del Volumen II del Digesto, "Del Procedimiento".

X. Autorizar el uso de los vehículos asignados al Gobierno Municipal o a los Servicios Centros Comunales que dependen de él fuera de los límites del Departamento de Montevideo, cuando se tratare del cumplimiento de disposiciones del Gobierno Municipal, o del ejercicio de funciones.

XI. Expedir testimonios de los expedientes que se encuentren archivados en las dependencias de los Municipios o de sus Servicios Centros Comunales, cuando sea solicitado por los interesados o sus apoderados en forma legal.

XII. Expedir testimonios de los expedientes que se estén sustanciando ante los Municipios y sus Servicios Centros Comunales, cuando sea solicitado por los interesados o sus apoderados en forma legal, siempre que no se lesionen derechos o intereses de terceros, o la solicitud obste al normal desarrollo del procedimiento de que se trate.

3.- Comuníquese a la Junta Departamental, a todos los Gobiernos Municipales, a todos los Departamentos, a la Contaduría General, a la Asesoría Jurídica y pase a la División Información y Comunicación para su más amplia difusión.

V) CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo hemos tratado de presentarle al lector los principales lineamientos del régimen vigente de descentralización territorial en el Uruguay fijado en la Constitución de la República de 1967, con las enmiendas introducidas en 1997, para afrontar el estudio del desafío del tercer nivel de gobierno instaurado por la Ley N° 18.567 de 13 de setiembre de 2009; modificativas y complementarias: los Municipios.

En tal sentido hemos recorrido los requisitos necesarios para la configuración y la creación de los Municipios; hemos analizado la materia departamental y la materia local (o municipal); las atribuciones y cometidos de los municipios así como la integración de los municipios con las figuras del Alcalde y de los Consejales.

No hay dudas del efecto multiplicador de la participación ciudadana, que sirve para potenciar valores como la transparencia de la gestión administrativa constituyéndose en los pilares para una exitosa gestión de los municipios junto a la debida y necesaria articulación, teniendo presente que en un mismo territorio pueden coexistir actividades de órganos de los tres niveles de Administración, nacional, departamental y local, que tienen diversa competencia material.

Entendemos que en la clara y efectiva participación de la ciudadanía descansará el éxito de los municipios, junto a la transparencia y una adecuada y fina articulación entre los distintos niveles de administración, constituyendo a la vez, claro está, el mayor desafío para los gobiernos departamentales, ser funcionales a las necesidades de la ciudadanía, ser proactivos en sus propuestas y proyectos y ser eficaces y eficientes en la resolución de los problemas y dificultades que se planteen, para evitar que el descrédito de los municipios se convierta en el principal enemigo de la novedosa solución.

Los procesos de participación ciudadana son cada vez más una demanda social y es responsabilidad de las administraciones públicas garantizarlos, al igual que es responsabilidad de los ciudadanos tomar un papel activo y por tanto participativo en este tipo de procesos.

Por lo cual insistimos en la necesidad de trabajar en el desarrollo de un modelo de participación ciudadana en los distintos departamentos que precisa de la configuración inicial de un marco normativo y planificador que contemple las acciones, procesos, vías y órganos de participación que van a constituir dicho modelo, el cual debe ir ligado de una metodología participativa y del desarrollo de experiencias que nos vayan permitiendo contrastar la viabilidad del modelo con la realidad y con las aspiraciones de la ciudadanía y de los movimientos sociales y asociativos.

La participación ciudadana, la transparencia y la articulación son las claves para el éxito de la gestión de los gobiernos municipales.

BIBLIOGRAFÍA

CAGNONI, José Aníbal. – “El proyecto de ley sobre municipio”, en Revista de Derecho Público. F.C.U., Montevideo, año 2008, N° 33.

DELPIAZZO, Carlos E. – “Autoridades departamentales y municipales”. AMF. Montevideo, 2010.

.....– “Derecho Administrativo Especial”. AMF. Montevideo, 2009, Vol. 1.

- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. – “Descentralización territorial en el Uruguay”, en Estudios de Derecho Administrativo N° 1/2010; La Ley Uruguay 2010; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Director; pág. 109 y siguientes.
- – “Articulación entre los distintos niveles de administración interna: local, regional y nacional”, en “Retos de la Organización Administrativa Contemporánea”, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sección Publicaciones, X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, El Salvador 2011; pág. 877 y siguientes.
- – “Las políticas de descentralización en el Uruguay en la Reforma Constitucional de 1997”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., Estudios de Derecho Público. Montevideo, 2008, Vol. II.
- – “Limitaciones a los derechos constitucionales por Decretos de los Gobiernos Departamentales”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., Estudios de Derecho Público, Vol. I. Montevideo, 2004.
- – “Municipio y Estado”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., Estudios de Derecho Constitucional, Ingranusi Ltda, Montevideo 1998.
- FERNÁNDEZ, M. Ignacia. – “Ciudadanía y participación a nivel local: el caso de la ciudad de Barcelona”; Universidad de Barcelona, 2003; <http://www.fesweb.org>.
- GARCÍA SEGADOR, Víctor. – “La participación ciudadana como elemento de modernización del Gobierno Local. Modelo de Participación ciudadana de la Ciudad de Madrid”; <http://www.madrid.es/UnidadWeb/Contenidos/Colecciones/GobiernoAdministracion/EstudiosGobYAdon/Ficheros/ParticipacionCiudadana.pdf>.
- GUTIÉRREZ, Fulvio. – “Los Municipios. Análisis de la Ley N° 18.567 de 13/09/2009; Ley N° 18.744 de 12/02/2010; Ley N° 18.653 de 15/03/2010 y Ley N° 18.659 de 26 de abril de 2010. Circular N° 8544 de la Corte Electoral de 12/03/2010”, Cita Online: D1610/2010; La Ley Uruguay 2010-7.
- MARTINS, Daniel Hugo. – El Gobierno y la Administración de los Departamentos, t. I. Montevideo, 2005.
- – El Gobierno y la Administración de los Departamentos, t. II, Montevideo, 2006.
- SCHIAVI, Pablo. – “El Acceso a la Información Pública en el Uruguay” en Estudios de Derecho Administrativo, N° 3/2011, DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Director (Editorial La Ley Uruguay, Montevideo 2011).
- – “El Acceso a la Información Pública en el Uruguay” en el Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña, N° 15, (Universidade da Coruña, 2011), pág. 147 y siguientes.
- – “El Acceso a la Información Pública en el Uruguay” en la Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXXIII, N° 395 (R.A.P., 2011) pág. 25 y siguientes.
- – “Las normas de Control Interno en nuestro derecho” en la Revista La Ley Uruguay (Año III, N° 12, Montevideo 2010), pág. 1729-1735.
- – “Control Interno” en “Transformaciones actuales del derecho administrativo”, Instituto de Derecho Administrativo; Carlos Delpiazco -Coordinador (F.C.U., Instituto de Derecho Administrativo -Facultad de Derecho - Universidad de la República; Montevideo 2010), pág. 411 y siguientes.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

ORTELLS RAMOS, Manuel

La ejecución forzosa civil

Tres cuestiones sobre qué ejecutar, quién puede o debe hacerlo y cómo

LA EJECUCIÓN FORZOSA CIVIL TRES CUESTIONES SOBRE QUÉ EJECUTAR, QUIÉN PUEDE O DEBE HACERLO Y CÓMO¹

MANUEL ORTELLS RAMOS²

I. INTRODUCCIÓN

El encargo de tratar de cuestiones fundamentales de la ejecución forzosa civil no es en absoluto cómodo, aunque se prive a las cuestiones del artículo determinado. Dentro del Derecho procesal pocas materias como ésta se hallan tan ligadas a los diversos regímenes jurídico-positivos. Esto dificulta encontrar perspectivas que puedan satisfacer el interés de un público conocedor de los problemas –muchos de ellos intrincados– de la ejecución forzosa de su país, pero perfectamente conscientes de que lo que pueda ser expuesto sobre la ejecución forzosa en otros ordenamientos será tan diferente, como probablemente indiferente. No puedo sino evocar la ocurrente frase de Oscar Wilde sobre las tragedias de los otros que, como tal vez recuerden, son siempre de una banalidad exasperante.

A pesar de esa heterogeneidad de los regímenes de la ejecución forzosa respecto de relaciones de Derecho privado creo –o, tal vez, me conviene creer para poder plantearles una perspectiva interesante– los mismos siempre se enfrentan y deben responder a cuestiones encuadradas en tres grandes bloques temáticos:

1º) ¿Qué se puede ejecutar?

Esta sencilla pregunta tiene detrás una compleja serie de cuestiones relativas a la determinación de qué debe o puede ser título ejecutivo, cuál debe o puede ser su eficacia objetiva y subjetiva y en qué medida y bajo qué condiciones pueden ser modificadas, cuál debe ser el alcance de la oposición llamada incidental a la ejecución, dado que esta modalidad de oposición puede borrar la eficacia ejecutiva del título apenas le ha sido reconocida al decretarse la ejecución.

2º) ¿Quién puede ejecutar?

Esta pregunta tiene respuestas asentadas en algunos ordenamientos, pero en otros, como en Derecho español, las reformas recientes han sido combatidas por una parte de la doctrina con cierta radicalidad. Se trata, en síntesis, de la jurisdiccionalidad de la ejecución forzosa civil, o, por ser más preciso, de la medida de su jurisdiccionalidad.

3º) ¿Cómo se puede, o se debe, o es mejor ejecutar?

Es la gran pregunta que abre la reflexión sobre los procedimientos para la ejecución forzosa y, principalmente, sobre los medios o instrumentos ejecutivos de los que debe estar habilitada la autoridad de la ejecución.

He pensado que esta exposición podría tener como objetivo razonable tratar, al menos, una cuestión entre las muchas que se plantean en el marco de cada uno de los bloques temáticos mencionados. Espero que se comprenda que el tratamiento tome como principal punto de referencia el Derecho español, que, por cierto, presenta regulaciones relativamente recientes merecedoras de reflexión en los tres campos. No obstante, se observará que he procurado tomar distancia de los problemas más “localistas”, o, por lo menos ocuparme de ellos con un enfoque que puede ser fácilmente compartido. Espero que contribuya a ello la incorporación de perspectivas de Derecho comparado, que siempre son útiles para descubrir a veces la comunidad de soluciones, pero muchas más la comunidad de los problemas con los que se enfrenta la regulación de la ejecución forzosa civil.

1 Texto base de la conferencia, seguida de coloquio, pronunciada por el autor en el curso de postgrado de Derecho Procesal de la Universidad de Montevideo, el día 4 de junio de 2012.

2 Catedrático de Derecho Procesal Universitat de València (España)

II. QUÉ SE PUEDE EJECUTAR. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS LÍMITES A LA CREACIÓN DE TÍTULOS EXTRAJUDICIALES

La creación de títulos ejecutivos depende –suele decirse– de decisiones de política jurídica del legislador.³

La tesis es, al menos en parte, correcta en un aspecto. No es infrecuente que los textos constitucionales impongan la atribución de eficacia ejecutiva a las decisiones jurisdiccionales, que gozan de la doble legitimidad que les confiere el estatuto de independencia e imparcialidad de su autor y las garantías del procedimiento en el que tales resoluciones han sido formadas.

Fuera de esa clase de resoluciones los textos constitucionales no imponen al legislador el deber de crear otros títulos ejecutivos, por lo menos respecto de relaciones de Derecho privado. En los Estados que los europeos llamamos de Derecho continental y que conservan, cada vez con más limitaciones, el llamado privilegio de decisión ejecutoria, puede encontrar también cierto respaldo constitucional la eficacia ejecutiva de las resoluciones del Poder ejecutivo y de la Administración pública dirigida por él, pero estas resoluciones no versan sobre relaciones de Derecho privado.

El legislador cuenta, pues, con libertad de configuración normativa respecto de la creación o no de títulos que llamaremos, por simplificar, extrajudiciales, libertad que comprende el diseño de estos títulos, es decir, la determinación de sus requisitos y del alcance objetivo y subjetivo de su eficacia.

Ciertamente, esta libertad puede tener condicionamientos constitucionales. En concreto, en Derecho español, específicamente al legislador le vincula el principio de igualdad, en cuanto igualdad en la ley, en el sentido de que no puede conceder el acceso directo a la ejecución con criterios que, por carecer de una justificación objetiva y razonable, sean discriminatorios respecto de personas o entidades que se hallen en las mismas condiciones objetivas para instar directamente la ejecución.

Y este límite no ha quedado en el empíreo constitucional, sino que ha sido aplicado al menos en dos ocasiones, aunque con diverso resultado. En uno de los casos, la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1994 declaró la inconstitucionalidad de la ejecución hipotecaria especial a favor del Banco Hipotecario de España, entidad financiera pública que podía acceder a la ejecución hipotecaria bajo unos requisitos ventajosos frente a los demás acreedores con título ejecutivo hipotecario, aunque fueran también entidades financieras. Y también fue el principio de igualdad, pero ahora aplicado como justificador del trato diferente a los diferentes, el que tuvo presente la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 febrero, para declarar que no es inconstitucional un modo de liquidación, unilateral o casi unilateral, por el acreedor de deudas dinerarias resultantes de operaciones de crédito en cuenta corriente, liquidación necesaria para acceder a la ejecución. Una de las posibles causas de inconstitucionalidad era que ese modo de liquidación no podía ser aplicado por cualquier acreedor, sino sólo por las entidades de crédito. El Tribunal Constitucional consideró justificada la diferencia de trato por el riguroso control que ejercen los poderes públicos sobre las entidades financieras, que minimiza el riesgo de ejercicio ilegítimo de sus facultades, al menos en comparación con la actividad de cualquier otro particular.

No obstante, quisiera referirme a otras limitaciones más radicales a la libertad de creación legislativa de títulos ejecutivos extrajudiciales, limitaciones que pueden ser constitucionales o lo que podría calificar –y luego se entenderá – como ontológicas o estructurales.

1. Títulos ejecutivos extrajudiciales *inter privatos* o la legitimidad de la sujeción a la ejecución

En la primera línea de las preocupaciones de la política jurídica y de la ciencia jurídica, en esta materia, está la cuestión de la legitimidad de los títulos ejecutivos extrajudiciales. Estos títulos comportan la creación de relaciones de supremacía y sujeción entre particulares, relaciones que son efectivas, aunque puedan ser contrarrestadas por una oposición incidental dentro del proceso de ejecución o puedan ser eliminadas mediante una impugnación de la ejecución ilícita en un proceso de declaración separado.

3 SASSANI, B., MICCOLIS, G., PERAGO, C., *L'esecuzione forzata. Lezioni*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, pág. 13; CAPPONI, B., *Manuale di Diritto dell'esecuzione civile*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, pág. 105. Esta opinión resulta confirmada cuando se comprueba la amplia y heterogénea relación de títulos ejecutivos que los diversos ordenamientos establecen junto a la sentencia firme de condena; a título de ejemplo, véase: LEFORT, Ch., en GUINCHARD, S., MOUSSA, T., *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, Dalloz, 6ème. Ed. 2009, págs. 24-93; MÜNZBERG, W., en STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, VII, Mohr Siebeck, 22 Auflage, Tübingen, 2002, págs. 78-79, 805-873, 925-926.

La legitimidad de esta clase de títulos necesita descansar, primero, sobre la aceptación voluntaria de quien queda situado en estado de sujeción a la actividad ejecutiva, y, segundo, sobre una certeza suficiente de que esa aceptación voluntaria ha sido realmente expresada.

En definitiva, a falta de la legitimidad para imponer títulos ejecutivos que puede ser reconocida a los poderes públicos, la única fuente de legitimidad de los títulos creados por y entre particulares es la libre vinculación.

Esta clase de cuestiones nos llevaría al tema de las diligencias preparatorias del título ejecutivo y a los problemas técnicos que plantean en los países que las mantienen. En Derecho español anterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, el carácter ejecutivo de algunos títulos extrajudiciales estaba rodeado de una notable indefinición, y también lo estaba la naturaleza –ejecutiva, declarativa sumaria- del proceso a través del cual se reclamaban los créditos documentados en aquellos títulos.⁴

En la LEC de 2000 se ha producido una clarificación de esta materia. En el caso de los títulos valores cambiarios clarifica lo que es título ejecutivo, calidad que no tiene el propio título valor cambiario, sino ese título más el requerimiento de pago y la falta de pago o de anuncio de oposición en cierto plazo, dentro de un proceso con estructura monitoria. No obstante, la reclamación de créditos en el procedimiento monitorio cambiario va acompañada de otros aditamentos que demuestran la sutil distancia entre el proceso de ejecución y un proceso declarativo especial, con un régimen privilegiado de embargo preventivo. En efecto, en el procedimiento monitorio cambiario está previsto un embargo preventivo, cuya adopción no depende de que se acredite un *periculum in mora*, ni –salvo alguna excepción- de que se preste caución. Ciertamente poco le falta para ser como un embargo ejecutivo.

2. Los títulos “de baja intensidad”, los títulos “autodestructivos” o los límites ontológicos o estructurales en la configuración de los títulos ejecutivos

Recuerdo las palabras de un político inglés del siglo dieciocho, según el cual el Parlamento podía hacer todo, salvo convertir a un hombre en mujer, o viceversa. Pues bien, el análisis de algunos títulos ejecutivos creados por el legislador permite dudar si no de su poder de crearlos, sí de su destreza al diseñarlos. En efecto, en ocasiones parece fiarse esa creación simplemente a denominarlos títulos ejecutivos o a la norma que dispone que mediante su presentación se puede iniciar un proceso de ejecución. La creación de un título ejecutivo tiene sus propias exigencias diría que ontológicas o estructurales, que constituyen límites que el legislador no puede obviar si se propone crear un verdadero título ejecutivo.

El legislador, en uso de su libertad de configuración se propone privilegiar la tutela judicial de determinados derechos de crédito, en atención a criterios de política jurídica muy diversos –la posición de los eventuales titulares de los derechos, la potenciación de formas no judiciales de constitución de títulos, como alternativa para la descongestión de la litigiosidad-. Ciertamente, el mayor privilegio del que puede dotarlos consiste en conferirles eficacia ejecutiva si son constituidos cumpliendo determinados requisitos. En ocasiones, sin embargo, esta técnica resulta voluntarista, de modo que, a pesar del calificativo formal de título ejecutivo y de su eficacia de apertura del proceso de ejecución, éste queda pronto “contaminado” por una actividad declarativa sobre la verdadera existencia y subsistencia del derecho a prestación que, según la estricta lógica de la tutela ejecutiva, sólo debería ser considerado en la medida en que consta en el título.

Dos supuestos de Derecho español contribuirán a ilustrar los grados de disfuncionalidad en la ejecución forzosa que pueden derivar de la técnica que acabo de mencionar.

A) El “auto de cuantía máxima”: un título ejecutivo rápidamente declinante

En este primer supuesto se produce una disfuncionalidad menos intensa. El título ejecutivo que, en España, llamamos “auto de cuantía máxima” privilegia el derecho de crédito a la indemnización por los daños sufridos a causa de un accidente de circulación de vehículos de motor, cuyo pago está garantizado por un régimen de seguro obligatorio de la responsabilidad civil.

Las principales características de este título ejecutivo son las siguientes:

- 1º) Es una resolución judicial dictada por el tribunal penal en casos en que, por causas diversas, no ha podido pronunciarse en el proceso penal sobre la responsabilidad civil acumulada derivada de hecho de la circulación.

⁴ Remito al completo y claro tratamiento que hacía FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, IV, con De la Oliva, A., Editorial CEURA, Madrid, 1995, págs. 17-97.

- 2º) Permite instar ejecución por una cantidad máxima en concepto de indemnización por daños personales cubiertos por el seguro obligatorio de vehículos de motor.
- 3º) El "auto" –la resolución- debe contener una descripción del hecho causante de los daños, la indicación de las personas y vehículos implicados, así como las compañías aseguradoras respectivas.

Obsérvese que el importe del crédito (indemnizatorio) no se halla exactamente establecido en la resolución, que se limita a establecer su cuantía máxima. Y tampoco está definido, entre los implicados, quién es el acreedor y quien el deudor, aunque alguna conclusión puede alcanzarse a partir de la descripción del hecho causante de los daños.

Después de dar generoso acceso a la ejecución sobre la base de este título, dado que éste es esencialmente tan incompleto, el legislador permite una oposición incidental a la ejecución –es decir, una oposición a la ejecución inserta en el procedimiento de ésta y que incide, inmediatamente, en su desarrollo- con un alcance y unas características muy similares a las del proceso declarativo sobre el derecho de crédito en cuestión.

Para empezar, en la oposición por motivos procesales –es decir, la que tiene como motivo más específico la falta de eficacia ejecutiva de lo que ha sido presentado como título ejecutivo- es admisible alegar, con posible éxito, por ejemplo, que:

- a) El auto se refiere a unas lesiones o a unos daños cuya indemnización no está cubierta por el Seguro Obligatorio.⁵
- b) El auto se refiere a daños causados a persona no cubierta por el Seguro Obligatorio.⁶
- c) No está cumplidamente acreditada la realidad de la conducta del asegurado o el nexo causal entre su conducta y los daños causados a quien se presenta como ejecutante.⁷ Lo anterior obsta la eficacia ejecutiva, porque la calidad de agente causal del daño es condición imprescindible para atribuir legitimación pasiva a su asegurador o al Consorcio de Compensación de Seguros, sin que resulte decisiva la simple mención en el auto de las compañías aseguradoras de los vehículos implicados.

Buena parte de los elementos de la responsabilidad extracontractual de la cual nace la deuda indemnizatoria por la que se ejecuta, pueden ser debatidos en la oposición a la ejecución por motivos procesales. Esto significa que, si el juez tuviera o hubiera tenido información en el momento de resolver sobre el despacho de ejecución, podría y debería no haberla despachado en caso de suscitarse los obstáculos mencionados.

Es cierto que falta un elemento para la atribución de la responsabilidad extracontractual, como es el elemento subjetivo de la culpa. Pero tampoco este elemento se quedará sin oportunidad de ser examinado en la oposición incidental a la ejecución.

En efecto, el ejecutado puede formular lo que llamamos oposición de fondo a la ejecución. Esta oposición –admisible, aunque por causas muy limitadas en la ejecución de cualquier título- no se basa en que el deber de prestación ejecutado no consta en el título, sino en que ni el título, ni el derecho ejecutado, se corresponden con la realidad extraprocesal. Lo peculiar en la oposición de fondo a la ejecución iniciada con base al título que comentamos es que las causas en que puede fundarse coinciden con las que podrían ser opuestas si el ejecutado hubiera sido demandado en un proceso de declaración.

Además de poder oponer todos los motivos que son admisibles frente a títulos judiciales y extrajudiciales, el ejecutado puede oponerse con base en tres causas adicionales específicas de este título, cuyo debate y resolución permite precisar el deber de prestación indemnizatoria: la culpa exclusiva de la víctima, la fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo, y la concurrencia de culpas. Estas causas especiales de oposición no tienen limitados los medios de prueba, de modo que, aunque es cierto que los hechos en que se fundan tienen una muy precisa acotación, pueden ser probados sin limitación.

Es útil resaltar que estas causas de oposición coinciden con las únicas causas de exclusión de la responsabilidad garantizada por el Seguro Obligatorio, limitación de causas que responde al preciso diseño de la responsabilidad cuasi-objetiva por la que ha optado el legislador.

Digamos, para terminar la descripción de los datos ilustrativos, que esta oposición suspende la actividad ejecutiva, pero no sólo si se aducen las causas últimamente mencionadas, sino también si se funda en defectos procesales (compárese el art. 556.3 con el art. 557.2 LEC de 2000: el primero no vincula la suspensión a la clase de motivos de oposición).

En conclusión:

5 MARTÍN PASTOR, J., *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, Editorial La Ley, Madrid, 2007, págs. 223-226.

6 MARTÍN PASTOR, *La oposición a la ejecución*, cit., págs. 204-208.

7 MARTÍN PASTOR, *La oposición a la ejecución*, cit., pág. 214.

- a) El ejecutado (la compañía aseguradora) podrá alegar, en la oposición incidental a la ejecución, lo mismo que podría alegar para defenderse en un proceso declarativo en el que hubiera sido demandada para indemnizar por daños cubiertos por el Seguro Obligatorio, porque la aseguradora responsable de la indemnización no podría librarse de su responsabilidad de garantía más que precisamente por esas causas.
- b) Si se opone, deberá producirse la suspensión de la actividad ejecutiva a resultas de lo que se resuelva sobre la oposición.
- c) En fin, la ventaja de quien ha tenido a su favor el título ejecutivo que estamos comentando habrá quedado limitada a obtener, junto con el inicial despacho de ejecución –salvo que esto mismo se haya frustrado, porque, como hemos apuntado, las características del título lo hacen posible-, un embargo ejecutivo, que se mantendrá salvo que la oposición sea estimada. Sin duda ésta no es una pequeña ventaja. Pero la cuestión es si resulta razonable, para otorgarla, instrumentar un proceso de ejecución, que rápidamente es reconducido a la actividad declarativa, cuando el legislador conoce la técnica –similar- de autorizar un embargo preventivo, sin los presupuestos de periculum concreto y de caución, vinculado a reclamaciones de específicos derechos de crédito en procedimientos declarativos especiales (por ejemplo, reclamación de cantidades adeudadas por una compraventa a plazos –art. 441.4 LEC-, reclamación de créditos que constan en títulos-valores cambiarios –art. 821.2.2ª LEC-).

B) El acuerdo de mediación como título ejecutivo: la versión claudicante, su corrección y una engañosa o indebida expectativa

En Derecho español ha sido regulada recientemente la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Lo hizo, en primer lugar y por la vía de urgencia, el Poder Ejecutivo mediante el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo (en adelante, RD-L 5/2012). El Poder Legislativo convalidó ese texto normativo, pero, a continuación, lo tramitó como proyecto de ley y aprobó la Ley 5/2012, de 5 de julio (en adelante, Ley 5/2012), con algunas diferencias de contenido respecto del RD-L 5/2012. Una de esas diferencias se produce en la configuración del acuerdo de mediación como título ejecutivo.

Tanto la versión del título ejecutivo en el RD-L 5/2012, como las razones que se dieron para corregirla al debatirse el proyecto de ley, proporcionan importantes elementos de reflexión sobre lo que podemos llamar la ontología de los títulos ejecutivos. El RD-L 5/2012 diseñaba algo a lo que llamaba “título ejecutivo”, pero que era absolutamente claudicante como tal a la hora de su aplicación.

Por el contrario, en la Ley 5/2012 desaparece esa norma que privaba al título ejecutivo de toda su fuerza. Pero llama la atención la justificación de la enmienda parlamentaria cuya aprobación eliminó la norma problemática, porque esa justificación podría generar la irreal o la indebida expectativa de que el título ejecutivo-acuerdo de mediación, en su nueva configuración, es tan resistente frente a una impugnación mediante demanda en juicio ordinario como lo es un título ejecutivo-sentencia firme dictada en proceso plenario –es decir, productora de cosa juzgada-.

Ni tan poco, ni tanto. Veamos con separación ambas actuaciones normativas sobre este título ejecutivo.

a) El título ejecutivo-acuerdo de mediación en el RD-L 5/2012: ¿un título ejecutivo abortado?

Con ser bastante sorprendente el caso, examinado antes, del título ejecutivo-“auto de cuantía máxima”, no lo es tanto como el del título ejecutivo que diseñó el RD-L 5/2012, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. En este caso la que podemos llamar “contaminación declarativa” afecta al propio título ejecutivo, a la descripción legal de las condiciones de su eficacia ejecutiva, y, consiguientemente, al juicio de examen del título que el juez debe hacer para decidir sobre el despacho de ejecución.

El RD-L 5/2012 perseguía el objetivo de potenciar la mediación como vía de solución de litigios, lo que debía conducir a que en esa vía se pudiera generar un título ejecutivo para aquellos casos en los que los deberes de prestación pactados en el acuerdo de mediación no fueran voluntariamente cumplidos.

En efecto, el nuevo texto legal reguló la creación de un título ejecutivo de la forma aceptable a partir de que la mediación no necesitaba desarrollarse con inmediata intervención de fedatarios públicos. Es decir, dado que el acuerdo de mediación es privado y se formaliza inicialmente en documento de naturaleza privada, para llegar a ser título ejecutivo ese documento ha de ser elevado a escritura pública, lo que, en el caso de que una de las partes niegue su colaboración para el otorgamiento, hace necesario que la parte interesada presente demanda en proceso declarativo pretendiendo la condena a otorgar la escritura.

A pesar del escollo mencionado, el criterio de política jurídica potenciador de la mediación se observaba, al menos a primera vista, en las características y eficacia ejecutiva del nuevo título.

Es cierto que un acuerdo de mediación elevado a escritura pública ya tenía –sin la nueva disposición– la condición de título de ejecución, pero sólo la tenía respecto de los deberes de prestación dineraria establecidos en el mismo. Lo que hizo el R D-L 5/2012 fue equiparar el acuerdo de mediación elevado a escritura pública a los títulos judiciales y arbitrales (art. 517.2.2º LEC). Eso tiene dos importantes consecuencias: en primer lugar, ese acuerdo pasa a ser título de ejecución para toda clase de deberes de prestación que se hayan pactado en el mismo, no sólo para los de pago de dinero; en segundo lugar, los motivos de la oposición incidental de fondo a la ejecución son los más restrictivos previstos por el ordenamiento (art. 556.1 LEC: pago o cumplimiento de la obligación establecida en el título, justificados documentalmente).

El título estaba integrado por el acuerdo de mediación, firmado por las partes y el mediador, que versara sobre materias a las que sea aplicable el R D-L 5/2012 (que excluyen los asuntos de consumo) y por la escritura pública en la que ese acuerdo fuera recogido.

El problema surgía con el examen judicial del título ejecutivo para decidir sobre el despacho de ejecución. Y el origen del problema era una disposición, el art. 28 del R D-L 5/2012, que, bajo el poco dudoso epígrafe “Denegación de ejecución de los acuerdos de mediación”, disponía: “No podrán ejecutarse los acuerdos cuyo contenido sea contrario a Derecho”.

Antes de continuar, debo llamar la atención acerca de que, para resolver sobre el despacho de ejecución solicitado por el ejecutante, el juez puede y debe (pero también está limitado a) examinar la concurrencia de los presupuestos procesales generales –jurisdicción, competencia y capacidades de las partes– y la existencia de título ejecutivo y su eficacia habilitante de la tutela ejecutiva pretendida. El juez debe examinar si los documentos presentados cumplen los requisitos legales para llevar aparejada ejecución que se solicita.

Este criterio de enjuiciamiento tiene unos significados seguros y alguno dudoso y discutible:

- a) Con toda seguridad significa que el juez debe atender a la apariencia externa o formal del documento o documentos aportados como título ejecutivo. La falta de documentos, cuando sean varios los necesarios, los defectos formales en los documentos que impidan reconocer la clase de documentos legalmente exigida, deben conducir a denegar el despacho de ejecución. También las falsificaciones materiales ostensibles o burdas.
- b) También es seguro que este criterio requiere examinar si el documento o documentos, atendido su contenido, son expresivos, representativos o significativos del conjunto de elementos a los que la ley vincula la eficacia ejecutiva (ciertos actos, negocios o hechos jurídicos, que imponen deberes de prestación, en algunos casos solo de ciertas clases de prestación). Esto requiere del tribunal una tarea de calificación jurídica sobre lo que expresa el documento o documentos aportados, para concluir que se halla ante algo correspondiente a un tipo legal de título ejecutivo.
- c) Puede, en cambio, considerarse dudoso y discutible que ese examen deba extenderse hasta apreciar, siempre sobre la única y sola base del documento o documentos aportados por el ejecutante y de sus alegaciones, si el acto o el negocio jurídico están afectados por una causa de inexistencia o de nulidad en sentido estricto –lo que impondría su consideración de oficio–. Es obvio que no deben ser atendidos vicios de anulabilidad porque, aunque hubiera datos que permitieran constatarlos, siempre faltaría la instancia del interesado en hacerlos valer.

Es poco probable en la práctica que la apreciación de vicios de inexistencia y nulidad pueda hacerse sobre la exclusiva base de las aportaciones del ejecutante. Pero esa no es la cuestión. La cuestión es si, constando los datos relevantes, el tribunal podría tomarlos en consideración para denegar el despacho. Y esta cuestión cuya respuesta pudiera estimarse dudosa para los títulos ejecutivos en general, pedía a gritos una respuesta afirmativa en el caso del título ejecutivo del acuerdo de mediación, porque el art. 28 R D-L 5/2012 imponía al juez el deber de no ejecutar los acuerdos “cuyo contenido sea contrario a Derecho”.

Vuelvo a la anterior reflexión. Es cierto que los datos que, en el momento de resolver sobre el despacho de ejecución, estarán a disposición del juez no es probable que proporcionen bases para una denegación del despacho, porque los datos habrán sido aportados unilateralmente por el ejecutante. No obstante, incluso con esta limitación, las posibilidades de una denegación del despacho de ejecución en el caso de un acuerdo de mediación eran notables. Primero, porque, junto con el título, había que acompañar, al pedir el despacho, copia de las actas de la primera sesión del procedimiento de mediación y de la sesión en que se hubiera alcanzado el acuerdo, lo que podía ofrecer amplia información sobre los hechos relevantes para una valoración jurídica de nulidad absoluta. Segundo, porque si bien son necesarios determinados elementos fácticos para constituir el soporte de esa valoración jurídica, el juez podía llegar a la misma simplemente reinterpretando los datos de hecho que hubieran sido presentados por el propio ejecutante.

Pero, por si lo anterior no fuera suficiente, la oposición incidental a la ejecución, fundada en motivos procesales –dado que debía entenderse que el título no cumplía los requisitos legales para llevar aparejada

ejecución si (art. 28 R D-L) los documentos revelaran un acuerdo cuyo contenido fuera contrario a Derecho si que permitía plantear ante el juez todos los aspectos de falta de validez y eficacia del acuerdo, porque elementos de hecho, que hasta este momento no habían aflorado, podían ser alegados y acreditados por el ejecutado. A la hora de resolver sobre esta oposición, el juez no podría eludir el parámetro de enjuiciamiento del “acuerdo no conforme a Derecho”, sino que podría aplicarlo a todos los elementos fácticos relevantes para llegar a tal valoración del acuerdo.

Creo que ahora se entenderá el calificativo algo escandaloso que he aplicado a esta configuración del título ejecutivo: un aborto de título ejecutivo o un título fallido desde su origen. Su propia configuración legal –determinante de la decisiva característica de la tipicidad de los títulos–, al incluir la exigencia de que el acuerdo fuera conforme a Derecho –pocas expresiones más omnicomprendiva que ésta para aludir a todo lo que puede ser examinado en un proceso de declaración– encerraba en si misma el germen autodestructivo del título de ejecución.

b) El título ejecutivo-acuerdo de mediación en la Ley 5/2012: sobre las falsas o indebidas expectativas que puede generar la omisión de la norma restrictiva de la eficacia ejecutiva

Como ya anticipé, el “dinamizador” art. 28 del R D-L 5/2012 ya no aparece en la Ley 5/2012, al haber sido razonablemente eliminado del proyecto de ley que fue tramitado a partir del texto del R D-L 5/2012.

Resulta, sin embargo, extraordinariamente llamativa la justificación de la enmienda que dio lugar a la supresión de ese artículo en el trámite parlamentario. Decía así:

“El artículo 28 procede del proyecto de ley caducado en la anterior legislatura y tenía su sentido cuando se reconocía el carácter de título ejecutivo al acuerdo de mediación sin necesidad de elevación a escritura pública. Con el texto aprobado por el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, en el que se exige la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, momento en que ya se produce un control de legalidad de dicho acuerdo, esta previsión carece de sentido”.

El significado de esta justificación es, sin duda, que la intervención del notario en la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, que ha sido alcanzado de forma privada, garantiza, en principio, que el contenido de ese acuerdo es conforme a Derecho –lo que el notario debe examinar para autorizar la escritura pública (art. 25.2 Ley 5/2012)–, de modo que ese control puede ser eliminado, sin riesgo, en el momento de resolver sobre la emisión del despacho de ejecución.

Estoy de acuerdo en que ese control preventivo de la legalidad del acuerdo de mediación realizado por el notario⁸ justifica la eliminación de que la conformidad a Derecho aparezca como requisito expresamente integrante de la tipicidad del título ejecutivo.

No obstante, me parece conveniente precaver frente a ciertas expectativas que pudieran entenderse derivadas de la justificación antes reproducida.

En primer lugar, aunque el art. 28 R D-L 5/2012 haya sido suprimido, subsiste –entre otras razones, porque no dependía de ese precepto– la duda acerca de si el examen del juez, al decidir sobre el despacho de ejecución, puede extenderse hasta apreciar, siempre sobre la única y sola base del documento o documentos aportados por el ejecutante y de sus alegaciones, si el acto o el negocio jurídico están afectados por una causa de inexistencia o de nulidad en sentido estricto –lo que impondría su consideración de oficio–. La garantía que ofrece la autorización notarial tiene, en todo caso, una eficacia interina que, previsiblemente, será respetada en el examen judicial que se realiza en el proceso de ejecución, pero que, por principio, no puede imponerse como vinculante respecto de ese examen, sino que, por el contrario, se halla sometida al mismo y a una valoración eventualmente diferente.⁹

En segundo lugar –y de modo aún más seguro que lo anterior– que ese examen de la conformidad a Derecho del contenido del acuerdo de mediación no pueda realizarse en sede de ejecución –ni al resolver sobre el despacho, ni mediante la oposición incidental a la ejecución– no significa que no pueda ser pretendido, y deba ser juzgado, en un proceso declarativo separado del de ejecución, en la medida que el art. 564 LEC recuerda que es admisible.¹⁰ Es obvio, de entrada y en términos generales, que la potestad de apreciación última y

8 Refiero mi afirmación a un notario con un estatuto y con una preparación jurídica como los del notariado español.

9 Sobre esta materia, aunque en relación con la apreciación notarial de otras cuestiones, puede verse ORTELLS RAMOS, M., “Objeto, eficacia jurídica e impugnación del documento notarial. (reflexiones sobre el artículo 17 bis, apartado 2, de la Ley del Notariado)”, en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXX, julio-agosto, N° 684, 2004, págs. 1931-1946, y recopilado en <http://www.bubok.es/libros/187478/Estudios-de-Derecho-Procesal-Proceso-Civil-II-19992009>

10 Este artículo de la LEC dispone lo siguiente: “Si, después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio o con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial, se produjesen hechos o actos, distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte

definitiva de la conformidad a Derecho el ordenamiento no la atribuye a los notarios, sino a los jueces, en ejercicio de su potestad que produce cosa juzgada. En segundo lugar y más específicamente, la propia Ley 5/2012 dispone, en su art. 23.4, que: “Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”.

III. QUIÉN PUEDE O DEBE EJECUTAR ¿SOLO EL JUEZ O QUÉ DEBE ESTAR RESERVADO AL JUEZ?

El ámbito temático de quién puede o debe ejecutar es –si se me permite la expresión– un hervidero de cuestiones.

Para una justificación rápida y convincente de la anterior apreciación es oportuno remitir a la ponencia general sobre la ejecución civil en las Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que se celebraron en Santiago de Chile, en agosto de 2011.¹¹ Los ponentes generales incluyeron en su cuestionario tres preguntas diferentes, aunque relacionadas, destinadas a obtener información y promover el debate sobre la jurisdiccionalidad de la ejecución y sobre la medida de esa jurisdiccionalidad. Se preguntaba sobre (1) la previsión legal, en los diferentes ordenamientos, de ejecuciones extrajudiciales, (2) sobre si, dentro de la ejecución judicial, había previsiones de realización de los bienes muebles o inmuebles en forma privada, para terminar con la pregunta radical (3) sobre si la ejecución forzada es de naturaleza jurisdiccional, administrativa o privada.

1. La distribución de potestades respecto de la ejecución entre jueces y otros representantes del poder público en importantes ordenamientos europeos

En diversos –e importantes– ordenamientos europeos tiene gran tradición la distribución de potestades y funciones respecto de la ejecución forzosa entre los jueces –a veces, más de un órgano jurisdiccional tiene atribuciones, aunque uno de ellos sea titular de las atribuciones más generales– y otro u otros representantes del poder público sin estatuto jurisdiccional.

Esa distribución de potestades y funciones presenta una gran heterogeneidad en los diversos ordenamientos. Pueden influir en ella, por ejemplo, la clase de prestación establecida en el título que se ejecuta o la clase de derechos o situaciones jurídicas afectadas por la actividad ejecutiva que debe realizarse, o la calidad de la función (decisión sobre cuestiones complejas, función de control). Pero lo esencial es que el juez no aparece como único representante del poder público en la realización de la actividad ejecutiva, ni como el principal, al menos en el sentido de que asume de manera preponderante la carga de desarrollar esa actividad.

En Derecho italiano¹² la figura del *ufficiale giudiziario* es calificada por los autores como central,¹³ a pesar de que, en el plano de las formulaciones normativas generales del *Codice*, se enfatice el papel del juez.¹⁴ En realidad, el juez tiene atribuidas primordialmente funciones de dirección del procedimiento y de control,¹⁵ de decisión sobre ciertas alternativas del procedimiento y de cuestiones incidentales.¹⁶

El Derecho francés atribuye potestades y funciones diferentes –y ninguna de ellas de escasa importancia– al *juge de l'exécution* (arts. L121-1 al L121-3, L131-3, entre otros, de la reciente *Ordonnance n°2011-1895 du 19 décembre 2011 relative à la partie législative du code des procédures civiles d'exécution*) y al *huissier de justice* (arts. L122-1, L122-2, L153-2, entre otros, de la citada *Ordonnance*). La tendencia ha sido hacia la desjudicialización, a que la ejecución se lleve a cabo por los agentes de la ejecución, sin intervención ordinaria del juez, que se

ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante, la eficacia jurídica de aquellos hechos o actos podrá hacerse valer en el proceso que corresponda”

11 Remito a la ponencia general sobre “La ejecución civil”, de DE HEGEDUS, M. y ROMERO, A., y a las ponencias nacionales relacionadas, todo ello publicado en *Derecho procesal contemporáneo*, coord. TAVOLARI OLIVEROS, R., I, Puntotex-Thomson Reuters, 2010, págs. 516-686.

12 Para una exposición descriptiva y con pocos calificativos de la distribución de poderes y de funciones véase CAPPONI, *Manuale di Diritto dell'esecuzione civile*, págs.50-53.

13 MANDRIOLI, C., *Diritto Processuale Civile*, IV, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, págs. 25-26; SASSANI, B., MICCOLIS, G., PERAGO, C., *L'esecuzione forzata. Lezioni*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, pág. 7.

14 VERDE, G., *Diritto Processuale Civile*, III, Zanichelli, Bologna, 2010, págs. 9-11.

15 MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile*, IV, cit., pág. 26.

16 BIAVATI, P., *Argomenti di Diritto Processuale Civile*, Bononia University Press, Bologna, 2011, pág. 713.

limita a otorgar ciertas autorizaciones previas necesarias para la protección del deudor y a resolver conflictos.¹⁷ De ahí que pueda decirse que el *huissier de justice* es el principal agente de la ejecución,¹⁸ sin perjuicio de las competencias que corresponden al juez de la ejecución.¹⁹

En fin, por cerrar una referencia solo ejemplificativa –aunque, ciertamente, con ejemplos señeros– en Derecho alemán el *Gerichtsvollzieher* es el funcionario de la administración de justicia al que está atribuida la competencia funcional residual para todos los actos de la ejecución que la ley no reserva expresamente a los tribunales (parágrafo 753.1 ZPO). No obstante, el cuadro final de las específicas atribuciones es complejo,²⁰ y, en todo caso, están previstos diferentes instrumentos para el control judicial de los actos no realizados por jueces.²¹

2. La reciente –y un poco tormentosa– incorporación del Derecho español al modelo de distribución de potestades entre el juez y el secretario judicial

El Derecho español era ajeno a la solución tradicional en los ordenamientos europeos mencionados. La mayor parte de potestades cuyo ejercicio es necesario en un proceso de ejecución correspondían a los jueces, sin perjuicio de las funciones auxiliares de secretarios judiciales y de otro personal de apoyo a la actividad del juez, entre las que, dentro de la ejecución, destacaba la atribución al agente judicial –categoría de menor rango en la estructura del personal auxiliar judicial– de unas funciones que después se mencionarán.

Además de no tener tradición otro modo de atribuir las potestades para la ejecución forzosa civil, la Constitución Española de 1978 (CE) –utilizando una expresión de gran raigambre histórica– establece, en su art. 117.3 una determinación constitucional del contenido de la potestad jurisdiccional que, de acuerdo con la propia Constitución, solo a los jueces y tribunales puede ser atribuida. Consecuencia de lo último es que el modelo de atribución de potestades para la ejecución forzosa ya no solo depende de los criterios de política jurídica del legislador, sino que esta condicionado por la determinación constitucional mencionada. Concretamente, el art. 117.3 CE dispone: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 realizó una tímida ampliación de las potestades del secretario judicial en el proceso de ejecución. Un paso más decidido hacia el cambio del modelo se dio con la nueva ordenación de la oficina judicial, mediante las reformas legislativas que se iniciaron con la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ (en adelante la citaremos como LOPJ-reforma 2003), y que continuaron con la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial (en adelante la citaremos como Ley 13/2009), y con la Ley Orgánica 1/2009, de la misma fecha (en adelante la citaremos como LO 1/2009), que complementaba la anterior en lo necesario para reformar la LOPJ.

Entre los autores y los profesionales del Derecho se han expresado valoraciones enfrentadas acerca de la posible inconstitucionalidad de parte de estas reformas, específicamente, por lo que ahora nos interesa, respecto de las nuevas potestades atribuidas al secretario judicial en la ejecución. Está, pues, justificado reflexionar sobre el tema.

La potestad de juzgar no agota las potestades de las que el órgano jurisdiccional ha de estar investido para dar una tutela efectiva –como debe hacer para satisfacer el derecho reconocido en el art. 24.1 CE–. Para ello puede ser necesaria la potestad de ejecución. La cuestión de si la CE también impone la atribución exclusiva a los órganos jurisdiccionales de la potestad de ejecución tiene una respuesta en principio fácil: el art. 117.3 CE establece que forma parte de la potestad jurisdiccional (por lo tanto de la potestad exclusiva de los tribunales) la potestad de “hacer ejecutar lo juzgado”.

A la hora de precisar en qué consiste esa potestad exclusiva de ejecución se suscitan dos problemas.

17 GUINCHARD, S., MOUSSA, T., *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, Dalloz, 6ème. Ed. 2009, pág. 218.

18 SOMMER, J.-M., en GUINCHARD, MOUSSA, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, Dalloz, 6ème. Ed. 2009, págs. 328-332.

19 SOMMER, en GUINCHARD, MOUSSA, *Droit et pratique des voies d'exécution*, cit., págs. 227-245.

20 STÜRNER, R., en BAUR/STÜRNER, *Kzwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichrecht*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995, págs. 98, 102, 112-114; MÜNZBERG, en STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, VII, cit., págs. 471-472, 540-542.

21 STÜRNER, en BAUR/STÜRNER, *Kzwangsvollstreckungs*, cit., págs. 493 y sigs.; MÜNZBERG, en STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, VII, cit., págs. 545-588.

En primer lugar ¿Quién debe tener la potestad de ejecución de títulos ejecutivos que no consistan en un previo juicio de los tribunales (por ejemplo, los del art. 517.2.2º, 4º a 8º LEC)? Una interpretación pegada a la letra del art. 117.3 CE se atrevería a decir que si el título ejecutivo no consiste en una previa resolución de un tribunal que imponga un deber de prestación (“lo juzgado”), la Constitución ya no le atribuye en exclusiva al juez la potestad de “hacer(lo) ejecutar” y esta potestad puede ser atribuida, sin riesgo de inconstitucionalidad, a otros órganos del poder público. No comparto esa opinión. En primer lugar, las interpretaciones literales no son las más adecuadas para las disposiciones constitucionales; es más importante atender a la garantía que pueden establecer para las personas y a la justa atribución de potestades a los órganos del poder público. En segundo lugar, los títulos ejecutivos no creados por pronunciamiento judicial en materias diferentes al Derecho administrativo no pueden ser tratados como los títulos ejecutivos que establecen un deber de prestación regido por el Derecho público y en favor de las Administraciones públicas, sencillamente porque en el caso de títulos extrajudiciales privados no existe nada de eso y, por tanto, tampoco base para una potestad pública de autotutela ejecutiva. O bien se abre el camino a una estricta autotutela ejecutiva privada,²² o bien hay que atribuirle la potestad a un tercero sobre ejecutante y ejecutado –no como la Administración, que actúa como ejecutante frente al ejecutado– cuya función de juzgar, en estos supuestos, consiste en comprobar si hay o no un título ejecutivo y en qué medida debe dársele eficacia. Y ese tercero sólo puede ser un juez.

El segundo problema es en qué consiste la potestad de ejecución, como parte de la potestad jurisdiccional exclusivamente atribuible a los órganos jurisdiccionales. En este aspecto, el art. 117.3 CE se expresa de un modo que, sin perjuicio de las garantías que veremos, deja al legislador ordinario un ámbito de configuración normativa bastante amplio. En efecto, la disposición no dice que la potestad jurisdiccional consista en ejecutar lo juzgado, sino en hacerlo ejecutar.

De esa matizada expresión del precepto constitucional se deducen dos consecuencias.

La primera es que facilita entender que tan legítima desde el punto de vista constitucional es una ejecución por medios de subrogación –en la que, si la naturaleza del deber de prestación lo permite, el órgano jurisdiccional sustituye la acción del ejecutado sobre su patrimonio para satisfacer el derecho del ejecutante–, como una ejecución por medios de coacción –en la que el órgano jurisdiccional tiene instrumentos para presionar legítima y efectivamente al ejecutado para que realice la prestación–. Quisiera insistir en que la anterior afirmación se hace desde la perspectiva de la constitucionalidad, no desde el punto de vista de la mayor efectividad y eficiencia del proceso de ejecución. La valoraciones de efectividad y eficiencia tienen respuestas muy diversificadas en función de factores igualmente diversos; la doctrina puede sostener –preferible que con suficiente fundamento– diferentes tesis sobre las mismas, pero el legislador puede optar entre opciones político-jurídicas igualmente legítimas desde el punto de vista constitucional.

La segunda consecuencia –que puede tener algún contacto con la anterior– es que la expresión constitucional da cobertura a un régimen legal de la ejecución en el que no sea el juez quien deba realizar directamente los actos ejecutivos, aunque, en todo caso, sí que deberá tener atribuida la potestad de ordenar que esos actos se realicen y disponer de instrumentos para hacer efectiva esa orden suya.

No creo que sea razonable restringir, con argumentos radicales de inconstitucionalidad, las opciones de atribución de poderes y funciones en el proceso de ejecución que el art. 117.3 CE –con su matizada expresión– deja abiertas ante el legislador ordinario.

En primer lugar, ni siquiera cuando se entendía que el juez tenía atribuidas las más amplias potestades para el desarrollo del proceso de ejecución, era el juez quien debía realizar directamente todos los actos de poder público necesarios para completar ese proceso. En los embargos domiciliarios (diligencias de embargo en el domicilio o locales del ejecutado) y en los desahucios se reconocía que el agente judicial actuaba

22 Eso es lo que hace el art. 129 LH cuando dispone que: “Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario”. La nueva redacción del precepto deja claro que no estamos ante un proceso de ejecución y elimina las dudas de inconstitucionalidad que, a veces, manifestó la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS; brevemente sobre esto, véase MARTÍN PASTOR, J., con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, Cizur Menor (Navarra), 2010, Aranzadi Thomson Reuters, pp.844-845. En la misma obra, p. 689, ya expresé que la tesis de la inconstitucionalidad era probablemente “errónea puesto que el notario –cuya intervención es necesaria en calidad de fedatario público, como en otros supuestos similares de obtención del valor de bienes del deudor sin actuación judicial (arts. 1872 CC, 16.2 Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 13 de julio de 1998) – no ejerce ninguna potestad de ejecución, ninguna coerción ni jurídica ni material sobre el patrimonio del deudor. La coerción que supondría el embargo es suplida por la voluntaria constitución de la hipoteca. La que significaría la adjudicación al mejor postor en la subasta se evita también porque, al constituirse la hipoteca, ha sido designada una persona para que, de ser necesario, otorgue la escritura en nombre del hipotecante”.

con autoridad delegada del juez. Aunque podría entenderse que eso era precisamente significativo de la omnipresencia del juez –aquí mediante un delegado-, la realidad era que la actuación procesal del órgano jurisdiccional se producía, en estos casos, mediante la acción de personal auxiliar, que, claramente en el caso del embargo, actuaba con base en una orden genérica del juez de que fueran embargados bienes suficientes del ejecutado, que el agente judicial (o el auxiliar judicial) concretaba con plena eficacia jurídica al determinar el bien que debía ser incluido en la diligencia (art. 587.1 LEC) y que estaba sujeto a los controles judiciales, de oficio (art. 609), o a instancia de parte (art. 532.1.3ª y 2 LEC) previstos por la ley.

En segundo lugar, en los procesos de ejecución penal –en cuanto a la ejecución de penas privativas de libertad- y contencioso-administrativo, en cada uno de ellos por razones diferentes, el juez aparece situado en una posición que representa más claramente la estructura de poderes característica del “hacer ejecutar”, que la de ejecutar directamente. Sin embargo, eso no significa que el juez no tenga atribuida la máxima potestad sobre el desarrollo de la ejecución, sino que, para el ejercicio de la misma, se sirve de las funciones de auxiliares y de colaboradores.

Centrando la atención en el proceso civil de ejecución, y sin descender a detalles, la Ley 13/2009 ha concretado el “hacer ejecutar lo juzgado” con una regulación en la que el juez domina la ejecución en un doble aspecto:

1º) Tiene la potestad de ordenar que se realice la ejecución, tras el examen del título ejecutivo, determinando su alcance subjetivo (arts. 551.1, 540 al 544, 704.2 LEC) y objetivo (arts. 551.1, 572.2, 575, 576 a 578 LEC). La potestad de determinar el alcance objetivo comprende la de apreciar que debe ser modificada la prestación ejecutable en los supuestos previstos por la ley y la de determinar la entidad de la prestación substitutiva (arts. 701.3, 702.2, 706.2, párr. segundo, 709.2, párr. segundo, 712 y siguientes LEC). También tiene la potestad de decidir que no continúe la ejecución que hubiera ordenado iniciar (arts. 559, 561, 566, 567 y 569 LEC).

2º) Tiene potestades de control sobre el ejercicio de las potestades para la ejecución que la ley atribuye al secretario judicial.²³ El control se ejerce, en unos supuestos, de oficio (arts. 225.6º, 562.2 y 609 LEC); en otros, a instancia de parte, mediante el mal llamado “recurso de revisión” (arts. 531, 551.5 –norma de gran fuerza expansiva, porque es aplicable a toda resolución del secretario sobre el cumplimiento del despacho de ejecución-, 558.2 y 570 LEC).

Al secretario judicial se le atribuyen las potestades de aplicar los instrumentos ejecutivos que la ley ha establecido para la ejecución judicialmente despachada, en función de las características relevantes de ésta (así, en general, el art. 551.3 LEC). Pero esta regla general experimenta restricciones que mantienen en manos del juez potestades que, en principio, podrían entenderse comprendidas en aquélla. Así, el secretario judicial no puede:

1º) Imponer multas coercitivas a quien no tenga la condición de ejecutado (art. 591.2 LEC), aunque estas multas sean uno de los instrumentos legales para hacer cumplir el deber de colaboración de los terceros en la ejecución.

2º) Resolver sobre la pertenencia de los bienes al ejecutado a efectos de su embargo, si un tercero ha impugnado preventivamente tal pertenencia (art. 593.2 LEC). Y ello aunque el secretario judicial sí que ha podido apreciar los indicios de pertenencia para decidir inicialmente la afección.

3º) Determinar el régimen de la administración judicial si no hay acuerdo entre las partes (art. 631.1, párr. tercero LEC), aunque la administración es una garantía de la afección que él ha podido decretar.

5º) Aplicar los medios ejecutivos previstos en caso de condena a emitir una declaración de voluntad (art. 708 LEC).

6º) Apreciar si la prestación de hacer impuesta por el título ejecutivo tiene carácter de hacer personalísimo (art. 709 LEC).

Esta atribución de potestades me parece constitucionalmente impecable, con un única duda debida a la falta de previsión del “recurso de revisión” con una norma general que impida que ninguna resolución del secretario judicial quede exenta de control por el juez. La falta de esa previsión es evidente con sólo observar el art. 562 LEC. Pero la consecuencia de que pueda haber resoluciones del secretario judicial exentas de control por el juez queda excluida por lo dispuesto en el art. 454bis.1 LEC, que, en casos de falta de previsión legal de ese recurso, permite someter la cuestión al juez en la primera oportunidad de actuación ante él y, en todo caso, antes de que se dicte resolución definitiva.²⁴

23 Esta potestad de control efectivo por parte de los tribunales era la que exigía el TC para entender conforme a CE la regulación de la ejecución en la LJCA de 1956: véanse, entre otras, las STC 32/1982, de 7 de junio; STC 67/1984, de 7 de junio; STC 109/1984, de 26 de noviembre; STC 155/1985, de 12 de noviembre.

24 En el proceso de ejecución, esa resolución definitiva sería el decreto del secretario que pone término a la ejecución (art. 570 LEC). Se podría presentar la reclamación ante el juez antes de ese decreto, o, tal vez mejor, aprovechar el “recurso de

IV. CÓMO SE DEBE O ES MEJOR EJECUTAR. EN ESPECIAL, SOBRE LAS INSEGURIDADES EN LA REGULACIÓN DE LOS MEDIOS EJECUTIVOS DE COERCIÓN INDIRECTA

Una respuesta sintética a esta gran cuestión podría ser ésta: deben establecerse los medios o instrumentos ejecutivos idóneos para que el deber de prestación que consta en el título sea cumplido forzosamente de una manera eficiente.

La doble exigencia, priorizada por este orden, de que el deber de prestación, exactamente el mismo y todo él, sea llevado a la práctica, y de que el modo de hacerlo sea eficiente, debe orientar el diseño de los medios ejecutivos.

Tradicionalmente, la ejecución por medios de subrogación satisface esa doble exigencia respecto de buena parte de las prestaciones, al menos en términos generales.

No obstante, en algunos ordenamientos, una clase de prestaciones de hacer –las de hacer infungible o personalísimo– y las prestaciones de abstención adolecen, o adolecían, de medios idóneos, precisamente desde la perspectiva de la exigencia prioritaria –es decir, de su idoneidad para garantizar el cumplimiento exacto del deber de prestación–. Esto nos conduce a la reflexión sobre los medios ejecutivos de coerción indirecta, a la dedicaremos atención preferente en este apartado.

1. La mejora de la eficiencia de los instrumentos ejecutivos para la ejecución por prestaciones dinerarias

La ejecución por prestaciones dinerarias es, estadísticamente, la más frecuente en el proceso civil. Como ya apunté, los instrumentos o medios ejecutivos propios de una ejecución por medios de subrogación (embargo, realización forzosa y pago) satisfacen, en términos generales, la exigencia de eficiencia, en cuanto el objetivo perseguido por la actividad ejecutiva puede ser conseguido sin depender de la colaboración del ejecutado.

No obstante, la eficiencia continúa proyectando sus requerimientos sobre la compleja ordenación de la serie de actos en los que se sustancian los medios de subrogación. Y en esto queda mucho camino por recorrer, del que me limitaré a mencionar los hitos más sobresalientes:

1º) Respecto del acto básico, que, sin duda, es el embargo, el perfeccionamiento de los medios para conseguir la imprescindible transparencia patrimonial del ejecutado.

Es importante establecer medios para forzar la colaboración del ejecutado para la manifestación de su patrimonio. También aquí pueden jugar un papel los medios ejecutivos de coerción indirecta, aunque, en mi opinión, no cabe esperar mucho de las multas coercitivas, dado que, si el problema es el desconocimiento de activos patrimoniales del ejecutado, poco ayuda la incorporación de un medio cuya efectividad requiere, precisamente, que sea conocido –y suficiente– el patrimonio del ejecutado.

Estimo más útil mejorar los instrumentos para obtener la colaboración de terceros para el descubrimiento del patrimonio del ejecutado. En la raíz de esta cuestión, nos encontraremos con la necesidad de acotar el ámbito del derecho a la intimidad en lo referido a la situación patrimonial. Parece absurdo que quien voluntariamente, con su actividad contractual, participa en un ámbito público como es el mercado, o que quien, por la negligencia de su conducta, causa daños a los bienes personales y patrimoniales ajenos, pueda invocar –o sea tolerable que se invoque en su favor– el derecho a la intimidad para eludir o dificultar que sea efectiva la responsabilidad por su conducta.

2º) La mejora de la eficiencia de la actividad de realización forzosa debe tener como objetivo evitar o reducir la tendencia frecuente a la depreciación de los bienes embargados al entrar en el procedimiento de realización. Hay que reflexionar sobre los medios alternativos a la muy tradicional subasta judicial, e incluso sobre el punto en el que la eficiencia impone prescindir de la actividad de realización forzosa sobre determinados bienes, porque ésta no compensa los costes de transacción.

3º) También el régimen de la actividad de pago merece reflexión desde la perspectiva de la eficiencia. ¿Es más eficiente un sistema de preferencia de cobro del primer ejecutante, eventualmente contrarrestado por una (o por varias) tercerías de mejor derecho, o un sistema, más colectivizado, de concurso de acreedores en el proceso de ejecución singular?

revisión” que, contra ese decreto, la LEC prevé expresamente en el art. 570 LEC para presentar ante el juez impugnaciones contra resoluciones del secretario judicial, no inmediatamente admisibles al cometerse la infracción.

2. ¿Multas o astringencias? Cuestiones dudosas sobre los instrumentos idóneos para una ejecución por medios de coerción indirecta

Los medios de ejecución indirecta pueden ser útiles en una ejecución por medios de subrogación para, por ejemplo, forzar al ejecutado a cumplir su deber de manifestación de bienes, o a determinados terceros a cumplir su deber de colaboración en la investigación del patrimonio del ejecutado.

Esos mismos medios son, más que útiles, imprescindibles si la prestación establecida en el título ejecutivo solo puede ser realizada por el ejecutado y el ordenamiento considera valioso forzar el cumplimiento específico de la prestación, en vez de abrir inmediatamente la vía de la determinación del equivalente dinerario de la prestación y, con ello, la puerta de la ejecución dineraria.

En términos generales, los medios de coerción indirecta pueden ser de naturaleza penal –específica tipificación como delitos de las determinadas conductas o posibilidad de subsumirlas en los tipos de desobediencia a la autoridad- o de naturaleza procesal, consistentes en la imposición por el juez de la ejecución de deberes de pago de sumas de dinero con el fin de estimular la voluntad de cumplimiento del ejecutado.

En mi opinión, los medios coercitivos de la segunda clase son más adecuados que los de naturaleza penal.

En primer lugar, porque las multas coercitivas o las astringencias –por no prejuzgar aspectos de su régimen jurídico que veremos después- resultan cualitativamente proporcionados, porque afectan a derechos de naturaleza patrimonial, como los que, por regla general, constituyen objeto de la litigiosidad civil.

En segundo lugar, porque son más coherentes con el sistema jurídico que la amenaza de sanción penal, e, incluso, más efectivos que ésta.

Lo primero (la coherencia), porque respetan el principio de intervención penal mínima.

Lo segundo (la mayor efectividad), porque, presupuesto un cierto activo patrimonial y una suficiente transparencia del patrimonio sujeto, es más real e inmediata la potestad coercitiva del mismo juez de la ejecución que trasladar el tanto de culpa a la jurisdicción penal. No sólo porque la gravedad de esta última consecuencia induce al juez de la ejecución a demorar esta reacción, sino porque esta reacción tiene, en esencia, un resultado inseguro, dependiente de otro proceso, además del proceso que está rodeado del más elevado estándar de garantías en nuestro ordenamiento. En definitiva, los medios de coerción indirecta de naturaleza penal acaban funcionando, las más de las veces, como “pena de banquillo”, o, si no se llega a juicio oral, al menos como lo que podríamos llamar “pena de pasillo”. Y esto, aunque difícilmente evitable, no deja de ser también una perversión del sistema.

Ahora bien, la acabada configuración jurídica de esa imposición de deberes de pago de cantidades de dinero es muy diversa en el Derecho comparado, al menos en dos aspectos fundamentales. En primer lugar, en cuanto a quién es el acreedor de las sumas de dinero que se recaudan. En segundo lugar, en cuanto a los supuestos en los que el juez de la ejecución está habilitado para aplicar este instrumento ejecutivo.

En líneas generales, dos importantes ordenamientos europeos son representativos de las principales opciones de regulación de esos dos aspectos.

En Derecho francés, las *astreintes* tienen como acreedor al ejecutante, y por eso el art. L131-2 de la *Ordonnance n°2011-1895 du 19 décembre 2011 relative à la partie législative du code des procédures civiles d'exécution* dispone que “*L'astreinte est indépendante des dommages-intérêts*”, indemnización de daños y perjuicios a la que el ejecutante, titular del derecho a prestación tiene derecho si resulta perjudicado en esa titularidad. Por otra parte, en cuanto a los supuestos de aplicación, el art. L131-1 del texto que se acaba de mencionar atribuye al juez un amplio ámbito de discrecionalidad: “*Tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision*”.²⁵

Por el contrario, la *Zwangsgeld* de Derecho alemán “*ist aber nicht dem Gläubiger, sondern der Justizkasse abzuliefern*”.²⁶ Y, en cuanto a los supuestos de aplicación, la imposición está legalmente prevista para la ejecución de prestaciones de hacer personalísimo²⁷ y para reaccionar, en la ejecución, frente al incumplimiento de deberes de abstención impuestos por el título ejecutivo.²⁸

25 Una detallada exposición del régimen de las *astreintes* en Derecho francés puede encontrarse en FOSSIER, TH., en GUINCHARD, S., MOUSSA, T., *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, Dalloz, 6ème. Ed. 2009, págs. 392-413.

26 STÜRNER, en BAUR/STÜRNER, *Kwangsvollstreckungs*, cit., pág. 478; BREHM, W., en STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, VIII, Mohr Siebeck, 22 Auflage, Tübingen, 2004, págs. 587-588.

27 STÜRNER, en BAUR/STÜRNER, *Kwangsvollstreckungs*, cit., págs. 474-478; BREHM, en STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, VIII, cit., págs. 577-581.

28 STÜRNER, en BAUR/STÜRNER, *Kwangsvollstreckungs*, cit., págs. 479-483; BREHM, en STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, VIII, cit., págs. 599-628.

El Derecho italiano, que ha incorporado estos instrumentos ejecutivos con la Ley de 18 de junio de 2009, regulándolos en el art. 614bis del *Codice di Procedura Civile*, sigue la orientación del Derecho francés en punto a que el acreedor es el ejecutante y no el erario público, pero se ajusta a las pautas del Derecho alemán por lo que hace a los supuestos en que el juez está habilitado para aplicar estos medios ejecutivos.²⁹

La LEC española de 2000 ha introducido en la ejecución civil las que ha llamado multas coercitivas (principalmente, arts. 709 y 711). La opción por el modelo alemán merece una reflexión crítica a la que no ha sido ajena la propia praxis legislativa que, poco después de la entrada en vigor de la LEC, se ha inclinado por el modelo de la *astreinte* al menos en materia de Derecho de Marcas. Por otra parte, la LEC de 2000 tampoco ha estado acertada al establecer los supuestos de aplicación de las multas coercitivas.

A) Multas, astringencias y riesgos para la ejecución del equivalente dinerario de las prestaciones no ejecutadas en forma específica

La opción legislativa por la técnica de la multa coercitiva -de la que es acreedor el erario público- plantea el problema de la respectiva preferencia del crédito por las multas y del crédito que definitivamente -en caso de no haberse conseguido la ejecución en forma específica- se liquide como importe del equivalente dinerario de la prestación incumplida. Ambos créditos han de hacerse efectivos sobre el patrimonio del ejecutado.

La ley no establece ninguna norma expresa y la aplicación del régimen general puede tener consecuencias injustas.

En principio, el orden de pago está determinado por la prioridad de los embargos practicados con base en los respectivos títulos ejecutivos (art. 613 LEC). El título ejecutivo por las multas es diferente al título ejecutivo que ha dado lugar a la ejecución, porque el acreedor es diferente y el supuesto de hecho al que se vincula la eficacia ejecutiva también (en el caso de las multas: la resolución que amenaza con la multa y el transcurso, sin cumplimiento de la prestación, del tiempo señalado). Si, además, se tiene en cuenta que no es seguro que el tribunal pueda proceder de oficio a la ejecución forzosa de lo debido por las multas -el artículo 216 LEC lo excluye, en principio- y que sería necesario notificar a la Hacienda Pública la existencia de los correspondientes créditos para que pudiera solicitar la ejecución, es muy probable que el ejecutante "principal" se haya adelantado en la obtención del embargo y haya asegurado, con ello, la prioritaria satisfacción de su crédito.

Esta solución no es adecuada, porque se basa en una situación de hecho -el adelantamiento en el embargo por parte del ejecutante principal- que puede no producirse en todos los casos. Lo que interesa son las posibilidades "de Derecho".

Sería extremadamente grave que pudiera concluirse que, bajo determinadas circunstancias, el crédito por las multas coercitivas puede llegar a ostentar preferencia jurídico-material frente al crédito del ejecutante. Es cierto que el anticuado y complejo régimen de las preferencias crediticias en Derecho español no facilita esa consecuencia, pero tampoco la excluye.

Si esta última posibilidad comentada estuviera abierta, sería abiertamente contraria al derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante. Cualquier interpretación en virtud de la cual el crédito por el equivalente dinerario de la prestación no pudiera ser satisfecho en toda su extensión a causa de la satisfacción preferente del crédito por las multas coercitivas, sería abiertamente contradictoria con la función de éstas en la ejecución. Las multas han sido establecidas como medio para la mayor efectividad de la tutela judicial ejecutiva. Por lo tanto, no tiene sentido que, de una parte, las multas no hayan contribuido a que se cumpla la prestación según la impone el título ejecutivo, y que, de otra parte, impidan total o parcialmente la satisfacción del ejecutante mediante la obstaculización de la ejecución dineraria subsidiaria.

Sería una consecuencia menos grave, pero también injustificable, la de arrojar sobre el ejecutante, en alguna circunstancia, la carga de hacer valer, en una tercería de mejor derecho, la prioridad de su crédito respecto del crédito por las multas cuya ejecución hubiera alcanzado a causar un embargo anterior.

Tal vez se me pueda decir que he descrito una situación irreal, porque el régimen de la ejecución de las multas coercitivas es tan oscuro, que resulta muy improbable que esa ejecución pueda anticiparse a la que podemos llamar "ejecución principal". Si así fuera, tampoco habría motivos para darse por satisfecho, porque significaría reconocer mínima efectividad a este flamante medio ejecutivo incorporado al proceso civil.

La trascendencia del tema apuntado, así como el carácter errático de la política jurídica del legislador español en esta materia, se pusieron pronto de manifiesto. Poco antes de que se cumplieran dos años de la promulgación de la LEC 2000, la nueva Ley de Marcas (17/2001, de 7 de diciembre) estableció, en su art. 44 que "cuando se condene a la cesación de los actos de violación de una marca, el Tribunal fijará una indemnización".

²⁹ SASSANI, et alt., *L'esecuzione forzata*, cit., págs. 131-133; MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile*, IV, cit., págs. 183-186; CAPPONI, *Manuale di Diritto dell'esecuzione civile*, cit., págs. 23-33.

zación de cuantía determinada no inferior a 600 euros por día transcurrido hasta que se produzca la cesación efectiva de la violación. El importe de esta indemnización y el día a partir del cual surgirá la obligación de indemnizar se fijará en ejecución de sentencia”.

Esta disposición no afecta directamente al régimen de las multas coercitivas. Lo que regula aquella es diferente a lo que regula éste, incluso en aspectos esenciales. Principalmente en que las sumas de dinero periódicamente debidas están destinadas a indemnizar al ejecutante. Es, en consecuencia, un instrumento jurídico de naturaleza más próxima a la *astreinte*, que a las multas coercitivas, destinadas a la Hacienda Pública.

No obstante, entre las dos regulaciones existen conexiones evidentes.

En primer lugar, en el plano de los criterios de política legislativa, resulta manifiesta la inseguridad del legislador español al regular la ejecución por medios de coacción de naturaleza no penal. En la LEC 2000 estableció las multas coercitivas –ingresos de Derecho Público-. En la Ley de Marcas 2001, por el contrario, regula indudablemente *astreintes*.

En segundo lugar, en el plano de la aplicación de las normas, se plantea el problema de la concurrencia de aplicación de las multas coercitivas de la LEC 2000 y de las indemnizaciones coercitivas de la Ley de Marcas 2001. En mi opinión, la aplicación de la Ley de Marcas 2001 desplaza, en caso de concurrencia, la aplicación de las multas coercitivas del art. 710.1 LEC. La primera disposición es norma posterior, y también norma especial, cuyo contenido normativo consume el de la norma que establece las multas coercitivas. En efecto, las indemnizaciones coercitivas, además de la utilidad de las multas para estimular el cumplimiento del deber de no hacer, sirven para la indemnización de los daños causados por el incumplimiento irreversible.

B) ¿En qué supuestos debe estar habilitada la potestad de imponer multas coercitivas –o astringencias- en la ejecución forzosa civil?

Este instrumento ejecutivo –en su forma de multa coercitiva o de astringencia- puede ser aplicable en una amplia serie de supuestos, como ilustra la previsión del mismo en Derecho francés – “*pour assurer l'exécution de sa décision*” - e incluso su regulación en Derecho español, dentro y fuera del ámbito del proceso civil.³⁰

Pero su previsión normativa es imprescindible para aquellos casos en que la cooperación del ejecutado es estrictamente necesaria para el cumplimiento del deber de prestación impuesto en el título ejecutivo. Esto ocurre en los supuestos de prestaciones de hacer infungible o personalísimo y de prestaciones de abstención.

En el régimen del proceso civil español se detecta una notable inseguridad también en este punto.

La previsión normativa es clara respecto de la ejecución por prestaciones de hacer personalísimo o infungible (art. 709 LEC).

Más problemático es, en cambio, el régimen de esta materia en la ejecución por prestaciones de no hacer.

30 Si atendemos a las normas sobre multas coercitivas tanto de LEC, como en Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley de Procedimiento Laboral y Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, encontraremos gran heterogeneidad en la regulación de los presupuestos de las mismas.

En cuanto al aspecto objetivo –es decir a los supuestos de hecho en los que el juez está habilitado para imponer multas-:
a) En unos casos, esos supuestos están constituidos por el incumplimiento de cualesquiera requerimientos que tengan por fin la realización de actuaciones instrumentales para el desarrollo del proceso (art. 95.4 LOTC; art. 239.2 LPL, en cuanto autoriza la aplicación de las multas para obtener el cumplimiento de las obligaciones legales impuestas en una resolución judicial).

b) En otros casos, sólo están previstas para el incumplimiento de algunos de estos requerimientos (art. 589.3 LEC -de manifestación de bienes para embargo-, art. 591.2 LEC -de informar de bienes embargables y prestar otras colaboraciones para la ejecución-, art. 676.3 LEC -de no impedir, ni obstaculizar las facultades del titular de la administración forzosa-, art. 48 LJCA -de remisión al tribunal del expediente administrativo-).

c) En un tercer grupo de casos, es presupuesto objetivo la negativa a cumplir lo dispuesto por el título ejecutivo cualquiera sea la clase de prestación que imponga (art. 95.4 LOTC; art. 112 LJCA), o bien solamente si la prestación es de dar, de hacer o de no hacer (art. 239.2 LPL), o, de modo más restrictivo, si la prestación de hacer es infungible o se han producido determinados incumplimientos de la prestación de no hacer (arts. 709 y 710 LEC).

d) La LEC llega a distinguir los títulos ejecutivos que imponen el deber de pagar créditos dinerarios derivados de cierta clase de relaciones jurídicas -generadas por la terminación de la relación matrimonial; responsabilidades parentales- para autorizar, en supuestos de reiterado incumplimiento, la imposición de multas que fuercen el cumplimiento por parte del obligado y eviten aplicar la ordinaria ejecución por medios de subrogación -embargo y posterior realización forzosa-.

En el aspecto subjetivo de los presupuestos de las multas coercitivas también cabe reseñar gran variedad. En cuanto puedan imponerse por incumplimiento de requerimientos referidos a actuaciones instrumentales para el desarrollo del proceso, es lógico que puedan ser sujetos pasivos de las mismas no sólo las partes, sino también terceros (art. 95.4 LOTC; art. 239.3 LPL; arts. 591 y 676 LEC), aunque unas y otros en aquellos casos en que el supuesto de hecho contempla su conducta como determinante de la aplicación de estas multas.

En primer lugar, nos encontramos con un exceso en cuanto a la previsión de multas.

Si el ejecutado no cumple el requerimiento de deshacer en el plazo señalado, el art. 710.1, párrafo segundo LEC, sólo establece, de entrada, un medio ejecutivo: "se le intimará con imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo".

Por un lado, sorprende el establecimiento de este medio ejecutivo, dado que la LEC lo acaba de reservar, en el art. 709, para la ejecución de hacer personalísimo. Por otra parte, no es el único teóricamente adecuado, porque también lo es el deshacer a costa del ejecutado. Además, este segundo medio tiene mayor utilidad que las multas coercitivas, porque, siempre que el ejecutado sea solvente, garantiza la obtención a costa de éste del resultado perseguido por el ejecutante.

El art. 1099 CC resuelve cualquier problema que se pudiera plantear respecto de si es un medio ejecutivo que también puede ser aplicado para deshacer lo mal hecho.

Es criticable que el art. 710 LEC olvide mencionarlo, pero también es cierto que si sólo estuviera establecido el deshacer a costa del ejecutado -como hace el art. 1099 CC- el régimen jurídico tampoco hubiera sido correcto, porque hubiera privado al ejecutante de la posibilidad de obtener la satisfacción más específica de su derecho en los casos en que la conducta de deshacer tuviera carácter personalísimo (por ejemplo: instar la resolución de contratos celebrados con infracción del deber de abstención).

Resulta entonces, después de la sorpresa inicial, que la combinación de lo dispuesto por el art. 710.1, párrafo segundo LEC y por el art. 1099 CC da lugar a un régimen muy completo de medios ejecutivos para deshacer lo mal hecho: deshacer a costa del ejecutado y multas coercitivas.

Vamos, ahora, al defecto de previsión. Si la conducta infractora del título es susceptible de repetición, en la demanda o solicitud de ejecución podrá pedirse que en el requerimiento de no reiterar la conducta se haga constar un expreso apercibimiento de iniciación de persecución penal (art. 710.1, párrafo primero LEC).

Se trata de un medio de coerción indirecta (persigue inducir al ejecutado a mantener la conducta omisiva para evitar un perjuicio más grave) y de naturaleza penal, porque ese perjuicio consiste en ser sometido a proceso penal y, eventualmente, condenado en el mismo.

Con la misma finalidad que el apercibimiento de persecución penal, el legislador hubiera podido establecer multas coercitivas para el caso de que el ejecutado incurriera en un nuevo incumplimiento. Sin embargo, el art. 710 (ni el 711, salvo para un caso especial que no existía en la redacción inicial de LEC) no contiene esa previsión. A esto se añade la dificultad de considerar esa falta de previsión como una laguna legal, desde el momento en que esas mismas disposiciones sí que prevén multas coercitivas, aunque, como acabamos de ver, para supuestos de hecho distintos dentro de la ejecución por prestaciones de no hacer.

Por otra parte, la falta de previsión de las mismas no puede suplirse con una simple aplicación analógica del régimen de estas multas establecido por LEC.

En primer lugar, no existe un régimen general de las mismas; el art. 711, en la redacción inicial de LEC, sólo regula la determinación de la cuantía de las multas.

En segundo lugar, la analogía respecto de las multas previstas para la ejecución por prestaciones de hacer (o de deshacer lo indebidamente hecho) debería conducir a la imposición de multas para hacerlas efectivas después de cada periodo de incumplimiento del deber de no hacer. Por el contrario, el uso apropiado de las multas, si con ellas se persigue impedir la reiteración de la conducta prohibida, consiste en amenazar con la concreta imposición de una multa para cuando se produzca una nueva infracción del título, y en imponerla concretamente en caso -y en cada caso- de que esa infracción se lleve a cabo.

En el caso de prestaciones de no hacer continuas o periódicas, cada conducta infractora genera una nueva acción ejecutiva. Partiendo de eso, el legislador hubiera podido establecer que, cuando se cometiera la conducta infractora, se pudiera apercibir con la imposición de una multa si se produjera una nueva infracción. En cualquier caso, esta multa sería un medio ejecutivo aplicado en una ejecución distinta, aunque conexa.

En definitiva, nos hallaríamos ante un instrumento jurídico diferente al de las multas coercitivas periódicas, que se acuerdan para ser aplicadas en un mismo proceso de ejecución y que, en principio, operan con automatismo.

Se ha criticado que la LEC 2000 no contenga una previsión expresa de multas coercitivas como respuesta específica frente a las posibilidades de reiteración de la infracción de la conducta prohibida por el título ejecutivo. Comparto esas críticas, pero no comparto que la falta de una disposición expresa pueda ser suplida por la genérica referencia del art. 699, párrafo segundo LEC, al apercibimiento de empleo de multas coercitivas, que el tribunal puede formular en el primer requerimiento de todas las ejecuciones por prestaciones de dar cosa mueble o inmueble, de hacer o de no hacer³¹.

31 A mi juicio, si el art. 699, párrafo segundo LEC tuviera ese pretendido alcance de norma habilitadora de la imposición de multas coercitivas en todos los supuestos en que las mismas fueran útiles en las ejecuciones mencionadas por el artículo,

También en esta materia el legislador español ha corregido, aunque para materias específicas, la dudosa aplicabilidad de los instrumentos no penales de coerción indirecta en los casos de prestaciones de abstención.

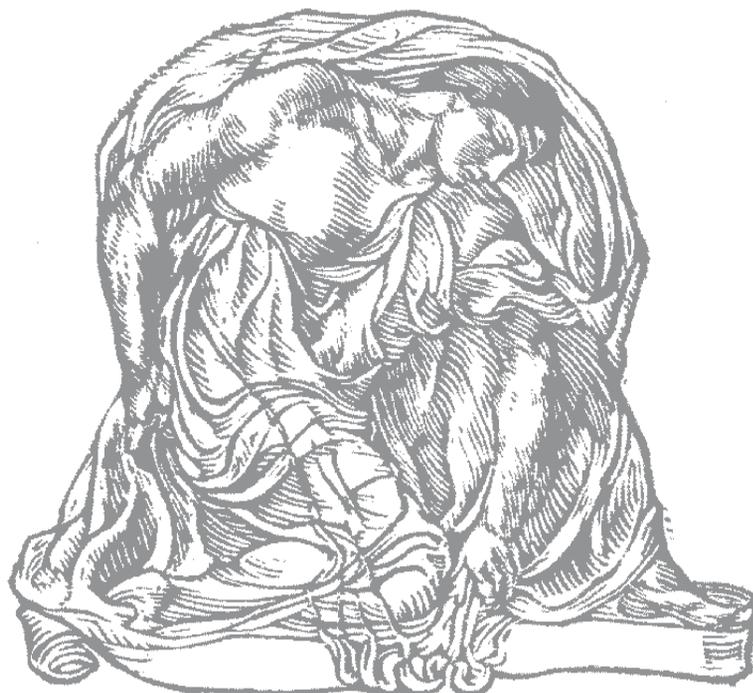
En la regulación de la Ley de Marcas, poco antes reseñada en cuanto a la sustitución de las multas coercitivas por un modelo similar a las *astreintes*, el supuesto de hecho determinante de la aplicación de las indemnizaciones coercitivas es la infracción reiterable de un deber de abstención, que justifica aplicar un medio destinado a estimular el mantenimiento de la conducta omisiva debida.

Aún no había pasado un año desde la Ley de Marcas, cuando la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de consumidores y usuarios, añadió al art. 711 LEC un segundo apartado, según el cual “La sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de consumidores y usuarios impondrá, sin embargo, una multa que oscilará entre seiscientos y sesenta mil euros, por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado. Dicha multa deberá ser ingresada en el Tesoro Público”.

De una parte, en el tema básico de los criterios de política legislativa sobre la ejecución por medios de coerción de naturaleza no penal, la disposición rectifica nuevamente el rumbo respecto de la Ley de Marcas 2001, marginando la opción por las *astreintes*.

Por otra parte, el precepto da respuesta, aunque sólo en su específico ámbito de aplicación, a la necesidad de utilizar las multas coercitivas con la finalidad de forzar al condenado a respetar la prohibición que le ha impuesto la sentencia, incluso sin tener que esperar a un nuevo incumplimiento posterior al momento en que la sentencia de condena a abstención haya adquirido eficacia ejecutiva.

el legislador hubiera podido ahorrarse las regulaciones específicas de los arts. 709 y 710 LEC. Más correctamente, el art. 699, párrafo segundo LEC ha de ser interpretado, en cuanto a su mención de las multas coercitivas, como una norma de remisión, que ha de integrarse con las normas que establecen los diversos supuestos en que está prevista la aplicación de estas multas.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

*Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno, N°
125/2009 de 3 de junio de 2009*

*CAL LAGGIARD, Maximiliano
Caducidad de la tutela cautelar*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE 6º TURNO, N° 125/2009 DE 3 DE JUNIO DE 2009

VISTOS:

En segunda instancia y para sentencia interlocutoria en estos autos caratulados: “AA c/ BB – Medida Cautelar” Fa. 31-39/2008, venidos a conocimiento de esta Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia N° 3442/2008, dictada a fs. 81/81 v. por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 15º Turno, Dra. Teresita Macció, y

CONSIDERANDO:

I) El referido pronunciamiento declaró la caducidad de la medida cautelar dispuesta en autos, con costas y costos a cargo de la peticionaria, decisión de la que ésta se agravo por entender, en síntesis, que el plazo de caducidad previsto en el art. 311.2 del CGP se suspendió por la feria judicial menor.

II) En el caso, a petición de la parte actora y en carácter de medida cautelar, por providencia N° 1637 del 10 de junio de 2008, se trabó embargo genérico en los derechos de la demandada (fs. 60).

El embargo se inscribió en el Registro Nacional de Actos Personales el 26 de junio de 2008 (fs. 62).

La demanda principal se presentó el 6 de agosto de 2008 (nota de cargo de fs. 111).

CADUCIDAD DE LA TUTELA CAUTELAR

MAXIMILIANO CAL LAGGIARD

INTRODUCCIÓN

El Título II, Libro II, del Código General del Proceso (CGP) se denomina “Proceso Cautelar”, dentro de las disposiciones generales de dicho Título (Capítulo I) el art. 311.2 establece que las medidas cautelares se adoptarán en cualquier estado del proceso, e inclusive como diligencia preliminar. Posteriormente, en el caso de medidas cautelares adoptadas como diligencia preliminar se establece: “caducarán de pleno derecho si no se presenta la demanda dentro de los treinta días de cumplidas, condenándose al peticionario al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados”.

La norma que viene de transcribirse establece dos graves consecuencias para el caso de no presentación de la demanda dentro de los treinta días de cumplidas las medidas cautelares adoptadas en forma preliminar al proceso. Dichas consecuencias consisten en:

- La caducidad de la medida cautelar; y
- la condena preceptiva en los gastos del proceso y daños perjuicios ocasionados por la medida cautelar caducada.

La sentencia agregada precedentemente demuestra las discrepancias existentes en cuanto al cómputo del plazo de treinta días para la presentación de la demanda.

En síntesis, existen dos posturas: se trata de un plazo procesal y por ende se computa como tal (arts. 92 y siguientes del CGP) o de lo contrario consiste en un plazo civil, concretamente un plazo de caducidad, con las características propias de dichos plazos, especialmente la no interrupción del mismo con las ferias judiciales y la semana Santa (a diferencia de los plazos procesales, art. 94 inc. 1º del CGP).

La discusión anterior no es una cuestión bizantina, la suspensión o no del plazo por las ferias judiciales y la semana Santa acontecerá normalmente en el decurso del proceso cautelar. En efecto, las ferias judiciales

Ahora bien, la Sala coincide con la Juez "a quo" en que operó caducidad de la medida cautelar, de acuerdo con el art. 311.2 del CGP.

En efecto, cualquiera sea la fecha que se tome en cuenta con respecto al cumplimiento de la medida, esto es, si se cumplió cuando fue decretada el 10 de junio de 2008 o cuando se inscribió en el Registro el 26 de junio de 2008, la medida cautelar caducó de pleno derecho, puesto que la demanda se presentó una vez vencido el plazo de treinta días previsto por la ley.

Ello, porque si la caducidad es un derecho que nace limitado a que se ejerza en un tiempo prefijado, que no se suspende ni se interrumpe y que corre aún contra aquellos que no pueden ejercer sus derechos (cf. Vécovi, *Derecho Procesal Civil*, t. IV, 1ra. Edición, 1979, p. 186; Código General del Proceso. Comentado. Anotado y concordado, T. 3, 1ra. Edición, julio de 1993, p. 384), la distinción entre plazos procesales y civiles carece, a juicio de la Sala, de toda relevancia, al menos con respecto al punto de debate, que consiste en resolver si el plazo de caducidad del art. 311.2 del CGP se suspende o no por las ferias judiciales.

Véase que si el plazo de caducidad no se suspende (salvo, claro está, que la ley establezca otra solución, como es el caso del art. 376 de la ley 12.804 respecto del término de caducidad previsto en el art. 39 de la ley 11.925), es evidente que dicho criterio también opera en sede cautelar.

Entonces, no existiendo dudas sobre la naturaleza del plazo establecido en la norma en examen (la ley es clara en cuanto a que las medidas cautelares caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro de los treinta días de cumplidas), no puede operar ningún tipo de suspensión, tal como sostuvo la Dra. Selva Klett en un caso donde, en un proceso de amparo, se trató una temática similar (sentencia de esta Sala N° 191/2006).

La naturaleza y los efectos propios del instituto de la caducidad así lo determinan, aunque no podemos soslayar que el punto es opinable, como lo demuestra el hecho de que hay connotados procesalistas que, en contra de lo sostenido por esta Sala, entienden que el plazo de caducidad en estudio es un plazo procesal y que, como tal, se interrumpe por las ferias judiciales y la Semana de Turismo, con arreglo al art. 94 del CGP

transcurren del 25 de diciembre al 31 de enero (feria judicial mayor) y del 1 al 15 de julio (feria judicial menor) – art. 86, inc. 1° de la ley N° 15.750, de 24 de junio de 1985 -, mientras que la semana Santa varía según los ciclos lunares, oscilando su conmemoración entre los meses de marzo y abril (forma de cómputo establecida en el Concilio de Nicea).

En efecto, la adopción de una medida cautelar impone una serie de actividades por parte de la Oficina judicial, por ejemplo: estudio de la Oficina Actuaría de la contracautela propuesta y eventualmente observaciones a la misma con su correspondiente necesidad de levantamiento, libramiento de oficios, diligencias por Alguacil, notificaciones, etc. Las actividades que vienen de reseñarse implican un tiempo variable dependiendo de cada Oficina, no obstante, no es desmesurado pensar en al menos un mes.

Por ende, no resulta una hipótesis extraña que dentro de los treinta días de "cumplida" la medida (art. 311.2 del CGP), acontezca una feria judicial o la semana Santa y el consecuente debate en cuanto la suspensión o no del plazo de caducidad, y las graves consecuencias que ello implica.

Sin perjuicio de las discrepancias existentes, recabadas en la sentencia transcrita, en la práctica forense se impone la consideración y aplicación de la teoría más conservadora, en el sentido de considerar el plazo de treinta días como un plazo civil, cuya interrupción acontece exclusivamente con la presentación de la demanda.

A continuación se analizarán los argumentos de las tesis en pugna, así como aspectos generales de las medidas cautelares con incidencia sobre el tema en debate.

I. LA TUTELA CAUTELAR

El proceso cautelar ha sido definido como "aquel que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación del proceso y el pronunciamiento en la sentencia definitiva".

1 Palacio, Lino. *Manual de Derecho Procesal Civil*, pág. 771. En similares términos: Alsina, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. V., págs. 447 y ss.; Tarigo, Enrique en *Lecciones de Derecho Procesal Civil según el*

(cf. Tarigo, Lecciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código, T. II, 1ra. Edición, junio de 1994, p. 355; Abal, Curso sobre el Código General del Proceso, T. II, 1ra. Edición, setiembre de 1989, p. 86).

III) Se impondrá a la apelante el pago de las costas y costos del grado, por ser de precepto (art. 311.2 del CGP).

Por tales fundamentos, el Tribunal,

FALLA:

Confirmase la sentencia apelada, con costas y costos.

Y devuélvase.

Dr. Felipe Hounie (Redactor), Dra. Elena Martínez.

Un elemento esencial en el proceso cautelar lo constituye el factor “tiempo”, es decir la posibilidad de frustración de un derecho por el pasaje del tiempo y consecuentemente la necesidad de protección del mismo. En este sentido, Simón analiza las nociones de tutela sancionatoria y preventiva. Así, en relación a la primera expresa: “generalmente, se identifica la tutela jurisdiccional con mecanismos de tutela sancionatoria, esto es, con la función de aplicar, aún coactivamente, la norma jurídica secundaria (sanción), ante el incumplimiento de la norma primaria o precepto²”. En cuanto a la tutela preventiva, ésta “tiende a evitar o neutralizar esos riesgos derivados del tiempo que requiere la primera para volverse efectiva. La noción de prevención se encuentra íntimamente vinculada a la de garantía, y se convierte así en la garantía especial de la garantía común que implica todo proceso jurisdiccional³”. Evidentemente dentro de los mecanismos de tutela preventiva figuran las medidas cautelares⁴.

También se ha referido al “orden público cautelar⁵” desde dos perspectivas: referido a la efectividad de la Justicia, así se ha dicho: “la utilidad de una medida cautelar se define más que en el interés de los individuos, en el interés de la Administración de Justicia⁶”. Por otra parte, el orden público cautelar y el carácter instrumental de las medidas cautelares implican una serie de limitaciones a éstas a efectos de evitar abusos, como por ejemplo la inembargabilidad de ciertos bienes o las posibilidades de sustitución y modificación de las medidas cautelares⁷.

En relación a lo anterior, Podetti, siguiendo las enseñanzas de Calamandrei, refiere a que el objeto de las medidas cautelares consiste en asegurar la seriedad de la función jurisdiccional⁸. Posteriormente refiere: “la

nuevo Código, t. II, pág. 355; Abal Oliú, Alejandro. “Proceso Cautelar y Proceso Provisional” en *Curso sobre el Código General Proceso*, t. II, pág. 83.

2 Simón, Luis María. “Formas diferenciadas de Tutela en el Proceso Civil Uruguayo” en *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, pág. 574.

3 Simón, Luis María. Ob. Cit., Id. Ibíd.

4 Simón, Luis María. Ob. Cit., Id. Ibíd.

5 Acosta, José. *El Proceso de Revocación Cautelar*, pág. 14.

6 Acosta, José. Ob. Cit., Id. Ibíd.

7 Acosta, José. Ob. Cit., págs. 14 y ss.

8 Podetti, Ramiro. *Tratado de las Medidas Cautelares*, pág. 16.

función jurisdiccional de cautela no es diversa de la ejercitada en procesos ordinarios o ejecutivos. Se trata del ejercicio, en diversa medida, de las facultades que integran la jurisdicción. El conocimiento es sumario o sumarísimo, pero siempre existe en algún grado; no falta la decisión, pero asume caracteres preponderantes de imperium que se ejercitan en la ejecución de cada medida⁹.

Los desarrollos precedentes se encuentran ligados a la noción de tutela jurisdiccional, que Delpiazzo Antón, siguiendo a González Pérez, define como “el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esa pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas¹⁰”. Como característica de la tutela jurisdiccional, Delpiazzo Antón refiere a la nota de efectividad, afirmando que ésta no se trata de una mera declaración, sino que su efectividad – valga la redundancia – es connatural a la misma, en tanto no habrá tutela si ésta no es efectiva¹¹.

En el ámbito de las medidas cautelares puede referirse a tutela cautelar, como una manifestación del principio de tutela jurisdiccional efectiva¹², concretamente tutela preventiva – siguiendo a Simón¹³ – es decir, aquélla tutela cuya finalidad consiste en minimizar los riesgos aparejados por el transcurso del tiempo en el proceso¹⁴.

II. CADUCIDAD

A diferencia de otros institutos del derecho, no existen dudas en cuanto a que el legislador ha establecido un plazo de caducidad de las medidas cautelares adoptadas previamente al inicio del proceso. En este sentido, el ya citado art. 311.2 establece: “las medidas cautelares caducarán de pleno derecho...”. Debe destacarse que el antecedente normativo establecía: “En el caso de haberse pedido embargo antes de interponerse la demanda, quedará nulo de derecho, si dentro de veinte días después de verificado, no promoviese el acreedor el correspondiente juicio...” (art. 841 del CPC). Al respecto, se ha destacado las distintas consecuencias entre ambas normativas, así el régimen actual establece claramente la caducidad, con el alcance que luego se dirá, en cambio el régimen anterior establecía la nulidad absoluta o de pleno derecho¹⁵.

En cuanto a la caducidad, ésta ha sido definida como la “extinción, consumación o pérdida de un derecho o facultad por vencimiento de un plazo u ocurrencia de un supuesto previsto en la ley¹⁶”. En similares términos, Rodríguez Russo enseña que la caducidad: “comporta la extinción automática de un derecho, dispuesta por su falta de ejercicio dentro de un término dado, a fin de que el mismo tenga lugar en un tiempo prefijado¹⁷”.

Se ha discutido el alcance de la caducidad de la medida cautelar. En este sentido, resulta de particular interés el trabajo de Álvarez Petraglia y Pescadére, en donde plantean tres posibles alternativas sobre el alcance de la caducidad. Una posición restrictiva postula que una vez caducada una medida cautelar, ésta no puede ser replanteada, ya sea previamente o durante el proceso iniciado. La tesis opuesta - amplia - admite la posibilidad sin restricciones de replantear una medida cautelar caducada. Por último, la tesis intermedia establece que no se pueden replantear las medidas cautelares caducadas en forma preliminar al proceso, no obstante éstas, e inclusive medidas de igual alcance de la que fue objeto de caducidad, podrán plantearse en el decurso del proceso¹⁸.

9 Podetti, Ramiro. Ob. Cit., págs. 17 y 18.

10 Delpiazzo Antón, Gabriel. *Tutela Jurisdiccional Efectiva frente a la Administración*, pág. 17.

11 Delpiazzo Antón, Gabriel. Ob. Cit., Id. Ibíd.

12 Al respecto, Landoni Sosa, Ángel y sus Colaboradores, expresan: “La dimensión temporal del proceso presenta una esencial conexión con la idea de eficacia, puesto que la utilidad de la decisión jurisdiccional dependerá, en muchos casos, del tiempo que insuma el trámite del proceso, que puede determinar una justicia tardía y, por ende, ineficaz [...] Lo que nos conduce al instrumento que por ahora denominaremos genéricamente cautelar como el más apto para asegurar la eficacia de la tutela jurisdiccional, al habilitar la adopción inmediata de medidas tendientes a prevenir el riesgo que representa la dimensión temporal del proceso...” (Landoni Sosa, Ángel y Colaboradores. *Código General del Proceso. Comentado con doctrina y jurisprudencia*, v. III – A, Arts. 293 a 336, pág. 1170).

13 Simón, Luis María. Ob. Cit., pág. 574.

14 Simon, Luis María. Ob. Cit., Id. Ibíd.

15 Abal Oliú, Alejandro. Ob. Cit., pág. 86 y Tarigo, Enrique. Ob. cit., t. II, pág. 359

16 Couture, Eduardo. *Vocabulario Jurídico*, pág. 129.

17 Rodríguez Russo, Jorge. *Prescripción Extintiva y Caducidad en el Derecho Civil*, pág. 37. Sobre el punto, Gelsi Bidart concluye que la caducidad consiste en: “la extinción de un poder jurídico de un sujeto provocada por uno o más factores objetivos ajenos por igual a la consumación del poder y a la voluntad de extinción, que se impone de manera inexorable” (“Para la noción de caducidad” en *La Justicia Uruguaya*, t. LXXII, sección Doctrina, pág. 94).

18 Álvarez Petraglia, Federico y Pescadére, Diego. “¿Puede volver a solicitarse una medida cautelar que caducó en vía preliminar?”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 3 – 4/1998, págs. 309 y ss.

En atención al presente trabajo y concretamente en lo que refiere al alcance de la caducidad de las medidas cautelares, conforme lo manifestado en el punto anterior, la caducidad comprende a la tutela cautelar especificada en una medida cautelar concreta.

Finalmente, resta referir a los fundamentos de la caducidad de la tutela cautelar. Por una parte, en tanto plazo de caducidad, comparte los fundamentos genéricos de la caducidad. Así, se refiere a un derecho con duración prefijada, lo cual se funda en la necesidad de brindar certeza al tráfico jurídico¹⁹.

Concretamente, como fundamento de la caducidad de la tutela cautelar se ha referido a la necesidad de evitar que las medidas cautelares sean utilizadas como instrumento de presión o intimidatorio²⁰. También se ha indicado la necesidad de evitar abusos y fines de convivencia social. En este sentido, se ha expresado: “Sin duda constituye un abuso mantener indefinidamente fuera del tráfico el bien objeto de la medida o congelada sine die una determina situación jurídica, aunque la medida hubiese sido legítimamente decretada. En este estado del análisis debemos rescatar el concepto de utilidad, inherente a las medidas cautelares: la tutela se otorga en garantía de la eficacia de la condena, pero no más allá. La pérdida del derecho a conservarla se sustenta, entonces, más que en la idea de sancionar a quién no ejerce la pretensión de fondo (o concluye de ejercerla), en razones de solidaridad social, pues el perjuicio sufrido por el deudor es sólo uno de los costados – el más visible – de la moral y de la paz²¹”

III. CÓMPUTO DEL PLAZO

Conforme lo manifestado, el art. 311.2 del CGP establece la caducidad de la medida cautelar adoptada como diligencia preliminar en caso de que la demanda no sea interpuesta “dentro de los treinta días de cumplidas”.

En relación a los treinta días para la presentación de la demanda se ha indicado: “este plazo es, indiscutiblemente un plazo procesal – es el plazo concedido por la ley para cumplir un acto procesal, la presentación de la demanda – y por tanto se rige por las reglas generales para los plazos procesales que establece el art. 94 del CGP, es decir, se computan días corridos y sólo se interrumpen por las ferias judiciales y la Semana de Turismo²²”.

En efecto, al definir el “plazo procesal” se ha referido a que consiste en “el lapso destinado al cumplimiento de un acto procesal o vinculado al desarrollo del proceso²³”. Así, considerando las manifestaciones precedentes, el razonamiento resulta inobjetable: se trata de un plazo para la realización de un acto procesal (presentación de la demanda). Inclusive, atendiendo a la definición de plazo procesal, en cuanto a plazo vinculado al desarrollo de un proceso, fácilmente puede ubicarse el referido plazo en relación al proceso cautelar.

No obstante, la sentencia objeto de la presente nota²⁴, reconociendo la posición anterior y lo opinable del asunto, se inclina por la posición contraria. Al respecto, los argumentos del fallo pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

19 Rodríguez Russo, Jorge. Ob. Cit., pág. 48.

20 Novellino, Norberto. *Embargo y Desembargo y demás Medidas Cautelares*, pág. 77. En similares términos: Landoni Sosa, Ángel y Colaboradores. Ob. Cit., v. III – A, pág. 1180.

21 Acosta, José. Ob., Cit., págs. 120 – 121. A nivel jurisprudencia, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno expresó que su “finalidad es precaver el desinterés, la inactividad procesal del beneficiario de la medida o su eventual utilización como medio intimidatorio, y por eso, precisamente, el legislador evitó dejarla librada al impulso del peticionante” (Sentencia N° 224/2009, de 29 de octubre de 2009, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° turno)

22 Tarigo, Enrique. Ob. Cit., pág. 359. En similares términos: Abal Oliú, Alejandro., Ob. Cit., *Curso sobre...*, t. II, pág. 86; Uriarte Audi, Gonzalo. “Impugnación de las medidas cautelares, su caducidad y responsabilidad de quien las pide” en *Curso sobre Medidas Cautelares*, pág. 59. A nivel de Derecho comparado participa de la misma opinión: Podetti, Ramiro. Ob. Cit., pág. 116. En el ámbito jurisprudencial se ha indicado: “Que en cuanto al plazo de caducidad, en lo que a la interrupción del mismo refiere, por el feriado de turismo, se comparte el criterio de la recurrida. Se trata de un plazo procesal que comienza a correr el día hábil siguiente a la última notificación (en el caso la última actuación) y que su transcurso se suspende durante las ferias judiciales y la Semana de Turismo (arts. 93 y 94 del CGP). No cabe duda respecto de que es un plazo procesal, en la medida en que son plazos procesales, aquellos establecidos para realizar un acto procesal o cualquier acto vinculado al desarrollo del proceso. Y si se trata de un plazo de 30 días para entablar la demanda, el que señala el art. 311.2 del CGP, poco cuesta admitir la naturaleza procesal de dicho plazo” (LJU, c. 12.976, t. CXII), de igual modo Sentencia N° 121/2010, de 28 de junio de 2010, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno.

23 Vescovi, Enrique y Colaboradores. *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado*, t. II, pág. 362.

24 Similar temperamento figura en la sentencia N° 211/2007, de 15 de agosto de 2007, del Tribunal de Apelaciones en lo civil de 6° Turno y Sentencia N° 29/2007, de 20 de febrero de 2006, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno.

- Independientemente de la discusión de si se trata de un plazo civil o procesal, el plazo de treinta días para la presentación de la demanda consiste en un plazo de caducidad;
- los plazos de caducidad no se suspenden, a excepción de previsión expresa al respecto, como por ejemplo la previsión del art. 376 de la ley N° 12.804, de 30 de noviembre de 1960, en relación al plazo de caducidad previsto en el art. 39 de la ley N° 11.925, de 25 de marzo de 1953 (que prevé la caducidad de los créditos contra el Estado)²⁵;
- similares razonamientos se han desarrollado en relación al plazo de caducidad de la acción de amparo²⁶.

En definitiva, la forma de computar el plazo previsto en el art. 311.2 del CGP dependerá del aspecto que se considere predominante, así puede considerárselo un plazo procesal – plazo de presentación de la demanda – o un plazo de caducidad y por ende computable como tal, es decir sin interrupción o suspensión²⁷, especialmente por las ferias judiciales y la Semana Santa.

IV. VALORACIÓN FINAL

Tal como es reconocido en la sentencia que se anota, la forma de cómputo del plazo previsto en el art. 311.2 del CGP resulta discutible, destacándose la fundada opinión que reconocidos autores han expresado sobre el tema.

Sin embargo, se comparte el temperamento esgrimido en la sentencia. En este sentido, incuestionablemente se trata de un plazo de caducidad, conforme surge de la redacción del artículo, imponiéndose la interpretación de tal forma (art. 18 del Código Civil).

En efecto, se establece un plazo de caducidad de la tutela cautelar, acotado para los casos en que las medidas cautelares son adoptadas con carácter previo al proceso.

La forma de interrupción del referido plazo consiste en la interposición de la demanda, extremo que no convierte al plazo de caducidad en un plazo procesal. Al respecto, se ha indicado que de sostenerse lo contrario, implicaría postular que se trata de un plazo procesal todo plazo que se interrumpe con la presentación de la demanda²⁸.

Por otra parte, la interpretación que se sustenta se condice con las características de las medidas cautelares en general y de la caducidad de la tutela cautelar concretamente, además de las características generales del ordenamiento procesal civil.

En cuanto al fundamento de la caducidad cautelar, se remite a lo expresado precedentemente, especialmente evitar la utilización abusiva e intimidatoria de las medidas cautelares.

Atendiendo a las características generales de las medidas cautelares, se destaca el *fumus bonis iuris*, esto es la verosimilitud inicial del derecho a tutelar, lo cual indica como razonable el plazo de 30 días para presentar la demanda²⁹.

25 Análogas precisiones pueden realizarse en relación a la interrupción del plazo de caducidad de la acción anulatoria ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, específicamente prevista (art. 10 de la ley N° 15.869, de 22 de junio de 1987).

26 Al respecto el inc. 2° del art. 4° de la ley N° 16.011, de 19 de diciembre de 1988, establece: “*En todos los casos – el inc. 1° refiere a la acción de amparo – deberá ser interpuesta dentro de los treinta días a partir de la fecha en que se produjo el acto, hecho u omisión caracterizados en el art. 1°...*” Las sentencias N° 151/2008, de 4 de junio de 2008; N° 2/2009, de 5 de febrero de 2009; y N° 78/2009, de 22 de abril de 2009, todas del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, identifican el referido plazo como un plazo de caducidad. En la posición contraria se ha indicado que el plazo aludido se trata de un plazo procesal, así: Flores Dapkevicius, Rubén – siguiendo a Torello - “*Acción de Amparo y Astreintes: necesidad de su consagración*”, en *La Justicia Uruguaya*, t. CXVII, sección Doctrina, pág. 6.

27 Rodríguez Russo, Jorge. Ob. Cit., pág. 65; Vescovi, Enrique y Colaboradores. *Código General del Proceso. Comentado. Anotado y Concordado*, t. III, pág. 384. Elizalde, Lucía. “*Plazos procesales: cuestiones prácticas vinculadas a su cómputo, suspensión y vencimiento*” en *Revista de Derecho y Tribunales*, N° 1, junio 2006, pág. 108. Sobre la característica del plazo de caducidad se ha expresado: “*La caducidad no sufre suspensiones, porque el derecho debe ejercerse fatalmente dentro de un cierto tiempo, ni tolera interrupciones, porque al no tenerse en cuenta la inercia del titular, no puede bastar un acto cualquiera de la parte idóneo para excluirla, siendo necesario, precisamente, el ejercicio del derecho consistente en la realización del acto previsto por la ley o el negocio jurídico*” (Rodríguez Russo, Jorge. Ob., Cit., pág. 66).

28 Así: Sentencia N° 78/2009, de 22 de abril de 2009, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, respecto del proceso de amparo, aplicable al proceso cautelar.

29 Sin perjuicio de que la determinación de un plazo es arbitraria, debe destacarse que el antecedente normativo del art. 311.2 del CGP establecía un plazo de 20 días para la presentación de la demanda (art. 841 del CPC). A nivel de Derecho

Por otra parte, en lo que refiere al ordenamiento procesal civil, la presentación de la demanda dentro del plazo de 30 días no implica una disminución de las garantías, ya se refirió la verosimilitud inicial del derecho, a lo cual se adiciona la posibilidad de cambio de demanda (art. 121 del CGP).

BIBLIOGRAFÍA

- Abal Oliú, Alejandro.** “Proceso Cautelar y Proceso Provisional” en Curso sobre el Código General del Proceso, t. II, 1ra. Edición, FCU, Montevideo, 1989, págs. 77 – 101.
- Acosta, José.** El Proceso de Revocación Cautelar. Levantamiento, modificación, caducidad y nulidad de las medidas cautelares, Rubinzal y Culzoni, Sante Fe, Argentina, 1986.
- Alsina, Hugo.** Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, t. V – Ejecución forzada y medidas precautorias, 2da. Edición, EDIAR, Buenos Aires, 1962.
- Álvarez Petraglia, Federico y Pescadere, Diego.** “¿Puede volver a solicitarse una medida cautelar que caducó en vía preliminar?” en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, N° 3-4/1998, FCU, Montevideo, págs. 305 – 313.
- Couture, Eduardo.** Vocabulario Jurídico, Depalma, Buenos Aires, 1976.
- Delpiazzo Antón, Gabriel.** Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2009.
- Elizalde, Lucía.** “Plazos procesales: cuestiones prácticas vinculadas a su cómputo, suspensión y vencimiento” en Revista de Derecho y Tribunales, N° 1 – junio 2006, AMF, Montevideo, págs. 93 – 120.
- Flores Dapkevicius, Rubén.** “Acción de amparo y astreintes: necesidad de su consagración” en La Justicia Uruguaya, t. CXVII, Montevideo, 1998, sección Doctrina, págs. 3 – 9.
- Gelsi Bidart, Adolfo.** “Para la noción de Caducidad” en La Justicia Uruguaya, t. LXXII, Montevideo, 1975 – 1976, sección Doctrina, págs. 85 – 94.
- Landoni Sosa, Ángel y Colaboradores.** Código General del Proceso. Comentado, anotado, con jurisprudencia, v. III – A, B de f, Montevideo – Buenos Aires, 2006.
- Novellino, Norberto.** Embargo y Desembargo y Demás Medidas Cautelares, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1979.
- Palacio, Lino.** Manual de Derecho Procesal Civil, 17ma. Edición, Lexis Noxis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.
- Podetti, J. Ramiro.** Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral, t. IV – Tratado de las Medidas Cautelares, 2da. Edición, EDIAR, Buenos Aires, 1969.
- Rodríguez Russo, Jorge.** Prescripción Extintiva y Caducidad en el Derecho Civil, 1ra. Edición, FCU, Montevideo, 2010 (reimpresión 2012).
- Simón, Luis María.** “Formas diferenciadas de tutela en el Proceso Civil Uruguayo” en Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart, 1ra. Edición, FCU, Montevideo, 1999, págs. 571 – 587.
- Tarigo, Enrique.** Lecciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código, t. II, 2da. Edición, FCU, Montevideo, 1998.
- Uriarte Audi, Gonzalo.** “Impugnación de las Medidas Cautelares, su caducidad y responsabilidad de quién las pide” en Curso sobre Medidas Cautelares, 1ra. Edición, FCU, Montevideo, 1999, págs. 51 – 65.
- Vescovi, Enrique y Colaboradores.** Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado, t. II, Ábaco, Montevideo, 1993.
- Vescovi, Enrique y Colaboradores.** Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado, t. III, Ábaco, Montevideo, s/f.

comparado, el art. 207 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina), establece un plazo de 10 días para la presentación de la demanda.



INFORMACIONES

Carreras de grado

Otras noticias de interés

Postgrados y maestrías

In company

CARRERAS DE GRADO

Este año dentro de la materia Practicum II, del último semestre de la Carrera de Abogacía se están dictando los siguientes Cursos de 30 horas cada uno:

- Defensa de la Competencia – Prof. Dr. Juan Manuel Mercant
- Retórica – Prof. Dr. Nicolás Etcheverry
- Contratos – Prof. Dra. Beatriz Venturini
- Recursos Administrativos y Contencioso Administrativo – Prof. Dra. Silvana Nessar
- Derecho y Religión – Prof. Dra. Carmen Asiaín
- Contratos Agrarios y Modalidades Asociativas en Materia Agraria – Prof. Dr. Jorge Fernández Reyes.

Dichos Cursos pueden variar de un año a otro, están abiertos a estudiantes de Derecho de otras Facultades y a Abogados en general, existiendo cupos limitados.

OTRAS NOTICIAS DE INTERÉS

PRIMER CERTAMEN DE ESCRIBANO POR 1 DÍA EN LA UM

Durante los meses de agosto y setiembre tuvo lugar la primera edición de “Escribano por un día”, un certamen organizado por la nuestra Facultad en el cual participaron alumnos de 5º y 6º año de liceos públicos y privados de Montevideo y del interior del país. En la competencia los estudiantes de bachillerato “jugaron” a ser escribanos. Los jóvenes participaron en un caso ficticio, pero de la misma forma que lo haría un escribano en la vida real. El concurso tiene como objetivo fomentar el trabajo en equipo y brindar ayuda en materia de orientación vocacional, así como también dar a conocer la propuesta educativa de la Universidad de Montevideo. En una de las etapas se contó con la participación del Consultor y Psicólogo Gonzalo Robaina, integrante de “CMI International Group” quien le brindó a los estudiantes las herramientas básicas para llevar adelante una buena negociación de acuerdo al método de la Universidad de Harvard, USA. El sábado 8 de setiembre se llevaron a cabo las rondas finales basadas en demostrar las habilidades negociadoras de los distintos equipos para lograr concretar el “negocio” pese a distintos problemas que se presentaban. La final la ganó uno de los dos equipos que presentó el Colegio Sagrado Corazón, Ex Seminario, el segundo puesto fue para el equipo del Colegio y Liceo Pedro Poveda, ambos de Montevideo, el tercer puesto fue para el Liceo N° 1 Mario W. Long, de Young, Río Negro y el 4to puesto fue para uno de los 4 equipos que llegaron a esta instancia de los 6 que presentó el Liceo de José Batlle y Ordóñez, Lavalleja.

LANZAMIENTO DEL SEGUNDO MÓDULO DEL TALLER DE ACTUALIZACIÓN NOTARIAL

En el mes de agosto comenzó el segundo módulo del Taller de Actualización Notarial, luego del éxito del primer módulo que contó con la participación de más de 40 escribanos. Los docentes del segundo módulo son el Esc. Raúl Anido, que trató el tema del derecho de propiedad en especial la Ley de Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente y en el Fideicomiso. La Esc. Mariela Pagliaro, que dio el tema “Automotores”, y Esc. Eduardo Pérez del Castillo, que se encargará del tema: “Zonas Francas”. El objetivo del Curso de Actualización Notarial es generar una profundización, análisis y discusión de los principales problemas y dudas en los distintos tópicos notariales que se abordan en el mismo.

DESTACADA PARTICIPACIÓN DE NUESTRA FACULTAD EN COMPETENCIA DE ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LOS EEUU

Alumnos de la Facultad de Derecho UM obtuvieron el 3er lugar en la 5ª edición de la Competencia Internacional de Arbitraje Comercial en American University College of Law en Washington

Organizada por la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Nuestra Señora del Rosario, y American University College of Law, tuvo lugar en Washington DC del 27 de setiembre al 1 de octubre de 2012

La Competencia Internacional de Arbitraje Comercial tiene como objetivo promover el estudio del Derecho Comercial Internacional y del arbitraje como método de resolución de conflictos en los negocios internacionales. Para ello, estudiantes de distintas universidades se encuentran analizando un caso concreto, tomado de la realidad, con el objetivo de defender los intereses de un hipotético cliente en un proceso arbitral, tanto en la fase escrita (con la presentación de las memorias de demanda y contestación), como en la fase oral (defendiendo alternativamente a ambas partes en audiencias).

Después de clasificar en tercer lugar en las rondas generales, luego de haber competido contra universidades tales como University of Illinois, University of Columbia y Universidad de Colombia, los alumnos de la UM ganaron un partido contra UNICURITIBA y luego ganaron en cuartos de finales contra Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Finalmente, la Universidad del Externado, Colombia, -contra la cual el equipo de la UM compitió en semifinales- ganó la competencia.

El equipo de la UM estuvo integrado por alumnos de 4º y 5º año de la carrera de Abogacía. Los integrantes fueron: Mariana Slinger, Magdalena Díaz Sapelli, Leticia Goñi, Juan Mailhos y Santiago Rodríguez. La coach del equipo fue la Profesora Mercedes Jiménez de Aréchaga con la ayuda de Juan Manuel Rey y Javier Napoleone.

Vale destacar que la UM ya ha logrado excelentes resultados en esta competencia ya que en el año 2009 obtuvo el primer puesto.

POSTGRADOS Y MAESTRÍAS

INVESTIGACIÓN

- **Acuerdo con la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII) (I)**

El Departamento de Maestrías y Postgrados de la Facultad de Derecho y la investigadora y docente Dra. (PhD) Alina Celi Frugoni, recibieron la aprobación del 1er. Proyecto presentado de investigación ante la Agencia Nacional de Investigación e Innovación sobre "Derecho Global y Tecnología", en el marco de la convocatoria denominada "Vinculación con Tecnólogos Uruguayos Residentes en el Exterior". Sobre el particular la Agencia y su Comité de Evaluación y Seguimiento "este proyecto "plantea un número importantes de actividades, durante un período prolongado, en un tema de interés para el país en función del crecimiento desarrollo tecnológico, temático ligadas al medioambiente, defensa de fuentes energéticas y otros". En el marco de esta investigación se está llevando a cargo el Curso de Postgrado sobre "Derecho Global y Tecnología". El mismo cuenta con la participación de un variado y valioso perfil de participantes que van desde un magistrada de la Republica a un ingeniero de la empresa pública de telecomunicaciones, al finalizar el curso se realizará una publicación abarcando todos los trabajos de investigación que emanen como resultado final de esta actividad.

- **Acuerdo con ANII (II)**

El Departamento de Maestrías y Postgrados de la Facultad de Derecho en conjunto con la Facultad de Ciencias Empresariales y Economía representada por el Prof. PhD Marcelo Caffera y su grupo de investigación han presentado ante la ANII a través de la Investigadora y docente de la Facultad de Derecho Dra. (PhD) Alina Celi Frugoni, el proyecto Posdoctoral “Estudio del régimen de los bienes y servicios ambientales (BSA), para su ordenamiento jurídico en Uruguay”, de esa forma se busca constituir una contribución al intercambio científico y académico interdisciplinario; interactuando disciplinas jurídicas como Derecho Económico, Ambiental y también dentro del ámbito de conocimiento de la Economía Ambiental.

- **PROYECTO: GRUPO DE INVESTIGACIÓN DEL MÁSTER DE INTEGRACIÓN Y COMERCIO INTERNACIONAL**

A instancias de la solicitud recibida por parte del Instituto de Promoción de Inversiones y Exportaciones “Uruguay XXI”, el Observatorio de Investigaciones sobre Integración y Comercio Internacional de la Facultad de Derecho ha realizado un “Mapa Digital Social, Geopolítico, Económico y Productivo del Uruguay”. Dentro de los distintos insumos con que cuenta este mapa se destacan: Redes Ferroviaria (carga y pasajeros), Mapa de Aeropuertos y Puertos, Mapa de Zonas Francas, Indicadores Socio - Económicos, Indicadores Demográficos, Estructura empresarial del País, Centrales Térmicas, etc.

Actualmente se está trabajando en la actualización y aplicación de dicho Mapa.

- **GRUPOS DE INVESTIGACIÓN**

Se cuentan con los siguientes grupos de investigación:

Grupo de Investigación sobre Derecho Penal Económico
 Grupo de Investigación sobre Contribuciones Especiales a la Seguridad Social
 Grupo de Investigación y Estudio sobre Derecho Concursal
 Grupo de Investigación y Estudio sobre Derecho Administrativo Económico
 Grupo de Investigación sobre Derecho y Religión
 Grupo de Derecho Societario
 Grupo de Propiedad Intelectual

- **TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN**

FINALIZADOS:

- Dr. Schiavi, Pablo, El control del acceso a la información pública y de la protección de datos personales en el Uruguay.
- Cres. Bentancur, Juan, Natalia Demarchi y M^a Fernanda Núñez, Uruguay: ente la cooperación internacional y la equidad social, análisis de las principales modificaciones de la ley 18.083.
- Cras. M^a Inés Messano y Marianella Capoano, La promoción de la vivienda de interés social en el Uruguay.
- Lic. M^a Noel López, La complementación productiva en los procesos de integración: el caso del MERCOSUR.
- Dres. Errazquin, Mariana y Biderman, Verónica, Riesgos de la precarización de la función pública en el Uruguay del Siglo XXI.

- Dr. Arman Pilón, Sebastián, La extinción del contrato de distribución sin plazo determinado por desistimiento Unilateral.
- Cras. Chávez, Cecilia, Raineri, Magdalena y González, Rosario, IRPF: Cumplimiento de su finalidad y sustentabilidad en el largo plazo.
- Dra. Algorta, Paula: El control Societario en la Ley de Sociedades Comerciales.
Dres. Pinto Ximena y Zak, Pablo: La Libre Competencia en el Obrar del estado
- Cres. Comas, Ramiro, Ferrizo, Luis y Varela Javier, La documentación de estudios de precios de transferencia en el Uruguay: la perspectiva del contribuyente.
- Dras. Schroeder, Cecilia y Blanchet, Daniela, Correctivos al régimen legal sancionatorio de la defraudación tributaria en el Uruguay.

EN CURSO:

- Cr. Cáceres Gabriel, Aspectos internacionales de la fiscalización en el Uruguay.
- Cr. Otegui, Javier, Convenio entre la República Oriental del Uruguay y el Reino de España para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio.
- Dra. Meljem, Ana, Los responsables tributarios en el nuevo sistema de la ley 18083 con especial referencia a la responsabilidad tributaria de los directores de las sociedades anónimas.
- Dras. Álvarez, Alicia y Seoane, Carmen, El principio de subsidiariedad: relacionamiento publico privado y la actividad empresarial.
- Dres. de Leon Delgado, Amelia, Llona Silva César y Lic. Lakatos, Verónica, Las normas privadas: ¿Restricciones al comercio internacional? Análisis jurídico de normas sanitarias y fitosanitarias y su compatibilidad con el sistema multilateral de comercio.
- Dr. Rossa, Diego, Análisis de la Acción de nulidad en el marco del Tribuna de lo Contencioso Administrativo.

• METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

Los Programas Máster cuentan con un Módulo sobre Metodología de la Investigación, el cual a pasado a integrar recientemente el conjunto de materias obligatorias para todos los diferentes Programas Máster que imparte la Facultad. El mismo tiene por finalidad conceptuar a los cursantes de las distintas maestrías sobre la metodología a seguir para la elaboración de un trabajo de investigación y de esa forma estar en condiciones de aplicar los mismos al desarrollo de un trabajo de investigación en general o de tesis final de Máster relacionado con su área profesional y que constituya un aporte académico original para la facultad y la universidad en general.

Este módulo está constituido por un curso teórico de 20 horas y un taller práctico de 10 horas, donde la evaluación final de mismo es un programa analítico de investigación de tesis sentando las bases para la futura investigación de la tesis final del maestrando.

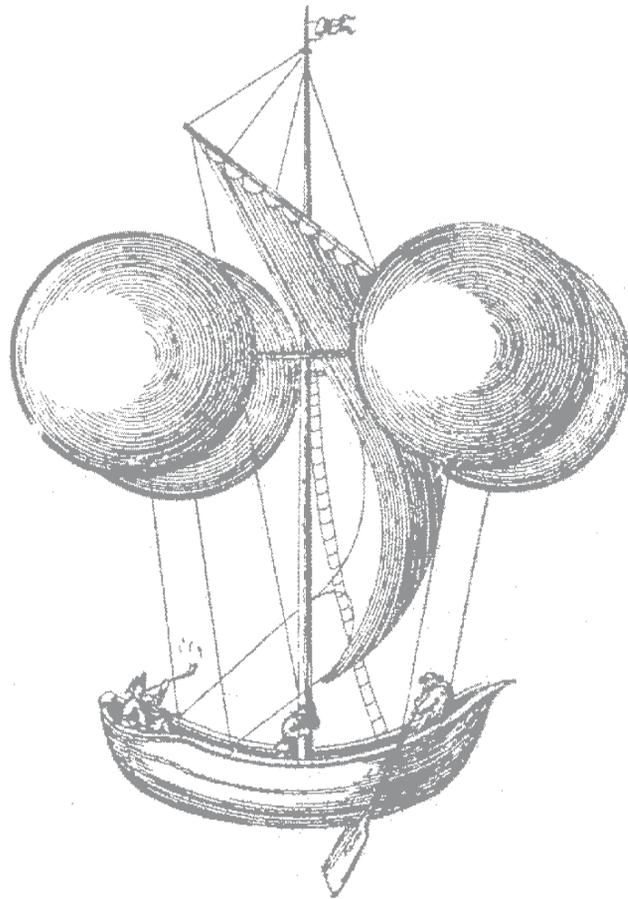
IN COMPANY

BROU

La Dirección de Capacitación y Formación Profesional del Banco República solicitó al Departamento de Postgrado de la Facultad de Derecho la confección y dictado de un In Company sobre Derecho Procesal, más específicamente sobre Teoría y Práctica de la Prueba.

El mismo se encuentra a cargo de los Dres. Margarita de Hegedus, Santiago Pereira y Luis Simón y demanda 40 hs. de clases presenciales.

Los 24 cursantes proceden de distintas reparticiones jurídicas del BROU en las que se destacan: Jurídico Contencioso, Asesoría Letrada, Servicios Notariales y el Departamento de Prevención de Fraude.



TESINAS DE MASTERS

GAMIO, Álvaro y CASTELLAN, Santiago

Límites a la creación voluntaria de patrimonios de afectación para la salvaguarda de bienes

LÍMITES A LA CREACIÓN VOLUNTARIA DE PATRIMONIOS DE AFECTACIÓN PARA LA SALVAGUARDA DE BIENES

ALVARO GAMIO
SANTIAGO CASTELLAN

1) INTRODUCCION

A través de este trabajo de investigación se pretende analizar los límites a una práctica cada vez más generalizada en nuestro medio, como lo es la utilización atípica del instrumento societario de responsabilidad limitada, o del instrumento del fideicomiso, con el exclusivo propósito de crear en forma voluntaria un patrimonio separado en el cual resguardar bienes.

En éste contexto, se comenzará el trabajo analizando con carácter crítico la teoría clásica de la unidad del patrimonio, y su relación con el artículo 2372 del C.C., el cual prescribe que todos los bienes del deudor, excepto los no embargables, son la garantía común de los acreedores.

Posteriormente se analizará la concepción moderna del patrimonio a partir de la cual se concibe que una persona física y/o jurídica pueda ser titular de más de un patrimonio, relativizando el concepto de unidad patrimonial

Como una aproximación a la sustancia de nuestra investigación, se analizarán en el ámbito del derecho comparado, las fórmulas más avanzadas dirigidas a la limitación de la responsabilidad patrimonial mediante la creación de patrimonios de afectación, analizando especialmente el caso de los "patrimonios destinados a un negocio específico" del derecho italiano, y el caso de las "empresas individuales de responsabilidad limitada" del derecho francés. Veremos como en ambas hipótesis, ya no se trata simplemente de constituir un nuevo sujeto de derecho con personalidad jurídica y patrimonio propio. Tampoco de la creación de un patrimonio de afectación cuya titularidad pasa a manos de un tercero por un período de tiempo determinado (fiduciario). En ambos casos, se plantea una clara fragmentación o segmentación patrimonial, que aniquila por completo la tesis de la unidad del patrimonio.

Posteriormente, se analizará como nuestro derecho positivo ha ido también evolucionado desde un concepto clásico de patrimonio hacia la admisión de patrimonios de afectación, analizando distintos institutos que nuestro legislador ha ido previendo, tales como el beneficio de inventario, los fondos de ahorro previsional, los fondos de inversión, y en particular los fideicomisos, donde la Ley 17.703, recurriendo al concepto de propiedad fiduciaria, define al fideicomiso como un patrimonio de afectación.

Una vez finalizado el marco contextual, se tratará de exhibir como la regla es que hoy las personas físicas y/o jurídicas asumen tener la libertad de fraccionar voluntariamente su patrimonio, creando múltiples patrimonios afectados a determinados fines o a ningún fin.

Y como en el marco de ésta libertad, la opción preferida por parte de los operadores es la utilización atípica de sociedades comerciales de responsabilidad limitada, o de fideicomisos de administración.

Por último, a la luz del marco teórico anteriormente expuesto, se ingresará a lo que constituye en puridad el tema objeto de ésta tesina, como lo es el análisis de la legitimidad y los límites a éstas creaciones voluntarias de patrimonios para la administración de riegos.

En éste contexto, se analizara en una primera etapa si la enajenación en virtud de la cual los bienes pasan al patrimonio social de una sociedad de responsabilidad limitada o al fiduciario es válida, o nos sitúa por el contrario frente a una hipótesis de simulación absoluta o de simulación relativa subjetiva o por interposición de personas.

En una segunda etapa se analizará la propia validez y/o existencia de la sociedad comercial O fideicomiso que no desarrolla actividad económica, utilizados exclusivamente para resguardar bienes del patrimonio personal.

Y finalmente se analizara el instituto del disregard, a los efectos de determinar si la creación voluntaria de patrimonios de afectación para la mera salvaguarda de bienes, constituye o no la utilización de los instrumentos en fraude a la ley, en violación al orden público, o en fraude y con perjuicio a los derechos de los terceros.

Como corolario se expondrán las conclusiones a que se arrije a través de la investigación realizada.

2) CONCEPTO DE PATRIMONIO. SU EVOLUCIÓN

2.1) TEORIA CLASICA: PATRIMONIO COMO ATRIBUTO DE LA PERSONALIDAD

El concepto clásico de patrimonio se atribuye a Zachariae, y posteriormente, a partir de los fundamentos realizados por éste, a los autores Frances Aubry y Rau¹ quienes vinculan la idea de patrimonio a la de personalidad, entendida esta como la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones.

Para los citados autores el patrimonio es "... la personalidad misma del hombre en sus relaciones con los objetos del mundo exterior, sobre los cuales puede o podrá tener derechos a ejercitar". Se vinculaba a la idea de patrimonio con la aptitud legal de adquirir bienes y contraer obligaciones, es decir, la capacidad.²

En definitiva, el patrimonio es como se destaca³ la persona misma considerada desde el punto de vista de su poderío económico. Sería, en realidad, la aptitud legal de adquirir bienes y de contraer obligaciones.

La doctrina clásica considera al patrimonio como una universalidad distinta, independiente de las propias unidades que la integran, y de naturaleza intelectual como son también los elementos que lo integran. En relación a este último aspecto, la doctrina clásica sostiene que el activo del patrimonio no lo integran cosas en su sentido material, sino el derecho del titular de ese patrimonio sobre esas cosas "Los elementos del patrimonio consisten, por tanto, en los objetos de derechos civiles, considerados en su calidad de bienes; y como estos no revisten esta calidad en razón de los derechos a que se encuentran sometidos respecto a una determinada persona, se puede también, sustituyendo de alguna forma la causa por el efectos, definir al patrimonio, como el conjunto de derechos civiles de una persona sobre los objetos que constituyen sus bienes"⁴.

El patrimonio es una universalidad jurídica, entendida ésta como el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas de una persona apreciables en dinero. La universalidad jurídica se presenta como única, indivisible y abarcando tanto el conjunto de bienes presentes, como los bienes, derechos y obligaciones futuros.

De acuerdo a los postulados de la doctrina clásica, del concepto del patrimonio se pueden extraer los siguientes principios básicos: sólo las personas pueden tener patrimonio; ninguna persona puede carecer de patrimonio; toda persona tiene un solo patrimonio; y la persona no puede desprenderse de su patrimonio en vida⁵.

1.- Sólo las personas pueden tener patrimonio:

Este principio es consecuencia lógica del postulado que asocia al patrimonio como un atributo de la personalidad, lo cual excluye el patrimonio en sede de cualquier cosa que no sea una persona. De acuerdo a este postulado, no se admite la existencia de patrimonio sin dueño, entendido éste por una persona física o jurídica.

2.- Ninguna persona puede carecer de patrimonio:

Desde el momento en que se concibe al patrimonio como un atributo de la personalidad, no es posible admitir la existencia de una persona sin patrimonio así como tampoco es posible concebir la existencia de una persona sin capacidad de obrar. Al respecto, los juristas Franceses Planiol y Ripert⁶, cuando se referían al patrimonio lo ejemplificaban con una bolsa vacía, señalando que los elementos que se coloquen dentro de esa bolsa podrán mantenerse, sustituirse en un momento determinado, quitarse, desaparecer, quedando la bolsa vacía, pero aún así, se podría volver a llenar en el futuro, razón por la cual, aún vacía, no dejaba de constituir el patrimonio.

Por su parte, en nuestro medio el propio Del Campo señalaba que la idea de patrimonio no puede confundirse con la idea de riqueza, la cual es el resultado de la relación entre el activo y el pasivo. Por el contrario, una persona sin ninguna unidad en el activo no dejaría de tener patrimonio.

3.- Toda persona tiene un solo patrimonio:

1 AUBRY, C. Y RAU, C. ; Code de Droit Civil Francais, 5ª edi., París, p. 336.

2 DE CORES, CARLOS. Los fondos comunes de inversión, perspectiva desde el derecho civil. ADCU. T XXVII, FCU, pág., 473 y sgtes.

3 DEL CAMPO, Francisco, Derecho Civil, Bienes, Volumen I, pág. 10.

4 AUBRY, C. Y RAU, C. ; Code de Droit Civil Francais, 6ª edi., París, 1935, Pág. 9.

5 PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE, Tratado práctico de Derecho Civil, Tomo III, La habana, 1930, pág. 24.

6 PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE, Tratado práctico de Derecho Civil, Tomo III, La habana, 1930, pág. 24.

La indivisibilidad del patrimonio responde a que se concibe al patrimonio como una universalidad de derechos y obligaciones, con relación a una persona determinada. A partir de esta característica, el patrimonio de una persona era sólo uno, el cual no se podía dividir en dos o más.

No obstante, este aspecto constituye el gran talón de Aquiles que tiene la doctrina clásica del patrimonio, por cuanto, como se verá, existen varias excepciones legales a este principio.

En efecto, ya en la época en que nació la doctrina clásica, los diferentes códigos civiles de origen continental recogían numerosas hipótesis de excepciones legales a este principio. En ese sentido, en nuestro código civil se deben destacar la aceptación de la herencia bajo beneficio de inventario (artículo 1078 Código Civil) a partir del cual el heredero aceptante va a ser titular de dos patrimonios bien diferenciados: el suyo propio y el del causante; la separación de patrimonios (artículo 1181 del Código Civil) a partir del cual los acreedores y legatarios del difunto pueden solicitar que no se confundan los bienes de la herencia con los bienes del heredero; el instituto de la ausencia en el cual se prevé la separación de dos patrimonios en sede de una misma persona: el patrimonio del ausente y el patrimonio del poseedor de los bienes del ausente, ambos en cabeza de este último.

Asimismo, a finales del Siglo XX y comienzo del presente, se han aprobado numerosas leyes que analizaremos más adelante, las cuales suponen que una persona pueda tener más de un patrimonio.

Planiol y Ripert, analizando las excepciones al principio de la indivisibilidad del patrimonio en el derecho Francés, señalan que "En todos estos casos nos encontramos en presencia de verdaderas universalidades, distintas del patrimonio mismo, puesto que los bienes que la componen responden a un interés especial, diferente al de la destinación común de los otros elementos del patrimonio. Cada una de estas universalidades tiene su activo y su pasivo propio y se encuentran sometidas a la aplicación normal de la subrogación real"⁷.

A partir de estas consideraciones, los referidos juristas concebían la existencia de varios patrimonios en cabeza de una misma persona.

4.- La persona no puede desprenderse de su patrimonio en vida:

Este postulado responde a que durante la vida de la persona, ésta no puede enajenar su patrimonio al igual que, explica la teoría clásica, no puede enajenar su personalidad. El patrimonio solamente se transmite por causa de muerte de la persona física o extinción de la persona jurídica. Mazeaud y Henry señalaban que de acuerdo a la teoría clásica, si bien se reconoce que la persona puede enajenar uno a uno todos los bienes del patrimonio, le resulta imposible la transferencia global del patrimonio⁸. Este carácter se vincula a la idea de universalidad jurídica del patrimonio, a partir de la cual se lo concibe como una universalidad distinta e independiente de las propias unidades que lo integran, siendo un concepto de naturaleza intelectual.

En una postura crítica a este principio, nuestra doctrina⁹ destacó que la escisión de sociedades comerciales constituye una excepción a este principio. En efecto, la sociedad que se escinde sin disolverse transmite cuotas partes de su patrimonio a título universal a otra sociedad.

Es decir, que en este caso existe un desprendimiento de parte del patrimonio a título universal sin que se haya verificado la extinción de la persona jurídica.

2.2) CRÍTICAS A LA TEORÍA CLÁSICA

Las críticas a la doctrina clásica se pueden dividir en dos grandes grupos: las absolutas y las relativas.

Como un importante exponente del primer grupo, se identifica el Argentino Salvador Fornieles¹⁰. El citado autor, niega al patrimonio el carácter de *universitas iuris* y lo considera una simple suma de elementos activos que soportan la carga de elementos pasivos. Rebate la identificación de patrimonio y personalidad y la continuidad de la persona del causante. Señala que la transmisión sucesoria no es otra cosa que una simple transmisión de bienes. Destaca como principal argumento en contra de esta doctrina, la existencia de numerosos ejemplos de personas que son titulares de más de un patrimonio (ver *ut supra*).

Dentro del segundo grupo de opiniones críticas respecto de la teoría clásica del patrimonio, se ubican Planiol, Ripert y Geny¹¹.

7 PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE, Tratado práctico de Derecho Civil, Tomo III, La Habana, 1930, pág. 28.

8 HENRY LEON y MAZEAUD JEAN, Lecciones de Derecho civil, parte primera, volumen I, Edi. Jurídicas Europa – América (Bs. As.), 1976, pág. 439.

9 HARGAIN, DANIEL, Manual de Sociedades Comerciales, T.II, AEU, 1992, pág. 98.

10 FORNIELES, SALVADOR. Citado por Del Campo, Bienes, volumen I, pág. 17 y por DASSO, ARIEL ANGEL. Hacia un nuevo concepto de patrimonio y responsabilidad limitada. Jornadas Internacionales de Derecho Económico Empresarial en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Héctor Alegría. Abril 2011.

11 DEL CAMPO, FRANCISCO, Derecho Civil, Bienes, Volumen I, pág. 17,

Los primeros, en su "Tratado práctico de Derecho Civil Francés", de 1926; advierten desmesura en la teoría clásica de Aubry y Rau que establece una dependencia absoluta resultante de la identificación de persona y patrimonio¹².

Sostienen que el patrimonio no es otra cosa que un simple conjunto de bienes destinados al cumplimiento de obligaciones determinadas con una afectación particular de tipo finalista. De esta forma, reemplazan la idea del sujeto persona, del que el patrimonio es un atributo, por el de la finalidad, a partir de la cual se admite la posibilidad de distintos patrimonios de una misma persona, pero afectados a fines determinados. Puntualmente señalan: "No se podrá desconocer que la relación establecida por la escuela clásica entre el patrimonio y la personalidad descansa sobre la idea justa de que los bienes exteriores son considerados por el derecho en relación con los fines perseguidos por el hombre. Solamente que ello presente el inconveniente de desconocer que siendo múltiples los fines, una teoría unitaria del patrimonio no sería exacta".

Por su parte Coviello, crítico con la doctrina clásica, señala que es falso concebir al patrimonio como un atributo de la personalidad y sostener que toda persona debe necesariamente poseer uno; esta afirmación, dice, es ridícula, pues la vida demuestra que existen numerosísimas personas que carecen de todo patrimonio; algunos ni siquiera son propietarios de la ropa que llevan puesta, como ocurre con ciertos menores, sacerdotes regulares, reclusos, etcétera, que tienen la que sus padres, o la congregación, o el Estado les facilitan. Señala que "Eliminada la posibilidad de tal ficción, caen por sí sola las consecuencias. No se puede hablar de unicidad, pues encontramos casos en que la persona se considera como titular de patrimonios diversos (aceptación de herencia con beneficio de inventario, separación de patrimonios); decir que si en estos casos existen dos patrimonios existen también dos sujetos, el heredero por un lado y la herencia por otro, que la ley finge como sujeto de derechos, es crear sencillamente una nueva ficción que la ley ignora, para justificar otra igualmente arbitraria. No hay indivisibilidad, puesto que el mismo patrimonio del difunto se divide entre varios herederos, y da origen a otros tantos patrimonios distintos. No hay inalienabilidad, puesto que la ley mismo permite la cesión de la herencia, o sea del patrimonio adquirido por sucesión mortis causa..."¹³.

En el Derecho Argentino, Borda¹⁴ niega enfáticamente los postulados de la doctrina clásica. Afirma que es falso e inútil concebir al patrimonio como una universalidad de derecho, es decir, como una unidad abstracta con existencia propia e independiente de cada uno de los objetos que lo componen. Un patrimonio sin contenido, concebido a través de la unidad del sujeto, es una idea sin sentido ni realidad. Si no hay activo, si no hay derechos, no hay patrimonio. Sigue diciendo que tampoco es exacto que el patrimonio sea inalienable, puesto que la enajenación de bienes supone la de una parte de aquél. Inclusive es posible la alienación total, como ocurre, por vía de ejemplo, en el caso de una persona que profesa y hace donación de todos sus bienes a la orden religiosa en la cual ingresa. Ni siquiera es totalmente verdadero, según explica, que el patrimonio sea único e indivisible, pues hay casos en que una persona es titular de más de un patrimonio. El célebre autor Argentino finaliza concluyendo que la noción subjetiva del patrimonio ha sido reemplazada por otra de sentido objetivo y realista.

2.3) TEORIAS MODERNAS DEL PATRIMONIO

Las críticas a los postulados de la teoría clásica, dieron origen a la teoría moderna del patrimonio, a partir de la cual se concibe al patrimonio como universalidad jurídica que se encuentra determinada no por constituir un atributo de la persona, sino por los fines perseguidos por la persona, es decir, por la afectación de los bienes a un destino jurídico o económico específico. Incluso, yendo más lejos, esta admite la existencia de patrimonios sin dueños.

Francisco Ferrara, señalaba que la existencia de un patrimonio autónomo y separado tiene lugar para perseguir determinados fines, cuyas normas particulares estarán dadas por el legislador en cada caso, que es en definitiva quien constituirá los límites y el marco normativo de esa separación¹⁵.

Los postulados de la teoría moderna han sido recogidos por los ordenamientos jurídicos Suizo y Alemán. Así es que el artículo 419 del código de este último país regula la enajenación del patrimonio de una persona a otra: "Si una persona adquiere por contrato el patrimonio de otra, sus acreedores sin perjuicio de la responsabilidad del deudor anterior que continúa existiendo, pueden, a partir de la conclusión del contrato, invocar contra el cesionario los derechos existentes en la época de la cesión. La responsabilidad del

12 PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE, Tratado práctico de Derecho Civil, Tomo III, La Habana, 1930, pág. 25.

13 COVIELLO, Nicolás, Doctrina General del Derecho Civil, México, 1949, pág. 279.

14 BORDA, GUILLERMO, Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo II, pág. 11.

15 FACAL JULIO Y MIHALI GABRIEL. Las sociedades comerciales como administradoras de patrimonios de afectación, Derecho Societario, homenaje a Ferro Astray, Indef., 2007, pág. 607

cesionario se limita al monto del patrimonio cedido y a los derechos que resulten en virtud del contrato. Si él no invoca esta limitación, habrá lugar a aplicarle por analogía los artículos relativos a la responsabilidad de los herederos”.

Planiol y Ripert, así como formularon sus reparos a la teoría clásica del patrimonio conforme se señaló en el numeral anterior, también criticaron duramente la teoría moderna del patrimonio, señalando que debe rechazarse por exagerada la concepción alemana del patrimonio por la que se admite la existencia de patrimonios sin dueños: “... la teoría del patrimonio sin dueño resulta también tan abstracta como la teoría clásica. Tampoco esta teoría puede explicar el porque el derecho puede considerar a los bienes con independencia de aquellos que lo poseen y además se presenta como una construcción puramente técnica”¹⁶.

El devenir del siglo XX ha mostrado como, impulsado por el poder de los hechos, la doctrina clásica cedió terreno a favor de la doctrina moderna, a partir de la erosión de algunos de sus postulados fundamentales. En ese sentido, han aparecido en numerosos ordenamientos jurídicos institutos que implican que una persona tenga más de un patrimonio, o que una persona pueda desprenderse de parte de su patrimonio en vida, o que el patrimonio se pueda fraccionar, incluso se ha admitido la existencia de patrimonios sin dueños.

3) RECONOCIMIENTO DE PATRIMONIOS DE AFECTACION EN EL DERECHO COMPARADO: EL TRUST ANGLOSAJON

En el marco de la evolución reseñada, el reconocimiento de los patrimonios de afectación es un fenómeno que se ha ido manifestando con cierta intensidad, aunque con diferentes tiempos y de diferentes maneras según el ordenamiento jurídico en cuestión.

En ese sentido, el antecedente más remoto del reconocimiento de patrimonios de afectación con las características reseñadas en la evolución teórica, lo encontramos en la edad media, con el instituto del Trust, el cual a su vez, es un derivado de la fiducia del Derecho Romano.

El trust, antecedente inmediato del fideicomiso, es un instituto del derecho anglosajón, el cual supone un acuerdo privado por el cual una persona transfiere un bien o derecho a otra persona de su confianza, con el fin de que lo controle y administre en beneficio de terceras personas, normalmente familiares o allegados.

Como se ha señalado¹⁷, el “Trust es la relación fiduciaria con respecto a determinados bienes por la cual la persona que los posee (trustee) está obligada en derecho de equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (Cestui que trust). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el trust, (settlor)”. Explica Serrano Trasviña que lo característico del trust y probablemente una de las diferencias más importantes que lo distinguen del fideicomiso de origen romano, es la existencia de dos propiedades que concurren sobre los mismos bienes: el trustee es el propietario legal y el cestui que trust (beneficiario) recibe protección como propietario en equidad.

Como se dijo, el trust anglosajón encuentra un primer antecedente en el derecho Romano, más particularmente en el fideicommissum y el pactum fiduciae¹⁸. Sin perjuicio de la influencia del derecho Romano, el antecedente más inmediato del trust lo ubicamos en el derecho inglés de la Edad Media. En efecto, en la Gran Bretaña de la Inglaterra de la Edad Media, se acudió a la utilización del denominado “use”, principalmente como un instrumento para eludir las confiscaciones fiscales en tiempos de guerra dinásticas y de persecuciones políticas que se abatían sobre los vencidos. Además, el use también era utilizado por caballeros que partían a guerras y/o cruzadas, quienes transferían el dominio de sus propiedades a un hombre de su confianza para que las administre en beneficio de la esposa e hijos menores de edad.

A través del use, el propietario de tierras (settlor) traspasaba el dominio de las mismas a un hombre de su confianza (feoffee to use), con el acuerdo de que una tercera persona (cestui que use) tenía el derecho de gozar y disfrutar de esas tierras. En su origen, la entrega de las propiedades por parte del denominado feoffee to use al cestui que use, dependía exclusivamente de imperativos morales, en virtud de que no existía el instituto del use en el common law, y por lo tanto no había forma de constreñir al hombre de confianza al cumplimiento del encargo¹⁹.

Sin embargo, los repetidos abusos y expolios que se producían por parte de estos hombres de confianza, hizo que el Tribunal de Cancillería que era la corte de justicia de la época, fundamentándose en la equidad,

16 PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE, Tratado práctico de Derecho Civil, Tomo III, La Habana, 1930, pág. 30.

17 SERRANO TRASVIÑA, JORGE. Aportaciones al Fideicomiso. México 1950. Páginas 88 y 89.

18 ORDOQUI CASTILLA, GUSTAVO. El Fideicomiso. Ediciones del Foro. 2004. Página 4.

19 LISOPRAWSKI, SILVIO y KIPER, CLAUDIO. Tratado de Fideicomiso, Depalma, 2004, pág. 5.

fallara en reiteradas oportunidades compeliendo al feoffee to use a cumplir con el encargo oportunamente confiado, dando origen al instituto del trust, cuyo incumplimiento se penaba con prisión.

El resultado final de esta evolución del instituto del use fue una disposición que reconoció al trustee como propietario legal y al beneficiario como propietario en equidad, produciéndose un desdoblamiento de la titularidad del bien. Al decir de los Argentinos Malumián, Diplotti y Gutiérrez, esta segregación se fundamenta en la originaria dualidad del ordenamiento inglés que distinguía entre el derecho del Common Law y el derecho de equidad (Equity Law), de manera que la propiedad legal o formal se encuentra sometida al Common Law, mientras que la material o de goce se ampara en la equity²⁰.

De acuerdo a esta estructura, si bien el trustee tiene la propiedad legal de los bienes que integran el trust, el derecho de equidad subordina los derechos de éste a los derechos del cestui que trust (propietario por equidad), quien goza del patrimonio constituido en su favor, recibe los frutos y tiene capacidad de disposición en las condiciones previstas en el acto constitutivo del trust. De esta forma, el dominio legal se encuentra supeditado al dominio por equidad.

El referido desdoblamiento de la propiedad en propiedad legal y propiedad de equidad, supone la creación de un patrimonio de afectación en sede del cestui que trust.

4) OTROS INSTITUTOS DE PATRIMONIOS DE AFECTACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Sin perjuicio de la existencia del trust anglosajón, en una época más reciente, el reconocimiento de patrimonios de afectación es un fenómeno que se ido manifestando con cierta intensidad en la Unión Europea y en los Estados Unidos, principalmente en las últimas décadas del Siglo XX, producto de una competencia jurídica entre los diferentes ordenamientos jurídicos internos de cada estado, que pujaron con la finalidad de brindar a los operadores económicos las estructuras jurídicas que más se adecuen al tráfico mercantil, velando por obtener mayor eficiencia²¹.

En ese contexto, el ámbito donde se vislumbró un mayor grado de evolución, fue en el marco de las estructuras jurídicas asociativas, especialmente en las sociedades comerciales. Éstas últimas han sido objeto de cierta flexibilización en su regulación, a partir de la cual se derribaron ciertos iconos como por ejemplo la admisión de las sociedades unipersonales, que contribuyeron a lograr un mejor desempeño de estas estructuras en el mercado.

En el marco de esa evolución, se produjeron alteraciones importantes en las estructuras jurídicas, las cuales supusieron el abandono de los postulados de la concepción clásica del patrimonio, reconociéndose por parte de numerosos ordenamientos jurídicos, los patrimonios de afectación, ya sea en el marco de una sociedad comercial o fuera de ella.

Quizá las innovaciones legislativas más notables en este aspecto, se encuentran en Lichstestein con las fundaciones, en Francia con "las empresas de responsabilidad individual limitada", o en Italia con los "patrimonios destinados a un negocio específico". En el caso de las dos últimas, se concibe que un mismo sujeto de derecho (persona física en el caso de Francia y jurídica en el caso de Italia), sea titular de más de un patrimonio, todos ellos independientes entre sí.

4.1) LAS FUNDACIONES O STIFTUNG

Las Fundaciones de Liechtenstein o Stiftung, como se le conoce abreviadamente, son actos por el cual una persona dona un activo para el logro de los fines establecidos previamente en el acta fundacional por parte del denominado fundador, en provecho de unas personas denominadas Beneficiarios.

Estas estructuras jurídicas han sido consagradas en el principado de Liechtentein, y más recientemente en Panamá.

A diferencia de una Sociedad Anónima, la Fundación no tiene Socios o Accionistas y no puede dedicarse, en forma regular y continua, al ejercicio del comercio, pudiendo realizar actos de comercio solamente

20 MALUMIAN NICOLAS, DIPLOTTI ADRIAN y GUTIERREZ PABLO. Fideicomiso y securitización: aspecto legal, fiscal y contable; La Ley, 2001, pág. 6 y stes.

21 DASSO, ARIEL ANGEL. Hacia un nuevo concepto de patrimonio y responsabilidad limitada. Jornadas Internacionales de Derecho Económico Empresarial en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Héctor Alegría. Abril 2011.

de manera accidental o puntual. Los Fines de la Fundación pueden ser diversos, excepto los vinculados al ejercicio de actividades lucrativas o comerciales en forma habitual o continua.

A diferencia del Fideicomiso, la fundación posee personería jurídica, erigiéndose en un sujeto de derecho separado del fundador y tiene por tanto sus propios derechos y obligaciones.

Las Fundaciones no están sujetas a la vida o muerte de su fundador, por lo cual tienen un carácter permanente, sometido a las condiciones establecidas en el Acta Fundacional.

4.2) LOS PATRIMONIOS DESTINADOS A UN DESTINO ESPECÍFICO DEL DERECHO ITALIANO

En el año 2003, a través del Decreto 6/2003 del 17 de enero de 2003, Italia reformó numerosas disposiciones de su Código Civil, entre las cuales se encuentran varias modificaciones correspondiente al derecho societario. Uno de los aspectos más innovadores de esta reforma, lo fue la inclusión de normas destinadas a la regulación de patrimonios de afectación constituidos por la propia sociedad anónima, aplicados a un negocio específico (artículos 2447 bis a 2447 decies). Estos patrimonios son llamados “dedicados” (o destinados) y se integran con el conjunto de bienes destinados a un negocio determinado e independientemente o separado del patrimonio principal, similar solución a la adoptada por la ley 16.565 de jubilaciones y pensiones bancarias.

De esta forma, se produce un quiebre al principio tradicional de unidad patrimonial generalmente atribuido a las sociedades comerciales, recogido en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 2372 del Código Civil, a partir del cual se establece que todos los bienes del deudor son la garantía común de sus acreedores.

Esta estructura legal permite que una sociedad comercial pueda constituir uno o más patrimonios afectados a negocios específicos. Los patrimonios creados al amparo de esta figura legal guardan una total separación entre sí, constituyendo activos segregados.

Como se dijo anteriormente, la presente reforma se inserta dentro de la competencia existente entre los diferentes ordenamientos jurídicos Europeos para proveer las estructuras jurídicas que se adapten con mayor efectividad a las demandas del comercio. En ese sentido, se buscó a través de esta solución legal, la posibilidad de constituir activos segregados dentro de una misma sociedad comercial, sin la necesidad de acudir a un nuevo sujeto de derecho, lo que posibilita la realización de una administración de riesgos, afectando bienes a actividades específicas.

En efecto, los patrimonios destinados a fines específicos permiten que una sociedad comercial que realiza varias actividades, limite el riesgo ínsito en cada una de esas actividades comerciales a tan solo una parte del patrimonio social, y no a la totalidad del mismo.

Como corolario lógico de la autonomía patrimonial de la universalidad jurídica que se crea, resulta que los acreedores de la sociedad no podrán perseguir los bienes que integran dichos patrimonios con destino específico para el cobro de sus créditos. Asimismo, la sociedad sólo responderá por las deudas y obligaciones asumidas en relación con el patrimonio específico, hasta el límite de dicho patrimonio (art. 2447 quinquies).

Como contrapartida de la posibilidad de crear patrimonios de afectación con destino específico dentro de la propia sociedad, la ley prevé determinado marco de protección hacia los acreedores del patrimonio principal de la sociedad. En ese sentido, se limitó la posibilidad de constituir patrimonios de afectación independientes a un 10% del patrimonio neto principal de la sociedad (art. 2447 bis). Asimismo, la creación de estos patrimonios deben estar precedidos por la realización de publicaciones del acto constitutivo, a partir de las cuales, se abre una instancia de oposición de los acreedores sociales (art. 2447 quater).

En definitiva, el régimen instaurado en la reforma del Código Civil Italiano resulta absolutamente novedoso, básicamente porque rompe en sede de sociedades comerciales con el principio de unidad patrimonial.

En nuestro país Olivera Amato analizó la innovación que supone la presente reforma del Código Civil Italiano, y realizó la siguiente consideración: “Frente a la calificación del patrimonio como atributo de la personalidad dotado de unidad, se abrió paso en forma progresiva el reconocimiento de patrimonios de afectación independientes cuya propiedad no está designada a una persona física o jurídica. El paradigma de los fideicomisos, ampliamente difundidos en el derecho comparado, ha terminado por abrir una grieta en las concepciones tradicionalistas imposible de disimular. En ese sentido, el terminante reconocimiento de este tipo de patrimonios de afectación en los diferentes ordenamientos jurídicos implicó un sinceramiento frente a la práctica de utilizar formas societarias para la organización de los negocios, el blindaje de activos y gestión de riesgos, aprovechando la limitación de responsabilidad”²².

22 OLIVERA AMATO, Juan Martín. La Creación de Patrimonios con Destino Específico en el Derecho Uruguayo”. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. IDC. Págs. 537 a 542. FCU. Montevideo.

4.3) LA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA DEL DERECHO FRANCÉS

Por su parte, el derecho Francés también dio un salto importantísimo en la evolución del concepto de patrimonio, desde que incorporó la posibilidad de constituir patrimonios de afectación en sede de personas físicas, y ya no sociedades comerciales, como el caso de la reforma del derecho Italiano analizado.

Se trata de la figura del empresario individual con responsabilidad limitada (*entrepreneur individuel à responsabilité limitée* EIRL) vigente a partir de la ley n° 2010-658 del 15 de junio de 2010.

La citada ley permite que en sede de las personas físicas que realizan actividad comercial o profesional coexistan dos patrimonios diferenciados: el personal y el patrimonio afectado a una actividad. La novedad de esta solución legal con respecto a otras anteriores, es que la empresa individual de responsabilidad limitada no supone la creación de un nuevo sujeto de derecho, sino que los dos o más patrimonios coexisten bajo una misma persona²³.

Antes de la aprobación de la ley 2010-658, si una persona quería emprender una actividad en forma individual, acotando los riesgos derivados de la misma a determinados bienes, debía necesariamente acudir a la figura de la sociedad unipersonal, lo cual generaba inconvenientes producto de los trámites burocráticos y de los elevados costos. Además, la técnica de la sociedad unipersonal muchas veces no lograba respetar la limitación del riesgo empresarial producto que los bancos solicitaban como garantía, fianza personal de los titulares de las sociedades.

En Francia, antes de la aprobación de esta ley, existían 3.003.693 empresas, de las cuales 1.540.130 adoptaron la forma societaria, en tanto 1.459.563 se encontraban en cabeza de personas físicas que operaban con su propio nombre. Con esta normativa el legislador Francés buscó promover aún más la actividad privada desarrollada por personas físicas, neutralizando el riesgo que significaba el hecho de que ante la insolvencia, el empresario individual respondía por las deudas de la empresa con todo su patrimonio, incluyendo naturalmente, los bienes no afectados al negocio²⁴.

La ley francesa crea un procedimiento simplificado que permite separar los bienes personales de los afectados a la actividad de la empresa (creación de dos patrimonios), de forma que los acreedores de ésta sólo podrán satisfacer sus créditos con el patrimonio de la empresa. Asimismo, los personales no podrán agredir el patrimonio de ésta.

Entonces, el empresario individual tendrá dos (o más) patrimonios independientes: su patrimonio afectado responderá sólo de sus deudas profesionales, mientras que su patrimonio personal responderá frente a las otras deudas. Esta innovación supone un daño irreversible a la teoría de unidad patrimonial del patrimonio, con el agravante de que ya no se cuestiona este concepto en sede de personas jurídicas, sino que se prevé que la propia persona física sea titular de más de un patrimonio, uno de los cuales, naturalmente, debe estar aplicado a un fin específico, que deberá estar marcado por cualquier tipo de actividad profesional independiente, fuere esta comercial o artesanal, agrícola o liberal.

5) RECONOCIMIENTO DE PATRIMONIOS DE AFECTACION EN EL DERECHO URUGUAYO

En el tema que nos ocupa, nuestro derecho ha seguido la evolución del derecho Francés. En ese sentido, en un principio reinaba la teoría clásica manifestada en el artículo 2372 del Código Civil que prescribe que todos los bienes del deudor son la garantía común de sus acreedores, atenuada con determinados institutos a partir de los cuales el legislador previó la existencia de dos patrimonios en cabeza de la misma persona (beneficio de inventario, separación de bienes, instituto del ausente, etcétera).

Independientemente de los institutos nombrados, que incluso habían sido reconocidos por Aubry y Rau en su concepción de la teoría clásica, existen otros artículos previstos por el legislador decimonónico en el propio Código Civil Uruguayo, que en cierta medida reflejaron una relativización de la teoría de unidad patrimonial.

2009, pág. 540.

23 DASSO, ARIEL ANGEL. Hacia un nuevo concepto de patrimonio y responsabilidad limitada. Jornadas Internacionales de Derecho Económico Empresarial en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Héctor Alegría. Abril 2011.

24 VAUVILLE, FRÉDÉRIC. <http://henricapitantlawreview.org/article.php?lg=en&id=310>

En ese sentido, se cita el artículo 1922 del Código Civil que en sede de sociedades civiles, le niega acción sobre los bienes sociales a los acreedores de un socio²⁵.

También cabe referirse al propio artículo 2372 del Código Civil, el cual, por un lado, consagra el principio de unidad patrimonial, pero por otro lado, crea una excepción a esta regla constituida por los bienes no embargables, los cuales, al decir de la doctrina, forman parte de un recipiente separado, de una unidad distinta²⁶.

Asimismo, otros sectores de la doctrina²⁷ haciendo referencia al origen de los patrimonios afectados a un fin, encuentran el mismo en el instituto de la personalidad jurídica. Explica que las corporaciones, establecimientos o asociaciones que gozan del reconocimiento de la autoridad pública (art. 21 CC), o las sociedades comerciales admitidas por la ley de sociedades comerciales N° 16.060, cuya personalidad está restringida al cumplimiento del objeto social, han constituido las formas de afectar un conjunto de bienes a la consecución de un fin, encartado en el objeto de la sociedad, asociación o establecimiento.

En el caso de las sociedades comerciales, la categorización de éstas como patrimonios de afectación adquiere mayor énfasis en las sociedades unipersonales, a partir de las cuales, el comerciante individual puede apartar ciertos bienes de su patrimonio para afectarlos a la actividad comercial. Al respecto, se debe señalar que en nuestro derecho, la mayoría de la doctrina es conteste en admitir su existencia⁽²⁸⁾⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾.

Además, la doctrina cita como otros ejemplos de afectaciones de bienes a fines en el ámbito civil, a: a) la prenda y la hipoteca, en las que se afecta un bien a un fin específico que es la seguridad de una obligación; y b) a la afectación de los bienes comunes en una propiedad horizontal a un fin, cual es permitir el funcionamiento de la copropiedad³¹.

Finalmente, también se puede destacar como un ejemplo de afectación patrimonial de larga data, al conjunto de los bienes desapoderados del quebrado (hoy concursado) que quedaban bajo la administración del síndico de la quiebra (hoy concurso), con la finalidad de ser enajenados para obtener una masa de dinero partible entre los acreedores a prorrata de sus créditos.

Ahora bien, independientemente de la referida normativa que incitaba al cuestionamiento de los principales postulados de la doctrina clásica, con el devenir del Siglo XX y el comienzo del Siglo XXI nuestro derecho positivo incorporó varios institutos o regulaciones que suponen, ya no una atenuante de los postulados de esta doctrina, sino su abandono, relativizando por completo el alcance de la unidad patrimonial recogida en el artículo 2372 del Código Civil, aceptando, por el contrario, la admisión de patrimonios de afectación, y la existencia de varios patrimonios de afectación en una misma persona.

En relación al fenómeno de la creación de patrimonios de afectación, parte de la doctrina³² destaca que en la actualidad puede apreciarse a nivel nacional una tendencia legislativa que busca conservar la idea del patrimonio como universalidad, pero en lugar de asociarla, como otrora, a la personalidad, la vincula con la afectación de los bienes a los fines perseguidos por la persona, los que, naturalmente, pueden ser múltiples. Explican que el reconocimiento de dicha realidad conduce pacíficamente a la admisión de la pluralidad de patrimonios en una misma persona: por un lado, el 'patrimonio común' u 'ordinario' del sujeto de derecho – persona física o jurídica-, garantía común de los acreedores, y respecto del cual se mantienen inalterados los postulados tradicionales; y a su vez, uno o varios 'patrimonios de afectación', esto es, conjuntos compuestos de unidades activas – afectadas a un fin determinado-, y obligaciones resultantes de una determinada actividad.

La evolución del concepto de patrimonio responde, al igual que el origen de muchos de los institutos del derecho, especialmente, institutos de derecho mercantil, a la imperiosa necesidad de satisfacer las exigencias del comercio, mediante la creación de los instrumentos jurídicos adecuados que permitan a esta rama de

25 OLIVERA AMATO, JUAN MARTIN. La creación de patrimonios con destino específico en el Derecho Uruguayo, Evaluación de la ley de sociedades comerciales a los 20 años de su promulgación, FCU, 2009, pág.540.

26 HARGAIN, DANIEL. El negocio del Fideicomiso, análisis conceptual general, RCDP V. 5, año 2008, pág. 139.

27 DE CORES, CARLOS. Los fondos comunes de inversión, perspectiva desde el derecho civil, ADCU Tomo XXVII, pág. 475.

28 VALLARINO BERRETTA, CLAUDIA, Sociedad unipersonal, In memoriam Ferro Astray, Indef., 2007, pág. 95 y stes.

29 RIPPE, SIEGBERT, Sociedades de un solo socio, ADC T. 7, FCU, 1996, pág. 45 y stes.

30 MILLER, ALEJANDRO, Sociedades anónimas unipersonal de origen, Evaluación de la ley de soc. comerciales, a 20 años de su promulgación, FCU, 2009, pág. 25 y stes.

31 DECORES, CARLOS. Los fondos comunes de inversión, perspectiva desde el derecho civil, ADCU Tomo XXVII, pág. 475.

32 FACAL JULIO Y MIHALI GABRIEL. Las sociedades comerciales como administradoras de patrimonios de afectación, Derecho Societario, homenaje a Ferro Astray, Indef., 2007, pág. 607

actividad obtener el grado de desarrollo deseado, partiendo de la permisa que el comercio es el motor para lograr un desarrollo social sostenido.

En el sentido indicado, se puede citar como ejemplos recientes que recogen el concepto de patrimonios de afectación en el derecho Uruguayo a la ley de reforma de la caja de jubilaciones y pensiones bancarias N° 16.565, de 21 de agosto de 1994; la ley de seguridad social 16.713 de 3 de setiembre de 1995; la ley de fondos de inversión N° 16.774 de 27 de setiembre de 1996 y finalmente, la ley de Fideicomisos N° 17.703, de 27 de octubre de 2003.

5.1) LEY DE REFORMA DE LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES BANCARIAS

La ley de reforma de la caja de jubilaciones y pensiones bancarias N° 16.565, en su artículo 6, dispone que la caja podrá organizar, establecer y administrar con independencia patrimonial regímenes complementarios del sistema general, así como prestar servicios vinculados con su actividad. En el momento de la aprobación de la citada ley, la disposición contenida en el artículo 6 no generó una gran repercusión, seguramente atribuible a que la ley regula un sector muy específico de actividad; no obstante lo cual, no se puede desconocer que este artículo constituye el primer gran paso que dio nuestro legislador en aras de la introducción a nuestro ordenamiento jurídico del concepto de patrimonios de afectación.

En este caso concreto, la ley habilitó a que un sujeto de derecho, persona jurídica, como es el caso de la caja de jubilaciones y pensiones bancarias, pueda afectar determinados bienes a la realización de un fin específico, que es administrar regímenes complementarios del sistema general de jubilaciones, así como prestar servicios vinculados a su actividad. De esta forma, se quebró por primera vez en nuestro derecho, en forma indiscutible, el principio de indivisibilidad del patrimonio, puesto que, en este caso puntual, un mismo sujeto de derecho podía ser titular de más de un patrimonio. El nuevo patrimonio que se cree constituye una universalidad jurídica diferente del patrimonio principal de la caja de jubilaciones, razón por la cual, tiene sus propios bienes y responde frente a sus acreedores con su propio patrimonio.

5.2) FONDOS DE AHORRO PROVISIONAL

Tiempo después de la sanción de la ley de reforma de la caja de jubilaciones y pensiones bancarias, se sancionó la ley de seguridad social 16.713 de 3 de setiembre de 1995, la cual introdujo importantes reformas al sistema previsional Uruguayo, estructuradas en base a un régimen jubilatorio mixto, a partir del cual se complementan el antiguo régimen de jubilación de solidaridad intergeneracional con el régimen de jubilación de ahorro individual obligatorio.

En cuanto al sistema de ahorro individual obligatorio, se dispone que los afiliados realicen aportes por este concepto, los cuales conforman los fondos de ahorro previsional que, según dispone el artículo 111 de la ley, constituyen patrimonios de afectación que son copropiedad de los afiliados. Vemos nuevamente en esta ley el reconocimiento de patrimonios de afectación destinados a un fin específico, que en este caso, se limita, únicamente, a financiar las prestaciones indicadas en el artículo 50, esto es, las jubilaciones, el subsidio transitorio por incapacidad parcial y las pensiones de sobrevivencia.

El régimen de los fondos de ahorro previsional también constituye un apartamiento importante al concepto clásico de patrimonio, especialmente en cuanto al carácter de indivisibilidad.

La presente ley de seguridad social no solo crea un patrimonio de afectación independiente, sino que además prevé que los bienes y derechos que componen el patrimonio de los fondos de ahorro previsional son inembargables, al igual que la participación de los afiliados en la propiedad del mismo (artículos 112 y 115), agregando una excepción más a la máxima recogida en el artículo 2372 del Código Civil que prescribe que todos los bienes del deudor son la garantía común de sus acreedores.

Por otra parte, se dispuso que los afiliados al fondo son copropietarios del mismo, participando en su propiedad en función del cociente entre el saldo de su cuenta individual y el valor total del fondo.

En cuanto a la entidad receptora de los fondos de ahorro previsional, se las denomina administradoras de fondos de ahorro previsional (AFAP), y deben organizarse necesariamente como sociedades anónimas, quedando reguladas por las disposiciones de la ley 16.060 (artículo 92 de la ley 16.713). Estas sociedades no son propietarias, ni copropietarias de los fondos, sino solamente son administradoras de los mismos.

5.3) FONDOS COMUNES DE INVERSION

La ley 16.774 de fecha 27 de setiembre de 1996 introduce en nuestro ordenamiento jurídico la figura de los fondos de inversión. La presente ley pone a disposición de los operadores económicos del mercado un nuevo instrumento de financiamiento e inversión, distinto de las entidades de intermediación financiera y el mercado de valores, denominado Fondo Común de Inversión³³.

Conforme prescribe el artículo 1, inciso 1 de la ley, los fondos de Inversión constituyen un patrimonio de afectación independiente, integrado por aportes de personas físicas o jurídicas. Es decir, que ya de la propia definición del instituto emerge el reconocimiento del concepto de patrimonio de afectación aplicado al mismo. Los aportes que realicen las personas físicas o jurídicas van a constituir una universalidad jurídica distinta a la propia de cada uno.

Por otra parte, siguiendo la solución prevista en la ley 16.713, se previó que estos Fondos de Inversión no constituyen sociedades, careciendo de personalidad jurídica. Por el contrario, se establece que los aportantes al Fondo de Inversión son copropietarios de los bienes que integran el patrimonio del mismo, los que permanecen en estado de indivisión. Es decir, la universalidad jurídica constituida por aportes realizados no es propiedad de un nuevo sujeto de derecho que se crea a esos efectos, sino que por el contrario, la misma permanece en cabeza de los aportantes, coexistiendo con la universalidad jurídica propia de cada uno. Eso explica el hecho de que el patrimonio del fondo no responda por las deudas de los aportantes y que, por otro lado, la responsabilidad de los aportantes por las deudas del fondo se limiten a los aportes realizados (art. 1, inciso 3 y 4 de la ley de FCI).

El hecho de que los aportantes sean copropietarios de los aportes realizados al fondo, abona la tesis de la divisibilidad del patrimonio, por cuanto se presentan dos patrimonios en cabeza de la misma persona, el aportante.

Asimismo, esta universalidad constituida por los aportes realizados al fondo de inversión cuenta con una regulación propia recogida en la ley. En ese sentido, el artículo 3, prescribe que el estado de indivisión del patrimonio del fondo se mantiene durante todo el plazo de su existencia. Y se dispuso que esa indivisión no cese a requerimiento de uno o varios de los copropietarios indivisos, sus herederos, causahabientes o acreedores, los cuales no pueden pedir su disolución durante el término establecido para su existencia en el reglamento de Fondo. Por otra parte, el fallecimiento, incapacidad, inhabilitación, quiebra, concurso civil, liquidación judicial, embargo o cualquier otra inhibición legal de un aportante no afectará al Fondo ni obstará a que la sociedad administradora continúe gestionando la alícuota de activos correspondientes al mismo.

Los fondos de inversión deben ser gestionados por una sociedad administradora de fondos. Esta sociedad administradora sí es sujeto de derecho, pero como bien dice la ley, se le atribuyen a la misma las facultades del dominio sin ser propietaria, para que, por cuenta de los aportantes, realice una adecuada composición de sus activos, considerando riesgos y rendimientos (artículo 1, inciso 2 de la ley de FCI).

Es importante señalar que estos fondos de inversión nacen a la vida jurídica por un acto administrativo de aprobación del Banco Central (artículo 15 de ley de FCI).

5.4) EL FIDEICOMISO COMO PATRIMONIO DE AFECTACION

Quizá el hito normativo más importante en nuestro país relacionado con los patrimonios de afectación, lo constituye la ley n° 17.703, de 27 de octubre de 2003, que regula el negocio de Fideicomiso, ya sea entre vivos o a partir de un testamento, crea el instituto de la propiedad fiduciaria y especifica las disposiciones aplicables al fideicomitente, fiduciarios y beneficiarios.

En nuestro derecho, la doctrina³⁴, en relación a este instituto, señala que se trata de una modalidad de negocios jurídicos de significativo desarrollo en muchos países y ha demostrado ser de gran utilidad como instrumento de administración de patrimonios, canalización de inversiones públicas y privadas, procesos de privatizaciones y concesiones públicas, constitución de garantías, solución de crisis empresariales y como otro vehículo (junto con los fondos de inversión cerrados de crédito) para la securitización de activos.

El artículo 1 de la ley define al contrato de fideicomiso diciendo que el fideicomiso es el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona

33 DE CORES, CARLOS. Los fondos comunes de inversión, perspectiva desde el derecho civil, ADCU Tomo XXVII, pág. 475 y stes.

34 ALBACETE; JUAN MANUEL; MERCANT, JUAN MANUEL, La ley de Fideicomiso, análisis del marco legal, reglamentario y tributario de la nueva figura, ADC Tomo 10, pág. 223 y stes.

(beneficiario), que es designada en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición al fideicomitente o la transmita al beneficiario.

Carregal, citado por Lisoprawski y Kiper, en conceptos extrapolables a nuestro derecho, define al fideicomiso como el contrato por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiera a título de confianza, para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido³⁵.

De acuerdo a los conceptos analizados, en el contrato de fideicomiso se traba una relación obligacional entre por un lado el fideicomitente, y por otro lado el fiduciario. El primero, se obliga a constituir la propiedad fiduciaria de ciertos bienes y derechos, y de abonar una remuneración al fiduciario, salvo pacto en contrario. Por su parte, el segundo, se obliga a cumplir respecto de los bienes y derechos fideicomitados las instrucciones suministradas por el fideicomitente en interés del beneficiario³⁶.

En el fideicomiso se produce una transmisión de una parte del patrimonio del fideicomitente, pero a diferencia de lo que ocurre en los fondos de ahorro previsional y en los fondos comunes de inversión, ese patrimonio transmitido no es copropiedad de su titular anterior, es decir, del fideicomitente, sino que pasa a manos del fiduciario, en lo que se denomina la propiedad fiduciaria.

Según prescribe el artículo 6 de la ley, los bienes y derechos fideicomitados, es decir, la propiedad fiduciaria, constituyen un patrimonio de afectación, separado e independiente de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario. En esta norma reside uno de los aspectos más novedosos del instituto del Fideicomiso, y también el abandono de otro de los postulados fundamentales de la teoría clásica del patrimonio, como es la indivisibilidad. En efecto, más allá de que la propiedad fiduciaria constituye un patrimonio independiente y separado de los patrimonios del fideicomitente, beneficiario y del fiduciario, en cabeza de este último van a coexistir dos patrimonios separados e independientes: el suyo propio y el patrimonio fiduciario. Al respecto, los Argentinos Malumián, Diplotti y Gutiérrez³⁷, analizando las disposiciones del fideicomiso Argentino, el cual guarda semejanza con el nuestro, señalan que con el fideicomiso "Se rompe el principio de univocidad del patrimonio que conlleva que toda persona tiene un patrimonio y que todo patrimonio corresponde a una persona".

En relación a la propiedad fiduciaria transmitida al fiduciario, Francisco Ferrara, citado por Lisoprawski y Kiper, sostiene que estos derechos no ingresan en el patrimonio personal del fiduciario, sino que se crea un patrimonio autónomo en cada caso. Sostiene que con cada fideicomiso se constituye un patrimonio autónomo, diferente del patrimonio personal del fiduciario, quien tendrá en consecuencia tantos patrimonios como fideicomisos tenga bajo su titularidad³⁸.

En cuanto a la coexistencia de dos patrimonios en cabeza del fiduciario, se señala³⁹ que el fiduciario adquiere sobre dicho patrimonio una propiedad fiduciaria que, a diferencia de lo que ocurriría si fuera titular de la propiedad plena, no puede utilizar libremente. Sus posibilidades de actuación están limitadas por las reglas que dicte el Fideicomitente e incluso en ciertas hipótesis los actos que realice contra dichas instrucciones resultarían inoponibles al Fideicomitente y al Beneficiario y podrá solicitarse judicialmente la revocación de éstos.

Los artículos 7 y 8 de la ley regulan los vínculos de la propiedad fiduciaria con los acreedores del fideicomitente, fiduciario, beneficiario y con las deudas que surjan como consecuencia del cumplimiento de las instrucciones fideicomitadas. Esta regulación, en última instancia, no hace más que recoger con un sentido de lógica, las consecuencias propias del carácter de patrimonio de afectación de la propiedad fiduciaria.

En ese sentido, se prescribe que los bienes fideicomitados quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario (artículo 7, inciso 1). Por otro lado, se establece que los acreedores del beneficiario no podrán perseguir los bienes fideicomitados mientras éstos se encuentran en el patrimonio del fiduciario, pero podrán perseguir para la satisfacción de sus créditos los frutos que dichos bienes generen, pudiendo asimismo subrogarse en los derechos de aquél (artículo 7, inciso 2).

35 LISPRAWSKI, SILVIO y KIPER, CLAUDIO, Tratado de Fideicomiso, Depalma, 2004, Bs.As., pág.184.

36 CAFFERA, GERARDO, El contrato de Fideicomiso, análisis de la ley Uruguaya 17.703, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2203, pág. 18.

37 MALUMIAN NICOLAS, DIPLOTTI ADRIAN y GUTIERREZ PABLO. Fideicomiso y Securitización, análisis legal, fiscal y contable, La Ley, 2001, pág. 78.

38 LISPRAWSKI, SILVIO y KIPER, CLAUDIO, Tratado de Fideicomiso, Depalma, 2004, Bs.As., pág.158.

39 CAFFERA, GERARDO, El contrato de Fideicomiso, análisis de la ley Uruguaya 17.703, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2203, pág. 14.

En el caso del fideicomiso por acto entre vivos, se prescribe que los acreedores del fideicomitente no podrán perseguir los bienes fideicomitados, pudiendo ejercer tan solo las acciones por fraude previstas por la ley (artículo 7, inciso 3).

Asimismo, el artículo 8 prescribe que los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados. Sigue señalando la norma que la insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de quiebra, concurso o liquidación judicial. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fideicomitente o el beneficiario según disposiciones contractuales, procederá su liquidación privada, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra.

5.5) LEY DE COOPERATIVAS

Finalmente cabe hacer referencia a la ley 18.407, de fecha 14 de noviembre de 2008, que regula el funcionamiento general de las cooperativas en el derecho Uruguayo.

El artículo 91 del texto normativo reguló un instituto denominado “secciones”, el cual prevé la existencia de una estructura organizativa que las cooperativas eventualmente pueden incluir en sus estatutos, y que tiene por finalidad regular la existencia y el funcionamiento de secciones que desarrollen actividades económico-sociales específicas, complementarias del objeto social principal.

Si bien las secciones no poseen autonomía patrimonial, como sí fue previsto para las actividades complementarias realizadas por la caja de jubilaciones y pensiones bancarias, la citada regulación constituye un avance en ese sentido, el cual adquiere cierta relevancia porque se introdujo en el marco de la regulación general de un instituto societario de gran importancia como son las cooperativas.

Se prescribe que en caso de que existan secciones, las mismas deberán llevar una contabilidad independiente, sin perjuicio de la correspondiente a la cooperativa. Asimismo, la distribución de excedentes será diferenciada: por un lado se distribuirán los excedentes generados en función del cumplimiento del objeto principal de la cooperativa, y por otro lado, se distribuirán los excedentes generados producto de la operativa de el o los objetos complementarios.

Finalmente, se dispone que el volumen de operaciones de una sección, en ningún caso, podrá superar el 20% (veinte por ciento) del volumen total de operaciones de la cooperativa, y en forma conjunta las secciones no podrán superar el 50% (cincuenta por ciento) del volumen total de operaciones de la cooperativa.

6) CREACION VOLUNTARIA DE PATRIMONIOS DE AFECTACION

Conforme emerge del desarrollo efectuado, la existencia de distintos patrimonios de afectación en pie de un mismo sujeto de derecho, constituye hoy una realidad.

Y con ello, la consecuente relativización de la tesis de la unidad patrimonial, sustentada por la teoría clásica.

Como bien se ha expresado, a partir de la regulación de los institutos vistos en el capítulo precedente “se puede apreciar que la unívoca relación sujeto- patrimonio que caracterizó a nuestro ordenamiento jurídico hasta entonces, se ha difuminado. Lo que es totalmente natural a la luz de las necesidades actuales de los individuos y las colectividades humanas en su interacción”.⁴⁰

Entre estos institutos, indudablemente que el fideicomiso regulado por la Ley n° 17.703 constituyó el hito más importante, pues reguló de manera expresa al patrimonio fideicomitado como un patrimonio de afectación.

Sin embargo, la importancia de ésta norma se extiende mucho más allá, en la medida en que marca también un hito fundamental en la evolución desde los patrimonios de afectación creados por iniciativa legislativa, a los patrimonios de afectación creados por iniciativa particular.

En efecto, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, se regula expresamente y sobre todo con carácter general, la posibilidad de que una persona física y/o jurídica pueda, en el marco de su autonomía de la voluntad, resolver fraccionar o segmentar o escindir su patrimonio personal creando distintos patrimonios de afectación.

⁴⁰ HOLZ, EVA. Sociedades Unipersonales en el Derecho Nacional. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. IDC. Página 16.

Nos situamos así, enteramente en el ámbito de la segmentación o fraccionamiento patrimonial voluntario, en tanto nuestro ordenamiento jurídico ahora permite expresamente que las personas puedan, por su sola voluntad, colocar en infinitos patrimonios los distintos bienes de los que se valen, siendo a la vez los beneficiarios.

Sin embargo, la segmentación patrimonial voluntaria no es un fenómeno reciente. La realidad imperante en nuestro país muestra que el fraccionamiento patrimonial voluntario, mediante la creación de patrimonios separados del personal, tiene lugar desde mucho antes de la Ley 17.703.

La práctica profesional exhibe a los operadores jurídicos como tanto las personas físicas y/o jurídicas asumieron desde hace mucho tiempo tener esa libertad de fraccionar voluntariamente su patrimonio, creando múltiples patrimonios, afectados o no a determinados fines.

A partir de la Ley 17.703 pueden hacerlo mediante la constitución de un fideicomiso de administración. Pero desde mucho antes a ésta norma, y en lo que sigue siendo la opción preferida por parte de los operadores, lo hacen mediante el uso atípico del instrumento societario.

A través de la utilización del instrumento societario, los operadores económicos por su propia y exclusiva decisión logran crear patrimonios separados de sus patrimonios personales. Y si bien estos patrimonios no son en estricto rigor técnico "patrimonios de afectación", desde el punto de vista económico indiscutiblemente lo son.

Como se ha destacado "lo fundamental es rescatar que la causa objetiva del negocio constitutivo es la división patrimonial autogestante que genera la elección de la figura societaria personalizante, y la causa subjetiva determinada por el objeto (¿empresa?) que se determina negocialmente como fundamento de la escisión patrimonial"⁴¹

En efecto, el uso del instrumento de la sociedad de responsabilidad limitada constituye un vehículo a través del cual se puede lograr una auténtica segmentación o fraccionamiento patrimonial, a través de la creación voluntaria de patrimonios sociales, que constituyen el corolario del reconocimiento de su personería jurídica.

Como ha destacado la doctrina, la atribución de personalidad jurídica a las sociedades comerciales es un recurso técnico jurídico, una herramienta técnica dentro de un sistema normativo, que persigue facilitar que los operadores económicos puedan realizar su actividad⁴².

La atribución de personalidad jurídica determina que estemos en presencia de un nuevo sujeto de derecho. Como se ha destacado⁴³, éstas sociedades "son personas" al igual que las personas físicas. Y este "ser personas" implica que son titulares independientes de derechos y obligaciones. O, dicho en palabras más corrientes, que firman contratos, asumen obligaciones, tienen deberes con sus empleados, toman créditos, pagan impuestos, reciben concesiones, son sancionados por el gobierno. La sociedad misma –y no sus accionistas– es la "persona" directamente involucrada en estos actos.

Precisamente, la principal consecuencia de la atribución por parte nuestro legislador de personería jurídica a las sociedades comerciales, es la existencia en pie de ese sujeto de derecho de un patrimonio "similar" a un patrimonio de afectación como es el "patrimonio social".

La personalidad jurídica se convierte en un instrumento facilitador de la actividad de los operadores económicos, al posibilitar que se imputen a la propia sociedad ciertos bienes, derechos y obligaciones⁴⁴.

En efecto, nuestro legislador le reconoce a éstas sociedades la existencia de un patrimonio propio e independiente, el cual se integra con el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de la sociedad comercial.

Se trata de un patrimonio totalmente independiente, diferenciado y separado de los patrimonios individuales de los socios o accionistas. Por ello es que una vez que los bienes ingresan a éste patrimonio, estos serán del dominio exclusivo de la propia sociedad, y no de sus socios o accionistas. Esto es, será la propia sociedad comercial, actuando a través de sus órganos, la cual podrá por ejemplo realizar actos de disposición o administración sobre éstos bienes, pero no los socios o accionistas. Se trata en puridad de un patrimonio

41 EFRAIN, HUGO RICHARD. Unipersonalidad o Pluralidad constitutiva de sociedad y limitación de responsabilidad. Ferro Astray IN MEMORANDUM. Derecho Societario. IBdeF. Página 61.

42 FERRER MONTENEGRO, ALICIA. Contrato Consigo Mismo, Ocultamiento Patrimonial y Conjunto Económico. Anuario de Derecho Comercial Tomo 13. FCU. Página 400.

43 CERISOLA, ANDRES. Curso de Derecho de la Empresa. Capítulo 1: La sociedad, vehículo de la empresa. Tercera Edición. AMF. Página 7.

44 FLORIN UGARTE, FEDERICO. Algunos Aspectos Prácticos Sobre la Acción de Inoponibilidad de la Persona Jurídica. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. Semana Académica 2009. IDC. FCU. Páginas 91 y 92.

que no tiene características propias, sino que se rige por iguales principios y normas que los aplicables a las personas físicas⁴⁵.

Esta "autonomía patrimonial" que tienen las sociedades comerciales, sumado a la limitación de la responsabilidad de los tipos sociales más usados en el medio, es en cierta medida la que justifica que los operadores económicos recurran al instrumento societario, para crear el efecto de un patrimonio de afectación, logrando de esta forma segmentar o fraccionar voluntariamente su patrimonio.

Ciertos sectores de la doctrina han rechazado la idea de que mediante la utilización del instrumento societario pueda lograrse la mentada segmentación o fragmentación voluntaria del patrimonio. Y ello, en base a la consideración de que en estos casos no se produciría una alteración en la composición neta del patrimonio del socio.

Así, afirman que, a través del instrumento societario de responsabilidad limitada jamás podría burlarse el principio de la universalidad del patrimonio, pues cuando una persona física y/o jurídica aporta capital a una sociedad comercial (en dinero o en especie) simplemente estaría modificando la composición cualitativa de su patrimonio, el cual antes estaría integrado por los bienes muebles o inmuebles aportados a la sociedad comercial, y ahora estaría integrado por las cuotas sociales o acciones representativas del capital de esa sociedad comercial. Si bien los bienes muebles y/o inmuebles aportados a la sociedad pertenecerían ahora al patrimonio social, ahora habría en el patrimonio individual de los socios o accionistas cuotas sociales o acciones de un valor equivalente a esos bienes aportados a la sociedad. Por ello, al no modificarse el patrimonio neto mediante el uso del instrumento societario, los acreedores particulares del socio o accionista podrían perseguir las acciones o cuotas sociales en caso de incumplimiento de sus obligaciones.

Sin embargo, más allá de que pueda no existir una modificación en la composición neta del patrimonio del socio, desde el punto de vista económico es indiscutible que éste, mediante el uso del instrumento societario, lograr administrar sus riesgos y colocar fuera de su patrimonio personal bienes de los cuales se vale, haciendo mucho más difícil su persecución, y logrando de ésta manera una auténtica fragmentación patrimonial en forma voluntaria

Pero como se dijo, los operadores económicos recurren al instrumento societario no solamente porque el legislador pone en pie de éste sujeto de derecho un patrimonio separado y diferenciado del individual de socios o accionistas, sino también porque establece en los tipos societarios más utilizados (sociedad de responsabilidad limitada y sociedad anónima) la limitación de responsabilidad de éstos al monto de sus aportes.

Hay tipos societarios en desuso como las sociedades colectivas y en comandita, en donde no se opera una completa separación entre las personas de los socios y la sociedad, ya que los socios colectivos y comanditados tienen responsabilidad subsidiaria por las obligaciones sociales, junto a la responsabilidad directa de la sociedad. En cambio hay otros tipos como las sociedades de responsabilidad limitada y las anónimas en las cuales sí opera ésta absoluta separación. Ello explica que éstos sean los tipos sociales más utilizados. En un trabajo reciente⁴⁶ se informo que las sociedades de personas, en las que la responsabilidad es ilimitada, prácticamente no existen.

La responsabilidad limitada supone la posibilidad que existe en algunos tipos sociales de levantar una valla entre la sociedad y los socios. Siguiendo a Cerisola, este es, como resulta fácil de comprender, un tema importante para la decisión de inversión⁴⁷.

Los operadores económicos han abandonado las formas jurídicas de sociedad colectiva, en comandita y de capital e industria, optando casi exclusivamente por las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Conforme señala Olivera García, "En esta opción resulta esencial la circunstancia de que estas sociedades consagran un régimen de limitación de responsabilidad, dando una opción de limitación de riesgo, esencial para la evaluación de cualquier proyecto económico"⁴⁸. Sigue el citado autor señalando que "la posibilidad de crear una entidad separada, con personería jurídica ... con patrimonio propio, con una responsabilidad propia ... transforma a la anónima en un vehículo indispensable para el desarrollo del comercio. La posibilidad de limitar el riesgo de los negocios constituye un requisito esencial para que los mismos puedan realizarse

45 ROMANG COLOMINAS, Catherine. Fraccionamiento del Patrimonio Social a través de la creación de patrimonios de afectación. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. IDC. Páginas 559 a 566. FCU. Montevideo. 2009.

46 ODRIOZOLA, Carlos S., "La sociedad anónima actual", en Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires XII/2003, p. 73. Citado por RIVERA, Julio César. Las sociedades como instrumento para el fraccionamiento del patrimonio. Suplemento especial LA LEY, "Sociedades Comerciales", p. 117 y sigtes. y sus citas. 2004.

47 CERISOLA, ANDRES. Curso de Derecho de la Empresa. Capítulo 1: La sociedad, vehículo de la empresa. Tercera Edición. AMF. Página 12.

48 OLIVERA GARCIA, RICARDO. La Dictadura de la Sociología Societaria. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales a 20 Años de su promulgación. FCU. Página 377.

... Una actividad sujeta a un riesgo infinito no hace más que desincentivar iniciativas de negocios, atentando contra la productividad y el desarrollo".⁴⁹

En definitiva, la existencia del patrimonio social, sumado al principio de limitación de la responsabilidad en los tipos sociales más usados, determina que los operadores económicos se hayan atribuido el derecho de crear patrimonios separados, de escindir voluntariamente su patrimonio personal, desde mucho antes de la Ley 17.703.

7) CREACION VOLUNTARIA DE PATRIMONIOS DE AFECTACION PARA LA EXCLUSIVA SALVAGUARDA DE BIENES

Vimos como la creación voluntaria de patrimonios de afectación, sea a través de la constitución de un fideicomiso de administración, o mediante el uso atípico del instrumento societario de responsabilidad limitada, constituye actualmente una realidad en nuestro medio.

Quizá la situación más típica al respecto, es que la creación voluntaria de algunos de estos tipos de patrimonios separados, guarde relación con la afectación de determinados bienes y/o derechos de la persona, a una determinada actividad específica. Esto es, que la sociedad sea el "soporte de una empresa", o bien que el fideicomiso de administración, tenga por objeto el encargo de una verdadera gestión.

De alguna manera, estos fueron los fines "típicos" para los cuales el legislador creó tales instrumentos.

Sin embargo, en otros casos, tal segmentación tiene un propósito inverso, cual es el de utilizar tales patrimonios para la exclusiva salvaguarda o resguardo de bienes. Esto es, la persona busca escindir su patrimonio en forma voluntaria, colocando bienes de los cuales dispone en patrimonios de sociedades o fideicomisos no afectados a ninguna actividad, y con el único propósito de realizar una administración de riesgos.

En efecto, en el ámbito del ejercicio profesional todos hemos visto en infinidad de oportunidades como las personas físicas y/o jurídicas utilizan muchas veces al fideicomiso de administración, o más comúnmente el instrumento societario, en particular a las sociedades anónimas, con el único propósito de excluir bienes de su garantía general, limitando indirectamente su responsabilidad.

Esta práctica puede revestir distintas modalidades:

a) las personas traspasan bienes muebles o inmuebles a un fideicomiso de administración, con el único propósito de que el fiduciario conserve los mismos en un patrimonio de afectación separado, y posteriormente, luego de cumplido el plazo, se los devuelva al fideicomitente beneficiario;

b) las personas traspasan bienes a una sociedad anónima que no realizará actividad económica alguna;

c) la sociedad anónima directamente adquirirá bienes de terceros, normalmente con dinero aportado por el propio accionista titular de la totalidad del capital integrado.

Cabe preguntarse, ¿por qué razón los operadores económicos hacen esto?, máxime teniendo en consideración que existe la posibilidad de que la persona física o jurídica realice una actividad de riesgo mediante la utilización de un tipo societario de responsabilidad limitada, por lo cual, podría parecer infundado que dicho operador pretenda concomitantemente excluir bienes de su patrimonio personal para "protegerlos" o "conservarlos". En efecto, las contingencias de la actividad desarrollada recaerían sobre el patrimonio social y no sobre su patrimonio personal.

Siendo así, parecería que el único móvil o propósito de ese agente sería el fraude, para perjudicar a terceros.

Sin embargo, la realidad nos muestra otra cosa. En los últimos años, se ha venido incrementando de manera exagerada las disposiciones legales que debilitan el principio de limitación de la responsabilidad de los socios o accionistas de los tipos sociales más usados, extendiendo en forma solidaria a éstos la responsabilidad del ente.

Ello es, por ejemplo, lo que ha ocurrido en materia laboral o tributaria, en donde diversas normas o prácticas jurisprudenciales han ido ampliando en forma incesante el abanico de personas garantes de los adeudos existentes. Y ello, acompañado de otras normas que, concomitantemente, han ido aumentando las potestades discrecionales de la Administración a la hora de fijar el monto de las sanciones

De lo que resulta que, ese principio de limitación de la responsabilidad antes analizado, que tan importante resulta para la decisión de inversión y para todo el comercio en general, se debilita constantemente en

49 OLIVERA GARCIA, RICARDO. El Sistema Constitutivo de la Anónima en el Derecho Uruguayo. Revista de Derecho Comercial Número 4. 2011. FCU. Páginas 173 y 174

pos de proteger el derecho del fisco al cobro de sus impuestos, o bien en pos de proteger los derechos de los trabajadores.

Si el desarrollo de un emprendimiento comercial supone para el operador económico poner en riesgo, no solamente los bienes aportados a la sociedad a través de la cual realiza la actividad empresarial, sino también los bienes de su patrimonio personal, resulta al menos una inquietud lógica que ese operador pretenda, en forma previa o concomitante al desarrollo de la actividad, limitar adicionalmente su responsabilidad excluyendo de su patrimonio parte de sus bienes a “modo” de resguardo.

Se trata pues, en definitiva, de una especie de “contrapeso” natural a las dificultades de los operadores económicos para limitar su responsabilidad patrimonial.

Cualquier operador enfrentado a la posibilidad de participar en una actividad evaluará su decisión teniendo presente el riesgo que asume. Señala Olivera García que “La gestión empresarial es, por su propia esencia, una actividad lucrativa, pero también una actividad de riesgo. Los agentes toman generalmente decisiones económicas en un escenario de incertidumbre, sin conocer cuál va a ser el resultado de la decisión tomada, la cual puede traducirse en la obtención de un lucro ilimitado o en una pérdida. Si esa pérdida es también ilimitada las decisiones empresariales encierran el límite natural de la disposición de los agentes económicos a asumir riesgos también ilimitados”⁵⁰

En función de las consideraciones realizadas, si detrás de un emprendimiento comercial existe el riesgo de que se extienda la responsabilidad de la sociedad gestionante a los socios, éstos o bien se verán inclinados a desistir pues el riesgo será muy grande, o bien evaluarán tomar algún recaudo para salvaguardar alguno de los bienes colocándolos en otro patrimonio, sin que necesariamente exista una intención de perjudicar a terceros.

En definitiva, el uso atípico del instrumento fiduciario o societario para la protección de bienes, como forma de palear éste impedimento de limitar la responsabilidad empresarial, parecería al menos éticamente fundado. Analizaremos a continuación su legitimidad.

8) LÍMITES A LA CREACION VOLUNTARIA DE PATRIMONIOS DE AFECTACION PARA LA SALVAGUARDA DE BIENES

A la luz del marco teórico expuesto, se ingresará a lo que constituye en puridad el tema objeto de ésta tesina, como lo es el análisis de los límites a éstas creaciones voluntarias de patrimonios de afectación o sociales, para la exclusiva salvaguarda o resguardo de bienes del titular.

Como se ha expresado en nuestro medio⁵¹, no debe perderse de vista la norma constitucional y principio general del derecho conforme al cual lo que no está prohibido está permitido. En efecto, en materia de contratación privada el principio es la libertad y su expresión concreta en el ámbito de la contratación entre privados lo es la autonomía de la voluntad. Esta autonomía reconoce sus límites por ejemplo en el orden público, en causales de nulidad, y en institutos o instrumentos jurídicos o procesales que buscan evitar los actos con intención fraudulenta. Hacia allí se dirige la presente investigación.

8.1) VALIDEZ DE LAS ENAJENACIONES AL FIDEICOMISO O A LA SOCIEDAD COMERCIAL. SIMULACION ABSOLUTA Y RELATIVA.

Se destacó anteriormente como una de las modalidades más comunes a través de las cuales los operadores creaban patrimonios separados en los cuales resguardan parte de sus bienes, realizando una gestión de riesgos, era mediante la constitución de un fideicomiso de administración o la constitución y/o adquisición de una sociedad comercial, normalmente sociedad anónima, que será utilizada exclusivamente para ser titular de inmuebles, adquiriendo bienes del accionista o bien de terceros pero con dinero del accionista controlante.

Por lo que, el análisis de los límites a dicha práctica, necesariamente debe pasar por el filtro previo de determinar si las enajenaciones a favor del fideicomiso o de la sociedad comercial constituyen actos de enajenación válidos y eficaces, o por el contrario absolutamente nulos.

50 OLIVERA GARCIA, RICARDO. La Dictadura de la Sociología Societaria. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales a 20 Años de su promulgación. FCU. Páginas 379 y 380.

51 HERRERA OREGGIA, NICOLAS. De la Simulación y el Disregard. En defensa de la libertad para conformar el patrimonio de las personas y acotar responsabilidades, sin fraude. Anuario de Derecho Comercial Tomo 11. FCU. Páginas 475 y 476.

En particular se analizarán dos situaciones:

A) La primera, es si configura una hipótesis de simulación absoluta la enajenación de un inmueble realizada por una persona física y/o jurídica AAA, a favor de un fideicomiso de administración cuyo fiduciario tiene como único mandato conservar y luego devolver esos bienes a AAA, o la enajenación de un inmueble por parte de AAA, a favor de una sociedad BBB cuyo capital pertenece totalmente a AAA.

Como se ha destacado^{52,53}, lo más característico de un negocio simulado es la divergencia intencional entre la voluntad y la declaración. Al estipular un negocio simulado los simulantes declaran querer cuando, en realidad, no quieren. Se daría pues, una declaración deliberadamente disconforme con su secreta intención. La divergencia se daría entre lo que las partes declaran al celebrar el negocio simulado (por ejemplo declararían querer comprar y vender) y su intención verdadera (que no sería comprar ni vender, sino realizar una mera apariencia de la compraventa). La divergencia o contraste tendría lugar entonces entre la apariencia de negocio, que las partes crean, cuando realizan el contrato simulado, y su voluntad interna, que estaría en consonancia con la voluntad del acuerdo simulatorio. La intención de los contratantes no concordaría con lo declarado al contratar, ya que los simulantes no querrían realmente celebrar el negocio.

Se dice que cuando las partes realizan un negocio simulado, en realidad quieren las declaraciones que emiten, pero no quieren el contenido de dichas declaraciones. Por ello todo contrato requiere una doble voluntad: esto es voluntad del contenido y voluntad de la declaración.

La simulación es absoluta cuando las partes crean el negocio simulado, pero no se proponen nada más que producir esta apariencia de realidad. En ésta simulación por debajo del negocio simulado no hay nada. El ejemplo típico de éste tipo de simulación lo constituye la enajenación aparente (compraventa, permuta) que un deudor realiza para evitar que sus acreedores, que ya existen al momento de la enajenación, hagan efectiva su responsabilidad patrimonial. El deudor simula una venta con una persona de su confianza. De ésta manera, para los terceros el bien ha salido del patrimonio de su deudor, dejando de formar parte de la llamada garantía genérica del artículo 2372 del CC. Pero en realidad nunca cesa de pertenecer al enajenante simulado, porque la venta no es querida, sino ficticia, estando destinada sólo a burlar los derechos del acreedor.

Ahora bien: ¿las hipótesis en análisis constituyen un caso de simulación absoluta? La situación con la sociedad se planteó en un caso jurisprudencial muy resonado⁵⁴ en el cual una persona física había transferido la propiedad de un inmueble como integración de capital a favor de una sociedad comercial de la cual era Director y presumiblemente titular de la totalidad de su paquete accionario. La misma persona intervino como enajenante a título individual y como Director en nombre y representación de la sociedad. Cinco años después de la transferencia, un acreedor de esa persona física, por un crédito que se contrajo con posterioridad a la referida enajenación, promovió un proceso ordinario para pretender anular la enajenación del inmueble, aduciendo que la transferencia fue simulada por carecer la enajenación de causa y de consentimiento.

En primera instancia la Sede entendió que dicha transferencia no fue simulada, por falta de "causa simulandi". Dijo que no había habido engaño alguno respecto al actor, pues cuando éste otorgó el crédito el demandado hacía más de 5 años que había sacado de su patrimonio el inmueble, lo cual "el actor hubiera podido conocer con solo pedir la correspondiente información registral".

Por el contrario, el Tribunal de Apelaciones entendió en mayoría que dicha enajenación "revelaba por sí un designio de exteriorizar un negocio aparente, irreal, cuya finalidad es la de alterar una situación patrimonial engañando y perjudicando a terceros, no surge intención alguna de contratar a título oneroso, existiendo pura apariencia engañosa". De esa forma se resolvió revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar hacer lugar a la demanda.

Resulta difícil comprender el fallo citado. Tal como expresara la doctrina al analizar el fallo mencionado⁵⁵, la transferencia de un inmueble a una sociedad anónima como integración de capital recibiendo a cambio acciones de la sociedad anónima no es un acto o contrato simulado.

Se trata a nuestro juicio de un contrato real, querido y con contraprestación razonable. Tanto la persona AAA como la sociedad anónima BBB tuvieron la intención y voluntad de hacer este negocio. Y claramente se trató de una enajenación real si lo que recibió fueron las acciones.

52 GAMARRA JORGE. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XIII. Tercera Edición. Montevideo 1979. Páginas 14 y siguientes.

53 ORDOQUI CASTILLA GUSTAVO. Acción Simulatoria. 2ª Edición. Ediciones del Foro. Páginas 1 a 125. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XIII. Tercera Edición. Montevideo 1979. Páginas 14 y 15.

54 Sentencia n° 197 del 23 de Julio de 2003. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno. Ministro Redactor: Dr. Sosa.

55 HERRERA OREGGIA, NICOLAS. De la Simulación y el Disregard. En defensa de la libertad para conformar el patrimonio de las personas y acotar responsabilidades, sin fraude. Anuario de Derecho Comercial Tomo 11. FCU. Página 475.

En definitiva, no hubo ausencia de causa ni de consentimiento, y la contraprestación no fue vil. Incluso en terreno de los motivos podríamos imaginar muchos que justificarían la transferencia, no basados en mala fe.

Lo mismo ocurriría en la hipótesis de la utilización del fideicomiso de administración. En el caso, tanto la persona AAA como el fiduciario tienen la intención y la voluntad de hacer el contrato. Y claramente el traspaso del bien al patrimonio fideicomitado constituye una enajenación real, aún si el fideicomitente y beneficiario es el mismo AAA.

Como bien se ha señalado⁵⁶ el negocio fiduciario es diverso del negocio simulado pues se está en presencia del traspaso efectivo de un derecho de una persona fiduciante a otra persona fiduciaria, estando de acuerdo en que tal traspaso debe servir a fines determinados. En el negocio simulado no ocurre o no se da esa situación.

Asimismo se ha destacado⁵⁷ que el negocio simulado es un negocio fingido, no real; mientras que el negocio fiduciario es un negocio querido y existente. El negocio simulado se realiza para producir una apariencia, un engaño; el negocio fiduciario quiere suplir un orden jurídico deficiente o evitar ciertas consecuencias negativas que se derivan de un negocio.

B) La segunda situación a analizar consiste en determinar si configura una hipótesis de simulación relativa subjetiva o por interposición de personas, la enajenación de un inmueble por parte de un tercero CCC a un fideicomiso de administración BBB que meramente lo conservará y transmitirá al beneficiario AAA, o la enajenación de un inmueble por parte de CCC a una sociedad anónima BBB que no tiene actividad comercial, en ambos casos con dinero aportado exclusivamente por el beneficiario o accionista AAA.

La simulación relativa subjetiva o por interposición de personas es aquella en la cual la simulación recae exclusivamente en la persona de los sujetos que intervienen como parte en el contrato. Aparecería figurando ostensiblemente un contratante aparente, un testaferro o prestanombre (que en el caso sería el fiduciario o la sociedad BBB) que en realidad no sería parte en el contrato, pues el contratante oculto sería el beneficiario o el accionista que puso el dinero.

De configurarse éste tipo de simulación, su declaración judicial se limitaría a sustituir un contratante (el fiduciario o la sociedad anónima BBB) por otro (AAA).

La interposición de personas requiere siempre tres sujetos: el interponente, que es el sujeto interesado, que toma la iniciativa del negocio (en el caso sería AAA); la persona interpuesta o testaferro (en el caso sería el fiduciario o la sociedad anónima BBB); y el tercero que contrata con el testaferro (en el caso sería CCC). En éste tipo de simulación, el sujeto interpuesto (BBB) no adquiere derechos ni obligaciones, pues sólo interviene simuladamente en el contrato; su misión consiste en ocultar al verdadero contratante (en el caso el beneficiario o accionista AAA) y en servir de puente para la transmisión de los derechos.

Ostensiblemente existiría entonces un contrato (negocio simulado) donde son partes el tercero (CCC) y el sujeto interpuesto (BBB). Pero la presencia de éste es simulada, pues quienes contratarían efectivamente serían el tercero CCC y el interponente (AAA). Mientras la simulación no se declare el contrato aparecería celebrado entre el tercero y el testaferro; luego de la declaración de simulación la realidad afloraría y se constataría que el testaferro nunca fue parte y que el verdadero contratante fue AAA.

Ahora bien, en el caso en análisis no estaríamos frente a una hipótesis de simulación relativa subjetiva, pues, como destaca nuestra doctrina⁵⁸, ésta forma de interposición requeriría necesariamente un acuerdo trilateral⁵⁹ entre el tercero o contratante ostensible, el contratante oculto o interponente, y el testaferro o prestanombre. Porque si por ejemplo el tercero (CCC) no interviene en dicho acuerdo, el testaferro (BBB) adquiere realmente y la interposición resulta real y no ficta. Esto es, un acuerdo interno entre contratante oculto (AAA) y testaferro (BBB) no vuelve simulado el contrato si el tercero no participa en el mismo. El tercero (CCC), que ignora el acuerdo entre el interpuesto (BBB) e interponente (AAA), vende a BBB, quiere realmente contratar con él.

En todos los casos en que el vendedor no sepa quién aporta el precio, no hay interposición simulada. Y aunque conozca esta circunstancia, tampoco la hay porque el vendedor tiene voluntad de transferir el dominio al fideicomiso o sociedad comercial compradora interpuesta; y el origen del dinero, así como el comportamiento posterior del fiduciario o de la sociedad comercial, son circunstancias que no le incumben.

56 MESSINEO. Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires. 1981. Tomo II. N° 43. Página 453.

57 FERRARA CARIOTA. El Negocio Jurídico. Madrid. 1956. Pg. 197. N° 65.

58 HERRERA OREGGIA, NICOLAS. Teoría del Disregard Of Legal Entity. Un enfoque basado en el abuso de Derecho. Anuario de Derecho Comercial Tomo I. Páginas 53 a 71.

59 Así lo ha reafirmado la SCJ en sentencia 29 del 17.12.03 donde sostuvo que la acción de simulación relativa subjetiva requiere necesariamente la prueba del acuerdo simulatorio trilateral, no alcanzando la prueba del mero conocimiento por parte de uno de los sujetos, de la especie y del vendedor, sino el consentimiento de éste.

En el caso, no estaríamos entonces frente a un caso de simulación relativa por interposición de personas.

8.2) VALIDEZ Y/O EXISTENCIA DE LOS FIDEICOMISOS Y SOCIEDADES UTILIZADAS PARA EL EXCLUSIVO RESGUARDO DE BIENES

Habiendo concluido acerca de la validez de la enajenación de los bienes a favor del fideicomiso o de la sociedad comercial utilizada para el exclusivo resguardo de bienes, corresponde adentrarnos en el análisis de la validez y/o existencia de éstos dos instrumentos, cuando son utilizados para realizar una gestión de riesgos, o limitar la responsabilidad patrimonial.

Se trata en definitiva de determinar si la utilización de éstos instrumentos para fines atípicos, distintos a los perseguidos por el legislador cuando los reguló, ocasionaría la inexistencia del patrimonio de afectación creado a través del fideicomiso, o bien la inexistencia del ente societario con personería jurídica propia.

En cuanto al primer punto, parecería no haber dudas acerca de la validez del fideicomiso de administración que es utilizado exclusivamente para que el fiduciario conserve bienes del fideicomitente y posteriormente los restituya al fideicomitente beneficiario. En efecto, en toda la Ley 17.703 no existe una sola disposición a partir de la cual pueda extraerse una limitación en ese sentido. El artículo 1 refiere expresamente a que los derechos transmitidos al fiduciario pueden tener como cometidos su administración o bien cualquier tipo de ejercicio sobre los mismos de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso. Por lo que nada obsta a que el fideicomitente constituya el fideicomiso con el mero encargo de que el fiduciario conserve dichos bienes en beneficio del propio fideicomitente y luego los restituya al cumplimiento del plazo o condición pactado en el propio contrato.

Por el contrario, mayores dudas se plantean acerca de la validez y/o existencia de la sociedad comercial que es utilizada atípicamente con el único designio de salvaguardar bienes en su patrimonio. Pues bien podría sostenerse que si la sociedad no realiza actividad económica alguna, entonces no hay sociedad comercial, y por ende no hay sujeto de derecho ni patrimonio social separado.

Por supuesto que dicho análisis debe realizarse en el marco de una interpretación evolutiva y no rígida del instrumento societario. Sabido es que, el derecho comercial y/o mercantil, no para de avanzar y modificarse. En el origen de las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, estas eran concebidas como un medio de acumulación de capitales para la realización de negocios de cierta envergadura. Las mismas eran causadas en un contrato, que por lo tanto requería el entrecruzamiento de voluntades entre distintos sujetos. Y además de un modo más o menos intenso, requerían la intervención estatal para autorizar su funcionamiento. Pero como se destaca⁶⁰ todas estas características han cambiado sustancialmente con el devenir del tiempo y la consecuente evolución de los usos del comercio y de las necesidades individuales en una economía de mercado. En el marco del derecho societario contemporáneo, las sociedades de responsabilidad limitada, y muy en especial las anónimas, lejos de utilizarse exclusivamente para grandes emprendimientos, se utilizan para diversas actividades.

En nuestro medio, Alejandro Miller ha postulado la validez de éstas sociedades comerciales cuando son utilizadas como vehículo para la constitución de un patrimonio de afectación, pero siempre que dicho patrimonio este vinculado a un negocio específico⁶¹. Así expresa que “la consideración de la polivalencia funcional de la sociedad anónima como un instrumento jurídico idóneo y de organización de amplio espectro así lo merita, en el actual desarrollo del derecho societario comparado”.

El citado autor analizó este tipo de uso del instrumento societario para verificar su validez al amparo de las normas societarias uruguayas, y postuló expresamente su validez en tanto el mismo no contravenga normas de orden público o configure un uso fraudulento con perjuicio de la ley y de los derechos de los accionistas y terceros, en cuyo caso correspondería, como se analizará más adelante, la desestimación de la personería jurídica de la sociedad.

Si bien la Ley 16.060 continúa en forma implícita reconociendo que la sociedad es un contrato asociativo, en los hechos y tal cual lo señalara la doctrina, la sociedad anónima hoy en día es una máquina jurídica tan útil como las que utiliza la industria: “No estamos habituados a semejante expresión, sin embargo, debe-

60 RIVERA, Julio César. Las sociedades como instrumento para el fraccionamiento del patrimonio. Suplemento especial LA LEY, “Sociedades Comerciales”, p. 117 y sigtes. y sus citas. 2004.

61 MILLER, ALEJANDRO. La Sociedad Anónima como Vehículo para la Constitución de un patrimonio de afectación destinado a un negocio específico. X Congreso Argentino de Derecho Societario. Página 453.

ríamos tener en el derecho una ciencia de los mecanismos jurídicos al igual que existe en la industria una ciencia de las máquinas”⁶².

En la misma línea, se ha calificado reiteradamente a la sociedad como un centro de imputación con un criterio basado en la escisión patrimonial, o la generación de un haz de relaciones sobre ciertos bienes, por una disposición del legislador vinculada o no a una declaración de voluntad, pero siempre relacionada a un dato de la realidad: el cumplir una finalidad o sea un funcionalismo⁶³.

Por nuestra parte, y por lo que se dirá, no solo postulamos la validez y existencia del instrumento societario utilizado como vehículo para la constitución de un patrimonio de afectación vinculado a un negocio específico, sino también cuando no está afectado a ninguno.

El artículo 1 de la Ley 16.060 prevé que “habrá sociedad comercial cuando dos o más personas, físicas o jurídicas, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos al ejercicio de una actividad comercial organizada”.

En base a ésta norma, ciertos sectores de la doctrina han afirmado que el calificativo “organizada” no está referido a la sociedad sino a la actividad comercial, motivo por el cual si detrás del instrumento societario no hay una “empresa”, no hay una combinación organizada de factores de producción y trabajo, entonces no hay sociedad.

Por el contrario, consideramos que el calificativo “organizada” está relacionado a la estructura orgánica del instrumento societario, esto es, a su régimen de administración, representación y fiscalización, es decir, a la organización de los complejos intereses comunes de los socios para el logro del objeto societario⁶⁴. En este sentido la organización estaría calificando a la sociedad y no a su actividad. Por lo que, en esta tesitura, no hay objeción en que no haya una empresa atrás de la sociedad.

Pero además, aun cuando se interpretare que la noción de sociedad está vinculada al concepto de ente jurídico receptor de una empresa, la sociedad comercial titular de bienes que no realiza actividad alguna igualmente existiría y sería válida, en tanto dicha utilización atípica no ha sido prevista como una causal de disolución u nulidad. Como se ha afirmado⁶⁵ “la exigencia legal no marca límites temporales para dicho ejercicio ni sanciones específicas en caso de incumplimiento”. En el mismo sentido, “si la actividad económica no se realiza en forma organizada, no por ello dejará de existir una sociedad comercial si se reúnen y mantienen los demás elementos esenciales de la definición legal, ya que no se prevén sanciones por su falta ni ésta constituye presupuesto para una declaración de inexistencia, nulidad o disolución de la sociedad”⁶⁶.

Podría haber eventuales consecuencias como generarse la causal de disolución por la inactividad en el funcionamiento de los órganos sociales. Pero aún en ésta hipótesis la disolución no operará nunca de pleno derecho.

Tampoco la sociedad comercial dejará de existir o ser válida por el hecho de que no se persiga a través de la misma la obtención de un beneficio económico directo. Dispone el artículo 1 de la Ley 16.060 que el fin de la sociedad es “participar en las ganancias y soportar las pérdidas que ella produzca”. Según nuestra interpretación, en tesis compartida por parte de la doctrina⁶⁷, la expresión “ganancias” abarca tanto los beneficios económicos directos como los indirectos. Y en tal sentido, la protección patrimonial que se logra segmentando el patrimonio mediante el uso atípico del instrumento societario supone claramente un beneficio indirecto.

Además, debe tenerse presente que la propia ley societaria habilita la existencia de sociedades con objeto no comercial y por tanto no con el propósito de obtener ganancias en el sentido de beneficios económicos y repartibles en dinero. Por tanto el instrumento societario puede estar al servicio de patrimonios de afectación destinados a otros propósitos como los educativos o culturales o deportivos. Esto nos demuestra la idoneidad del instrumento societario y su polivalencia funcional.

Tampoco en éstos casos la sociedad comercial se disolvería por imposibilidad de lograr su objeto social. Conforme al artículo 159 de la Ley 16.060 “las sociedades se disolverán: 4) por la consecución del objeto social

62 RIPERT, GEORGES. Aspectos Jurídicos del capitalismo moderno. Ed. BOSCH. 1950. Página 110. Citado por MILLER, ALEJANDRO. La Sociedad Anónima como Vehículo para la Constitución de un patrimonio de afectación destinado a un negocio específico. X Congreso Argentino de Derecho Societario. Pág. 454 a 456

63 EFRAIN, RICHARD. Sociedades y contratos asociativos. ZAVALIA. BSAS. 1987. Página 98. Citado por MILLER, ALEJANDRO. La Sociedad Anónima como Vehículo para la Constitución de un patrimonio de afectación destinado a un negocio específico. X Congreso Argentino de Derecho Societario. Pág. 454 a 456

64 MERLINSKY, RICARDO. De la existencia de la sociedad mercantil. Análisis Exegético de la Ley 16.060 sobre sociedades comerciales. FCU. 1991. Página 10.

65 MILLER, ALEJANDRO. La Sociedad Anónima como Vehículo para la Constitución de un patrimonio de afectación destinado a un negocio específico. X Congreso Argentino de Derecho Societario. Pág. 456 a 463

66 RIPPE, SIEGBERT. Sociedades Comerciales. FCU. 1992. Página 29.

67 MILLER, ALEJANDRO. La Sociedad Anónima como Vehículo para la Constitución de un patrimonio de afectación destinado a un negocio específico. X Congreso Argentino de Derecho Societario. Pág. 456 a 463

o la imposibilidad sobreviniente de lograrlo". Pues, como afirma la doctrina citada la imposibilidad del logro del objeto social debería ser total, permanente y definitiva, y como afirma la jurisprudencia, de tal magnitud que al producirse se frustre la permanencia del vínculo social. Pues bien, si el accionista que conforma la sociedad para dejar a resguardo ciertos bienes es conteste en que la estructura de la sociedad no ha sido generada para dar ganancias en el sentido de un lucro económico sino beneficios de otra naturaleza, entonces la causal de pérdidas económicas o de explotación antieconómica no tendrá ni sorpresa ni relevancia, ni desaparecerá tampoco la causa o fin por el cual el socio constituyó o adquirió la sociedad comercial.

La razón por la cual se utiliza el instrumento societario es para segmentar el patrimonio personal de su patrimonio, por lo que el objetivo se estará materialmente realizando con la generación de ese patrimonio social que pone a salvaguarda el patrimonio personal del controlante.

Además, nuevamente, no debemos olvidar que las causales de disolución no son de aplicación automática sino que dependen de una declaración judicial previa.

En definitiva, y por las razones antedichas, no encontramos obstáculos para sostener que la sociedad utilizada con un fin atípico, como es el de ser meramente custodio de inmuebles de su controlante, es una sociedad existente y válida. Si en la utilización de tal instrumento se presenta el fraude, el remedio para combatirlo será el *disregard*, y no su declaración de nulidad o inexistencia.

Como bien se ha expresado "se habla de negocio indirecto cuando un determinado contrato es utilizado por las partes no para realizar la función que corresponde a su causa, sino un fin no realizable por ningún contrato, en el caso concretamente generar un patrimonio separado ... limitando la responsabilidad de éste ... sustrayendo de los propios acreedores un bien que se traspasa a la sociedad mientras esa sociedad no desarrolla actividad alguna"⁶⁸.

También se ha expresado⁶⁹, aunque en relación a la anónima unipersonal, que esta "configura un negocio indirecto. Negocio que no es fraudulento ya que el fin perseguido en definitiva (un fin diferente al habitual) no es ilícito. Al respecto, hemos manifestado que las partes recurren a un negocio indirecto para alcanzar, a través del mismo, fines diversos de los que podrían deducirse de la estructura del negocio mismo. De allí que habrá negocio indirecto toda vez que para la consecución de un fin se hace uso de una vía oblicua, transversal; pero –y aquí la diferencia con el negocio fraudulento- dicho fin no es lograr por vía indirecta lo que la ley no permite a texto expreso, esto es una elusión fraudulenta. El fin perseguido y obtenido en esa vía transversal del negocio indirecto es también un fin lícito y legítimo, protegido por el derecho. En la Argentina (caso *Fracchia Raymond SRL*) la sociedad de cómodo o unipersonal de facto es tildada de negocio en fraude, pero ello es consecuencia que la ley argentina establece como causal de que la personería jurídica no sea oponible cuando se persigue un fin extra societario, circunstancia que nuestra ley –con acierto- no recepta".

En definitiva, el uso atípico del instrumento societario para el exclusivo resguardo de bienes no constituye una hipótesis de fraude "per se". No se puede presumir la existencia de fraude sin realizar una valoración del caso en particular, legislar en base a la patología. Conforme señala Miller, "La anónima, como hemos dicho, es un instrumento jurídico, depende de los hombres el uso que tenga. No se puede castigar al instrumento –prohibiéndolo. Porque ciertos hombres le han dado cierto uso indebido. Es como matar al mensajero cuando la noticia no es buena"⁷⁰.

8.3) DISREGARD ANTE EL USO ATÍPICO DEL INSTRUMENTO FIDUCIARIO O SOCIETARIO PARA EL SOLO RESGUARDO DE BIENES

Nuevamente nos situamos en el análisis de los límites a la segmentación patrimonial voluntaria, realizada por los operadores económicos como metodología para la "administración de riesgos", a efectos de procurar excluir de su garantía genérica determinados bienes que desean preservar.

En éste contexto, se concluyó en una primera instancia sobre la validez de la enajenación a través de la cual el fideicomiso de administración, o bien la sociedad comercial, adquiere la propiedad de bienes, como consecuencia de su traspaso por parte del fideicomitente o del accionista controlante, o como consecuencia de su adquisición a terceros con aportes de éstos. En efecto, en cualquiera de estas operaciones existe causa y consentimiento, y el mismo no se encuentra viciado.

68 EFRAIN, HUGO RICHARD. Unipersonalidad o Pluralidad constitutiva de sociedad y limitación de responsabilidad. *Ferro Astray IN MEMORANDUM*. Derecho Societario. IBdeF. Página 74 y 75.

69 MILLER, ALEJANDRO. Sociedad Anónima Unipersonal de Origen. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. *Semana Académica* 2009. IDC. FCU. Páginas 25 a 37.

70 MILLER, ALEJANDRO. Sociedad Anónima Unipersonal de Origen. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. *Semana Académica* 2009. IDC. FCU. Páginas 25 a 37.

También se concluyó en la legitimidad del uso del instrumento fiduciario con el único propósito de que el fiduciario conserve bienes del fideicomitente beneficiario, para su posterior devolución al mismo, una vez cumplido el plazo o la condición acordada en el instrumento creado.

En el mismo sentido, y más allá de las dudas que puedan aparejar alguno de los artículos de nuestra ley de sociedades comerciales, se afirmó que el instrumento societario, utilizado exclusivamente para ser titular de bienes que pertenecen en sustancia al accionista controlante, en sí mismo existe y es válido, aún cuando el mismo no sea soporte de una actividad comercial o empresa.

En el marco desarrollado, el análisis de los límites a ésta segmentación patrimonial voluntaria realizada para el exclusivo resguardo de bienes del controlante, debe culminarse con un análisis del instituto del *disregard*.

Esto es, corresponde entrar en profundidad en la conceptualización de sí, ante un uso atípico de estos instrumentos para el exclusivo resguardo de bienes, estamos en presencia de un negocio indirecto o atípico lícito, o muy por el contrario, estamos frente a un uso ilícito o fraudulento que habilita la aplicación del *disregard*.

Pues, de ser así, correspondería imputar esos bienes resguardados en el fideicomiso o sociedad comercial, al patrimonio personal del fideicomitente beneficiario o del accionista controlante, haciendo caer el efecto de segmentación patrimonial buscado por el operador económico.

En el fideicomiso, a diferencia de lo que acontece en las sociedades comerciales, la ley no prescribe un fin específico que deba perseguirse con la utilización de dicho instrumento. Por el contrario, según prescribe la ley 16.060, habrá sociedad cuando dos o más personas, físicas o jurídicas, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos al ejercicio de una actividad comercial organizada.

Pero al margen de los fines típicos que motivaron el reconocimiento positivo de la personalidad jurídica, y la convirtieron en indispensable para el desarrollo actual de los negocios, lo cierto es que ésta fue siendo progresivamente utilizada por los operadores para el cumplimiento de fines primero atípicos, y luego ilícitos.⁷¹

En tal contexto, la teoría del “*disregard*” nació precisamente frente a ésta posibilidad de un uso ilícito o fraudulento de la personería. En tales casos, correspondería prescindir de la personería jurídica para constatar cual fue la maniobra interna encubierta y aplicar a tal realidad el derecho positivo que corresponda.

Esto que nuestro derecho denomina “inoponibilidad de la personalidad jurídica” ha recibido distintos nombres en la doctrina y en los derechos extranjeros. Se habla de inoponibilidad o prescindencia o desestimación o penetración o superación de la personería jurídica.

Y se la justifica normalmente señalando la necesidad de superar la forma jurídica adoptada o de descorrer o levantar el velo, o quitar la máscara de la personería, para constatar cuál es la realidad interna encubierta y aplicar a tal realidad el derecho que corresponda.

Esta teoría tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana, la que lo denominó “*to disregard the legal entity*” o “*to pierce the corporate veil*”, es decir “allanar la personalidad jurídica” o “descorrer el velo de la personalidad jurídica”. También la jurisprudencia alemana comenzó a plantearse el problema de la prescindencia de la personalidad jurídica en la época de la segunda posguerra.

Pero la sistematización y difusión de ésta teoría fue finalmente alcanzada a través de la obra del jurista alemán ROLF SERICK⁷². En ésta obra, éste autor alemán fundaba la aplicación de la teoría en los principios del “abuso de derecho”, sosteniendo que los magistrados se encuentran autorizados a prescindir de la forma societaria creada por los particulares y de la consiguiente personalidad jurídica en caso de que esa forma jurídica sea utilizada con “abuso de derecho”, es decir: 1) con fraude a la ley; 2) con fraude o violación al contrato; o 3) causando un daño fraudulento a terceros. Expresaba SERICK que existe fraude a la ley cuando el resultado que la ley rechaza se alcanza por otro camino que no ha previsto y por el contrario se ha querido evitar. Nos encontramos frente a un caso de fraude o lesión de contrato cuando por medio de la personalidad jurídica puede quedar burlado o incumplido un contrato como consecuencia del desdoblamiento entre la personalidad de la sociedad y la del socio. Y finalmente se habla de daño fraudulento a terceros, cuando éste resulta del empleo de la forma de la persona jurídica en aquellos supuestos no comprendidos en las anteriores categorías de fraude de ley y de contrato. En definitiva expresaba éste autor que se podría prescindir de la personalidad jurídica cuando la misma es utilizada en forma abusiva. Y hay una utilización abusiva de la

71 HERRERA OREGGIA, NICOLAS. Teoría del *Disregard Of Legal Entity*. Un enfoque basado en el abuso de Derecho. Anuario de Derecho Comercial Tomo I. Página 54.

72 SERICK, ROLF. *Apariencia y Realidad en las Sociedades Comerciales. El Abuso de Derecho por medio de la Persona Jurídica*. Barcelona. 1958.

misma, cuando con la personalidad jurídica se pretende burlar la ley, incumplir obligaciones contractuales, o perjudicar fraudulentamente a terceros.

En el derecho uruguayo, la posibilidad de prescindir de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales fue recogida por algunos fallos judiciales ya desde la década del 50, aunque sin un fundamento jurídico claro⁷³.

Fue recién en 1973 donde en particular un fallo⁷⁴ avanzó en el camino de consagrar un criterio jurisprudencial en la aplicación de la teoría de la prescindencia de la personalidad jurídica.

Por su parte la doctrina nacional, inclinada inicialmente por rechazar la aplicación jurisprudencial de la teoría de la prescindencia de la personalidad jurídica y aconsejar su consagración en vía legislativa, evolucionó luego hacia la aceptación del concepto, sobre todo a partir de la obra del Dr. Nicolás Herrera, quien recogió los desarrollos realizados en la obra de SHERICK basada en el "abuso de derecho"⁷⁵. Su trabajo se convirtió rápidamente en el principal referente dogmático de la jurisprudencia, hasta que en el año 1991 nuestro legislador reguló positivamente y lo incorporó a la Ley 16.060.

En definitiva, la Ley 16.060, en sus artículos 189 a 191, termina recogiendo de cierta manera la elaboración jurisprudencial y doctrinaria de la teoría de la prescindencia de la personalidad jurídica, para crear una normativa que determina los casos en que este instrumento puede ser utilizado y los mecanismos procesales para ello.

Se trata en puridad, de un remedio legal ante la posibilidad de que se use en forma ilegítima o fraudulenta la personalidad jurídica de una sociedad comercial. Y de un remedio legal que, muchos años después, vuelve a ser recogido por nuestro derecho pero ahora ante la posibilidad de un uso fraudulento también del instrumento fiduciario.

En efecto, el artículo 7 de la Ley 17.703 declara "aplicables a la propiedad fiduciaria las disposiciones contenidas en los artículos 189, 190 y 191 de la Ley N° 16.060 de 4 de setiembre de 1989, en lo pertinente".

En el marco descripto, corresponde adentrarnos en el análisis de cada uno de los presupuestos previstos en el artículo 189 de la Ley 16.060, de forma tal de determinar si el uso atípico del instrumento fiduciario o societario para el exclusivo resguardo de bienes del controlante, constituye tan sólo un uso atípico o indirecto pero lícito de los mismos, o por el contrario ilícito y/o fraudulento.

Adelantando de antemano conclusión en el sentido de que, sin perjuicio de los parámetros que se analizarán, jamás podría afirmarse con carácter general que siempre el uso atípico de éstos instrumentos para el exclusivo resguardo de bienes del controlante sea lícito o ilícito.

Pues, como con acierto destaca Polo, en los comentarios del libro de SERICK, es claro que "la doctrina del disregard exige un detenido examen y valoración de las circunstancias de cada caso para que sea posible adoptar una solución que se halle en concordancia con la razón de política jurídica a que responde la norma que se aplica. Contra lo que pueda parecer al observador superficial, la aplicación de soluciones adoptadas por deducción maquinal a base del concepto de persona jurídica, no proporciona verdadera seguridad. Estimamos que es preferible el método de exponer detalladamente las circunstancias del caso y enlazar con ellas los criterios de política jurídica a que responde la razón de ser del Derecho".⁷⁶

El primer presupuesto habilitante del disregard mencionado por el artículo 189 sería la utilización del instrumento fiduciario o societario "en fraude a la Ley".

En Argentina, MOSSET ITURRASPE⁷⁷ expresa que el fraude "consiste en hacer que opere una norma jurídica con el fin o propósito de eludir o evitar la aplicación de otra, es la utilización de una norma de cobertura para obtener un fin prohibido por la ley defraudada".

El fraude a la ley ocurriría cuando se actúa de acuerdo a las normas jurídicas pero contrariando los fines para los cuales éstas se han dictado⁷⁸. Existiría una violación indirecta de la ley según su espíritu.

73 La Justicia Uruguaya. Tomo número 23. Caso número 3.390.

74 Sentencia n° 276 del 11.09.73 del Juzgado Civil 5 Turno.

75 HERRERA OREGGIA, NICOLAS. Teoría del Disregard Of Legal Entity. Un enfoque basado en el abuso de Derecho. Anuario de Derecho Comercial Tomo I. Páginas 53 a 71.

76 SERICK ROLF. Apariencia y Realidad en las Sociedades Comerciales. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica. Barcelona. 1958. Página 273.

77 ITURRASPE MOSSET. El Fraude a la Ley. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Número 4. Página 126

78 FLORIN UGARTE, FEDERICO. Algunos Aspectos Prácticos Sobre la Acción de Inoponibilidad de la Persona Jurídica. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. Semana Académica 2009. IDC. FCU. Páginas 94 y 95.

Reproduciendo las palabras de FERRARA, el que defrauda no contradice las palabras de la ley; al contrario, se atiene respetuosamente a su letra, pero, en realidad, va contra el sentido de la disposición, viene a frustrar el fin a que tendía el principio jurídico.⁷⁹

Por su parte, expresa SERICK en su obra que “existe fraude de ley cuando el resultado que la ley rechaza se alcanza por otro camino que ha previsto y cuando precisamente resulta de la finalidad de la norma que ésta ha tratado de impedir de manera general un resultado determinado, en lugar de limitarse a tratar de evitar que se alcance por medio de una determinada forma negocial”. “Una ley puede quedar burlada con la utilización de la figura de la persona jurídica cuando los individuos a quienes la norma se dirige se ocultan tras aquélla, tanto si ya existía como si sólo fue creada para tal fin, con lo que logran sustraerse al mandato legal”⁸⁰.

Ahora bien, dentro del marco conceptual expuesto, cabe preguntarse si la utilización de un fideicomiso de administración o de una sociedad de responsabilidad limitada como mero soporte aislado de bienes del controlante, podría o no suponer una utilización de tales instrumentos “en fraude a la ley”, por vulnerar indirectamente el artículo 2372 de nuestro Código Civil, el cual prescribe que todos los bienes del deudor, excepto los no embargables, son la garantía común de los acreedores.

En efecto, bien podría pensarse que, a través de la utilización atípica de estos instrumentos para el solo resguardo de bienes, el controlante se estaría amparando en las diversas normas de cobertura que crean estos patrimonios, pero indirectamente estaría defraudando la normativa que recoge la tesis de la unidad patrimonial.

En efecto, y como bien se ha destacado⁸¹ “tradicionalmente, aunque confundiendo conceptos, se ha indicado que la imposibilidad de separar patrimonios de un individuo (limitar su patrimonio) era obstáculo para la sociedad unipersonal, ya que la misma configuraba un negocio en fraude a la ley, al agredir la normativa jurídica consistente en que la totalidad de los bienes del deudor configura la garantía de cobro de los acreedores. Reproducido en nuestro derecho civil en el artículo 2372. Por tanto el expediente de recurrir a una anónima devenida unipersonal o a una “sociedad de cómodo” o de pluralidad formal (testaferros) no era sino un fraude a la ley, al transgredir de manera oblicua la unidad patrimonial proclamada. Entendemos que en este razonamiento se confunden conceptos. Una cosa es la sociedad anónima, vista desde el ángulo de su acto constitutivo (sea como contrato o como postulamos una técnica de organización empresarial) y otro es la consideración de la anónima como sujeto de derecho. Bajo esta segunda óptica es que se debe aplicar la máxima del patrimonio como garantía de los acreedores”

Compartiendo la tesis citada, resulta claro además que, como surge del cuerpo de la presente investigación, la presunta universalidad del patrimonio está además, al menos, en tela de juicio. Y en todo caso, es claro que tanto las disposiciones contenidas en la Ley 16.060 como las contenidas en la Ley 17.703 son de igual rango jerárquico que el artículo 2372 del Código Civil y posteriores en el tiempo. Por lo que a lo sumo, constituirían una excepción, adicional a las ya mencionadas en el cuerpo de la presente, a tal presunta universalidad.

El segundo presupuesto establecido por el artículo 189 para la procedencia de la inoponibilidad, consistiría en que el uso atípico del instrumento fiduciario o societario para el mero resguardo de bienes, constituya una utilización de los mismos en violación del orden público, esto es en violación de normas de interés general⁸².

En consideraciones realizadas en el derecho argentino, que consideramos perfectamente extrapolables a este análisis, FARGOSI entiende que el concepto de orden público “... debe ser entendido en su más estricta acepción”⁸³.

RIPPE por su parte, analizando la expresión, entiende que abarca “todo acto que implique violar los principios y disposiciones imperativas o prohibitivas que informan o sobre las cuales se asienta el orden jurídico del país –aunque ellas no se manifiesten en normas concretas y precisas y sean esencialmente contingentes y mutables- cuya aplicación es de interés general”. Sería el caso por en que una persona constituya

79 FERRARA, FRANCISCO- La simulación de los negocios jurídicos. Página 78. Madrid. 1953.

80 SERICK ROLF. Apariencia y Realidad en las Sociedades Comerciales.El abuso de derecho por medio de la persona jurídica. Barcelona. 1958. Página 44.

81 MILLER, ALEJANDRO. Sociedad Anónima Unipersonal de Origen. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. Semana Académica 2009. IDC. FCU. Páginas 25 a 37.

82 FLORIN UGARTE, FEDERICO. Algunos Aspectos Prácticos Sobre la Acción de Inoponibilidad de la Persona Jurídica. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. Semana Académica 2009. IDC. FCU. Páginas 94 y 95.

83 FARGOSI, HORACIO. Notas sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria. Revista Jurídica LA LEY, Derecho Comercial, Doctrinas esenciales. Páginas 505 y siguientes. La Ley. 2008.

una sociedad para transferirle bienes y, luego, distribuir las acciones entre ciertas personas vulnerando las legítimas para el caso de muerte.

A nuestro juicio, la utilización del instrumento fiduciario o societario con el único móvil de administrar riesgos, para salvaguardar parte de los bienes de los cuales la persona se vale, no guarda relación alguna con el interés general, razón por la cual no habría violación del orden público por el uso atípico de tales instrumentos.

Por último, el tercer supuesto consistiría en que el instrumento fiduciario o societario sea utilizado por el operador en fraude y con perjuicio de los derechos de terceros. Una primera cuestión fundamental a analizar en el caso gira en torno al elemento volitivo del fraude.

Es decir, se debe determinar si para que opere el desregard por fraude y perjuicio a terceros, se requiere que el fideicomitente o accionista controlante haya tenido la intención de inferir un daño, o si por el contrario, basta con que se haya producido el perjuicio para que opere

El tema adquiere relevancia por cuanto, como ya se destacó, la gran mayoría de las veces, cuando se constituyen fideicomisos de administración o se crean sociedades comerciales con la única finalidad de que las mismas sean titulares de bienes, no se tiene la intención de ocasionar un daño a un acreedor, que muchas veces ni existe, ni tampoco es presumible que vaya a existir.

En nuestro país, la mayoría de la doctrina civilista⁸⁴ se ha afiliado a la tesis objetiva del fraude y no considera esencial “la intención elusiva”. En el mismo sentido se ha pronunciado parte minoritaria de la jurisprudencia⁸⁵: “El fraude ... debe ser entendido en su más amplia concepción de engaño ... habiéndose probado la existencia del daño producido, no es necesario la prueba de la existencia de una deliberada intención de perjudicar ...”.

Similar posición ha sostenido la doctrina española⁸⁶: “La doctrina del fraude ... es especialmente adecuada si recordamos su carácter totalmente objetivo ... No es precisa la intención de defraudar; basta con el resultado fraudulento ... no se trata de sancionar a quien obra de mala fe, sino de evitar la vulneración del ordenamiento”.

Muy por el contrario, quienes suscriben ésta investigación se adhieren a la tesis mayoritaria de la doctrina comercial que considera al fraude de naturaleza subjetiva. Y sobre ésta premisa, consideramos en consecuencia que el principal filtro a evaluarse para determinar la aplicabilidad del desregard por éste supuesto, pasa por el análisis del móvil o intención que haya tenido el fideicomitente o accionista controlante a la hora de utilizar atípicamente el fideicomiso o instrumento societario para la exclusiva salvaguarda de bienes.

Como bien ha afirmado cierta jurisprudencia⁸⁷ la procedencia del desregard implica una prueba muy severa en tanto la utilización de la personalidad jurídica puede obedecer a múltiples factores o circunstancias lícitas, no reprobadas por el derecho. La dilucidación de la cuestión reside en determinar si en el caso ha operado la “previsión fraudulenta”, en los que se recurre a la forma jurídica precisamente con el objeto de eludir responsabilidades futuras y en previsión de ellas. Así también lo ha destacado la SCJ⁸⁸ para quien el fraude se configura mediante 2 rasgos generales: la intención de dañar o perjudicar y la consecuencia de un daño real o eventual.

En el mismo sentido, HERRERA ha argumentado esta posición en defensa de una sentencia en la cual se rechazó la pretensión de levantar el velo de una sociedad comercial ejercida por parte de acreedores insatisfechos por una deuda de sus socios. En los comentarios señala que⁸⁹ “en este caso, la sociedad no fue utilizada para ninguno de estos fines, ya que se utilizó para realizar un negocio plenamente válido, que no podía de ninguna forma atentar contra derechos de “acreedores” que no existían al momento de su celebración. No existió fraude alguno”. “Es injusto que un acreedor tenga dificultad para cobrar lo que le es debido. Pero esa injusticia no es fundamento suficiente para elaborar los supuestos de actuación fraudulenta que no aparecen probados sino que brillan por su ausencia”.

Otro argumento que a juicio de quienes suscriben esta investigación resulta relevante en defensa de la tesis que entiende que la inoponibilidad de la personería jurídica por fraude y perjuicio se debe aplicar en forma subjetiva, es el inciso 2 del propio artículo 189 de la Ley 16.060, al prescribir que “se deberá probar

84 BLENGIO. El negocio en fraude a la ley. Anuario de Derecho Civil Tomo XV. Página 56. FCU.

85 Sentencia del TAC 3° n° 121/2000 del 20.10.99. Anuario de Derecho comercial Tomo X. Página 276.

86 ORTIZ VAAMONDE, SANTIAGO. El Levantamiento del Velo en el Derecho Administrativo. Régimen Contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros. La Ley. Madrid. 2004. Páginas 24 a 29.

87 Sentencia del TAC 4° Turno del 13.09.00. LJU. Caso 14.199.

88 Sentencia de la SCJ del 09.03.00. LJU. Caso 14.018.

89 HERRERA OREGGIA, NICOLAS. De la Simulación y el Desregard. En defensa de la libertad para conformar el patrimonio de las personas y acotar responsabilidades, sin fraude. Anuario de Derecho Comercial Tomo 11. FCU. Páginas 478 Y 479.

fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados”.

Claramente la norma recoge la tesis subjetiva, desde el momento en que vincula la utilización de la sociedad con los “FINES EXPRESADOS”, es decir, fraude a la ley, violación del orden público o fraude y perjuicio a terceros

Cierta doctrina⁹⁰ ha expresado que la mera creación de un centro imputativo por parte del accionista controlante, realizada con el exclusivo propósito de limitar su responsabilidad, determina la existencia del fraude y abuso del medio técnico. No podemos compartir tal afirmación.

Sobre la base de la naturaleza subjetiva del fraude, debemos adentrándonos en el análisis de los móviles, y así consideramos que corresponde descartar de plano la posibilidad de aplicar el *disregard*, cuando exista en forma contundente un móvil del fideicomitente o accionista controlante, que no guarde relación alguna con la posibilidad de inferir un daño a un tercero. Tal podría ser el caso de un sujeto que, siendo titular de un importante inmueble de difícil división y teniendo varios hijos, opte por reestructurar su patrimonio transfiriendo dicho inmueble a una sociedad comercial, para que a su fallecimiento el bien admita cómoda división (repartiéndose los herederos las acciones).

También podría ser el caso del sujeto que procure una reestructura de su patrimonio para obtener alguna ventaja tributaria, en el marco de una elusión legítima.

Si la segmentación patrimonial operada mediante la utilización del instrumento fiduciario o societario, tuvo alguno de éstos móviles, indudablemente no habrá existido “previsión fraudulenta”, y no procedería la aplicabilidad del *disregard*, aún cuando se termine infiriendo un daño.

Transportando a nuestro análisis los conceptos de parte de la doctrina tributaria⁹¹, podría afirmarse que la existencia de un propósito ajeno a generar un perjuicio a los acreedores, que explique la segmentación patrimonial, haría descartar de plano la existencia de fraude a los acreedores. En tal caso, la utilización del instrumento fiduciario o societario sería legítima. Sólo sería concebible cuestionar la utilización atípica del instrumento en caso de que no exista evidencia de un propósito ajeno a evitar el perjuicio de los acreedores. Y la verificación de la existencia o inexistencia de un propósito ajeno a lo expuesto “pasa no sólo por el análisis de las operaciones en sus aspectos objetivos sino también, y fundamentalmente, por el análisis de las personas que participaron en las mismas a fin de determinar sus intenciones, sus propósitos (elemento subjetivo)”.

Por el contrario, en el otro extremo al planteado, sí procedería el *disregard* por éste presupuesto, si el móvil del fideicomitente o accionista controlante hubiere sido el insolventarse y escaparse de la persecución de los acreedores, sea que éstos ya existieren o incluso si tan solo fuere previsible su existencia mediata o inmediata.

Ahora bien, se mencionó antes que en la mayoría de las oportunidades, el propósito que persigue el operador económico que segmenta voluntariamente su patrimonio a través del uso atípico del instrumento fiduciario o societario no es la generación de un daño o perjuicio a un tercero, sino el deseo de conservar “fuera de todo riesgo” parte de los bienes de los cuales se vale para la vida, es decir, realizar una gestión de riesgos. Siendo ello, como se dijo, en gran medida, una consecuencia del debilitamiento del principio de limitación de la responsabilidad, vigente en los tipos sociales más usados.

Como regla general, podríamos sostener que no media “previsión fraudulenta” alguna, y por ende no procedería el *disregard*, si no es dable probar de manera fehaciente que el instrumento fiduciario o societario fue utilizado para perjudicar al tercero que aduce haber sufrido un perjuicio.

Sin embargo, dicha regla podría presentar varias excepciones que harían procedente el *disregard*, sobre todo en aquellas hipótesis en las cuales además del deseo administrar los riesgos, era dable esperar por parte del fideicomitente o accionista controlante, y con cierto grado de probabilidad, que aparecería un acreedor que podría perjudicarse fruto del fraccionamiento (previsión fraudulenta).

Asimismo, y si bien no está vinculado al fraude, tampoco parecería un dato menor en el análisis de cada caso, la naturaleza del tercero que promueve el *disregard*.

En nuestro medio⁹² ya se ha destacado la diferencia que se plantea en la situación de los acreedores “voluntarios” (como regla los contractuales) respecto de los “involuntarios” (como regla los extracontractuales). En efecto, en el caso de los acreedores voluntarios más calificados, como serían los bancos y entidades financieras, resultaría “chocante” admitir que éstos puedan aducir la existencia de una actuación fraudulenta por

90 EFRAIN, HUGO RICHARD. Unipersonalidad o Pluralidad constitutiva de sociedad y limitación de responsabilidad. Ferro Astry IN MEMORANDUM. Derecho Societario. IBdeF. Página 75.

91 FAGET PRATI, ALBERTO. El “Disregard of Legal Entity” en el Derecho Tributario. Página 387 y 388.

92 CERISOLA, ANDRES. Curso de Derecho de la Empresa. Capítulo 1: La sociedad, vehículo de la empresa. 3era Edición. AMF. Páginas 15 y 16.

el hecho de que su cliente tiempo atrás hubiere transferido sus bienes a un fideicomiso o sociedad comercial. Pues, cuando se le otorgó crédito, éstos estaban en condiciones de evaluar perfectamente la situación patrimonial de su cliente, siendo ésta tan sólo un elemento más en la evaluación del crédito al momento de concederlo o no.

Igual razonamiento puede aplicarse respecto a los acreedores voluntarios menos calificados, pues, como se ha afirmado⁹³, en el contexto de la autonomía de la voluntad y salvo disposición en contrario en el ámbito contractual, es que se aplica el artículo 2372 del Código Civil que establece que “Los bienes todos del deudor, exceptuándose los no embargables (artículo 2363), son la garantía común de sus acreedores...”. Pero esta regla admite excepciones pues no hay norma prohibitiva expresa ni orden público afectado si, entre las partes, al contratar libremente, se limita la responsabilidad de alguna o de ambas partes.

En este contexto, se dable decir que el tercero que contrata con una persona que no tiene bienes en su patrimonio fruto de la segmentación realizada en forma previa a través del uso atípico del instrumento fiduciario o societario, aceptó esa limitación de su responsabilidad.

Por el contrario, distinto sería el caso de los acreedores “involuntarios”, como sería por ejemplo el caso de una víctima de un accidente de tránsito o incluso la propia Administración Tributaria (DGI o BPS), pues, por definición, ellos no han tenido oportunidad de negociar las condiciones con la persona que segmentó su patrimonio.

En definitiva, el mero uso atípico del instrumento fiduciario o societario, para la conservación absoluta de bienes de los cuales se vale el fideicomitente o accionista controlante, no hace automáticamente aplicable la teoría de la prescindencia de la personalidad jurídica.

El Disregard sólo resultaría aplicable en aquellos casos en que sea demostrable de modo fehaciente que, en la segmentación patrimonial voluntaria verificada mediante el uso atípico de estos instrumentos, existió por parte del fideicomitente o accionista controlante fraude o previsión fraudulenta, teniendo como móvil perjudicar a un tercero.

De lo contrario, estaremos simplemente frente a un uso atípico o indirecto de estos instrumentos, pero legítimo.

Lo expuesto se confirma cuando vemos que nuestro ordenamiento, a diferencia del derecho argentino, no previó como una causal de disregard la mera “la utilización de la sociedad para la consecución de fines extra societarios”.

9) CONCLUSIONES

La creación voluntaria de patrimonios de afectación para la salvaguarda de bienes es una práctica recurrente no solo en nuestro medio, sino también a nivel mundial. En épocas anteriores, el concepto clásico de patrimonio atribuible a Aubry y Rau⁹⁴ y sus postulados se erigía en un obstáculo para realizar este tipo de negocios jurídicos. Sin embargo, tal cual hemos hecho referencia en este trabajo de tesina, el referido concepto evolucionó hacia la idea de patrimonio – fin, a partir de la cual, se concibe la divisibilidad del patrimonio y la existencia en un mismo sujeto de derecho de tantos patrimonios como fines se encuentren previstos.

La práctica cotidiana nos muestra que las herramientas jurídicas más utilizadas en nuestro mercado para lograr la segmentación del patrimonio son las sociedades comerciales, específicamente las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas, producto de la limitación de responsabilidad y autonomía patrimonial de ambos tipos, y más recientemente el fideicomiso, producto de la autonomía de la propiedad fiduciaria.

Ahora bien, al mismo tiempo que reconocemos la viabilidad de segmentar el patrimonio con la única finalidad de resguardar bienes, como una decisión de administración de riesgos, también reconocemos que no es ésta una práctica irrestricta, sino que por el contrario, la misma se debe encuadrar dentro de ciertos límites.

Nadie discute que cuando el fideicomiso o sociedad comercial es utilizada para los fines típicos para los cuales fueron creados ambos institutos, en el caso de este último para realizar una actividad comercial organizada, la segmentación del patrimonio es enteramente admisible. Las dudas se han planteado tanto a nivel de la jurisprudencia como de la doctrina, cuando se hace un uso atípico de estos institutos, como por

93 HERRERA OREGGIA, NICOLAS. De la Simulación y el Disregard. En defensa de la libertad para conformar el patrimonio de las personas y acotar responsabilidades, sin fraude. Anuario de Derecho Comercial Tomo 11. FCU. Páginas 476 y 477.

94 AUBRY, C. Y RAU, C. ; Code de Droit Civil Francais, 5ª edi., París, p. 336.

ejemplo, para reducir el costo impositivo a través de la elusión; o realizar una administración de riesgos, colocando en sede del nuevo patrimonio de afectación, determinados bienes, sustrayéndolo de la garantía común de los acreedores (art. 2372 del C.C.), etc.

Ahora bien, con el objetivo de desentrañar cuales son esos límites, se debe enfocar la problemática desde tres ángulos diferentes: a) la existencia de simulación en el negocio que supone la transmisión del bien en particular a la sociedad comercial o al fideicomiso; b) la validez del instrumento utilizado en forma atípica, ya sea fideicomiso o sociedad comercial; y b) la procedencia de la inoponibilidad de la personalidad jurídica o del fideicomiso cuando éstos son utilizados en el sentido señalado.

A) En cuanto a la existencia de simulación absoluta o relativa, como se demostró en el desarrollo de esta tesis, el negocio de transferencia de un bien a una sociedad comercial o a un fideicomiso nunca podrá ser declarado simulado por el sólo hecho de que el instrumento se utilice en forma atípica, por ejemplo, para realizar una administración de riesgos o segmentar el patrimonio.

Por el contrario, al igual que en cualquier otro negocio, el problemas de la simulación se deberá abordar en cuanto a la existencia de causa y consentimiento válidos, producto de la existencia de una coincidencia entre la voluntad real y la voluntad declarada.

En la medida en que las partes contratantes quieran el negocio, que se trate de un negocio real, querido y con contraprestación razonable, entonces no habrá un negocio simulado. Éste sólo aparecería en caso de que la intención de los contratantes no concuerde con lo declarado al contratar, ya que los simulantes no querrían realmente celebrar el negocio. Un claro indicio de que las partes no quieren el negocio, puede ser, por ejemplo, la existencia de un precio vil. Pero la transmisión de un bien determinado a un fideicomiso o a una sociedad comercial, con la única finalidad de segmentar el patrimonio, no constituye en si mismo, un negocio simulado.

B) Asimismo, tampoco se puede cuestionar la validez o inexistencia del fideicomiso o la sociedad comercial cuando se utiliza en forma atípica con la única finalidad de segmentar el patrimonio.

Este punto no presenta mayores dudas en la aplicación del fideicomiso, por cuanto en la Ley 17.703 no existe una sola disposición que restrinja la utilización del mismo para determinados fines en particular. En ese sentido, el artículo 1 de la citada ley prescribe que la transmisión de la propiedad fiduciaria se puede realizar para que el fiduciario "los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso", sin que se restrinja a ninguna actividad en particular.

En cuanto a las sociedades comerciales, la utilización en forma atípica de estas entidades tampoco afecta su existencia.

En ese sentido, corresponde señalar en primer lugar, que la utilización atípica del instrumento societario es admitida por la mayoría de la doctrina comercialista. Si bien parte de esa doctrina condiciona la validez de esa utilización atípica a que el patrimonio de afectación utilizado se encuentre vinculado a un negocio específico⁹⁵, quienes suscribimos esta tesis entendemos que no es necesario tal extremo.

En efecto, como bien señala Rippe, si no se realiza una actividad económica u ésta no se realiza en forma organizada, no por ello dejará de existir una sociedad comercial si se reúnen y mantienen los demás elementos esenciales de la definición legal, ya que no se prevén sanciones por su falta ni ésta constituye presupuesto para una declaración de inexistencia, nulidad o disolución de la sociedad ⁹⁶.

Por otra parte, debe tenerse presente que la propia ley societaria habilita la existencia de sociedades con objeto no comercial, y por tanto el objeto de éstas nunca va a ser el objeto típico previsto en el artículo 1 de la ley 16.060, esto es, realizar una actividad comercial organizada. Por tanto el instrumento societario puede estar al servicio de patrimonios de afectación destinados a otros propósitos como los educativos o culturales o deportivos. Esto nos demuestra la idoneidad del instrumento societario y su polivalencia funcional.

C) Finalmente, se debe concluir que el mero uso atípico del instrumento fiduciario o societario, para la conservación de bienes de los cuales se vale el fideicomitente o accionista controlante, no hace aplicable por su solo hecho la teoría de la prescindencia de la personalidad jurídica.

En efecto, la utilización de un fideicomiso o sociedad comercial con la única finalidad de segmentar el patrimonio, aún cuando en el caso de esta última no realice ninguna actividad comercial, no ingresa "per se", dentro de ninguno de los presupuestos de hecho previstos en el inciso 1° del artículo 189 de la ley 16.060.

En primer lugar, no se advierte la existencia de fraude a la ley, entendido éste como el mecanismo por el cual se hace que opere una norma jurídica (leyes 16.060 o 17.703) con el fin o propósito de eludir o evitar

95 MILLER, ALEJANDRO. La Sociedad Anónima como Vehículo para la Constitución de un patrimonio de afectación destinado a un negocio específico. X Congreso Argentino de Derecho Societario. Página 453.

96 RIPPE, SIEGBERT. Sociedades Comerciales. FCU. 1992. Página 29.

la aplicación de otra (art. 2372 del C.C.)⁹⁷. En ese sentido, resulta claro que la presunta universalidad del patrimonio prevista en el artículo 2372 del C.C.) ya no es un principio absoluto, sino que por el contrario, ha sido relativizado por un sin fin de normas, entre las cuales se incluyen las leyes de sociedades comerciales y de fideicomiso.

Por otro lado, y por análogas razones que las expuestas respecto del fraude a la ley, tampoco existe violación del orden público, por cuanto con la segmentación del patrimonio a través de cualquiera de los instrumentos referidos no se advierte la violación de principios y disposiciones imperativas o prohibitivas que informen o sobre los cuales se asiente el orden jurídico del país.

Finalmente, tampoco se advierte la existencia de la sociedad comercial o fideicomiso en fraude o perjuicio de los terceros por el solo hecho de que se utilicen estos instrumentos para segmentar el patrimonio. En efecto, siendo el concepto de fraude la base de este tercer supuesto, resulta esencial el móvil o la intención del agente que utilizó de cualquiera de estos instrumentos jurídicos. Se trata de un supuesto de naturaleza subjetiva⁹⁸.

Sobre la base de la naturaleza subjetiva del fraude, debemos detenernos en el análisis de los móviles y descartar de plano la posibilidad de aplicar el *disregard* cuando no se advierta un móvil del fideicomitente o accionista controlante de actuar con intención fraudulenta e inferir un daño a un tercero.

Es importante reiterar que la segmentación del patrimonio puede explicarse por un sin fin de móviles lícitos que no buscan perjudicar a terceros ni acreedores, como ser, la reestructuración del patrimonio para lograr una elusión que permita pagar menos impuestos, o simplemente realizar una administración de riesgos frente a determinada actividad, transmitiendo bienes de un patrimonio a otro.

Sin perjuicio de lo expuesto, cuando se advierta que detrás de la constitución de determinado patrimonio de afectación existe una intención fraudulenta y se haya generado un perjuicio a un tercero, entonces sí sería procedente levantar el velo a esa estructura jurídica.

En definitiva, y a modo de reflexión final, la segmentación del patrimonio con la única finalidad de resguardar bienes es lícita, en la medida en que la misma se encuadre dentro de los límites propios de utilización del instituto empleado (fideicomiso o sociedad comercial). A juicio de quienes suscriben este trabajo, ese límite está marcado por la existencia de un actuar fraudulento, esto es, con la intención de provocar un daño.

10) BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALBACETE; JUAN MANUEL; MERCANT, JUAN MANUEL, *La ley de Fideicomiso, análisis del marco legal, reglamentario y tributario de la nueva figura*, ADC Tomo 10.

AUBRY, C. Y RAU, C. ; *Code de Droit Civil Francais*, 5° y 6° Edición. París.

BLENGIO. *El negocio en fraude a la ley*. Anuario de Derecho Civil Tomo XV. Página 56. FCU.

BORDA, GUILLERMO, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Tomo II.

CAFFERA, GERARDO, *El contrato de Fideicomiso, análisis de la ley Uruguay 17.703*, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2003.

CERISOLA, ANDRES. *Curso de Derecho de la Empresa*. Capítulo 1: La sociedad, vehículo de la empresa. Tercera Edición. AMF.

COVIELLO, NICOLAS. *Doctrina General del Derecho Civil*, México, 1949.

DASSO, ARIEL ANGEL. *Hacia un nuevo concepto de patrimonio y responsabilidad limitada*. Jornadas Internacionales de Derecho Económico Empresarial en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Héctor Alegría. Abril 2011.

97 ITURRASPE MOSSET. *El Fraude a la Ley*. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Número 4. Página 126

98 Sentencia de la SCJ del 09.03.00. LJU. Caso 14.018.

-
- DE CORES, CARLOS. Los fondos comunes de inversión, perspectiva desde el derecho civil. ADCU. T XXVII, FCU.
- DEL CAMPO, FRANCISCO. Derecho Civil, Bienes, Volumen I.
- EFRAIN, HUGO RICHARD. Unipersonalidad o Pluralidad constitutiva de sociedad y limitación de responsabilidad. Ferro Astray IN MEMORANDUM. Derecho Societario. IBdeF.
- EFRAIN, RICHARD. Sociedades y contratos asociativos. ZAVALIA. BSAS. 1987. Página 98. Citado por MILLER, ALEJANDRO. La Sociedad Anónima como Vehículo para la Constitución de un patrimonio de afectación destinado a un negocio específico. X Congreso Argentino de Derecho Societario. Pág. 454 a 456
- FACAL JULIO Y MIHALI GABRIEL. Las sociedades comerciales como administradoras de patrimonios de afectación, Derecho Societario, homenaje a Ferro Astray, Indef., 2007.
- FAGET PRATI, ALBERTO. El "Disregard of Legal Entity" en el Derecho Tributario. Página 387 y 388.
- FARGOSI, HORACIO. Notas sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria. Revista Jurídica LA LEY, Derecho Comercial, Doctrinas esenciales. Páginas 505 y siguientes. La Ley. 2008.
- FERRARA CARIOTA. El Negocio Jurídico. Madrid. 1956. Pg. 197. N° 65.
- FERRARA, FRANCISCO. La simulación de los negocios jurídicos. Madrid. 1953.
- FERRER MONTENEGRO, ALICIA. Contrato Consigo Mismo, Ocultamiento Patrimonial y Conjunto Económico. Anuario de Derecho Comercial Tomo 13.
- FLORIN UGARTE, FEDERICO. Algunos Aspectos Prácticos Sobre la Acción de Inoponibilidad de la Persona Jurídica. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. Semana Académica 2009. IDC. FCU.
- GAMARRA JORGE. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XIII. Tercera Edición. Montevideo 1979.
- HARGAIN, DANIEL, Manual de Sociedades Comerciales, T.II, AEU, 1992.
- HARGAIN, DANIEL. El negocio del Fideicomiso, análisis conceptual general, RCDP V. 5, año 2008.
- HENRY LEON y MAZEAUD JEAN. Lecciones de Derecho civil. Parte primera. Volumen I, Ed. Jurídicas Europa – América (Bs. As.), 1976.
- HERRERA OREGGIA, NICOLAS. De la Simulación y el Disregard. En defensa de la libertad para conformar el patrimonio de las personas y acotar responsabilidades, sin fraude. Anuario de Derecho Comercial Tomo 11. FCU.
- HERRERA OREGGIA, NICOLAS. Teoría del Disregard Of Legal Entity. Un enfoque basado en el abuso de Derecho. Anuario de Derecho Comercial Tomo I. Páginas 53 a 71.
- HOLZ, EVA. Sociedades Unipersonales en el Derecho Nacional. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. IDC.
- ITURRASPE MOSSET. El Fraude a la Ley. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Número 4. Página 126
- LISOPRAWSKI, SILVIO y KIPER, CLAUDIO. Tratado de Fideicomiso, Depalma, Buenos Aires. 2004.

- MALUMIAN NICOLAS, DIPLOTTI ADRIAN y GUTIERREZ PABLO. Fideicomiso y securitización: aspecto legal, fiscal y contable; La Ley, 2001.
- MERLINSKY, RICARDO. De la existencia de la sociedad mercantil. Análisis Exegético de la Ley 16.060 sobre sociedades comerciales. FCU. 1991.
- MESSINEO. Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires. 1981. Tomo II. N° 43.
- MILLER, ALEJANDRO, Sociedades anónimas unipersonal de origen, Evaluación de la ley de soc. comerciales, a 20 años de su promulgación, FCU, 2009, pág. 25 y stes.
- MILLER, ALEJANDRO. La Sociedad Anónima como Vehículo para la Constitución de un patrimonio de afectación destinado a un negocio específico. X Congreso Argentino de Derecho Societario.
- OLIVERA AMATO, Juan Martín. La Creación de Patrimonios con Destino Específico en el Derecho Uruguayo". Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. IDC. Págs. 537 a 542. FCU. Montevideo. 2009.
- OLIVERA GARCIA, RICARDO. El Sistema Constitutivo de la Anónima en el Derecho Uruguayo. Revista de Derecho Comercial Número 4. 2011. FCU.
- OLIVERA GARCIA, RICARDO. La Dictadura de la Sociología Societaria. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales a 20 Años de su promulgación. FCU.
- ORDOQUI CASTILLA, GUSTAVO. El Fideicomiso. Ediciones del Foro. 2004.
- ORDOQUI CASTILLA GUSTAVO. Acción Simulatoria. 2ª Edición. Ediciones del Foro. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XIII. Tercera Edición. Montevideo 1979.
- ORTIZ VAAMONDE, SANTIAGO. El Levantamiento del Velo en el Derecho Administrativo. Régimen Contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros. La Ley. Madrid. 2004. Páginas 24 a 29.
- PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE, Tratado práctico de Derecho Civil, Tomo III, La habana, 1930.
- RIPPE, SIEGBERT. Sociedades Comerciales. FCU. 1992.
- RIPPE, SIEGBERT, Sociedades de un solo socio, ADC Tomo 7, FCU, 1996.
- RIVERA, Julio César. Las sociedades como instrumento para el fraccionamiento del patrimonio. Suplemento especial LA LEY, «Sociedades Comerciales», p. 117 y sigtes. 2004.
- ROMANG COLOMINAS, Catherine. Fraccionamiento del Patrimonio Social a través de la creación de patrimonios de afectación. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. FCU. Montevideo. 2009.
- SERICK, ROLF. Apariencia y Realidad en las Sociedades Comerciales. El Abuso de Derecho por medio de la Persona Jurídica. Barcelona. 1958.
- SERRANO TRASVIÑA, JORGE. Aportaciones al Fideicomiso. México 1950.
- VALLARINO BERRETTA, CLAUDIA, Sociedad unipersonal, In memoria Ferro Astray, Indef., 2007.
- VAUVILLE, FRÉDÉRIC. <http://henricapitantlawreview.org/article.php?lg=en&id=310>



MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

IRRAZABAL, Gonzalo

Una reflexión actual y moderna sobre el derecho a la imagen

UNA REFLEXIÓN ACTUAL Y MODERNA SOBRE EL DERECHO A LA IMAGEN

GONZALO IRRAZABAL

1. INTRODUCCIÓN

El tratamiento del derecho a la imagen es una cuestión de gran actualidad que puede ser abordada desde diferentes ángulos, todos ellos igualmente válidos.

El presente trabajo intenta dar una visión integral sobre el derecho a la imagen, con un enfoque práctico, sencillo y de fácil comprensión.

En el primer apartado daremos el marco legal para luego adentrarnos en las distintas facetas de este derecho.

2. DEFINICIÓN Y MARCO LEGAL VIGENTE

El derecho a la imagen se ha definido como “aquel que faculta a las personas a reproducir la propia imagen, con carácter comercial o no; visto desde la vertiente contraria, es el derecho que tiene la persona a impedir que un tercero pueda captar, reproducir o publicar su imagen sin autorización”¹. Asimismo se encuentra consagrado implícitamente en el Arts. 72 y 332 de nuestra Carta Magna.

Su consagración expresa se halla en los Arts. 20 y 21 de la Ley N° 9.739 de 1937; una ley muy antigua sobre el derecho de autor pero que mantiene vigencia hasta el día de hoy.

El Art. 20 establece que “las fotografías, estatuas, cuadros y demás formas artísticas que representen a una persona, se considerarán de propiedad de ésta (...)”.

Siguiendo en la misma línea, el Art. 21 prevé la posibilidad de comercialización de la imagen propiedad de la persona, siempre y cuando, exista consentimiento de esta última.

El último inciso del Art.21 prevé la libre publicación de las imágenes de personas cuando sean con fines científicos, didácticos y, en general, culturales o relacionadas con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren realizado en público.

La doctrina es conteste en aceptar esta norma como principio rector en la materia. Así lo afirma María Balsa cuando dice “el artículo 21 de nuestra ley 9739 establece como principio general que se requiere recabar el consentimiento expreso de la persona para la puesta en el comercio de su propia imagen. Como excepción a dicha exigencia establece casos de publicaciones del retrato que registren hechos o acontecimientos desarrollados en público y/o de interés público”².

Por otra parte, la ley N° 17.011 establece la nulidad relativa de aquellas marcas que contengan el retrato de una persona sin su autorización. En otro articulado del mismo cuerpo normativo se prevé la nulidad

1 De Carreras Serra, L, “Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación”, Ariel, Barcelona, 1996, página 83 citado por Lamas, Daniel Mario. “Derechos de la personalidad y explotación de la apariencia humana. Estudio sobre el nombre, la imagen, la intimidad, la identidad, el honor y la reputación como derechos personales y como derechos patrimoniales”. Editado por Cikato Abogados. Montevideo 2004. Pág 198.

2 Balsa, María. “Derechos Sobre la Filmación de Espectáculo Deportivo”. Fundación de Cultura Universitaria. Anuario de Derecho Comercial. TOMO X. Año 2004. Pág 119.

absoluta de las caricaturas, retratos, dibujos, etc., queridiculicen ideas, personas u objetos dignos de respeto y consideración.

Siguiendo con el análisis del cuerpo normativo uruguayo, el art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia prevé una custodia del derecho a la imagen del niño para cuando se use lesivamente.

Coincidimos con Mario Daniel Lamas en que la protección de la imagen del niño no debe limitarse al perjuicio³. El carácter lesivo de la explotación de la imagen es una consecuencia eventual.

3. LA IMAGEN DENTRO DEL ESTUDIO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La cuestión radica en determinar cómo debe enfocarse el derecho a la imagen. Sabemos, pues, que es un derecho fundamental recogido implícitamente en el Art. 72 de la Constitución y, que a falta de regulación, debe protegerse, aunque no exista un mecanismo expresamente previsto por la ley, según lo dispone el 332 de la Carta Magna.

Sin embargo, este es el caso de uno de los pocos derechos de la personalidad que encuentran cabida en la legislación nacional.

El "quid" de la cuestión es si el derecho a la imagen es un derecho de autor o no. Sobre este punto existen diferentes opiniones.

Hay autores que sustentan la posición de que la imagen personal tiene una doble cara, por lo cual, posee una doble regulación. Por un lado, la imagen interna protegida por el marco legal de los derechos de la personalidad y, por otro lado, la imagen externa producto de comercialización que se regula según la ley N° 9.739 estudiada en el apartado anterior.

Es decir, este derecho forma parte de los derechos de autor, y más genéricamente, del ámbito de la propiedad intelectual. En síntesis esto es lo que expone la Dra. María Balsa⁴.

Por el contrario hay autores que sostienen la imposibilidad de esta doble cara. "Los fundamentos por los cuales Jacques Ravanans niega la posibilidad de ejercer derechos de autor sobre la propia imagen son: a) la negación de que existe una autoría de la persona sobre aquella obra que tenga por objeto es la propia imagen. b) que el ejercicio de un derecho de propiedad sobre la propia imagen (en tanto objeto que una vez incorporado a una forma sensible es explotable económicamente) apareja el riesgo de derogación en ciertos puntos, de los caracteres comunes que el derecho a la propia imagen tiene con otros derechos de la personalidad, y por tanto el Estatuto protector de los mismos"⁵.

Por otro lado, se encuentra la concepción que se recoge en el Derecho Norteamericano del "right of publicity". En resumidas cuentas, los autores afirman que el derecho a la imagen es derecho de propiedad que recae sobre un objeto inmaterial. Siguiendo al autor nacional Walter Howard; "En efecto, el right of publicity permite la realización de toda clase de negocios jurídicos cuyo objeto es la imagen en su aspecto económico, y al tener contenido patrimonial, sobrevive a la persona titular del derecho integrándose en su herencia"⁶.

En base a ello, hay autores que sustentan que asistimos a una "patrimonialización" del derecho a la imagen⁷.

3 Lamas, Daniel Mario. Ob. Cit. Pág. 202.

4 Balsa, María. "Algunas cuestiones sobre el Derecho a la propia imagen". Fundación Cultura Universitaria. Primera edición noviembre 2001. Pág. 44

5 Balsa, María, Ob. Cit. Pág. 43 y 44.

6 Howard, Walter. "Derecho de la persona" Tomo I. Pag 181

7 Nogueira Alcalá, Humberto. "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización", publicado en Revista Ius et Praxis, 13 (2): 245-285, 2007.

Las críticas a la teoría pregonada por Jacques Ravans son múltiples. A continuación expondremos las más importantes.

1) En primer lugar, la concepción de la imagen no es solamente aquello que nos viene dado tal como lo afirma Jacques Ravans, sino que, en base a lo que tenemos, cada uno puede transformar su imagen, o trabajarla a su gusto. Como forma de ilustrar lo expuesto, pongamos algunos ejemplos:

- a) Una hipótesis de transformación tiene que ver con la industria de las cirugías plásticas. Un hombre o mujer, que recurre a una cirugía, modifica aquello que viene dado. Por tanto, es autor de su imagen.
- b) La segunda hipótesis es el trabajo de la imagen. Ciertas personas viven de su imagen. En concreto, un modelo trabaja, ejerce su imagen. Recordemos que la imagen no es solamente el rostro, sino que, se entiende en un sentido amplio, imagen del ser humano en su conjunto.

2) La segunda crítica radica en que Ravans no tienen en cuenta la dualidad del derecho a la imagen sino que lo concibe únicamente como derecho fundamental.

En un extremo, la misma, posee una fase subjetiva, allí reposa la protección al derecho fundamental, en el otro, una faceta objetiva, la posibilidad de explotación comercial de la misma. He aquí la aplicación del derecho de autor.

En apoyo a estas críticas, cabe citar un fragmento de una sentencia del Tribunal Constitucional Español que fuera recogida por el prestigioso autor chileno Dr. Humberto Nogueira Alcalá: *“El derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de la propia imagen*, aunque obviamente la explotación comercial in consentida -o incluso en determinadas circunstancias la consentida- de la imagen de una persona puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen”⁸ (el resaltado nos pertenece) (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 81/2001, de 26 de marzo, F.2.). Las afirmaciones del Tribunal español son contundentes y no dejan lugar a la duda.

En virtud de la debilidad manifiesta de la teoría negatoria del derecho a la imagen como especie del derecho de autor, somos partidarios de la teoría expuesta por la Dra. María Balsa que posiciona al derecho a la imagen en una dimensión real, moderna y logra contemplar la totalidad de los ámbitos en donde se moviliza la imagen personal.

4. CONSENTIMIENTO EXPRESO

Ya hemos hecho mención a lo que establece la multicitada ley en cuanto al consentimiento en caso de cesión de derechos a la imagen. En síntesis, es necesario que el cedente autorice de forma expresa la utilización de su imagen, en lo posible, estableciendo su alcance y fines.

En cuanto a las formalidades, no es necesario que el consentimiento se preste por escrito. Sin lugar a dudas, ello da mayor seguridad, pero no es un requisito formal.

Doctrina y jurisprudencia uruguayas son contestes en afirmar que la interpretación de la autorización debe hacerse siempre de forma restrictiva⁹.

Siguiendo en este ámbito, los autores son acérrimos en afirmar que el consentimiento debe tener una vigencia temporal.

Recordemos lo que señala María Balsa cuando afirma “En definitiva, en cualquier caso, las licencias o autorizaciones otorgadas para el aprovechamiento económico de la propia imagen deberán ser interpretadas

⁸ Nogueira Alcalá, Humberto. *Ob. Cit.*

⁹ Lamas, Daniel Mario. *Ob. Cit.* Pág 219; Balsas, María. *Ob. Cit.* Pág 125 y ss.

estrictamente, no pudiéndose admitir la cesión de derecho, ni una autorización para su aprovechamiento sin limitaciones¹⁰.

Es decir, no se puede ceder la imagen de una persona perpetuamente y para cualquier fin. Aseguran, que lo que se cede es el derecho a explotar la imagen y de manera temporal, no admitiéndose cesiones perpetuas.

En concreto, se forma en cabeza del cedido un derecho nuevo, de carácter exclusivamente patrimonial, distinto del derecho a la imagen correspondiente a la personalidad humana, exclusivo de su único titular, el cedente.

El inciso 2 del artículo 21 de la ley N° 9.739 dispone que el consentimiento otorgado por una persona para que explote su imagen es esencialmente revocable.

Sin embargo, existe una obligación de reparar los daños y perjuicios, para quien decida unilateral e incausadamente terminar con esta licencia.

No tenemos el agrado de compartir la posición esgrimida por la Dra. María Balsa cuando afirma "... en cualquier caso debería exigirse al retratado una justa causa o motivo razonable para el ejercicio de su derecho de revocación, en aquellos casos en los que existió un contrato que tuvo por objeto la autorización o licencia para el aprovechamiento económico de la propia imagen con su respectiva contraprestación"¹¹.

Diferimos de su postura, ya que, la prestigiosa Dra. omite mencionar el principio general de interpretación en derecho; "cuando el legislador no distingue no le corresponde al intérprete hacerlo". Por tanto, debemos atenernos a lo dispuesto por la citada normativa. Ella es clara y precisa, y prevé, que en caso de ejercer este derecho (potestativo, por lo que, no se necesita justa causa), el retratado deberá los daños y perjuicios.

Por último, consideramos pertinente el reparo que pregona el Dr. Walter Howard, con respecto a la titularidad del consentimiento cuando ha fallecido la persona cuya imagen se pretende utilizar; "En efecto, si bien la autorización para una utilización de la imagen puede ser dada tanto por su cónyuge, como por sus hijos y sus padres, al legitimación varía cuando se trata de su explotación comercial, pues en ese caso, el derecho pertenece en forma exclusiva a los herederos del retratado"¹².

Coincidimos plenamente con el autor citado, con la precisión, de que la expresión "retratado" debe entenderse en un sentido amplio.

5. LICENCIA O AUTORIZACIÓN DE USO DE IMAGEN

Para evitar equívocos preferimos que el derecho a la imagen se conceda a través de un contrato de "licencia" o "autorización", pues el término "cesión" puede confundir sobre el objeto del negocio.

El límite temporal de la "autorización" debe indicarse cuando se presta el consentimiento expreso. En ausencia de ello, corresponde aplicar el régimen supletorio previsto en el art. 32 de la ley sobre los derechos de autor que remite a los usos y costumbres. Para ello, debemos recurrir a lo que en plaza se estila y dependerá del caso concreto y del momento en que se realice la autorización.

Sin perjuicio de lo cual, frente a un eventual conflicto, quien deberá resolver será el Juez. Este último posee amplios medios a su alcance para determinar todo aquello que a la luz del contrato no se deduzca claramente.

10 Balsa, María. Ob. Cit. Pág 218.

11 Balsa, María. Ob Cit. Pág 136

12 Howard, Walter. "Derecho de la persona" Volumen I, Primera edición año 2008, Montevideo, Uruguay. Pág 193.

6. EL USOLÍCITO DE LA IMAGEN AJENA

El inciso 3 del art. 21 de la ley comentada en el presente trabajo, prevé que es “libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos, y, en general, culturales o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren realizado en público”.

La principal duda a disipar es qué se entiende por retrato. La doctrina y jurisprudencia entienden que el término ha de referirse a la imagen exterior que brinda la persona. Ello incluye la voz, otras partes del cuerpo, y cualquier otra representación de la misma hacia el exterior.

Entendemos que la expresión “fines científicos o didácticos” no reviste mayores problemas de interpretación.

Otra duda que se plantea es qué significa el término “cultural”. En la doctrina española se han definido como fines culturales “aquellas actividades de las ciencias, de las artes, y de la docencia orientadas al mejoramiento de las facultades intelectuales y morales del hombre considerado como individuo y como miembro de la comunidad”. Se trata, en tanto se admita la referida concepción, de una noción sumamente amplia que sólo puede ser concretada a la luz de cada caso concreto.¹³

Coincidimos parcialmente con la posición que se expuso supra, ya que, en cuanto a la docencia, creemos que ésta debe incluirse dentro de la excepción didáctica, no cultural.

Por otro lado, en cuanto a la última excepción -acontecimientos de interés público o que se hubieren realizado en público- no existen mayores reparos, por lo que remitimos al libro “Derecho de la Persona” del Dr. Walter Howard.¹⁴

7. VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IMAGEN: CONSECUENCIAS CIVILES Y REPARACIÓN DEL DAÑO

Como última reflexión veamos qué consecuencia conlleva la violación de la normativa analizada en el ámbito civil.

En primer lugar, la comercialización, difusión o cualquier otra acción análoga de una imagen, sin autorización o abusando del consentimiento otorgado es una acción ilícita.

Como tal, pasible de acción civil. La jurisprudencia ha resuelto que las acciones a tomar en estos casos son:

- a) Responsabilidad contractual.
- b) Responsabilidad extracontractual.
- c) Enriquecimiento sin causa.

En cada caso en particular se tomarán en cuenta los elementos existentes para determinar qué acción debe proseguir.

Principales argumentos expuestos por la jurisprudencia para considerar la violación del derecho a la imagen dentro de la responsabilidad aquilina. Análisis de un caso jurisprudencial.

Resulta interesante analizar el caso que fuera sentenciado en primera instancia por la Dra. Beatriz Ventruini y en segunda instancia, por el Tribunal Civil de 3er Turno.

En oportunidad de dictar la sentencia de segunda instancia el referido Tribunal, si bien confirma la recurrida, analiza el incumplimiento desde la responsabilidad aquilina y no desde la responsabilidad contractual.

¹³ Howard, Walter. “Derecho de la persona” Volumen 1. Primera edición año 2008. Montevideo, Uruguay Pág 194.

¹⁴ Howard, Walter. “Derecho de la persona” Volumen 1. Primera edición año 2008. Montevideo, Uruguay Pág 194.

“En lo que refiere el primer agravio formulado por la recurrente, consistente en la naturaleza del ámbito de responsabilidad en que se inscribe el caso –Ley N° 9739- esta Sala comparte lo sostenido por la recurrente, difiriendo con la opinión de la distinguida a-quo.

En efecto, *no existe una obligación* que se pretenda incumplida por parte de los demandados, *sino que lo establecido en la Ley mencionada constituye un deber genérico*, expresado en la *prohibición de abusar de la imagen del sujeto, conducta que se verifica cuando el uso de la misma extravasa los límites que la misma permite y que están delineados en el art. 21.*

En consecuencia, lo que emerge de tal norma no es otra cosa que la protección de la imagen de la persona, delineando un ámbito de permiso que resulta de la lectura del inciso final de dicho artículo. Solo en casos de abuso en el uso permitido de la imagen, podrá funcionar el instituto de la responsabilidad civil: de allí que deba inscribirse en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, al no responder a la violación de una obligación legal ni convencional preestablecida.”¹⁵.

Compartimos parcialmente las afirmaciones vertidas por el Tribunal. Creemos que no podemos dar una solución genérica para todos los casos. Debemos recurrir a los hechos, para poder extraer las normas aplicables.

En el caso en cuestión, entendemos que la solución dispuesta por el Tribunal no es la ajustada.

Cierto es que el art 21 establece el deber genérico de no violentar la imagen personal. **No obstante lo cual, cuando ese deber genérico se circunscribe en un contrato deja de ser genérico y queda sujeto a las disposiciones contractuales de la materia.**

8. CONCLUSIONES

Quedan expuestas las últimas opiniones en materia internacional y nacional sobre el derecho a la imagen. En particular, sobre su objeto, alcance y proyecciones futuras.

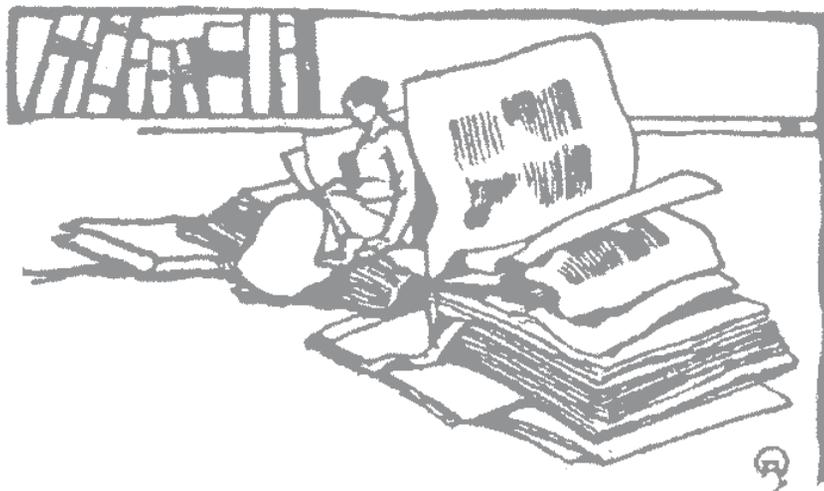
El derecho a la imagen no escapa a la tendencia actual de expansión de la protección de los derechos humanos.

El desarrollo global de internet y más concretamente, el surgimiento masivo de las redes sociales pueden llevar a una nueva fuente de reclamaciones con base en el derecho a la imagen. Lo cual, en última instancia, es consecuencia de la falta de intimidad, y de la dudosa eficacia de los mecanismos de protección de ciertos derechos fundamentales en estos sitios.

La legislación debería acompañar estos cambios sociales. Cierto es, que los tiempos no son los mismos que los que dispone el Poder Legislativo, pero debe entenderse que la sociedad necesita una protección del derecho a la imagen, acorde con los cambios.

Por lo cual, debemos adaptarnos a la últimas tendencias en materia regulatoria de este derecho. He aquí, lo primordial para su entendimiento.

15 Cita Online: UY/JUR/110/2008. La ley uruguaya online.



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Curso de Derecho Administrativo, de Julio Rodolfo Comadira, Héctor Jorge Escola y Julio Pablo Comadira por Carlos E. Delpiazzo

Delitos informáticos, de Martín Pecoy Taque por Pedro J. Montano

El control del acceso a la información pública y de la protección de datos personales del Uruguay, de Pablo Schiavi por Cristina Vázquez

Veto al aborto. Estudios interdisciplinarios sobre las 15 tesis del Presidente Tabaré Vázquez, varios autores por Juan Manuel Gutiérrez Bartol

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

JULIO RODOLFO COMADIRA, HÉCTOR JORGE ESCOLA Y JULIO PABLO COMADIRA
ABELEDOPERROT, BUENOS AIRES, 2012, 2 TOMOS, 1940 PÁGS.

La obra que se comenta es singular desde varios puntos de vista.

I

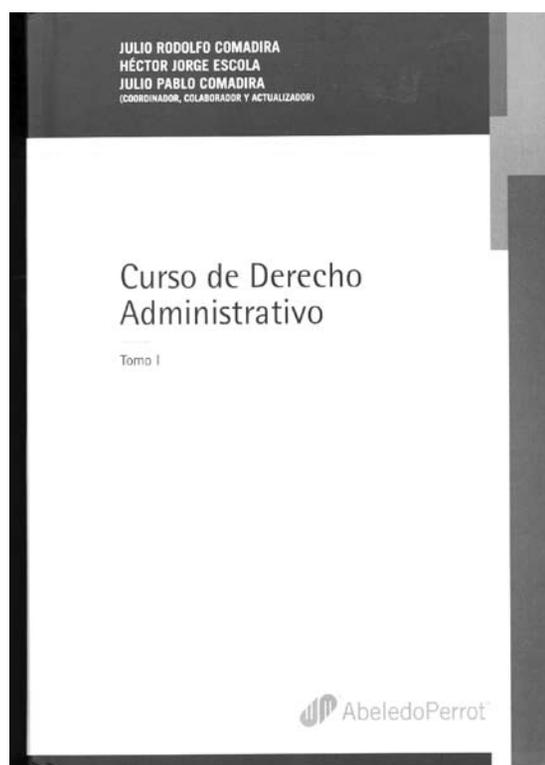
En primer lugar, más allá de su valía intrínseca y excelente presentación, es motivo de profundo regocijo para el autor de esta recensión, que el Dr. Julio Pablo Comadira (identificado como coordinador, colaborador y actualizador, aunque ha sido mucho más que eso) haya tenido la feliz idea y la férrea voluntad de llevar adelante este emprendimiento que su padre, el Prof. Julio Rodolfo Comadira, concibió y comenzó años atrás.

Me unió con el Prof. Julio Rodolfo Comadira una amistad verdadera y en el ambiente de nuestros frecuentes diálogos a la distancia o cuando coincidíamos en eventos científicos, ambos intercambiábamos ideas acerca de cómo plasmar obras en nuestros respectivos países que reflejaran la compartida concepción del Derecho Administrativo como instrumento privilegiado para el logro del bien común.

Otro común amigo, el Profesor mexicano Jorge Fernández Ruiz nos obligó a pasar de los dichos a los hechos cuando nos invitó a participar en la Colección Internacional de Derecho Administrativo propiciado por la Universidad Autónoma de México y la Editorial Porrúa, escribiendo los respectivos tomos relativos a Argentina y Uruguay.

Mi "Derecho Administrativo Uruguayo" apareció en el año 2005 y el "Derecho Administrativo Argentino" se publicó en el año 2006 cuando mi buen amigo inesperada y sorpresivamente ya había abandonado este mundo el 2 de octubre de 2005. Fue así que la desinteresada colaboración del Prof. Héctor Jorge Escola hizo posible la terminación de dicha obra.

De todos modos, los dos sabíamos que la participación en dicha colección no cumplía el propósito que



ambos abrigábamos. Por eso, seguimos trabajando en paralelo: yo planifiqué mi obra en 4 volúmenes, 2 de Derecho Administrativo Especial (aparecidos en 2006 y 2007, y actualizados en segunda edición en 2009 y 2010) y 2 de Derecho Administrativo General (de los cuales se publicó el volumen 1 el año pasado y me encuentro elaborando el volumen 2), y el Prof. Julio Rodolfo Comadira proyectó su obra a partir de la publicada en México y de sus anteriores "Derecho Administrativo" (con varias ediciones) y "Elementos de Derecho Administrativo", sin perjuicio de muchas otras obras y trabajos de enjundia.

II

Así las cosas, en segundo lugar, es de justicia destacar que la concreción del propósito del Prof. Julio Rodolfo Comadira es mérito de su hijo (por eso, el rol del Dr. Julio Pablo Comadira es más que el de coordinador, colaborador y actualizador, con el que se identifica), sin desconocer el aporte del Prof. Héctor Jorge Escola y de todos los integrantes de la preciosa familia Comadira Herrero.

En efecto, si bien es posible descubrir en este Curso la matriz de la obra preparada para la citada

Colección Internacional de Derecho Administrativo, la sistematización de todo el nuevo material incorporado, la prolijidad de los índices y la puesta al día en cada capítulo evidencia un trabajo ciclópeo de quien ya se perfila como una figura del Derecho Administrativo contemporáneo.

III

En tercer lugar, la obra responde a un enfoque moderno concretado en 10 partes compuestas por 25 extensos capítulos, a saber:

- a) El Derecho Administrativo (conformada por 2 capítulos);
- b) Juridicidad administrativa y situaciones jurídicas subjetivas;
- c) Personalidad del Estado y organización administrativa (conformada por 4 capítulos);
- d) Acto administrativo;
- e) Actividad administrativa de prestación, fomento y coacción (conformada por 3 capítulos);
- f) Contratos administrativos (conformada por 6 capítulos);
- g) Procedimiento administrativo (conformada por 2 capítulos);
- h) Control judicial de la Administración y responsabilidad del Estado (conformada por 2 capítulos);
- i) Dominio público y privado del Estado y limitaciones administrativas a la propiedad (conformada por 2 capítulos); y
- j) Otros estudios (en los que se vuelca la experiencia docente del Prof. Julio Rodolfo Comadira).

Como puede apreciarse, nada queda fuera de esta obra magnífica, en la cual se abordan comprometidamente todos los temas que hoy conforman la disciplina científica del Derecho Administrativo, ilustrada con fallos y bibliografía cuidadosamente citados.

IV

En cuarto lugar, esta recensión no sería completa si no pusiera de manifiesto la visión humanista que trasunta la obra, para cuyos autores la servicialidad administrativa se funda en la centralidad de la persona humana.

Ya desde las primeras líneas se enfatiza en la satisfacción del bien común como causa final de la actividad estatal (pág. 3), adhiriendo a una "visión servicial y no opresiva de la prerrogativa pública y a una concepción solidaria del derecho individual" (pág. 18). De ahí también la lógica preocupación por el futuro a la luz de tendencias que se insinúan como no garantistas del fin debido (pág. 31 y sigtes.).

Bajo esa óptica, bien se dice que "el principio de juridicidad implica que las autoridades administrativas deben actuar con sujeción a los principios generales del Derecho -aquellos que derivan de la dignidad de la persona y de la naturaleza objetiva de las cosas- a la Constitución Nacional, a los principios que surgen de ella, a los tratados internacionales..., a la ley formal, a los reglamentos -en subordinación expresada en el conocido principio de inderogabilidad singular de los reglamentos- a los precedentes administrativos, en la medida en que en su seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad" (págs. 99 y 100).

Tal enfoque permea la visión que la obra exhibe en toda su extensión al abordar el acto administrativo, los cometidos de la Administración y los contratos que ella celebra.

En tal sentido, interesa citar, por su realismo y proyección contemporánea, el modo en que se inicia el estudio de la responsabilidad estatal: "El principio de juridicidad... no sería más que una ilusión, la expresión esperanzada de juristas vocacionales, la explicación ingenua o hipócrita de los docentes en Derecho Administrativo o, en todo caso, la aspiración siempre incumplida de una comunidad ávida de creer en la República, si la responsabilidad del Estado y de los funcionarios no operaran como garantía de la juridicidad" (pág. 1503).

V

En quinto lugar, no puedo omitir una referencia personal -en realidad, toda esta recensión lo es- al capítulo XXV, titulado "Una experiencia docente en el posgrado de Derecho Administrativo. A diez años del inicio del Master en Derecho Administrativo", donde

se recoge la conferencia que el Prof. Julio Rodolfo Comadira pronunció el 14 de setiembre de 2001 en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

Conservo junto a la versión original de aquella conferencia el reproche de mi querido amigo por no haber escrito por mi parte las vivencias y experiencias de los comienzos del Master de Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo, iniciado bajo mi dirección en el año 1994. Quizás pueda superar la omisión en oportunidad de los ya próximos 20 años de comenzada tal aventura.

VI

No veo mejor manera de terminar esta nota a una obra llamada a ocupar un lugar de destaque en la literatura científica del Derecho Administrativo moderno que hacerlo con la frase con la que el Prof.

Julio Rodolfo Comadira cerraba aquella conferencia y con la que su hijo ha tenido el acierto de poner broche de oro al Curso: "El contexto social no es, por cierto, propicio para conductas altruistas sin la observancia de una buena dosis de heroísmo. Parecieran predominar, en efecto, quienes, como decía Oscar Wilde, conocen el precio de todas las cosas pero el valor de ninguna. No importa. El cinismo no es producto de una sociedad enferma; antes bien, la sociedad está enferma porque hay cínicos. Por eso el grito testimonial que estamos llamados a dar es que lo bueno es posible... en cada dictamen, en cada sentencia, en cada decisión. El heroísmo es uno de los deberes esenciales que impone la libertad. Es el único modo posible de lograr en el futuro la mejor sociedad, es decir, aquella en que, como recuerda Peter Kreft, es fácil ser bueno" (pág. 1790).

Dr. Carlos E. Delpiazzo
Setiembre de 2012

DELITOS INFORMÁTICOS

REALIDAD JURÍDICO-PENAL EN
URUGUAY
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL Y
NORMATIVO

DR. MARTÍN PECOY TAQUE
UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO, 2012

Estamos en presencia de un manual imprescindible no solo para introducirse en la materia desde el punto de vista teórico, sino sobre todo, práctico.

El autor divide su obra en tres partes, una dogmática, y dos eminentemente útiles: selección de normas internacionales y de derecho comparado, y recopilación de sentencias uruguayas.

La terminología específica, normalmente en inglés, y de uso frecuente, se nos hace accesible -warez, cracking, hacking, phreaking- sin perjuicio de las expresiones comunes en español como la estafa y piratería informáticas.

En la parte teórica aborda la criminalidad informática desde el punto de vista de la realidad criminológica, para pronunciarse sobre la naturaleza del denominado delito informático que, para él, no existe en el derecho positivo uruguayo. Es esencialmente una modalidad criminógena, que analiza de acuerdo al tradicional esquema de informática como objeto de la criminalidad, como ocasión, y como medio.

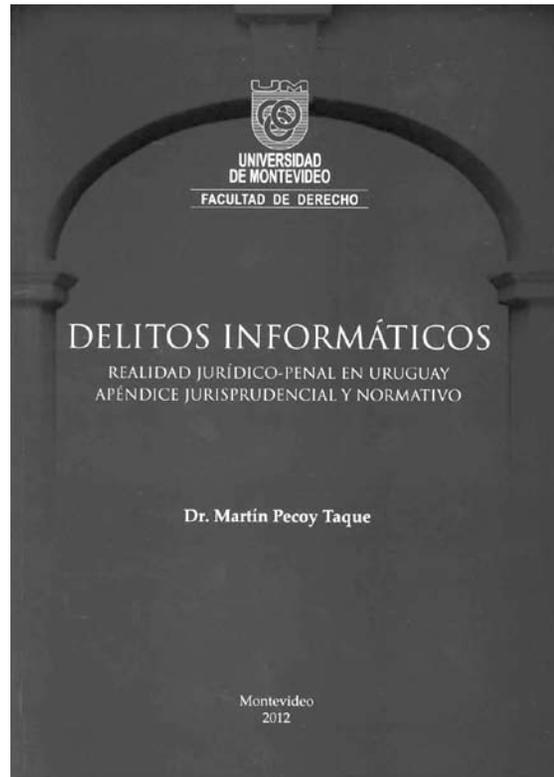
En la informática como objeto del delito trata las modalidades de sabotaje y piratería informáticos, el hackeo, el crackeo, y el DDNS (Denegación de Servicio de Nombres de Dominio), considerando a esta última junto con el daño de datos, figuras atípicas.

La informática como medio para cometer el delito incluye la falsificación de documento electrónico, los fraudes con cajeros y tarjetas de crédito, el robo de identidad, el phreaking para hacer llamadas gratuitas, y pornografía infantil.

Cuando analiza la informática como ocasión delictiva se concentra sobre todo, en la comercialización de software violando normas de propiedad intelectual, y el warez o violación de códigos de seguridad.

La protección de la información es objeto de tratamiento aparte a través de las modalidades de espionaje informático, sabotaje e intrusismo informático empresarial, lo que es de especial importancia por el valor que adquieren los datos, muy por encima a veces, de lo que cuestan el software y el hardware.

Lógicamente, en todas estas maniobras habrá especiales dificultades probatorias en las que un peritaje técnico será esencial a la hora de la prueba.



Por eso, el autor se detiene analizando la recopilación y estudio de las evidencias.

Capítulo aparte merece, por su creciente popularidad e interdependencia, la criminalidad en el ámbito de las redes sociales. Destaca también Pecoy, la importancia probatoria para lograr determinar sobre todo el nexo causal para llegar a la identificación del criminal. Divide el tratamiento en tres apartados: robo de información, fraude y daño informático.

La condena por delitos de amenazas a través de redes sociales, ya es un hecho desde la innovadora sentencia 162/2007 del Tribunal de Apelaciones de 4º Turno, que incluye. Las injurias, el grooming, y el acoso a través de divulgación de información falsa, cada vez son lamentablemente, más frecuentes en internet, y la constatación práctica de la indefensión de la víctima se hace evidente. Con estas acciones se busca minar y socavar moral y psicológicamente a una persona, a fin de conseguir su control a nivel emocional. Si bien esta actividad puede producirse en cualquier instancia, concluye que es particularmente grave en los casos en los que una persona lleva a cabo este tipo de coacciones y presiones emocionales en contra de un menor, con el objeto de obtener algún tipo de favor sexual.

En otro capítulo aborda el delito en el comercio electrónico, y analiza la estafa informática y el phis-

hing o simulación de identidad on-line. Continúa con la falsificación de documentos electrónicos, la publicidad engañosa y la sustracción de datos personales.

Los derechos incorporales y su tutela aparecen analizados a través de los virus, el peer to peer (P2P), y el fenómeno de la copia privada. Constata la baja de la conciencia de la ilicitud de la conducta que obliga a desarrollar nuevos mecanismos técnicos, como la esteganografía, para lograr una real protección. Los derechos de autor se ven constantemente violados gracias a las facilidades que brinda internet, a pesar de las ocasionales redadas que realiza el FBI clau-

surando algún sitio que funciona como depósito de películas o publicaciones.

Concluye el autor que la creación de figuras delictivas ad-hoc no están basadas en datos de la realidad fidedignos, y que la mayoría de las conductas pueden ser atrapadas en los delitos vigentes.

En suma, es un libro muy bien escrito, con estricto rigor científico, que constituye un material de consulta esencial, por lo que merece felicitar a su autor.

Dr. Pedro J. Montano

EL CONTROL DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DEL URUGUAY

DR. PABLO SCHIAVI
UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO, 2012.

Me complace presentar este libro del Dr. Pablo Schiavi, que recoge su trabajo de tesis para optar al título de Máster en Derecho Administrativo Económico, trabajo que vi gestarse y nacer porque tuve el gusto de acompañar al autor desde la condición de tutora de tesis.

Apoyarlo en la tarea me ha dado la oportunidad de aquilatar sus condiciones de trabajador serio, siempre dispuesto a redoblar el esfuerzo en pos de un mejor resultado.

En definitiva, la obra refleja el carácter entusiasta y comprometido de Schiavi y cumple con las exigencias de un trabajo de investigación, tanto en sentido formal como sustancial.

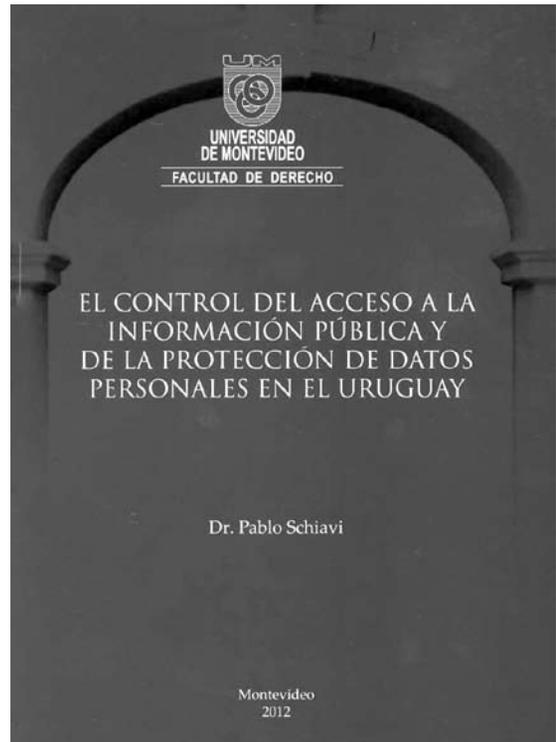
Con certera perspectiva metodológica, una vez escogido el tema se sumergió en el estudio del Derecho positivo, la doctrina y la jurisprudencia y pronto me transmitió cuál sería el problema de investigación que constituiría el eje de su análisis. Es así que, desde el inicio tuvo claros los objetivos, las preguntas y la justificación de dicha investigación.

Un aspecto formal adicional caracteriza al autor como investigador en el caso, y es que ha sido capaz de llevar a palabras claras, precisas y accesibles, su conceptualización del problema.

Su propósito ha sido el estudio del control del acceso a la información pública y de la protección de datos personales, tanto a nivel administrativo como jurisdiccional, en nuestro país. No obstante, no eludió la consideración de las soluciones del Derecho y la doctrina comparados. Tampoco descuidó la necesaria referencia a los antecedentes parlamentarios, no siempre convocados por los autores a pesar de su utilidad en nuestro ordenamiento, para la interpretación de los textos normativos.

Dentro del objeto de estudio definido, Schiavi supo identificar como aspecto de particular interés, el de la trascendencia creciente que va cobrando la jurisprudencia administrativa de las entidades reguladoras y de control en la materia (Unidad Reguladora y de Control de Protección de Datos Personales, y Unidad de Acceso a la Información Pública).

En efecto, la inclusión de los dictámenes de los órganos reguladores y su análisis se convirtieron en el



corazón de la investigación, de manera que distingue este abordaje eminentemente práctico, de otros muy valiosos trabajos escritos sobre el tema.

El libro se compone de siete capítulos, el primero de los cuales realiza la introducción refiriendo al ejercicio del control del Estado a través de órganos desconcentrados en la órbita del Poder Ejecutivo. El análisis de estos órganos es luego desarrollado extensamente en los capítulos cuarto y quinto.

Los capítulos segundo y tercero procuran conceptualizar -en un contexto de estudio de doctrina y Derecho comparados- los institutos protagónicos, del acceso a la información pública y la protección de datos personales.

En el capítulo sexto, por su parte, se estudia el Poder Judicial ante el acceso a la información pública y la protección de datos personales, con análisis de sentencias relevantes para la temática.

El capítulo séptimo es el de las reflexiones del autor a partir de la breve historia de aplicación de esta normativa.

La bibliografía es rica, incluyendo autores de diversas nacionalidades y posturas doctrinarias.

Durante su defensa oral, Schiavi transmitió al Tribunal de Tesis la esperanza de que el trabajo se constituyera en verdadero aporte para la consideración del tema que es su objeto. Hoy sentimos la convicción de poder afirmar que lo ha conseguido.

Dra. Cristina Vázquez

VETO AL ABORTO ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS SOBRE LAS 15 TESIS DEL PRESIDENTE TABARÉ VÁZQUEZ.

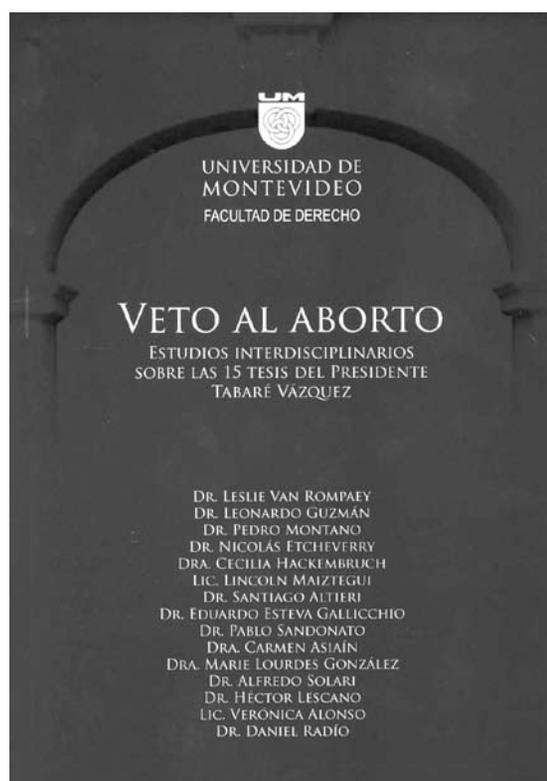
DR. LESLIE VAN ROMPAEY
DR. LEONARDO GUZMÁN
DR. PEDRO MONTANO
DR. NICOLÁS ETCHEVERRY
DRA. CECILIA HACKEMBRUCH
LIC. LINCOLN MAIZTEGUI
DR. SANTIAGO ALTIERI
DR. EDUARDO ESTEVA GALLICCHIO
DR. PABLO SANDONATO
DRA. CARMEN ASIAÍN
DRA. MARIE LOURDES GONZÁLEZ
DR. ALFERDO SOLARI
DR. HÉCTOR LESCANO
LIC. VERÓNICA ALONSO
DR. DANIEL RADÍO
UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO, 2012

Se me ha conferido el honor de realizar esta reseña. Trata sobre un libro muy sensible, que nos sumerge en una de las decisiones más impactantes de nuestra historia parlamentaria y política. Aún recuerdo la mañana en que un amigo mío, antes de saludarme siquiera, me certificó lo que esperábamos nerviosos hacía tiempo: "Lo vetó".

El 14 de noviembre de 2008, Tabaré Vázquez había observado los capítulos de un proyecto de ley recién aprobado por el Parlamento, que consagraban el derecho al aborto en nuestro país. El Poder Legislativo no alcanzó la mayoría necesaria para levantar la observación - redactada en tres carillas - y la iniciativa naufragó.

Casi un año y medio después, José Mujica asumió la Presidencia de la República. Había afirmado que no seguiría el ejemplo de su predecesor en aquel punto.

"Tenemos que hacer algo". Ese pensamiento se nos clavó en la mente a mí y a algunos compañeros más, y nos lanzamos a la aventura enardecidos, sin saber exactamente qué era ese algo que debíamos hacer.



Hablamos con muchas personas enteradas, pidiendo consejo, informándonos y formándonos. Pero no éramos grandes ejecutivos; tan sólo conseguimos entrevistas con algunos legisladores y no mucho más.

Entre quienes nos apoyaron y asesoraron estaba el Ec. Francisco Rodríguez Folle (profesor de la FCEE), cuya sugerencia fue que escribiéramos un libro basado en el veto de Vázquez. Mejor dicho, que coordináramos ese libro, que debía ser escrito por referentes en distintas áreas de influencia: la academia, la política, la comunicación. El entusiasmo que nos insufló se desgastó rápidamente, al darnos cuenta del trabajo que esto suponía y de lo grande que nos quedaba. Si esta iniciativa no surgía directamente de las autoridades de la Universidad, iba a ser muy difícil. La idea del libro quedó "en el freezer" hasta 2012.

Poco después de comenzar los cursos de este año, el Dr. Nicolás Etcheverry - con quien también habíamos compartido inquietudes - nos llamó aparte a Augusto Dell'Ava y a mí en un recreo. El motivo: el libro; la UM había decidido coordinarlo y publicarlo. Ya habían dividido las quince tesis del veto y estaban casi todas repartidas entre los autores, para que las desarrollaran. La tarea de ahí en más sería esperar a los trabajos de todos y recopilarlos. En definitiva, necesitaban un par de auxiliares para esa labor.

La verdad es que hicimos más bien poco, pero presenciamos todo el proceso hasta que el libro fue publicado.

Esa es la historia de "*Veto al aborto*" - o lo que vi de ella. En su conjunto es un libro propiamente académico y no de opinión; fruto de estudios extensos, reflexiones profundas y una buena dosis de sentido común. Desafortunadamente, hoy pocos tendrían tiempo de leer un libro así. Esto parece haber sido previsto, ya que uno puede empezar leyéndolo por donde más le interese, sin necesidad de leer todos los trabajos de una vez. Hoy vivimos apurados y la gente quizás no tiene tiempo para leer un libro entero, pero sí un artículo, y luego otro.

¿Su propósito? Aportar algo de luz a un debate innecesariamente polarizado. Debate en el cual los extremistas ya han perdido credibilidad, sobre todo entre la juventud.

Debate en el cual la eterna pregunta de "¿Qué hay que hacer?" ya fue contestada hace tiempo, aunque a veces no lo parezca: Salvar a los dos.

Esa pregunta, más principista, hoy está dejando paso a otra netamente política, en el sentido más puro y honesto de la palabra: "¿Cómo lo hacemos?". El libro encara ambas interrogantes, para remachar la respuesta a la primera y, en base a ella, orientar una respuesta - o propuesta - a la segunda.

El Dr. Leslie VAN ROMPAEY (Ministro Emérito de la Suprema Corte de Justicia) nos honra prologando esta obra, cuyos contenidos siguen el orden que Tabaré Vázquez le dio al veto.

Las tesis de corte más humanista y existencial son abordadas por los Dres. GUZMÁN y ETCHEVERRY y por el Lic. Lincoln MAIZTEGUI. Las Dras. GONZÁLEZ y HACKEMBRUCH nos descubren la nobleza de la Medicina como práctica profesional y como política, en ambos casos inconciliables con el aborto.

El Dr. MONTANO nos recuerda la función pedagógica que la ley penal ejerce inevitablemente en una sociedad, ilustrándonos acerca de los efectos que produce una legislación permisiva del aborto.

Más adelante, un núcleo de tesis jurídicas nos ratifica la protección que el Derecho otorga al concebido y a todo aquel a quien se pretenda obligar a participar en un aborto: El Dr. ALTIERI nos habla del estatuto jurídico del cigoto, los Dres. ESTEVA GALLICCHIO y SANDONATO de su protección en la Constitución y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; y la Dra. ASIAÍN encara a fondo el polémico instituto de la objeción de conciencia, tanto individual como colectiva.

Finalmente, legisladores de los cuatro partidos políticos comentan las últimas dos tesis del veto. La colaboración conjunta de los Dres. SOLARI, LESCANO y RADÍO y de la Lic. ALONSO deja ver que este tema va más allá de los partidos, dado que en todos hay gente que ya sabe lo que hay que hacer: salvar a los dos. Sus reflexiones nos abren la puerta a ese "Cómo lo hacemos", una nueva etapa por la cual tímidamente empezamos a transitar. De a poco trascendemos la cuestión meramente penal y vamos abriendo la cabeza a todo el problema, del cual el aborto no es más que un desenlace fatal.

Esas últimas dos tesis de VÁZQUEZ nos hablan de solidaridad y, en el fondo, de amor. Es un buen comienzo, si lo que viene luego son obras, creatividad puesta en acción y trabajo duro, sin desanimarse ante las dificultades. No hay que esperar a que el gobierno de turno implemente políticas en este sentido; cada uno puede vivirlo desde ya con quienes tiene cerca, sacrificándose con alegría para hacerlos felices. Y eso tiene un efecto multiplicador.

Juan Manuel Gutiérrez Bartol

