



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Perfil del Profesor Universitario 3

DOCTRINA

Delpiazzo, Carlos E.

El principio de seguridad jurídica en el mundo virtual 7

Díaz, Soledad, Rothschild, Julie y Ruanova, Mariela

El Acuerdo de Arbitraje Comercial
Internacional del Mercosur 17

Gorczevski, Clovis

Consejo de Derechos Humanos de ONU:
la búsqueda de una nueva realidad 25

Montano, Pedro J.

Compensación de culpas y concurso culposo
en el Derecho penal uruguayo 33

Olivera García, Ricardo

El sistema constitutivo de la anónima uruguaya
y su incidencia en el funcionamiento societario 41

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

Durán Martínez, Augusto

Particularidades del régimen recursivo en los
procedimientos de contratación administrativa 57

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de lo Contencioso
Administrativo Nº 9/2006 de 6 de febrero de 2006 73

Bugallo, Beatriz

“Algunas cuestiones sobre el registro de eslóganes
como marca” 73

INFORMACIONES

20 años de actividad académica en la UM 83

Creación del Instituto de Derecho Económico 87

Innovaciones en el Plan de estudios de Abogacía 89

Cursos vespertinos 91

Competencia de argumentación jurídica 93

Consultorio Jurídico 95

TESINAS DE MASTERS

Achard Brito del Pino, Andrés

La prohibición de reforma del acto administrativo
y el art. 310, inc. 1º de la Constitución Nacional 99

MONOGRAFIAS DE ESTUDIANTES

Cal, Manuel y De Cores, Carlos Andrés

El concepto de interés público y su incidencia
en la contratación administrativa 131

Bellocq, Pedro y Slinger, Diego

La responsabilidad patrimonial de los sindicatos 141

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Un torneo de todos: Ética en la persona
la empresa y el Estado 151

Propiedad intelectual 155

Derecho Penal para Escribanos 163

Contencioso Administrativo 165

ÍNDICES DE LOS TOMOS I A V

Índice de Autores 169

Índice de Materias 174

Índice de Secciones 179

MENSAJE DEL DECANO

Perfil del Profesor Universitario

Dos son los aspectos a los que quiero referirme cuando hago referencia al perfil que deberíamos tender como profesores de la UM, sobre todo a la hora de preguntarnos cómo conciliar el objetivo de una educación personalizada con el fomento de la madurez, cualidad que en nuestros días no es fácil de encontrar...

A) Un primer aspecto a considerar es el respeto por las normas. Tengo la impresión que en esta materia nuestro país en general y nuestra Universidad de Montevideo en particular tiene una enorme tarea por delante. Basta con estar medianamente informado para comprobar que en la actualidad el tema del respeto por las leyes y normas – sean del tipo que sean – no parece estar de moda. Por el contrario, parecería que nos hemos acostumbrado a su violación reiterada y hemos anestesiado nuestras conciencias a la hora de entender y vivir la importancia de su cumplimiento. Hoy por hoy todo parece negociable. No sólo se procura “negociar” una norma – interpretándola de la forma más elástica y conveniente posible a nuestros particulares intereses – sino que hemos llegado al colmo de pretender negociar los fallos y sentencias de la justicia. Y este culto a la libre interpretación y negociación permanente sólo nos conducirá cada día en forma más acelerada a la imprevisibilidad y al caos, ahuyentando sistemáticamente a todos aquellos que de una manera u otra quieran apoyar a nuestro país.

No respetar las normas supone a) no respetar a las autoridades que en diversos ámbitos las emiten, b) no respetar a aquellos que sí las acatan y c) no respetarnos a nosotros mismos. Por supuesto – puede haber casos en que esas normas deben ser revisadas, corregidas y en algunas ocasiones suprimidas – pero para hacerlo transitemos por los senderos que ellas mismas o sus gestores nos indican. Todo lo que sea no ir por esas vías sólo nos conduce al desorden y a la injusticia de creernos superiores al resto. Tenemos la maldita costumbre de auto-convencernos que nuestros casos siempre son excepcionales; que nuestra situación se sale de lo normal; que tenemos un derecho casi divino de saltarnos los mecanismos y disposiciones que rigen para los demás. Es hora de que en esta Universidad y a través de ella, la sociedad comience a percibir un nuevo mensaje. Una señal de humilde acatamiento a las normas para fortalecer el bien común y para lograr nuestro propio beneficio. ¿Cómo podemos hacerlo? Sin necesidad de proclamas ni actos extraordinarios: Simplemente estando enterados de las disposiciones e información de nuestras respectivas bedelías, cumpliendo con los plazos establecidos para fijar los exámenes y pruebas parciales, corrigiendo y entregando los resultados dentro de los tiempos que figuran en los reglamentos correspondientes a cada unidad académica. Sin permitir, salvo casos realmente graves y excepcionales, debidamente comprobados y autorizados por quienes estén facultados para ello, que ningún estudiante se considere con privilegios para dar pruebas o exámenes fuera de lo establecido por la administración. Si todos nos atene-



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
Ruta 10, M. 62 S. 36
Pinamar, Canelones

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

*

Redacción y suscripciones

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

Impresión

Zonalibro
Gral. Palleja 2478
Tel.: 208 78 19 - Telefax: 208 96 03
Montevideo - Uruguay
E-mail: zonalibro@adinet.com.uy

Deposito Legal 337.657 / 06
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 VI (2007), N° 11

mos a cumplir con estas básicas y sencillas medidas, habremos contribuido en forma considerable a que esta Universidad reinicie y relance una toma de conciencia de respeto a las normas que sin duda le hará bien al país entero.

En palabras de San Josemaría Escrivá “...*el Derecho ordena según justicia la convivencia de los hombres y de los pueblos, y garantiza contra los abusos y tiranías de quienes querrían vivir o gobernar a tenor de su propio arbitrio o de su fuerza prepotente*”. Si coincidimos con ellas, debemos procurar unir la teoría con los actos, imprimiendo coherencia y elevando la dignidad de nuestro quehacer universitario, cumpliendo y respetando con sentido casi reverencial las normas que de ese propio quehacer emanan.

B) El segundo aspecto es un recurrente, constante y cotidiano replanteo, del sentido y finalidad de la persona humana. El riesgo enorme de los crecimientos, de la masificación y de la internacionalización en los procesos educativos es que puede ir anesthesiando nuestra preocupación por el ser humano individual. El auge de la educación a distancia, con medios tecnológicos cada vez más eficaces nos permite llegar cada vez a un mayor número de personas, pero a la vez nos aumenta el riesgo de despersonalizar esa educación, tornándonos cada día más mercantilistas y despreocupados por la persona humana concreta, por esa que deberíamos ver día a día con un nombre y apellido, identificable. Es el encuentro de los rostros, el intercambio de miradas, el que puede contrarrestar ese proceso de masificación, y por eso, la preocupación constante por buscar y encontrar esos rostros y miradas, de dialogar e intercambiar ideas, ha de ser tan o más importante que la de buscar y encontrar nuevos temas y enfoques para dar nuestros cursos. Más de una vez he pensado que nuestras capacidades de educar, de formar integralmente a los jóvenes que pasan por estos edificios no se da tanto durante el tiempo de una clase, en el aula y abordando una temática específica, sino en los ratos extra, en los pasillos, en el intercambio de saludos, en las consultas imprevistas en nuestros despachos, en los gestos o actitudes que podemos de mil maneras transmitir cuando no estamos impartiendo nuestras materias. Por eso, la persona humana debe ser siempre lo primero; si olvidáramos esto, estaríamos matando el espíritu de esta Universidad.

“*La universidad faltaría a su vocación – decía Juan Pablo II – si se cerrara al sentido de lo absoluto y trascendente, ya que limitaría arbitrariamente la investigación de toda la realidad o de la verdad y terminaría por perjudicar al hombre mismo, cuya más alta aspiración es conocer lo verdadero, lo bueno, lo bello, y esperar un destino que lo trascienda...*” Buscar la verdad, el bien y la belleza en todas y cualquiera de sus manifestaciones debe ser el norte de nuestro quehacer académico. Leonardo Polo comenta en un trabajo suyo sobre Universidad y Sociedad que “*la verdad es la solidez de lo real que concede consistencia al existir humano*”. Vivir de espaldas o sin interés por llegar a conocer y profundizar estos tres valores sería vivir sin solidez, sin apoyos firmes; sería semejante a hacer un trapecismo vital sin preocuparnos por tender las redes que nos sujeten en caso de caídas. Por eso Polo agregaba en ese trabajo algunas características claves que, según San Josemaría Escrivá, todo docente e investigador debería cultivar:

- amplitud de horizontes y profundización enérgica en sus estudios
- afán recto y sano (nunca frivolidad) de renovar las doctrinas típicas del pensamiento tradicional, en la filosofía y en la interpretación de la historia
- una cuidadosa atención a las orientaciones de la ciencia y del pensamiento contemporáneos
- una actitud positiva y abierta ante la transformación actual de las estructuras sociales y de las formas de vida.

Estas características apuntan a esa educación personalizada e integral que supone abarcar con la mayor extensión y profundidad posibles 5 aspectos o dimensiones que conforman a toda persona humana: intelectual, estética, moral, espiritual y afectiva.

En resumen, poner en primer lugar a la persona humana individual, única e irrepitible, es servir a la sociedad y al bien común en la forma que se debe servir. Sin tanto hincapié en las cifras y las estadísticas que todo lo abstraen y reducen a fórmulas y términos mercantiles, de utilidad política o económica. No nos contagiemos ni contribuyamos a difundir las culturas que proclaman directa o indirectamente la muerte del hombre como persona y valor trascendente – según expresión de Juan Pablo II – o que se han impregnado del espíritu utilitarista, materialista y consumista que le rinde homenaje al egoísmo por encima de todas las cosas.

En definitiva, esto es apertura y compromiso con la vida, la vida en todas sus manifestaciones y la vida con mayúscula, que implica a su vez apertura a la trascendencia, también en todas sus facetas y manifestaciones.

Dr. Nicolás Etcheverry



DOCTRINA

- *Delpiazzo, Carlos E.* - *“El principio de seguridad jurídica en el mundo virtual”*
- *Díaz, Soledad, Rothschild, Julie y Ruanova, Mariela* - *“El Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur”*
- *Gorczevski, Clovis* - *“Consejo de Derechos Humanos de ONU: la búsqueda de una nueva realidad”*
- *Montano, Pedro J.* - *“Compensación de culpas y concurso culposo en el Derecho penal uruguayo”*
- *Olivera García, Ricardo* - *“El sistema constitutivo de la anónima uruguaya y su incidencia en el funcionamiento societario”*

EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA EN EL MUNDO VIRTUAL

CARLOS E. DELPIAZZO

Profesor de Derecho Administrativo, Profesor de Informática Jurídica
y Director del Instituto de Derecho Informático (U de la R)
Profesor de Derecho Administrativo, Director del Programa Master de Derecho
Administrativo Económico (PMDAE)
y Profesor de Derecho Informático (UM)

SUMARIO:

I. BASE CONSTITUCIONAL. II. NOCION. III. NATURALEZA JURÍDICA.
IV. SEGURIDAD EN EL MUNDO VIRTUAL. V. SEGURIDAD DE LA INTIMIDAD.

I. BASE CONSTITUCIONAL

La primera de las disposiciones de la Sección II de nuestra Constitución, titulada «Derechos, deberes y garantías», prevé que «Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, *seguridad*, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general» (art. 7º).

Según lo destacara el máximo comentarista de nuestra Carta constitucional, «El derecho a la protección de la seguridad es un concepto muy amplio, que abarca el derecho a ser amparado por todas las normas de garantía relativas a los demás derechos constitucionalmente consagrados, y por las disposiciones legales que se dicten con la misma finalidad, en ejecución de los mandatos del constituyente»⁽¹⁾.

Más adelante, la Constitución particulariza respecto a distintos aspectos de la seguridad.

Así, el art. 31 prevé que «La *seguridad individual* no podrá suspenderse sino con la anuencia de la Asamblea General, o estando ésta disuelta o en receso, de la Comisión Permanente, y en el caso extraordinario de traición o conspiración contra la patria».

A su vez, el art. 168, num. 1º dispone que al Poder Ejecutivo corresponde «La conservación del orden y tranquilidad en lo interior, y la *seguridad en lo exterior*».

Por su parte, el art. 195 crea el Banco de Previsión Social «con el cometido de coordinar los servicios estatales de previsión social y organizar la *seguridad social*».

Finalmente, el art. 262 establece que «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».

De este modo, dentro del género seguridad, la Constitución refiere a especies tales como la seguridad individual, la seguridad en lo exterior, la seguridad social y la seguridad pública.

II. NOCION

Respecto a la noción de **seguridad**, cabe decir que «Es un sustantivo que traduce un estado institucional y/o personal. Proviene del latín *securitas* que dice de sus propiedades o de los componentes de lo propio, en tanto se refiere a lo cierto, lo confiable, lo indemne, lo conocido, lo indubitable, lo responsable, lo sólido, lo

1. Justino JIMENEZ DE ARECHAGA - «La Constitución Nacional» (Cámara de Senadores, Montevideo, 1991), tomo I, pág. 340.

infalible, lo estable, lo continuo, lo transparente, lo tranquilo, lo protegido, lo amparado, de y en la vivencia y la convivencia»⁽²⁾.

La misma se traduce “como la certidumbre del individuo de que su persona, bienes y derechos están a salvo de ataques violentos e indebidos y, en el peor de los casos, de efectuarse, se harán cesar con premura y los daños le serán resarcidos; la seguridad es, por tanto, punto de partida del Estado y puerto de arribo del derecho”⁽³⁾.

Apreciada en sus caracteres, la seguridad como indicativa de la calidad de seguro, es decir, libre y exento de todo peligro, daño o riesgo, busca la salvaguarda de la unicidad de la persona humana, es reclamo de su dignidad inherente, y no halla su razón de ser en el Estado ni en la sociedad sino en el hombre como fin⁽⁴⁾.

Dentro de tal concepto genérico de seguridad, es posible distinguir distintas especies o clases⁽⁵⁾, tales como:

- a) la seguridad jurídica;
- b) la seguridad pública⁽⁶⁾ o ciudadana⁽⁷⁾ como integrante del concepto de orden público;
- c) seguridad individual o humana⁽⁸⁾;
- d) seguridad social⁽⁹⁾; y
- e) seguridad nacional⁽¹⁰⁾.

En cuanto a la **seguridad jurídica**, la misma alude a la certeza, el orden, la firmeza y la confianza en el ordenamiento⁽¹¹⁾, no sólo en las relaciones jurídicas entre particulares sino especialmente en las relaciones entre el ciudadano y la Administración y aún frente al legislador⁽¹²⁾.

Según se ha dicho, la seguridad jurídica tiene un componente objetivo fincado en la certeza de la positividad del Derecho y su observancia, y en su aspecto subjetivo tiene en cuenta la confianza puesta por la persona en el comportamiento correcto de quienes deben aplicarlo⁽¹³⁾.

III) NATURALEZA JURIDICA

Prescindiendo de la discusión -más bien filosófica- acerca de si la seguridad jurídica es un valor o un principio⁽¹⁴⁾, desde el punto de vista jurídico tiene la operatividad de un principio porque es en sí lo primero⁽¹⁵⁾.

En orden a su **caracterización**, es posible hacer coincidir la definición de los principios generales de Derecho con su designación, a través de las tres palabras que componen su nombre⁽¹⁶⁾.

2. Luciano PAREJO ALFONSO y Roberto DROMI - «Seguridad pública y Derecho administrativo» (E.C.A. - Marcial Pons, Buenos Aires - Madrid, 2001), pág. 201.
3. Jorge FERNANDEZ RUIZ - “Apuntes para una teoría jurídica de la seguridad”, en Anuario de Derecho Administrativo, tomo X, pág. 39.
4. Mariano R. BRITO - “Seguridad. Visión desde una óptica unitaria”, en Jorge FERNANDEZ RUIZ (Coordinador) - “Derecho Administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados” (UNAM, México, 2005), pág. 591 y sigtes.
5. Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo Especial” (A.M.F., Montevideo, 2006), volumen I, pág. 290 y sigtes.
6. Gabino E. CASTREJON GARCIA - “La seguridad pública en el marco administrativo y constitucional”, en Jorge FERNANDEZ RUIZ (Coordinador) - “Derecho Administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados” (UNAM, México, 2005), pág. 601 y sigtes.
7. Luciano PAREJO ALFONSO - “La seguridad ciudadana y el orden público”, en Luciano PAREJO ALFONSO y Roberto DROMI - «Seguridad pública y Derecho administrativo» (E.C.A. - Marcial Pons, Buenos Aires - Madrid, 2001), pág. 44.
8. Graciela LOPEZ MACHIN - “La seguridad humana como garantía de la persona”, en Rev. de Derecho Público, Año 2003, N° 24, pág. 155 y sigtes.
9. Julio A. PRAT - “Seguridad social y Acto Institucional N° 9” (A.M.F., Montevideo, 1980), pág. 9 y sigtes.; y Américo PLA RODRIGUEZ - “Introducción y conceptos generales”, en A.A.V.V. - “La seguridad social en el Uruguay” (F.C.U., Montevideo, s/f), pág. 17 y sigtes.
10. Mariano R. BRITO - «Defensa nacional», en Introducción al estudio actualizado de los cometidos estatales (F.C.U., Montevideo, 2000), pág. 89 y sigtes.
11. Federico A. CASTILLO BLANCO - “El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho”, en Documentación Administrativa (INAP, Madrid, 2002), N° 263-264, pág. 33.
12. Trabajos varios en Documentación Administrativa (INAP, Madrid, 2002), N° 263-264.
13. Pedro José Jorge COVIELLO - “La confianza legítima”, en VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer Carías (FUNEDA, Caracas, 2004), tomo I, pág. 295 y sigtes.; y “La protección de la confianza del administrado” (Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004), pág. 293 y sigtes.
14. Federico A. CASTILLO BLANCO - “El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho” cit., pág. 36 y sigtes.
15. José Anibal CAGNONI - “La primacía de la persona: el principio personalista”, en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2003), N° 24, pág. 135 y sigtes.
16. Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo Uruguayo” (UNAM - Porrúa, México, 2005), págs. 12 y 13.

En primer lugar, son principios por cuanto constituyen los soportes primarios estructurales del sistema jurídico todo, al que prestan su contenido. Como bien lo ha destacado REAL, «en todo sistema jurídico hay cantidad de reglas de gran generalidad, verdaderamente fundamentales, en el sentido de que a ellas pueden vincularse, de un modo directo o indirecto, una serie de soluciones expresas del Derecho positivo a la vez que pueden resolverse, mediante su aplicación, casos no previstos, que dichas normas regulan implícitamente»⁽¹⁷⁾. Se trata de auténticos cimientos que cumplen la triple función de servir como criterio de interpretación de las normas escritas, de colmar las lagunas o vacíos normativos, y de constituir el medio más idóneo para asegurar la unidad dentro de la pluralidad de preceptos que se aplican en la Administración⁽¹⁸⁾.

En segundo lugar, son reglas de carácter general porque trascienden un precepto concreto y no se confunden con apreciaciones singulares o particulares.

En tercer lugar, los principios generales son de Derecho ya que se trata de fórmulas técnicas del mundo jurídico y no de simples criterios morales, buenas intenciones o vagas directivas. A pesar de que no se presentan habitualmente con la estructura típica de una regla de Derecho, ninguna duda puede existir acerca de que revisten el carácter de tal⁽¹⁹⁾.

Desde el punto de vista de su **jerarquía**, participan de la suprema eficacia normativa de la Constitución e, incluso, para parte de la doctrina, se ubican por encima de la misma por ser anteriores a ella, que los reconoce nominadamente en el art. 332 e innominadamente en el art. 72, a cuyo tenor “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno”. Quiere decir que derechos o deberes y garantías inherentes a la personalidad humana o que derivan de la forma republicana de gobierno, no enumerados por la Constitución, integran el concepto de “regla de Derecho” según lo explicita el art. 23, lit. a) del decreto ley orgánico del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 15.524 de 9 de enero de 1984 al disponer que se considera tal “todo principio de Derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual”.

Además, según lo destacara BARBE PEREZ, constituyen fuente directa y principal de nuestro Derecho porque “sería ontológicamente absurdo y lógicamente contradictorio que siendo principios generales sólo se apliquen si no hay texto, sino que los textos deben estar de acuerdo a los principios y los principios de acuerdo a la naturaleza de las cosas”⁽²⁰⁾.

Si en todos los campos del Derecho la **importancia** de los principios generales de Derecho es cardinal, ello es especialmente cierto en el ámbito de un Derecho novedoso, como es el Derecho Telemático, con vocación de universalidad y en formación requerido de piezas arquitecturales del ordenamiento, cuya manifestación se verifica fundamentalmente a través de la práctica aplicativa del Derecho y del desarrollo de la ciencia jurídica⁽²¹⁾.

IV) SEGURIDAD EN EL MUNDO VIRTUAL

Parece obvio que la seguridad en el mundo virtual (intrínsecamente intangible) no puede lograrse del mismo modo y a través de los mismos instrumentos que la seguridad proveniente del mundo preinformático (sustentado en lo tangible), adquiriendo nuevas tonalidades a la luz de la novedosa realidad⁽²²⁾.

Especialmente, en los negocios, la forma exigida para los contratos, la registración pública, la certificación de las firmas y otros institutos no son medios de seguridad apropiados cuando los contratos se celebran a distancia, entre ausentes, sin escritos y hasta en forma anónima⁽²³⁾.

17. Alberto Ramón REAL - «Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya» (Montevideo, 1965), pág. 16, y en A.A.V.V. - “Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado” (F.C.U., Montevideo, 2001), pág. 87 y sigtes.
18. Héctor PRUGONE SCHIAVONE - «Principios del procedimiento administrativo», en A.A.V.V. - “El nuevo procedimiento administrativo” (Fronade, Montevideo, 1991), págs. 31 y 40.
19. Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO - «Reflexiones sobre los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya», en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real (F.C.U., Montevideo, 1996), pág. 173 y sigtes., y en A.A.V.V. - “Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado” cit., pág. 137 y sigtes.
20. Héctor BARBE PEREZ - «Los principios generales de Derecho como fuente de Derecho administrativo en el Derecho positivo uruguayo», en Estudios Jurídicos en memoria de Juan José Amézaga (Montevideo, 1958), pág. 37 y sigtes., y en A.A.V.V. - “Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado” cit., pág. 19 y sigtes.
21. Carlos E. DELPIAZZO y María José VIEGA - “Lecciones de Derecho Telemático” (F.C.U., Montevideo, 2004), pág. 73 y sigtes.
22. Carlos E. DELPIAZZO - “¿Hacia dónde va el Derecho de Internet?”, en Derecho Informático (F.C.U., Montevideo, 2004), tomo IV, pág. 247 y sigtes.
23. Michael BEXKER - «Las transacciones electrónicas y sus influencias en el Derecho civil y administrativo y la posición de los notarios alemanes y holandeses», en A.A.V.V. - «La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas» (Civitas, Madrid, 2002), pág. 63 y sigtes.

Según se ha destacado con acierto, «Durante las primeras décadas de su existencia, las redes de computadoras fueron usadas principalmente por investigadores universitarios para el envío de correo electrónico, y por empleados corporativos para compartir impresoras. En estas condiciones, la seguridad no recibió mucha atención. Pero ahora, cuando millones de ciudadanos comunes usan redes para sus transacciones bancarias, compras y declaraciones de impuestos, la seguridad de las redes aparece en el horizonte como un problema potencial de grandes proporciones... Los problemas de seguridad de las redes pueden dividirse en términos generales en cuatro áreas interrelacionadas: secreto, validación de identificación, no repudio y control de integridad. El *secreto* tiene que ver con mantener la información fuera de las manos de usuarios no autorizados. Esto es lo que normalmente viene a la mente cuando la gente piensa en la seguridad de las redes. La *validación de identificación* se encarga de determinar con quién se está hablando antes de revelar información delicada o hacer un trato de negocios. El *no repudio* se encarga de de las firmas... Por último, ¿cómo puede asegurarse de que un mensaje recibido realmente fue el enviado, y no algo que un adversario malicioso modificó en el camino o cocinó por su propia cuenta?»⁽²⁴⁾, es decir, que no fue alterado en su *integridad*.

Para atender a los cuatro aspectos de seguridad indicados, deben adoptarse previsiones tanto en el hardware como en el software de red y, especialmente, en la llamada capa de aplicación, en la cual se implementarán soluciones de cifrado. El arte de diseñar cifradores (criptografía) y de descifrarlos (criptoanálisis) se conocen colectivamente como criptología.

Según se ha destacado, «La criptografía moderna usa las mismas ideas básicas que la criptografía tradicional, la transposición y la sustitución, pero su orientación es distinta. Tradicionalmente, los criptógrafos han usado algoritmos sencillos y se han apoyado en claves muy largas para la seguridad. Hoy día es cierto lo inverso: el objetivo es hacer el algoritmo de cifrado tan complicado y rebuscado que inclusive si el criptoanalista obtiene cantidades enormes de texto cifrado a su gusto, no será capaz de entender nada»⁽²⁵⁾.

Además, a partir de 1976, el sistema clásico de algoritmo de clave secreta, vino a ser superado por el algoritmo de clave pública, en el que las claves de cifrado y descifrado son diferentes, posibilitando formas más sofisticadas de aseguramiento⁽²⁶⁾.

En síntesis, es evidente que la seguridad jurídica reclama siempre y en todo caso -también en Internet- certeza, estabilidad y razonabilidad, a cuyo alcance deben converger tanto soluciones normativas como tecnológicas.

V) SEGURIDAD DE LA INTIMIDAD

Capítulo aparte merece la consideración de la seguridad -especialmente en el primero de los aspectos antes señalados- en su relación con el derecho a la intimidad -y su nuevo rostro actual: el derecho a la protección de los datos personales⁽²⁷⁾- en el mundo globalizado a través de las telecomunicaciones⁽²⁸⁾.

A) Perspectiva

En varias oportunidades anteriores⁽²⁹⁾, he recordado que «Todo ser humano guarda siempre un misterio en su corazón, una zona reservada a la mirada indiscreta de cualquier otro, que constituye el núcleo más hondo y arraigado de su personalidad, aquello que le hace sentirse autónomo y diferente. Se trata de todo ese mundo interior donde anidan y se esconden los sentimientos, deseos, ilusiones, pensamientos, alegrías y penas, nostalgias o vergüenzas, experiencias e historias, acontecimientos y omisiones..., que son nuestro patrimonio más auténtico, lo único que nos pertenece por completo, porque nos hace sentirnos como sujetos personales, no como un objeto cualquiera expuesto a la contemplación curiosa de los demás»⁽³⁰⁾.

24. Andrew S. TANENBAUM - «Redes de Computadoras» (Pearson, México, 1997), 3ª edición, pág. 577 y sigtes.

25. Andrew S. TANENBAUM - «Redes de Computadoras» cit., pág. 587 y sigtes.

26. Carlos E. DELPIAZZO - «La autenticación de las operaciones comerciales en Internet», en anuario Derecho Informático» (F.C.U., Montevideo, 2001), tomo I, pág. 256.

27. Carlos E. DELPIAZZO - «Protección de los datos personales en tiempos de Internet. El nuevo rostro del derecho a la intimidad», en Rev. de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay (Montevideo, 2002), N° III, pág. 253 y sigtes.

28. Carlos E. DELPIAZZO - «Derecho de las Telecomunicaciones» (U.M., Montevideo, 2005), pág. 87 y sigtes.

29. Carlos E. DELPIAZZO - «Dignidad humana y Derecho» (U.M., Montevideo, 2001), pág. 123 y sigtes.; y «El derecho a la intimidad en el ciberespacio», en Anales de las 30 Jornadas Argentinas de Informática e Investigación Operativa (Buenos Aires, 2001), pág. 51 y sigtes.

30. Eduardo LOPEZ AZPITARTE - «Ética y vida» (Edic. Paulinas, Madrid, 1990), pág. 330.

El reconocimiento explícito de este derecho es relativamente reciente y muestra una evolución que puede examinarse a través de ciclos sucesivos, sentidos diferentes y enfoques diversos, en cuyo marco procede ubicar la protección jurídica actual de los datos personales en general y en el sector de las telecomunicaciones en particular.

En cuanto a la evolución histórica del derecho a la intimidad, es habitual señalar como hito fundamental en su perfilamiento, el clásico «right to be alone» (1890), es decir, el derecho a ser dejado sólo o a ser dejado en paz o a no ser importunado. Este concepto de «privacy» apuntó básicamente a una protección jurídica contra la publicidad de actos o datos personales puestos en conocimiento del público sin noticia o permiso de la persona afectada. Posteriormente, dicho concepto se extendió para abarcar el derecho de los individuos, grupos o instituciones para determinar por sí mismos cuándo, cómo y con qué extensión puede ser comunicada a terceros la información acerca de aquéllos.

En cuanto al sentido de este derecho, el mismo ha transitado desde un sentido negativo (meramente garantista) hacia un sentido positivo. Al respecto, se ha señalado que hasta la consolidación de la sociedad industrial, el «right to privacy» constreñía su contenido al conjunto de facultades de exclusión de ingerencias de terceros en la esfera íntima. En cambio, a partir de la segunda mitad del siglo XX comienza a adquirir un sentido positivo, en la medida que ya no sólo se trata de establecer barreras para preservar la integridad de la dimensión interior del individuo sino que además se afirma la «privacy» como un presupuesto del ejercicio de otros derechos con proyección social e incluso económica.

En cuanto al modo de encarar la protección de la intimidad, se advierte que originalmente el diseño de su tutela se fundó en el concepto de propiedad, extendiendo como medios de protección las herramientas jurídicas pensadas para la tutela del dominio. Ello ha permitido hablar de una visión «patrimonialista» de Derecho privado, luego superada por un enfoque desde la perspectiva del Derecho público que pone el acento en la eminente dignidad humana y en la protección de sus derechos fundamentales⁽³¹⁾.

La irrupción de la Informática primero⁽³²⁾ y de la Telemática después, como resultante de su encuentro con las Telecomunicaciones⁽³³⁾, ha replanteado la cuestión del derecho a la intimidad en atención al riesgo que para la persona implica la estructuración de grandes bancos de datos de carácter personal, y particularmente la potencialidad del entrecruzamiento de información contenida en ellos.

A partir de esa realidad, «la libertad informática»⁽³⁴⁾ aparece como un nuevo derecho de autotutela de la propia identidad informática, o sea, el derecho de controlar (conocer, corregir, quitar o agregar) los datos personales inscritos en un programa electrónico.

Frente al «poder informático» de quienes pueden acumular informaciones sobre cada persona en cantidad ilimitada, de memorizarla, usarla y transferirla como una mercancía, el derecho a la intimidad se configura como una nueva forma de libertad personal, ya no caracterizada negativamente como la posibilidad de refutar o evitar el uso de datos referidos a cada uno, sino positivamente como la potestad de ejercer un poder de control sobre las informaciones referidas a la propia persona. Consiste en lo que ha dado en llamarse libertad informática, consistente en el derecho de autotutela de la propia identidad informática, es decir, en el derecho de vigilar los datos personales incluidos en archivos automatizados.

Frente a las posibilidades tecnológicas de conseguir un «ciudadano de cristal», la libertad informática es el derecho de disponer de la información personal, de preservar la propia identidad informática o, lo que es lo mismo, de consentir, controlar y rectificar los datos informativos concernientes a la propia personalidad; al derecho de informar y de ser informado se ha agregado el derecho de proteger la libertad de la información como un bien personal, que constituye un nuevo derecho fundamental, propio de la tercera generación, que tiene por finalidad el control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente.

31. Héctor GROS ESPIELL - "La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos", en CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS - "Dignidad Humana" (Universidad de la República, Montevideo, 2003), pág. 9 y sigtes.; y José Aníbal CAGNONI - "La dignidad humana. Naturaleza y alcances", en CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS - "Dignidad Humana" cit., pág. 65 y sigtes., y en Rev. de Derecho Público, Año 2003, N° 23, pág. 11 y sigtes.

32. Carlos E. DELPIAZZO - «Información, Informática y Derecho» (A.M.F., Montevideo, 1989), pág. 67 y sigtes.

33. Carlos E. DELPIAZZO - "Derecho de la Informática y las Telecomunicaciones", en XXIX Curso de Derecho Internacional (O.E.A., Washington, 2002), pág. 395 y sigtes.; «El Derecho telemático: respuesta a la convergencia tecnológica», en VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (Lima, 2000), pág. 54 y sigtes.; «El Derecho ante las telecomunicaciones, la informática e Internet», en anuario "Derecho Informático" (F.C.U., Montevideo, 2003), tomo III, pág. 41 y sigtes.; y Carlos E. DELPIAZZO y María José VIEGA - "Lecciones de Derecho Telemático" cit., pág. 51 y sigtes.

34. Carlos E. DELPIAZZO - «Poder y libertad informática», en Rev. Sistemas de Informática (Montevideo, 1985), págs. 16 y 17; y «Nuevamente sobre poder y libertad informáticos», en Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Informático (Montevideo, 1987), pág. 147 y sigtes.

Teniendo en cuenta esta realidad, la doctrina y jurisprudencia alemanas han preferido hablar del «derecho a la autodeterminación informativa»⁽³⁵⁾ a partir del sonado caso resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 15 de diciembre de 1983, en la cual se examinó la constitucionalidad de la ley de censo de población, concluyéndose que no sería compatible con el derecho a la autodeterminación informativa un orden social y un orden jurídico que hiciesen posible «el que el ciudadano ya no pudiera saber quién, qué, cuándo y con qué motivo se sabe algo sobre él... La libre eclosión de la personalidad presupone en las condiciones modernas de la elaboración de datos la protección del individuo contra la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitadas de los datos concernientes a su persona».

Finalmente, cabe destacar que un sector de la doctrina utiliza la expresión «derecho a la protección de datos personales»⁽³⁶⁾ para designar el derecho bajo examen cuyo objeto es la tutela de una parte sustancial del derecho a la intimidad: la que se refiere a la información individual.

Es que hoy resulta extraordinariamente sencillo acceder a datos personales con el nombre, apellidos, domicilio, teléfono, fax, dirección de correo electrónico u otros que, pudiendo parecer inocuos, al cruzarlos con los hábitos de consumo o al tratarlos con programas datamining -dedicados a buscar información sensible escondida dentro de bases de datos- nos proporcionan, al entrecruzarse como haces de luz, una silueta virtual perfecta que refleja el yo más íntimo del potencial usuario o consumidor, perfecta representación de sus tendencias naturales, intuitivas e instintivas.

Muchas veces, los datos personales son facilitados voluntariamente por el propio titular de los mismos para acceder gratuitamente a algún servicio o para la obtención onerosa de un bien a través de Internet sin tener conciencia de que los mismos pueden ser utilizados para fines diferentes de aquellos para los que fueron recabados. Pero otras veces los datos del internauta son dejados por éste de manera completamente involuntaria ya que, una vez que los mismos salen de su computador, desconoce la ruta que siguen hacia su destino, en qué puntos intermedios se almacenan temporalmente y quién puede acceder a ellos, copiarlos, modificarlos y utilizarlos para cualquier finalidad diferente de aquélla para la que fueron entregados.

Según se ha destacado con acierto⁽³⁷⁾, los servicios de telecomunicaciones constituyen un ámbito específico y peculiar para la protección de los datos personales por dos razones principales: por un lado, porque las crecientes interoperatividad y extensión de estos servicios constituyen por sí mismas un factor de riesgo para la seguridad de la gestión de la información en general y de los datos relacionados con la intimidad en particular; y por otro lado, porque el proceso de telecomunicación requiere determinar e identificar los puntos de terminación de la red entre los que se produce la comunicación, puntos que por su eventual identificación con personas, pueden alcanzar la consideración de datos personales.

En ese contexto, cabe referirse al tratamiento jurídico que el tema viene mereciendo a nivel comparado y en nuestro país, con especial referencia al ámbito de las telecomunicaciones.

B) Panorama comparado

En el marco de la evolución regulatoria de la seguridad de los datos personales⁽³⁸⁾, los últimos años muestran a nivel del **Derecho internacional** una creciente concientización por el tema, centrada en el amparo debido a las personas contra la posible utilización por terceros, en forma no autorizada, de sus datos personales para confeccionar con ellos informaciones que afecten o puedan afectar su entorno personal, profesional o social, en los límites de su intimidad.

35. Erhard DENNINGER - «El derecho a la autodeterminación informativa», en A.A.V.V. - «Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica» (Tecnos, Madrid, 1987), pág. 268 y sigtes.; Winfried HASSEMER y Alfredo CHIRINO SANCHEZ - «El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales» (Edit. del Puerto, Buenos Aires, 1997), pág. 166 y sigtes.; y Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA - «El derecho a la autodeterminación informativa» (Tecnos, Madrid, 1990).
36. Miguel Angel EKMEKDJIAN y Calogero PIZZOLO - «Habeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática» (Depalma, Buenos Aires, 1996), pág. 5 y sigtes.; Julio TELLEZ VALDES - «Derecho Informático» (Mc Graw Hill, México, 2004), 3ª edición, pág. 57 y sigtes.; Miguel Angel DAVARA RODRIGUEZ - «Manual de Derecho Informático» (Thomson - Aranzadi, Navarra, 2004), 6ª edición, pág. 43 y sigtes.; Alfonso ORTEGA GIMENEZ - «El derecho a la protección de datos de carácter personal en Internet», en X Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (Santiago de Chile, 2004), pág. 223 y sigtes.; y Alvaro CANALES GIL - «La protección de datos personales como derecho fundamental», en anuario «Derecho Informático» (F.C.U., Montevideo, 2004), tomo IV, pág. 261 y sigtes.
37. Agustín DE ASIS ROIG - «Protección de datos y Derecho de las telecomunicaciones», en A.A.V.V. - «Régimen jurídico de Internet» (La Ley Actualidad, Madrid, 2002), págs. 201 a 203.
38. Carlos E. DELPIAZZO y María José VIEGA - «Lecciones de Derecho Telemático» cit., pág. 227 y sigtes.

Especialmente a nivel europeo, cabe señalar en primer lugar como antecedente relevante en la materia, el Convenio N° 108 del Consejo de Europa sobre protección de las personas con relación al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 28 de enero de 1981, conocido como Convenio de Estrasburgo y abierto a la adhesión de Estados no miembros del Consejo de Europa ⁽³⁹⁾.

Conforme al mismo, se procura «garantizar, en el territorio de cada Parte, a toda persona física, cualesquiera que fueren su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales y en especial de su derecho a la intimidad con respecto al tratamiento automático de los datos de carácter personal que le conciernen» (art. 1). Para ello, establece una serie de principios relativos a los datos personales y a los ficheros computarizados (art. 5 y sigtes.), a la vez que define un «núcleo irreductible» (y no una lista exhaustiva) de datos sensibles, cuales son los que «revelaren el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual» (art. 6).

En segundo lugar, corresponde hacer referencia a la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo N° 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos ⁽⁴⁰⁾.

De acuerdo a esta Directiva también se consagran una serie de principios relativos a la calidad de los datos y el tratamiento de los mismos, se regulan los datos sensibles bajo el rótulo de «categorías especiales de tratamientos», se jerarquiza el consentimiento del afectado, se establece la obligación de informar al interesado, se reconoce ampliamente y se garantiza el derecho de acceso, se regula la confidencialidad y seguridad del tratamiento de los datos de carácter personal, y se promueve la elaboración de códigos de conducta destinados a contribuir, en función de las particularidades de cada sector, a la correcta aplicación de las disposiciones nacionales en el marco de la Directiva.

En tercer lugar, ya con específica referencia al campo de las telecomunicaciones, es preciso mencionar la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo N° 97/66/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones ⁽⁴¹⁾.

De acuerdo a la misma, «El proveedor de un servicio público de telecomunicación deberá adoptar las medidas técnicas y de gestión adecuadas para preservar la seguridad de sus servicios, de ser necesario en colaboración con el proveedor de la red pública de telecomunicación por lo que respecta a la seguridad de la red» (art. 4°). Cabe aclarar que el art. 2° define al servicio de telecomunicación como aquél «cuya prestación consiste total o parcialmente en la transmisión y el envío de señales a través de redes de telecomunicación, excepción hecha de la radiodifusión sonora y de la televisión», y define a la red pública de telecomunicación como «los sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación y otros recursos que permiten la transmisión de señales entre puntos de terminación definidos por cable, por medios radioeléctricos, por medios ópticos o por otros medios electromagnéticos que se utilizan, total o parcialmente, para la prestación de servicios públicos de telecomunicación».

Agrega el art. 5° que «Los Estados miembros garantizarán, mediante normas nacionales, la confidencialidad de las comunicaciones realizadas a través de las redes públicas de telecomunicación y de los servicios de telecomunicación accesibles al público. En particular, prohibirán la escucha, la grabación, el almacenamiento u otros tipos de interceptación o vigilancia de las comunicaciones por personas distintas de los usuarios, sin el consentimiento de los usuarios interesados, salvo cuando esté autorizada legalmente» (para proteger la seguridad nacional, la defensa, la seguridad pública, o para la detección y persecución de delitos).

En materia de tráfico y facturación, dispone el art. 6° que «los datos sobre tráfico relacionados con los usuarios y abonados tratados para establecer comunicaciones y almacenados por el proveedor de una red o servicio público de telecomunicación deberán destruirse o hacerse anónimos en cuanto termine la comunicación» (inc. 1°). «A los efectos de la facturación de los usuarios y de los pagos de las interconexiones, podrán ser tratados los datos indicados en el anexo» (que son: el número o la estación del abonado, la dirección del abonado y el tipo de estación, el número total de unidades que deben facturarse durante el ejercicio contable, el número del abonado que recibe la llamada, el tipo, la hora de comienzo y la duración de las llamadas realizadas o el volumen de datos transmitidos, la fecha de la llamada o del servicio, y otros datos relativos a los pagos), cuyo tratamiento se realizará «únicamente hasta la expiración del plazo durante el cual pueda

39. Ver: Carlos E. DELPIAZZO - «Derecho Informático Uruguayo» (Idea, Montevideo, 1995), pág. 215 y sigtes.

40. Ver: Manuel HEREDERO HIGUERAS - «La Directiva comunitaria de Protección de los Datos Personales» (Aranzadi, Pamplona, 1997).

41. Ver: Miguel Angel DAVARA RODRIGUEZ - «La protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones» (Madrid, 2000), pág. 71 y sigtes.

impugnarse legalmente la factura o exigirse el pago" (inc. 2°).

Cuando se ofrezca la posibilidad de presentar la identificación de la línea llamante, tanto el usuario que origine la llamada como el que la reciba deberá tener la posibilidad, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, de suprimir la identificación de la línea llamante (art. 8°).

Según el art. 11, "Los datos personales recogidos en las guías impresas o electrónicas accesibles al público o que pueden obtenerse a través de servicios de información deberán limitarse a lo estrictamente necesario para identificar a un abonado concreto, a menos que el abonado haya dado su consentimiento inequívoco para que se publiquen otros datos personales. El abonado tendrá derecho, de forma gratuita, a que se le excluya de una guía impresa o electrónica a petición propia, a indicar que sus datos personales no se utilicen para fines de venta directa, a que se omita parcialmente su dirección y a que no exista referencia que revele su sexo, cuando ello sea aplicable lingüísticamente".

Finalmente, las llamadas con fines de venta directa son objeto de regulación en el art. 12, a cuyo tenor "sólo se podrán autorizar respecto de aquellos abonados que hayan dado su consentimiento previo".

En cuarto lugar, corresponde hacer mención a la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo N° 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, la cual tuvo por objeto sustituir a la anterior Directiva N° 97/66/CE con el propósito de adaptar sus soluciones al desarrollo de los mercados y de las tecnologías de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, contemplando las redes móviles digitales e Internet y extendiendo las soluciones a las personas jurídicas.

En virtud de esta Directiva, se mantiene la obligación de preservar la seguridad a cargo de todo proveedor de un servicio de comunicaciones (art. 4°), entendiendo por tales "cualquier información intercambiada o conducida entre un número finito de interesados por medio de un servicio de comunicaciones electrónicas disponibles para el público" (art. 2°, lit. d).

Se reitera igualmente la obligación de los Estados miembros de garantizar "la confidencialidad de las comunicaciones y de los datos de tráfico asociados a ellas, realizadas a través de las redes públicas de comunicaciones y de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público" (art. 5°).

Asimismo, se mantiene la solución de que "los datos de tráfico relacionados con abonados y usuarios que sean tratados y almacenados por el proveedor de una red pública de comunicaciones o de un servicio de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán eliminarse o hacerse anónimos cuando ya no sea necesario a los efectos de transmisión de una comunicación" (art. 6°), sin perjuicio de los tratamientos necesarios para la facturación de los abonados y los pagos de interconexiones y de los que sean útiles para promoción comercial o prestación de servicios de valor añadido, en ambos casos con el consentimiento previo del abonado o usuario.

No obstante, se agrega que "En caso de que puedan tratarse datos de localización, distintos de los datos de tráfico,... sólo podrán tratarse estos datos si se hacen anónimos o previo consentimiento de los usuarios o abonados" (art. 9°).

En cuanto a las guías de abonados, el art. 12 prevé que "Los Estados miembros velarán por que se informe gratuitamente a los abonados antes de ser incluidos en las guías acerca de los fines de las guías de abonados, impresas o electrónicas, disponibles al público o accesibles a través de servicios de información sobre las mismas, en las que puedan incluirse sus datos personales, así como de cualquier otra posibilidad de uso basada en funciones de búsqueda incorporadas en las versiones electrónicas de la guía". Añade que "La no inclusión en una guía pública de abonados, así como la comprobación, corrección o supresión de datos personales de una guía, no deberán dar lugar al cobro de cantidad alguna".

En materia de comunicaciones no solicitadas, dispone el art. 13 que "Sólo se podrá autorizar la utilización de sistemas de llamada automática sin intervención humana (aparatos de llamada automática), fax o correo electrónico con fines de venta directa respecto de aquellos abonados que hayan dado su consentimiento previo".

Obsérvese que en los instrumentos jurídicos reseñados los conceptos de seguridad y confidencialidad, así como el consentimiento del usuario resultan claves.

Con respecto a la *seguridad*, se ha entendido que la misma debe ser analizada y comprendida tanto como seguridad física, como seguridad lógica y como seguridad jurídica ⁽⁴²⁾.

En materia de *confidencialidad*, lo que subyace es la expectativa que tienen los comunicantes a distancia de que lo comunicado es secreto, con independencia de que el contenido de la comunicación pueda o no ser

42. Miguel Angel DAVARA RODRIGUEZ - "Manual de Derecho Informático" (Aranzadi, Pamplona, 1997), pág. 33; y "La protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones" cit., 25 y sigtes.

calificado de íntimo ⁽⁴³⁾. Entiende la doctrina que el llamado derecho al secreto de las comunicaciones no abarca sólo su contenido sino también todas las circunstancias que las rodean, como la identidad de los interlocutores o el momento en el que se realizan ⁽⁴⁴⁾.

Por lo que refiere al *consentimiento del interesado* para el tratamiento de sus datos, es un principio cardinal en la materia, el cual no puede dissociarse de los principios de finalidad y licitud de la colecta ⁽⁴⁵⁾.

En quinto lugar, cabe hacer referencia a la reciente aprobación de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre retención de datos telefónicos y de comunicaciones electrónicas, conforme a la cual se obliga a los proveedores a retener los datos de llamadas y de correo electrónico (con excepción de su contenido, sólo accesible por mandato judicial) por entre 6 y 24 meses.

Se trata de una normativa limitativa de la establecida precedentemente, con el objeto de luchar contra el terrorismo y el crimen organizado.

Paralelamente a la regulación multinacional, en muchos países, frente a los cambios experimentados en el campo de las telecomunicaciones, se ha visto la necesidad de dictar normas de **Derecho interno** destinadas a tutelar la privacidad como un aspecto conexo a la nueva regulación de las telecomunicaciones ⁽⁴⁶⁾ o se ha encarado la aplicación directa de las leyes sobre protección de datos personales a los servicios de telecomunicaciones ⁽⁴⁷⁾.

Así, el art. 50 de la *Ley General de Telecomunicaciones de España* N° 11/1998 de 24 de abril de 1998 prevé que "Los operadores que presten servicios de telecomunicaciones al público o exploten redes de telecomunicaciones accesibles al público deberán garantizar, en el ejercicio de su actividad, la protección de datos de carácter personal, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica N° 5/1992 de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter Personal ⁽⁴⁸⁾, en las normas dictadas en su desarrollo y en las normas reglamentarias de carácter técnico, cuya aprobación exija la normativa comunitaria en materia de protección de datos personales" ⁽⁴⁹⁾.

Por su parte, la *Ley Orgánica de Telecomunicaciones de Venezuela* del año 2000 incluye en su art. 12, num. 2°, entre los derechos de todo usuario de servicios de telecomunicaciones, "la privacidad e inviolabilidad de sus telecomunicaciones salvo en aquellos casos expresamente autorizados por la Constitución o que, por su naturaleza, tengan carácter público" ⁽⁵⁰⁾.

C) Situación uruguaya

En el Derecho nacional no existe normativa especial en materia de seguridad de los datos personales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones y la reciente ley N° 17.838 de 24 de setiembre de 2004 refiere específicamente a la protección de los datos personales de carácter comercial, razón por lo cual la aplicación de sus normas a las telecomunicaciones no resulta sencilla, sin perjuicio de lo cual cabe rescatar la generalidad del alcance dado a la acción de habeas data y la explicitación de algunos principios generales en la materia cuya aplicación a las nuevas situaciones puede servir para resolverlas ⁽⁵¹⁾.

No obstante la ausencia de legislación específica, cabe hacer caudal de lo previsto en los arts. 7°, 10 y 72 de la Constitución para la tutela de la seguridad de los datos personales ⁽⁵²⁾ y, especialmente, de lo que establece el art. 28 de la Constitución, cuya potencialidad aplicativa en la materia debe destacarse.

43. Miquel ROCA JUNYENT y Elisa TORRALBA MENDIOLA - "Derecho a la intimidad: el secreto de las comunicaciones e Internet", en A.A.V.V. - "Régimen jurídico de Internet" (La Ley Actualidad, Madrid, 2002), pág. 185.

44. R. MARTIN MORALES - "El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones" (Civitas, Madrid, 1995), pág. 56.

45. Carlos E. DELPIAZZO - «Protección de los datos personales en tiempos de Internet. El nuevo rostro del derecho a la intimidad» cit., pág. 272; y "Historia clínica electrónica. A propósito de marco regulatorio en Uruguay", en X Congreso Iberoamericano de Derecho Informático (Santiago de Chile, 2004), pág. 241 y sigtes.

46. José Luis MONTOTO GUERRIERO - "Aspectos conexos a la regulación de las telecomunicaciones. Privacidad", en Rev. La Ley, Año LXIV, N° 234, págs. 1 y 2.

47. Agustín DE ASIS ROIG - "Protección de datos y Derecho de las telecomunicaciones" cit., pág. 204 y sigtes.

48. La Ley Orgánica N° 5/1992 de 29 de octubre de 1992 (LORTAD) fue sustituida por la Ley Orgánica N° 15/1999 de 13 de diciembre de 1999 de Protección de Datos de carácter Personal (LOPD). Ver su texto en: anuario "Derecho Informático" (F.C.U., Montevideo, 2001), tomo I, pág. 379 y sigtes.

49. Ver: L. MARTIN RETORTILLO - "Artículo 50", en Eduardo GARCIA DE ENTERRIA y Tomás QUADRA SALCEDO - "Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley N° 11/1998 de 24 de abril)" (Civitas, Madrid, 1999).

50. Ver: Rafael BADELL MADRID y José Ignacio HERNANDEZ - "Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones en Venezuela" (Caracas, 2002), pág. 131.

51. Carlos E. DELPIAZZO - "Primera lectura de la ley N° 17.838 de 24 de setiembre de 2004", en anuario "Derecho Informático" (F.C.U., Montevideo, 2005), tomo V.

52. Carlos E. DELPIAZZO - "Estado de la protección de datos personales en Uruguay", en anuario "Derecho Informático" (F.C.U., Montevideo, 2004), tomo IV, pág. 271 y sigtes.; "Posibles medios de protección frente a las responsabilidades derivadas de la gestión de bases

Al tenor de dicha norma que, con leves variantes de redacción, proviene de nuestra primera Constitución patria de 1830 (art. 140), “Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general”.

La referencia a la correspondencia “telegráfica o de cualquier otra naturaleza”, agregada en la reforma constitucional de 1934 (art. 27), merece ser destacada por cuanto, “dirigida a evitar cualquier absurda interpretación excluyente, asegura la inclusión de las comunicaciones telefónicas en el concepto de correspondencia. Pero además, impone ahora, la aplicación del texto a cualquier medio o instrumento de comunicación que el progreso científico o tecnológico pueda generar en el futuro”⁽⁵³⁾, de modo que “asegura al texto constitucional una actualidad plurisecular, en la medida que torna posible la adecuación constante de los principios allí contenidos a los nuevos avances técnicos”⁽⁵⁴⁾.

Según calificada opinión, “Es fundamental destacar que la norma constitucional garantiza no sólo la inviolabilidad del contenido de las conversaciones telefónicas sino también -como consecuencia de la prohibición de su registro- la inviolabilidad de toda lista o nómina de las llamadas que se han hecho, de qué llamadas se han recibido, y de entre quiénes y cuándo... La inviolabilidad cubre no sólo el contenido sino la existencia misma de las comunicaciones telefónicas y, por ende, su difusión y conocimiento por terceros»⁽⁵⁵⁾.

Nótese que los tres vocablos nucleares que definen las conductas prohibidas incluidas en la disposición son “registro, examen o interceptación”, los cuales, especialmente los dos primeros, encartan a mi juicio el tratamiento de los datos personales con el sentido que a la expresión tratamiento le atribuye el art. 1º, inc. 2º de la ley Nº 17.838 como “toda forma de registro, almacenamiento, distribución, transmisión, modificación, eliminación, duración y toda otra forma del mismo o similar alcance”⁽⁵⁶⁾.

En primer término, “Registrar es no sólo examinar el contenido de algo, sino también anotar, inscribir o enumerar, según resulta del Diccionario de la Real Academia Española. Entre dos acepciones de la palabra registrar, una que implica examinar, lo que significa considerar el contenido, y otra que se refiere a anotar, ambas enumeradas en el Diccionario de la Real Academia Española, el intérprete, para dar sentido al art. 28, debe optar por la acepción compatible con la más amplia protección de la libertad y la mayor limitación del poder público. Es, en el caso, la aplicación del principio hermenéutico pro hominis y la que tiene en cuenta, teleológicamente, el fin y el objeto de la norma constitucional. Y esto es además, lógico, porque comunicar una lista de llamadas hechas o recibidas, constituye -y con efectos eventualmente graves- un serio atentado a la inviolabilidad de la correspondencia telefónica”⁽⁵⁷⁾.

En segundo término, “examinar” quiere decir investigar, indagar, estudiar o analizar, en el caso, fundamentalmente el contenido de las comunicaciones de que se trate.

En tercer lugar, si bien en su sentido natural “interceptar” quiere decir detener el pasaje de algo o impedir que llegue al lugar al que se dirige, con referencia a las telecomunicaciones en general y a las comunicaciones telefónicas en particular, implica la ingerencia externa, un acto de un tercero, ajeno a los interlocutores, y que actúa sin consentimiento por lo menos de uno de ellos, a los efectos de tomar conocimiento del contenido de una conversación que de otro modo le sería desconocida, ya sea que se registre o no la misma en una cinta magnetofónica⁽⁵⁸⁾.

Sólo la ley formal, por razones de interés general, puede privar (en el sentido del art. 7º de la Constitución) de la protección constitucional del art. 28, de modo que la interceptación telefónica, aún con fines probatorios, para que sea legítima, requiere estar soportada en una norma habilitante de rango legal⁽⁵⁹⁾.

de datos en el Derecho uruguayo”, en Congreso Internacional de Informática y Derecho (Buenos Aires, 1990), pág. 382 y sigtes.; y «Tratamiento jurídico de los datos personales en Uruguay», en CD del X Congreso iberoamericano de Derecho e Informática (Santiago de Chile, 2004).

53. Héctor GROS ESPIELL - “El artículo 28 de la Constitución y las comunicaciones telefónicas”, en Rev. de Administración Pública Uruguaya, Nº 25, pág. 84.
54. Bernadette MINVIELLE - “El derecho a la intimidad y la prueba en el proceso penal, con especial referencia a las interceptaciones telefónicas”, en Rev. Uruguaya de Derecho Procesal, Año 1985, Nº 2, pág. 154.
55. Héctor GROS ESPIELL - “El artículo 28 de la Constitución y las comunicaciones telefónicas” cit., pág. 86.
56. Carlos E. DELPIAZZO - “Primera lectura de la ley Nº 17.838 de 24 de setiembre de 2004”, en anuario “Derecho Informático” (F.C.U., Montevideo, 2005), tomo V, pág. 451 y sigtes.; “Acerca de la ley Nº 17.838”, en Rev. de la Liga de Defensa Comercial (Montevideo, 2004), Nº 138, pág. 14 y sigtes.; “Las nuevas tecnologías en el Uruguay. Impacto de Internet sobre la persona”, en XV aniversario del Anuario de Derecho Administrativo (F.C.U., Montevideo, 2005), pág. 39 y sigtes.; y “El derecho a la intimidad en el nuevo horizonte telecomunicativo”, en CD del XI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática” (Panamá, 2006).
57. Héctor GROS ESPIELL - “El artículo 28 de la Constitución y las comunicaciones telefónicas” cit., págs. 86 y 87.
58. Bernadette MINVIELLE - “El derecho a la intimidad y la prueba en el proceso penal, con especial referencia a las interceptaciones telefónicas” cit., págs. 158 y 159.
59. Bernadette MINVIELLE - “El derecho a la intimidad y la prueba en el proceso penal, con especial referencia a las interceptaciones telefónicas” cit., pág. 167 y sigtes.

EL ACUERDO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL DEL MERCOSUR

*SOLEDAD DÍAZ
JULIE ROTHSCHILD
MARIELA RUANOVA*

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. ÁMBITO DE APLICACIÓN. III. LA CONVENCION ARBITRAL.
IV. KOMPETENZ-KOMPETENZ Y AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA. V. DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LA DISPUTA.
VI. MEDIDAS CAUTELARES. VII. EL LAUDO. REQUISITOS, NULIDAD, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN. VIII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Los cuatro miembros originales del Mercosur están vinculados por las Convenciones de Panamá de 1975¹, Nueva York de 1958² sobre arbitraje. También los cuatro son parte de la Convención Interamericana de 1979³ y el Protocolo de Las Leñas que regulan el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales conjuntamente con las sentencias. Entonces, previo a la aparición del Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur en 1998, se encontraba reconocida la facultad de los particulares de arbitrar sus controversias y garantizada la circulación internacional de los laudos que obtuvieran

No obstante, en julio de 1998, se aprobó el Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur⁴. Si bien su base fundamental es la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) también tuvieron incidencia en él dos de los acuerdos mencionados: la Convención de Panamá de 1975 y la Interamericana de 1979.

En Septiembre de 2004, Uruguay ratificó el Acuerdo por ley 17.834, pese a que previamente había planteado discrepancias. En la medida en que los cuatro países miembro pertenecían, con otros Estados, a la Convención Interamericana, Uruguay no creía conveniente la aprobación de un nuevo texto que se superpondría a los anteriores. Brasil, por el contrario, hizo hincapié en que la regulación de estos textos era demasiado escueta, limitándose casi exclusivamente al reconocimiento del laudo arbitral⁵.

Más allá de las discusiones, es importante reconocer que el Acuerdo del Mercosur regula de manera más detallada que las convenciones existentes diversos aspectos del arbitraje internacional. Y consagra una serie de soluciones que, si bien pueden inferirse de los textos anteriores, no están establecidas a texto expreso. Un ejemplo de ello es la consagración del principio de "kompetenz-kompetenz" o la posibilidad de los árbitros de disponer medidas cautelares.

1. Se trata de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada en Panamá durante el transcurso de la 1ª Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP I)
2. Se trata de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras aprobada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 10 de junio de 1958.
3. Se trata de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros
4. También se aprobó otro Acuerdo sobre arbitraje, de idéntico texto que vincula a los países del MERCOSUR con Bolivia y Chile.
5. FRESNEDO, C., "Los acuerdos sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR" en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 3-4/98, Ed. FCU, Mdeo, pág. 287.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Conforme con lo establecido en los artículos 1 y 3, el Acuerdo se aplica únicamente a controversias surgidas de *contratos comerciales internacionales*, celebrados entre *personas de derecho privado*, con algún punto de conexión (de los establecidos en el acuerdo) que lo vincula a los Estados Partes. Quiere decir que el Acuerdo del Mercosur tiene un ámbito de aplicación subjetivo, material y espacial más restringido que las Convenciones de Nueva York y de Panamá.

Siendo los miembros originales del Mercosur, parte en estas tres Convenciones, resulta trascendente determinar en forma precisa cuál es el ámbito de aplicación de cada uno de ellos. Pero dicha trascendencia debe ser relativizada en la medida en que las soluciones de los textos son coincidentes prácticamente en todos los asuntos.

A) Ámbito subjetivo de aplicación

El Acuerdo tiene un ámbito de aplicación más acotado que el de las Convenciones ya existentes. Excluye expresamente al Estado como parte interviniente en el acuerdo arbitral.

Lo hace cuando delimita su ámbito de aplicación, y también en la cláusula de Definiciones. Señala que el Acuerdo es solo aplicable a personas de "derecho privado". y que refiere a controversias entre "particulares" (Artículo 2 lit. b).

Y en su preámbulo, se refiere a la necesidad de proporcionar al "*sector privado*" métodos alternativos para solucionar sus controversias derivadas de "contratos comerciales internacionales concluidos entre *personas físicas o jurídicas de derecho privado*".

Por ende, es claro que ningún Estado puede recurrir a un arbitraje regulado por este Acuerdo, ya sea para solucionar una controversia con otros Estados o con particulares. En el ámbito del Mercosur, las controversias entre Estados partes y entre Estados con particulares, quedan regidas actualmente por el Protocolo de Olivos sobre solución de controversias (en vigencia desde el 1 de enero de 2004) y por los procedimientos de Consultas y Reclamaciones. De todas formas, cabe destacar que el mecanismo para la solución de controversias de particulares con Estados es "indirecto" y todavía bastante insuficiente.

B) Ámbito material de aplicación

Tal como adelantamos, el Acuerdo tiene también un ámbito material de aplicación más restringido que las Convenciones de Panamá y de Nueva York. Se aplica únicamente a las controversias que cumplen con la triple condición de haber nacido de "contratos" "comerciales" "internacionales", como lo establece el artículo 1 del Acuerdo. Esta idea se ve reafirmada en la cláusula de definiciones, según la cual el acuerdo arbitral es aquél "...por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de *relaciones contractuales*".

Es que, como explica DREYZIN DE KLOR, este instrumento nació para "...responder al insistente reclamo del sector privado que venía bregando por una normativa que facilitara la solución de diferencias que se plantean en virtud de los contratos comerciales internacionales...", "...para contribuir a la expansión del comercio regional..."⁶. Entonces, el Acuerdo se aparta claramente en este punto de la solución dada por la ley modelo del CNUDMI: "debe darse una interpretación amplia a la expresión 'comercial' para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no".

La Convención de Panamá de 1975 es similar a la ley modelo del CNUDMI. Su fórmula es que la Convención se aplica a las controversias surgidas de los "negocios mercantiles". El concepto de "negocio" mercantil, es más amplio que el de contrato comercial⁷. Comprende también a los cuasicontratos, a las obligaciones emergentes de los efectos de comercio⁸ y aún a las declaraciones unilaterales de voluntad.

6. DREYZIN DE KLOR, A., "El acuerdo sobre arbitraje comercial internacional. Nuevo Instrumento jurídico del MERCOSUR" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 19 (1999), pág. 462 y 464.

7. Las relaciones de índole comercial comprenden, como explica DREYZIN DE KLOR, operaciones de suministro o intercambio de bienes y servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, factoring, leasing, construcción de obra, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercaderías o de pasajeros por cualquier vía, entre otras. (Ob. Cit. pág. 471).

8. FRESNEDO, C., "Los acuerdos sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 3-4/98, Ed. FCU, Mdeo, pág. 288.

Por el contrario, la Convención de Nueva York, es mucho más abarcativa que todas ellas. Rige cualquier tipo de diferendo, sin importar si la relación de base es o no contractual ni cuál es su materia. Cualquier materia puede ser arbitrada bajo esta Convención.

C) Ámbito espacial de Aplicación:

El acuerdo se aplica en diversas hipótesis.

a) La primera situación es cuando las partes tienen su “*residencia habitual; centro principal de sus negocios; sucursales, establecimientos o agencias en más de un Estado parte*”. Conforme con la evolución del DIPr, plasmada en los modernos textos del sistema interamericano y universal⁹, se objetiva el punto de conexión eliminando la referencia al ánimo, a través de la sustitución del domicilio por la residencia habitual.

En esta primera hipótesis, la voluntad de las partes es irrelevante. No interesa si acuerdan o no someter su contrato a este Acuerdo. Desde su vigencia, todo acuerdo de arbitraje cuyo contrato base se celebra entre dos personas—físicas o jurídicas—con residencia, centro principal de sus negocios, sedes o agencias en dos estados del Mercosur, queda regida por este Acuerdo de arbitraje.

Esta situación presenta un campo bastante amplio de aplicación para el Acuerdo. Será aplicable cada vez que los contratantes tenga una agencia o establecimiento en un Estado del Mercosur. Por ello, abarcará a empresas con sedes en otros países siempre que tengan sucursales o agencias en el territorio de algún Estado del Mercosur, que contraten con personas físicas o jurídicas con residencia o algún establecimiento en otro Estado del Mercosur¹⁰.

Podrán ser objeto de este acuerdo, por ejemplo, controversias surgidas de un contrato de arrendamiento de servicios celebrado entre un banco suizo (que tiene una sucursal en Uruguay) y una empresa alemana de comunicaciones (que tiene una agencia en Brasil).

b) También se aplica sin necesidad de estipulación cuando “*el contrato tuviere algún contacto objetivo-jurídico o económico- con más de un Estado Parte del MERCOSUR*”.

Es bastante complejo determinar el alcance de la expresión “contactos objetivos”¹¹.

En primer lugar, debemos tener presente que la norma exige que el contacto (jurídico o económico) sea *objetivo*, lo que debe entenderse como un vínculo real o una conexión razonable¹².

Es indudable que un contrato tiene vínculos objetivos con un país, cuando este es su lugar de cumplimiento o el de su celebración. Quedaría comprendido en el Acuerdo, el contrato que se celebra en un Estado parte para cumplirse en otro. También el de tracto sucesivo que debe cumplirse en el territorio de al menos dos estados parte del MERCOSUR¹³.

Refiriéndose a la expresión “*vínculos objetivos*”, HERBERT señala que un contrato puede tener contacto con más de un Estado aunque al celebrase ambas partes tengan su residencia en un mismo Estado, si se trata de un contrato “instrumental y tiene por finalidad insertarse en una operación propia de la corriente comercial internacional”¹⁴.

SANTOS BELANDRO, señala que por este numeral, el Acuerdo sería aplicable cuando las partes-facultadas por las normas de DIPr-, eligen como derecho para regular el Acuerdo el de un Estado de MERCOSUR¹⁵. Señala este autor, que esta norma tendría como defecto permitir internacionalizar un arbitraje interno. Ello ocurriría por ejemplo, si en un contrato celebrado por dos personas con residencia en Argentina, cuyo lugar de cumplimiento fuera Argentina, se eligiera como ley aplicable la uruguaya. En este caso, el contrato tendría vínculos jurídicos con más de un Estado parte, aunque ello se debiera solo al ejercicio de

9. Este punto de conexión es utilizado, entre otros textos por la Convención Interamericana sobre domicilio de las personas en el DIPr, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción en Materia Contractual, Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de Viena; etc.

10. FRESNEDO, C., “Los acuerdos sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 3-4 /98, Ed. FCU, Mdeo, pág. 289.

11. ARCAGNI, J.C., “La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en *La Ley*, T. 1995. D. Secc. Doctrina, pág. 1439.

12. DREYZIN DE KLOR, A., SARACHO CORNET, T.N., “Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en *La Ley*, T. 1995. D. Secc. Doctrina, página 1041.

13. DREYZIN DE KLOR, A., SARACHO CORNET, T.N., “Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en *La Ley*, T. 1995. D. Secc. Doctrina, página 1041.

14. HERBERT, R., “La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Año I N° 1, Ed. FCU, Mdeo, págs. 49 y 50.

15. SANTOS BELANDRO, R., *Seis Lecciones sobre el Arbitraje Privado (Interno e Internacional)*, AEU, Mdeo, 1991, pág. 16.

la autonomía de la voluntad. En nuestra opinión, la voluntad de las partes no es suficiente para internacionalizar un arbitraje interno. El Acuerdo es claro cuando exige “vínculos objetivos” y la voluntad de las partes no es suficiente.

c) La tercera hipótesis es aquella en que el contrato tiene *algún contacto objetivo* con *un* Estado parte y el tribunal tenga su sede en *un* Estado parte, siempre que las partes no expresen su voluntad en contrario.

SANTOS BELANDRO ¹⁶ señala que este literal debe entenderse en el sentido de el contrato *no* tenga ningún vínculo y las partes no excluyan su aplicación, siempre que la Sede sea un Estado parte. Según este autor, de otra forma este numeral sería una repetición del anterior.

Consideramos que esta interpretación no es correcta. Contradice la letra del artículo y encuentra una reiteración que no existe. En el literal B se requiere que el contrato tenga vínculos con *más* de un estado parte. Nada más. Y no requiere que las partes lo pacten. Es el caso de un contrato celebrado en Uruguay para cumplirse en Argentina.

En este literal, en cambio, lo que se exige es: 1) que el contrato tenga contacto objetivo con *un* Estado parte (no con dos como en el literal anterior); 2) que la sede pactada para el arbitraje sea un Estado parte; y 3) que los contratantes no hayan estipulado excluir el acuerdo.

Además, esta interpretación se contradice con el último literal. En este caso (literal e), como no hay ningún contacto objetivo, y la única conexión con el MERCOSUR viene de su elección como sede, se exige que *expresamente* se acuerde su aplicación.

d) También se aplica cuando el contrato tuviere “*algún contacto objetivo-jurídico o económico- con un Estado Parte y el tribunal arbitral no tuviere su sede en ningún Estado Parte del MERCOSUR, si las partes declaran expresamente su voluntad*” de que se aplique.

En este caso, no se requiere más que algún contacto con un estado del MERCOSUR, siempre que se estipule expresamente el sometimiento al Acuerdo.

Por ejemplo, puede ser el caso de un contrato celebrado en Uruguay, por personas domiciliadas una en España y otra en Colombia, que establecen someter las disputas que surjan a arbitraje bajo este Acuerdo y que la sede será Miami.

e) La última hipótesis se da cuando la Sede *es un Estado parte y las partes pactan someterse al Acuerdo*. En este caso, la aplicación queda enteramente librada a la autonomía de la voluntad. Podría regir contratos sin ningún vínculo con ninguno de los estados del MERCOSUR, más que la simple elección de uno de ellos como Sede. Sería el caso de un contrato a cumplirse en España, entre una empresa inglesa y otra americana, que pactan un arbitraje con sede en Buenos Aires y se someten expresamente a este Acuerdo.

III. LA CONVENCIÓN ARBITRAL:

La Convención arbitral es la base fundamental de todo el instituto pues recoge la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje. Su validez determina la eficacia del arbitraje. Solo cuando la cláusula es válida las partes se ven obligadas a someter a arbitraje sus controversias y los tribunales impedidos de conocer sobre ella. Por eso es fundamental tener en cuenta el derecho aplicable a la validez (intrínseca y extrínseca) de la cláusula.

A) Derecho aplicable a la validez extrínseca (formal) de la cláusula

Mediante una norma material, el artículo 6 del Acuerdo establece que la cláusula arbitral deberá constar por escrito. Como explica DREYZIN DE KLOR, esta exigencia se impone para evitar un litigio relativo a la existencia misma del acuerdo. La idea es que quede plasmada la voluntad consciente de las partes de recurrir a arbitraje, sin importar si la misma lo está en un único instrumento o que su redacción esté en distintos textos.

Al respecto, creemos que es posible pactar cláusulas por referencia a contratos celebrados en diferentes documentos. Si el texto pactado está escrito y hace una referencia clara y expresa a otra cláusula que cumpla con los requisitos del Acuerdo, es indiscutible que debe reconocerse su validez.

Una innovación importante es que el Acuerdo deja claro que es perfectamente posible pactar una cláusula arbitral en un contrato de adhesión. Las únicas precisiones que hace el Acuerdo a este respecto es que la misma sea legible y esté en un lugar destacado del contrato. Es decir que no se puede descartar la validez de

16. SANTOS BELANDRO, R., *Seis Lecciones sobre el Arbitraje Privado (Interno e Internacional)*, AEU, Mdeo, 1991, pág. 16.

una cláusula arbitral incluida en un contrato de adhesión, si cumple con las exigencias de los artículos 4 y 6 del Acuerdo¹⁷.

La validez formal de la cláusula estará regida por la ley del lugar en que ella se celebró ("*locus regit actum*"). Sin perjuicio de ello, aún cuando no se hubieran cumplido los requisitos de validez formal exigidos por la ley del lugar de celebración, el Acuerdo permite considerar válida la cláusula si se cumplen los requisitos formales establecidos por la ley de algún Estado Parte con el que el contrato tuviese contactos objetivos.

Es decir que el Acuerdo busca la supervivencia de la cláusula arbitral, para lo cual establece conexiones alternativas en pos de su validez. Esto es consistente con las modernas tendencias en Derecho Internacional Privado, que buscan asegurar determinados resultados o fines, y no solo designar una norma nacional aplicable a la relación jurídica.

B) Derecho aplicable a la validez intrínseca de la cláusula arbitral

Tratándose de un acuerdo de voluntades, la cláusula debe cumplir con los requisitos de los contratos. El artículo 7 del Acuerdo establece por qué leyes se regulan los distintos aspectos de la cláusula: la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa.

Al respecto, se establece un desmembramiento horizontal. Se somete a la ley del domicilio de las partes la determinación de la capacidad y a la de la sede del arbitraje la regulación del consentimiento, objeto y causa. El texto del Acuerdo aparentemente establece un régimen distinto a las Convenciones de Panamá y Nueva York, de las que surgía la posibilidad de las partes de pactar la ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral y solo en ausencia de elección se aplicaba la ley de la sede del arbitraje¹⁸.

En este Acuerdo, en cambio, parecería que las partes no pueden elegir directamente la ley aplicable a la cláusula. No obstante, en la medida en que, como señala FRESNEDO, las partes pueden elegir libremente la sede del arbitraje, la autonomía de la voluntad no está totalmente excluida. En función de ello, creemos que debe admitirse la posibilidad de que las partes elijan directamente la ley aplicable a la cláusula arbitral¹⁹.

Otro de los asuntos relativos a la validez intrínseca de la cláusula está dada por la redacción del artículo 7.2. Establece que "[l]a validez de la convención arbitral en cuanto al consentimiento, objeto y causa será regida por el derecho del *Estado Parte sede del tribunal arbitral*".

Parecería que, de acuerdo con esta norma, la ley aplicable sería siempre la de un "Estado Parte". Pero eso genera un problema cuando se elige como sede un Estado no parte del Mercosur. Y como el texto del Acuerdo permite hacerlo, en estos casos habría un vacío normativo.

Una primera interpretación consistiría en sostener que el Acuerdo no permite elegir como sede a un Estado no parte. Sin embargo, esta interpretación es inviable porque:

(a) el artículo 2 al establecer la definición de "sede del tribunal arbitral", no la limitó a los miembros del Mercosur;

(b) el artículo 3 cuando regula la aplicación espacial del Acuerdo, contempla hipótesis en las cuales la sede no es un Estado Parte.

Una segunda interpretación posible es entender que se aplicará la ley de la sede, sea esta un Estado Parte o no.

Creemos que esta última es la solución correcta porque asumimos que el Acuerdo simplemente contiene un error material. Es además consistente con el espíritu general del Acuerdo de garantizar la eficacia de las convenciones arbitrales, salvándolas de posibles nulidades.

IV. KOMPETENZ-KOMPETENZ Y AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA

Se estableció en forma expresa el principio de "kompetenz-kompetenz". El tribunal arbitral está facultado para resolver todas las cuestiones relacionadas con la existencia y validez de la cláusula. Este principio, derivado de la autonomía de la cláusula arbitral, ya podía inferirse sin necesidad de este Acuerdo.

Además, es esencial para asegurar el cumplimiento del acuerdo de arbitraje ante la negativa de una de las partes de someterse a él. Si las partes pudieran evitar el arbitraje invocando la nulidad o inaplicabilidad

17. FRESNEDO, C., "Los acuerdos sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 3-4 /98, Ed. FCU, Mdeo, pág. 288.

18. FRESNEDO, C., "Los acuerdos sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 3-4 /98, Ed. FCU, Mdeo, pág. 290.

19. FRESNEDO, C., "Los acuerdos sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 3-4/98, Ed. FCU, Mdeo, pág. 290.

de la cláusula, sería muy fácil eludir el compromiso arbitral. Por ello, se funda también, en la máxima de que nadie puede ir contra sus propios actos.

Por ello, si bien este principio es esencial y está implícito en las soluciones anteriores—en caso de entrar en vigencia—será el primer texto que vincule a Uruguay del que surja expresamente.

V. DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LA DISPUTA.

El Acuerdo de Arbitraje, expresamente permite elegir el derecho aplicable a la disputa. Es la primera norma que Uruguay ratifica que permite elegir la ley aplicable al fondo, aunque establece algunas limitaciones.

En el ámbito del Mercosur, un primer avance en cuanto al reconocimiento de la autonomía de la voluntad fue el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción en Materia Contractual. Allí, se permite a las partes elegir un tribunal de alguno de los Estados. Sin embargo, no permitía elegir el derecho aplicable

Si bien, de acuerdo a la Convención de Nueva York y de Panamá, cuando se pactaba arbitraje se podía indirectamente elegir la ley—porque no se podía negar el reconocimiento a un laudo por considerar equivocado el derecho aplicado por el tribunal arbitral—esta es la primera norma expresa que permite a la autonomía de la voluntad elegir el derecho aplicable al fondo de la disputa.

El artículo 10 del Acuerdo establece que “[l]as partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional. Si las partes nada dispusieren en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes”.

Esto genera dos interrogantes:

(a) ¿Podrían las partes elegir la *lex mercatoria* para solucionar las controversias? La respuesta es bastante clara. Como el artículo 9 del Acuerdo establece que el arbitraje puede ser tanto de derecho como de equidad, podría perfectamente elegirse la *lex mercatoria* como derecho aplicable al fondo de la controversia.

(b) ¿Qué quiere decir el artículo 10 cuando afirma que la elección debe hacerse “en base al derecho internacional privado y sus principios”? El artículo 10 del Acuerdo es una norma material y no de conflicto que establece expresamente la posibilidad de las partes de elegir la ley. Con la intención de no cerrar ninguna opción, menciona algunas de las posibilidades, pero no establece restricciones de ningún tipo. De modo que cualquier elección sería válida bajo este acuerdo.

Otro problema surge cuando “*las partes nada dispusieren en esta materia*” en cuyo caso “... *los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes*”. En este caso, el Acuerdo no brinda a los árbitros directivas claras para la regulación del contrato. Por ello, para garantizar la previsibilidad de la decisión—más aún cuando los árbitros no pertenecen a ninguno de los países del Mercosur—es muy importante que las partes establezcan específicamente cuál será la ley aplicable.

VI. MEDIDAS CAUTELARES

Uruguay no tenía norma que regulara la posibilidad de dictar medidas cautelares por un Tribunal Arbitral.

En los diferentes textos que vinculan a Uruguay, no había norma que estableciera expresamente el deber de los Estados de reconocer y cumplir las medidas cautelares dictadas por Tribunales Arbitrales.

A nivel interno, los arts. 488 y 494 del Código General del Proceso disponen para el arbitraje doméstico, que el tribunal *estatal* que hubiera sido competente en caso de no haberse pactado arbitraje, debe tramitar las medidas cautelares.

Las leyes de Brasil y Argentina también negaban la posibilidad a los árbitros de disponer medidas cautelares. Solo les permitían al Tribunal Arbitral “solicitarlas”, pero debían ser decretadas por jueces estatales.

El art. 19 del Acuerdo del Mercosur consagra por primera vez la posibilidad de que los árbitros establezcan medidas cautelares. Adopta la solución de las legislaciones más modernas en la materia y contenida entre otros textos, en la ley modelo de UNCITRAL y las leyes de España, Bolivia, Colombia y Perú.

Se establece la competencia concurrente de tribunales estatales y arbitrales para decretar las medidas.

Y al respecto, se fija otro principio sumamente importante que es que el recurso a la justicia estatal para la obtención de una medida cautelar, en ninguna medida implica renuncia a la jurisdicción arbitral. En el caso de Uruguay, este principio ya había sido reconocido y aplicado por la jurisprudencia²⁰ sin norma expresa. No obstante, es positivo que el Acuerdo elimine cualquier incertidumbre al respecto.

20. Sentencia 155/95 Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de Primer Turno, en Anuario de Derecho Comercial, Tomo VII, Ed. FCU, Mdeo, pág. 446.

Es decir que, sobre solicitud y dictado de medidas cautelares, el Acuerdo establece un régimen muy amplio, que garantiza el adecuado acceso a la protección preventiva de los derechos mientras dura el proceso. Así, las partes pueden, antes o durante el proceso, solicitar al tribunal arbitral o a uno estatal, el establecimiento de una medida cautelar.

Cuando se solicita al tribunal arbitral, el Acuerdo establece que será éste quien fije la contracautela.

No obstante, en materia de medidas cautelares internacionales, todos los textos vigentes²¹ (y en particular el Protocolo de Olivos, aplicable entre los Estados del Mercosur y al que este Acuerdo se remite expresamente²²), establecen que la contracautela debe ser fijada por el juez al que se le exhorta el cumplimiento de la medida y de acuerdo a su ley.

Esta es la solución tradicional del Derecho Procesal Internacional. Se funda en que es donde están los bienes objeto de la medida, donde se pueden producir—y por ello evaluar—los perjuicios que pueda causar y que la contracautela tiende a asegurar.

Por lo cual, parecería que la interpretación correcta es entender que los árbitros pueden decretar las medidas cautelares dispuestas a cumplirse en el territorio sede del tribunal arbitral. Cuando se requiera la cooperación judicial internacional para el cumplimiento en otro estado de una medida cautelar, corresponderá al juez exhortado pronunciarse sobre la contracautela.

Las medidas dictadas por los árbitros, se instrumentarán mediante un laudo parcial o interlocutorio. Para su cumplimiento, en la medida en que no se les reconoce a los árbitros poder de coerción, deberán solicitar la cooperación de tribunales estatales.

Si se solicita la cooperación de tribunales de un estado distinto a la Sede del arbitraje, el Acuerdo establece que la solicitud debe ser hecha por un juez estatal. El numeral 4. del artículo 19 señala que: *“las solicitudes de cooperación cautelar internacional dispuestas por el tribunal arbitral de un Estado Parte serán remitidas al juez del Estado de la sede del tribunal arbitral a efectos de que dicho juez la trasmita para su diligenciamiento al juez competente del Estado requerido, por las vías previstas en el Protocolo de Medidas Cautelares del MERCOSUR”*. Por lo tanto, los árbitros no pueden efectuar directamente un pedido de cooperación al tribunal extranjero, sino que el pedido debe hacerse de tribunal oficial a tribunal oficial.

La única posibilidad de solicitud directa del Tribunal Arbitral es si los Estados declaran expresamente (al ratificar el Acuerdo o luego) que la solicitud podrá ser hecha al juez extranjero directamente por los árbitros a través de Autoridad Central.

VII. EL LAUDO. REQUISITOS, NULIDAD, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

A) Requisitos

El Acuerdo establece una regulación material de los requisitos del laudo. Establece como primera garantía para las partes que deberá ser escrito y fundado. También que será definitivo y obligatorio para las partes. También se establece que deberá decidir todas las cuestiones sujetas a controversia y la determinación de quien deberá soportar las costas del arbitraje²³.

El laudo es definitivo. Admite los recursos de rectificación por errores materiales, aclaración, o ampliación de aspectos comprendidos en la controversia y que omitió resolver.

B) Nulidad

También admite el recurso de nulidad ante la autoridad judicial de la sede del arbitraje. Sobre este punto el Acuerdo establece una regulación material, dejando la nulidad del laudo fuera del alcance de las leyes nacionales de la sede.

Se establece una serie de causales taxativas que deberán ser acreditadas por quien las invoca. El artículo 22 también regula las consecuencias de la declaración de nulidad, que serán diversas según el vicio que la provoque.

21. La Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares en el Extranjero, en su artículo 3° dispone que *“la ejecución de la medida, así como la contracautela o garantía serán resueltas por los jueces del lugar donde se solicita su cumplimiento conforme a las leyes de ese mismo lugar”*. Lo mismo dispone el art. 530.2 del Código General del Proceso.
22. El artículo 6 del Protocolo de Olivos establece que *“[l]a ejecución de la medida cautelar y su contracautela o garantía respectiva serán resueltas por los Jueces o Tribunales del Estado requerido, según sus leyes”*.
23. De acuerdo con el artículo 20 el laudo será firmado por los árbitros y contendrá: a) fecha y lugar donde se dictó; b) fundamentos; c) decisión sobre todas las cuestiones sometidas a arbitraje; d) las costas del arbitraje. Si uno de los árbitros no firma el laudo, se dejará constancia de el motivo, lo que deberá ser certificado por el presidente.

El recurso de nulidad procede cuando la convención arbitral haya sido nula, el Tribunal se haya constituido de modo irregular, el laudo haya sido dictado por una persona incapaz para ser árbitro o se hayan violado los principios del debido proceso. En estos cuatro casos, la sentencia declarará la nulidad absoluta del laudo.

También procede el recurso cuando que el procedimiento haya estado viciado, cuando el laudo se pronuncie sobre una controversia no prevista en la cláusula arbitral o haya decidido aspectos no previstos. En el primer caso, la sentencia podrá declarar la validez del procedimiento en la parte no viciada y dispondrá que los árbitros dicten un laudo complementario. En los dos últimos casos (que son a su vez, difíciles de distinguir en los hechos), se dictará una nueva sentencia.

C) Reconocimiento y Ejecución

El laudo adquiere la calidad de cosa juzgada y puede ser ejecutado coactivamente.

Como contrapartida del reconocimiento del arbitraje como medio de solución de controversias, se debe reconocer y garantizar ejecución del laudo. La mayor amenaza para el arbitraje se encuentra cuando el Estado en que el condenado tiene bienes y por ello donde deberá tramitarse el reconocimiento y la ejecución, le niega eficacia.

Para el reconocimiento y ejecución de los laudos, el Acuerdo del Mercosur, remite al Protocolo de las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, a la Convención Interamericana de Panamá de 1975 y a la Convención Interamericana de Montevideo de 1979, sobre reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos.

De todos estos textos surge que la ejecución se solicitará y tramitará ante el Estado donde se pretenda hacer valer, de acuerdo a sus normas de derecho procesal nacional. Será la ley de este Estado la que determine si corresponde exigir el trámite de "exequátur" y cuál es el órgano competente, así como el procedimiento. También será por esta ley que se regulará el proceso de ejecución, qué bienes pueden embargarse y rematarse y cualquier otro aspecto.

No obstante, los textos convencionales vigentes excluyen de la voluntad del Estado al que se pide el reconocimiento, la posibilidad de negarlo. Establecen una serie de hipótesis taxativas para eliminar este riesgo ²⁴.

VIII. CONCLUSIÓN

La aprobación de este acuerdo resulta favorable y está alineada con las más modernas tendencias en materia de arbitraje. Plantea soluciones que no estaban desarrolladas a texto expreso en las Convenciones vigentes para la región.

Sin perjuicio de ello, tiene algunos vacíos que pueden generar problemas a la hora de su aplicación. Por ejemplo, es lo que ocurre con la posibilidad de elegir el derecho aplicable a la cláusula directamente o de que se le aplique un derecho de un Estado no parte. Pero, a pesar de ello, el propio Acuerdo sienta algunos principios que permiten solucionarlos. Es claro que de todo su texto, surge la voluntad expresa de fomentar el arbitraje, garantizando el respeto tanto de la cláusula como del laudo. Esto se concreta en las diferentes soluciones que buscan asegurar la validez de la cláusula ante posibles nulidades, o su eficacia ante posibles objeciones (kompetenz- kompetenz). También en la regulación sobre reconocimiento de laudos y las causales y efectos del recurso de nulidad.

24. Las Convenciones de Panamá y Nueva York establecen en forma coincidente que:

1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a solicitud de la parte contra la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución:
 - a. Que las partes en el acuerdo estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del Estado en que se haya dictado la sentencia; o
 - b. Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o
 - c. Que la sentencia se refiera a una diferencia no prevista en el acuerdo de las partes de sometimiento al procedimiento arbitral; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no hayan sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o
 - d. Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado a la ley del Estado donde se haya efectuado el arbitraje; o
 - e. Que la sentencia no sea aún obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia.
2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:
 - a. Que, según la ley de este Estado, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o
 - b. Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia sean contrarios al orden público del mismo Estado.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE ONU: LA BÚSQUEDA DE UNA NUEVA REALIDAD

CLOVIS GORCZEWSKI

Abogado, Doctor en Derecho,
Profesor en la Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Brasil

SUMARIO:

- I. NOCIONES INTRODUTORIAS. II. EL FUNCIONAMIENTO ANTERIOR AL ACTUAL CONSEJO:
PECULIARIDADES DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. III. BREVES APUNTAMENTOS BAJO LA CREACIÓN
DEL NUEVO CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE ONU. IV. REPERCUSIONES IMPORTANTES EN EL MUNDO.
V. EL BRASIL COMO MIEMBRO DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. VI. CONSIDERACIONES FINALES.

I. NOCIONES INTRODUTORIAS

En el mundo actual, neoliberal y globalizado, la cuestión de los Derechos Humanos se presenta todavía como un reto a ser enfrentado por todos, una vez que su trayectoria ha sido llena de avances y retrocesos, lo que no aplaza de las demás cuestiones tratadas por ONU.

Fue a partir de la Declaración Universal de 1948 que se introdujo la concepción contemporánea de Derechos Humanos, cuando efectivamente fue desarrollada la Internacionalización de esos derechos, por medio de adopción de inúmeros tratados con la finalidad profícua de protección de los derechos fundamentales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue elaborada por la Comisión de Derechos Humanos que, tras casi tres años de trabajos y el examen de 13 anteproyectos, en 18 de junio de 1949 presentó a la Asamblea General de las Naciones Unidas su versión final. Así, el *toten* y marco histórico mayor de los Derechos Humanos, se debe a esta Comisión, que en los últimos años ha sido objeto de severas críticas lo que llevó a su disolución y la creación de un nuevo órgano: el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Así, fideles a esa perspectiva y para el cotejo minimamente serio que esa emblemática suscita, es que, inicialmente, se hace necesario resaltar algunos aspectos acerca de la demostración de la antigua Comisión de Derechos Humanos de ONU. Enseguida, se va a analizar la intrincada cuestión del surgimiento de un nuevo órgano responsable por la promoción y protección de los Derechos Humanos: el Consejo de Derechos Humanos de ONU.

En ese camino, va a cotejarse las prácticas que colaboran con la descreencia de la antigua Comisión y las principales repercusiones pós el surgimiento del nuevo órgano. Poniendo la cuestión de otro modo, vamos a destacar, además, el hecho de Brasil tener logrado acceso a un asiento en el referido Consejo.

Dejamos apuntado, en ese ínterin, que el detallamiento de las cuestiones relativas a ese nuevo Consejo va a ser delineado al largo de todo el trabajo, hasta porque, es el quien pasa a orientar la conformación de todos los Derechos Humanos, ya que el objetivo de ese segmento es solamente reflejar y debatir la actualidad de ese tema, bien como analizar y instigar un denominador común de todos los puntos que van a ser abordados.

Por lo tanto, el presente trabajo dividirse-á en dos momentos distintos; el primero tratará la trayectoria de la Comisión, mientras el segundo, abarcará el advenimiento del Consejo de Derechos Humanos, o sea, inicialmente vamos a construir para después desconstruirnos. Es lo que se pasa a demostrar.

II. EL FUNCIONAMIENTO ANTERIOR AL ACTUAL CONSEJO: PECULIARIDADES DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS

En 16 de febrero de 1946, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en el ejercicio de sus funciones y atribuciones legales previstas en los artículos 62.1 y 62.2, y en cumplimiento al dispuesto en el artículo 68 de la Carta de las Naciones Unidas, constituyó, por medio de la Resolución n.º 5, un “Núcleo de Derechos Humanos”, compuesto de 09 miembros. Más adelante, en 21 de julio del mismo año, el mismo órgano a través de la Resolución n.º 9, alteró la denominación para “Comisión de Derechos Humanos” y la composición de sus integrantes, que pasó para 18 miembros.

La Comisión de Derechos Humanos, entonces, recibió como función primordial la elaboración de una Carta Internacional de Derechos, según el dispuesto en el artículo 55 de la Carta de ONU. Para tal actividad, fue necesaria la elaboración de una declaración y la egregia Comisión presentó a la Asamblea General su versión de proyecto que, tras apreciación de emendas y con la redacción final de René Cassin, fue aprobada en 10 de diciembre de aquel año, en la III Sesión Ordinaria de la Asamblea General por 48 de los 58 Estados entonces miembros de ONU, con 8 abstenciones¹ y ningún voto contra.

Puede afirmarse, sin ninguna margen de error, que la principal preocupación de ese movimiento de internacionalización fue la de la conversión de los Derechos Humanos en tema de interés legítimo de todas naciones.

Para Piovesan² “além da universalidade, a Declaração de 1948 ainda introduz a indivisibilidade destes direitos, ao ineditamente conjugar o catálogo dos direitos civis e políticos ao catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais”. En otras palabras, la referida Declaración, instituyó la universalidad porque plega la extensión universal de los derechos humanos, bajo la égide de que “a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos” y que su indivisibilidad es asegurada por la interdependencia de uno con los otros. Pero, eso no se constituyó en el foco principal de este trabajo.

Así, retornando al tema propuesto, tenemos que la Comisión de los Derechos Humanos de ONU fue formada por 53 Estados-miembros, electos a cada tres años. Hasta el inicio de marzo de 2006, funcionaba como una esfera fiscalizadora en que todos años entre marzo y abril, reunía los países miembros por el período de seis semanas, en Ginebra, en Suiza, justamente para analizar y definir medidas de protección y promoción a los Derechos Humanos, bien como trazar estrategias de punición a las violaciones cometidas en todo el mundo.

Normalmente, eran ofrecidas 100 resoluciones en media, al año, y la gran mayoría era aprobada por consenso. Cuando un Estado era condenado, se establecía un constringimiento ético que atingía una repercusión internacional.

En casos de urgencia, había la previsión de que la Comisión podría reunirse bajo la condición de la mayoría de los votos favorables de sus miembros, lo que solamente ocurrió cinco veces. La más reciente fue en el año de 2000, para debatir las denuncias de violación de los Derechos Humanos de los palestinos por parte de las fuerzas militares de Israel. Las demás fueron para verificar, por dos veces, la situación de la ex-Yugoslavia, en 1992, de Ruanda en 1994, y de Timor Leste en 1999³.

En ese contexto, la Comisión de Derechos Humanos fue construyendo un conjunto de mecanismos para lidiar con las violaciones de Derechos Humanos. Enseña Alves⁴ que sus mecanismos de control no se confundían con los órganos de monitoramiento de los Pactos y Convenciones, una vez que estos últimos supervisan solamente los Estados-partes de cada instrumento jurídico, a través del examen de los respectivos relatorios, o por acciones más directas que dependen siempre del consentimiento expreso del Gobierno envuelto, mientras los primeros, establecidos por simples resoluciones de la Comisión, ejercían su mandato sobre cualquier país. Esa cuestión mueve, todavía, por supuesto, con el apego de los Estados a la noción tradicional de Soberanía, o sea, de la no-intervención.

1. Países que se abstuvieron: África del Sur, Arabia Saudita, Bielorrusia, Iugoslavia, Polonia, Tchechoslovaquia, Ucrania y Unión Soviética. Ausencias: Honduras e Iemen
2. PIOVESAN, Flávia. “A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas”. In: BALDI, César Augusto (Org.) *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 50.
3. <http://www.conectarsur.org/portal/pt/node/380>. Acesso em: 02 Abr. 2006.
4. ALVES, J. A. Lindgren. *Os Direitos Humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva – Brasília Fundação Alexandre de Gusmão, 1994. p. 62.
5. ALVES, *Ibidem*, p. 64.

Trayendo a la baila el caso específico de Brasil, tenemos que nuestro país estuvo en situación, del ya obsoleto procedimiento confidencial, en la época del régimen militar y, desde entonces, no volvió a ser objeto de examen de ese mecanismo. Las denuncias más incisivas sobre Brasil eran acompañadas por los relatores temáticos de acción ostensiva. Tales relatores recibían la incumbencia de monitorar, en todo el mundo, la observancia de normas atinentes a determinados temas⁵. Y, como recuerda Alves, los mecanismos de control temático fueran los que más cobraron acciones e informaciones del gobierno brasileño, acerca de los asesinatos de menores, de amenazas a los testigos de homicidios, de brutalidades contra personas arrestadas, de actos de violencia y asesinatos contra líderes rurales, indígenas y militantes de movimientos de la sociedad civil⁶.

Cumple resaltar, por fin, otro aspecto de extrema importancia dentro de ese contexto. Dependiendo del relatorio de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de un dado país, el Consejo de Seguridad podría ser accionado para votar una acción militar. Y este Consejo, como sabemos, posee autonomía para votar intervenciones mismo sin que hubiera sido pedido por la Comisión.

El gran problema, en los últimos años, es que la Comisión estaba siendo motivo de ferreas críticas, acusada de selectividad y de una excesiva politización. Barbosa⁷ cita como ejemplo de esas críticas el fato de que algunos países ponían sus intereses arriba de los Derechos Humanos, lo que convertía todavía más difícil para la Comisión tratar de un tema como orientación sexual o condenar situaciones de extrema violación, como la base norte-americana de Guantánamo, en Cuba, donde los arrestados (sospechosos de participación en actos de terrorismo) no tenían derecho a abogados y eran mantenidos en condiciones precarias.

Para muchos autores, la politización de ONU trae la desigualdad en el tracto de cuestiones idénticas. Consecuentemente, muchos países hacían parte de la Comisión de Derechos Humanos sólo para se auto-proteger⁸ y evitar repreensiones, al revés de primaren por la protección de estes derechos. Los aspectos históricos demuestran una tendencia de condenación a los pequeños países y de raras puniciones delante de las grandes potencias influyentes.

Por tales razones, la Comisión de Derechos Humanos - bien como el Consejo de Seguridad - cayó en descrédito, y tuvo su crisis agrabada trás la invasión de los EUA al Iraque en 2003. Fueron meses de discusiones en el Consejo en la tentativa de obtener autorización para atacar Iraque en 2003, bajo la acusación de que el país árabe poseía armas de destrucción en masa, lo que acabó ocurriendo sin el aval de los demás integrantes del órgano. Como consecuencia de eso, la credibilidad de la propia ONU fue minada, pues siempre defendió la negociación antes de una efectiva intervención.

Así, después de tener entrado en descrédito, la Comisión de Derechos Humanos, trás pasar por un intenso proceso de reforma y evaluación de su efectividad en los últimos siete meses, tuvo su fin decretado en el día 15 de marzo de 2006, cuando se abrió el camino a la creación de un nuevo órgano de ONU, cual sea el Consejo de Derechos Humanos. Cumple dejar consignado que la Comisión no merecía un final tan circunspeto al fin, mientras más de 60 años, perpasó un arduo camino para la protección internacional de los Derechos Humanos. Era el momento de recordarse los grandes hechos y no de desperdiciar el último período de sesiones de la Comisión con formalidades descabidas.

De esa forma, edificado el contexto arriba, pasamos a analizar el surgimiento de ese nuevo órgano y de sus peculiaridades.

III. BREVES APUNTAMENTOS BAJO LA CREACIÓN DEL NUEVO CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE ONU

El nuevo Consejo surge no solamente en el intuïto de la concretización de los Derechos Humanos, sino también para fortalecer el sistema internacional de protección y promoción de estos derechos, a fin de acabar con propaladas críticas que la antigua Comisión venía recibiendo. Será responsable, otrosí, por la promoción del respeto universal y por la protección de todos los derechos y libertades fundamentales para todas las personas en general. Y, es por eso, que el analizará las violaciones, promoverá asistencia y educación en ese contexto, todo en el esfuerzo mayor de evitar abusos a los tan propalados derechos.

6. ALVES, *Ibidem*.

7. BARBOSA, Bia. Novo Conselho aumenta status dos Direitos Humanos. <<http://www.cartamaior.com.br/conselho?%direitos%humanos.html>>. Acesso em: 02 Abr. 2006.

8. Podemos citar como ejemplo de esa auto-protección la situación de algunos países con registro de pésima actuación junto a los derechos humanos, como Sudan, Líbia, Zimbábue y Cuba. Mientras China y Rússia están intentando evitar que sus gobiernos sean evaluados.

El inicio de todo proceso de mudanza fue durante la *2005 Word Summit*, celebrada en Nueva York, cuando fue tomada la decisión por los Estados de proponer la creación de un Consejo de Derechos Humanos. A partir de este punto, se inauguró un período de grandes negociaciones entre los países participantes y bajo el modo que este nuevo órgano iba a ser formado.

Las discusiones involucraron asuntos como *status* del nuevo órgano, mandato, funciones, dimensión, composición, criterio para elección de los miembros, reglas y procedimientos de trabajo, dentre otros aspectos. Para dar secuencia a las negociaciones fueron elegidos como *Co-Chairs* de las transacciones los embajadores Ricardo Alberto Arias (Panamá) Dumisani Kumalo (África del Sur).

En 28 de noviembre de 2005, los *Co-Chairs*, tras la realización de algunas reuniones, publicaron la *Compilation Text* con todas las contribuciones formuladas por los Estados-miembros, en el intuito de que las negociaciones pasasen a ser geridas por medio de ese documento.

Tales negociaciones deberían tener sido finalizadas hasta diciembre del año pasado, pero, su término ocurrió solamente en 15 de marzo del corriente, con la votación de la resolución A/60/L.48 organizada por Jan Elisson.

De esa forma, la Comisión de Derechos Humanos después de tener pasado por un periodo de reformulaciones mientras los últimos siete meses, tuvo su fin decretado en la data arriba indicada, cuando la resolución que crea y establece el nuevo Consejo de Derechos Humanos fue aprobada en plenario, en la Asamblea General de ONU, en Nueva York, con 170 votos favorables, 4 contrarios (EUA, Israel, Palau e Islas Marschall) y 3 abstenciones (Venezuela, Irã y Belarus). Cumple salientar que siete países no tuvieron derecho al voto, en virtud de este derecho tener sido suspenso debido a la demora en el pago de las contribuciones de ONU⁹.

Los Estados-Miembros negociaron hasta el último instante en la tentativa de que los EUA adirisen al proyecto, pero la posición americana de que la propuesta es inadmisibile, restó inalterada. Los argumentos principales aduzidos en la contrariedad se deben al facto de que, para ellos, todavía no fue hecho lo bastante para prevenir que países sospechosos de violación de los Derechos Humanos se tornen miembros; de que el asunto debería ser tratado solamente en el Consejo de Seguridad, del cual es miembro permanente con derecho al veto y, por fin, de que los miembros de ese nuevo Consejo deberían ser escogidos por el voto de dos tercios de los países miembros, lo que va en la contramano del actual sistema de elección de los Consejos permanentes de ONU, que son realizados por medio de votación simple.

La propuesta americana era de crear un Consejo con el máximo de 30 miembros, del cual un país bajo investigación internacional por desrespeto a los Derechos Humanos fuera automaticamente excluido. Al explanar el voto contra, el representante de los EUA, John Bolton, se mostró cético acerca del futuro del nuevo órgano, sin embargo, tenga se comprometido a cooperar con los estados miembros en el intuito de su fortalecimiento y de su eficacia.

La antigua Comisión fue oficialmente extinta en 16 de junio del corriente, después de la inauguración del nuevo Consejo de Derechos Humanos de ONU. De esa forma, los trabajos de la Comisión fueran asumidos por este nuevo órgano, que es compuesto de 47 miembros, electos por mayoría absoluta, en el día 09 de mayo, por la Asamblea General en una votación directa e individual, con el mandato de tres años, pasible de renovación por solo una vez y que también tendrá su oficina central en Ginebra.

El proceso de elección de los miembros del Consejo por la Asamblea General respetó el criterio de representación geográfica equitativa¹⁰. En el día 19 de mayo, fue realizada la primeira reunión de ese nuevo órgano, en Ginebra, marcando el inicio de una nueva fase de los esfuerzos de protección de ONU.

Es importante señalar que la referida sesión inaugural contó con la presencia de representantes de más de cien países. Los países integrantes del Consejo eligieron México para presidir el órgano en su primer año de existencia, siendo que el cargo de presidente del Consejo es ocupado por Alfonso de Alba, embajador mexicano junto a los órganos internacionales con oficina central en Ginebra. Todavía en el decorrer de ese mes, fueron iniciados los trabajos para definir los principios básicos de funcionamiento de la entidad.

Desde pronto fue definido que el Consejo tendrá encuentros más frecuentes que la antigua Comisión - tres reuniones por año, con una duración total de diez semanas, mientras que la antigua se reunía solamente una vez al año, por seis semanas - pudiendo, además de eso, convocar sesiones extraordinarias, cuando

9. Son ellos: Costa de Marfin, Dominica, Eritría, Papua-Nueva Guinea, República Dominicana, Seicheles y Chade.

10. Mismo que prosigan los criterios para una distribución regional equitativa, los miembros del Consejo serán electos por la Asamblea General por mayoría absoluta (96 miembros), al revés del criterio de mayoría simple. Esta medida es destinada justamente para evitar que países que vengan a desrespetar los derechos humanos hagan parte del Consejo. Además, el criterio de mayoría absoluta prevaleció para no inviabilizar la participación de países importantes y evitar que la formación del Consejo acabase siendo mucho occidental. De esa forma, cualquier país podría candidatarse, siendo que los electos tendrán su desarrollo evaluado por los tres años de mandato.

pensar ser necesario ¹¹. Inaugura, también, el sistema de examen periódico universal, que va atraer la garantía del examen de la situación de todos los Estados-miembros, impidiendo, en tesis, la tan criticada selectividad.

Fue en ese sentido la declaración de Jan Elisson ¹² cuando aseveró que “a universalidade, a imparcialidade, a objetividade, a ausência de seletividade e o diálogo” se constituyen en los principios fundamentales del Consejo de Derechos Humanos, impidiendo, de esa forma, la política de “dois pesos, duas medidas”.

El nuevo Consejo, al revés de la antigua Comisión, no quedará subordinada al Ecosoc, sino a la Asamblea General, obteniendo una categoría institucional superior en la jerarquía de las Naciones Unidas, lo que significa decir que el dará a los Derechos Humanos el mismo peso que la seguridad y el desenvolvimiento en la jerarquía de ONU y que, consecuentemente, aumentará su *status* dentro de la propia ONU.

Una innovación traída por el Consejo es que los miembros participantes podrán ser suspensos cuando y, se cometieren, abusos sistemáticos a los Derechos Humanos. Además, los países miembros tendrán su propio desempeño en el área de Derechos Humanos analizados en cada uno de los tres años en que durar su mandato. En otras palabras, los Estados miembros necesitarán evidenciar los más altos padrones de protección y promoción de Derechos Humanos y de cooperación con el Consejo y, incluso, permitir el acceso para evaluación del desempeño de cada Estado-miembro en el tocante a la observancia de los tratados internacionales en el área de Derechos Humanos. Dicho de otro modo, la Asamblea General, con la mayoría de dos tercios de los votos, tiene el derecho de suspensión de los privilegios de cualquier miembro del Consejo, desde que considere el cometimiento de violaciones a los Derechos Humanos.

Además, el sistema de procedimientos especiales también debe recibir un nuevo enfoque, sus funciones deben de ser ampliadas, así como la de otros organismos especializados de ONU en materia de Derechos Humanos, sobre todo, en el intuito de la concretización de aquellos derechos.

En ese contexto, se aseñala que los observadores, como las organizaciones no gubernamentales, las instituciones nacionales de Derechos Humanos, exemplificándose, participarán del Consejo del mismo modo que participaban de la antigua Comisión, o sea, por medio de los mismos mecanismos y prácticas que se aplicaban a ella ¹³.

Por lo tanto, el nuevo Consejo dará continuidad a todos los mandatos y responsabilidades de la antigua Comisión, en el intuito de que no ocurran lapsos de protección en su transición. Además, después del primer año de su surgimiento, hacerse-á una análisis de los medios de refuerzo y de los mecanismos especiales, a fin de analizarse la eventual pertinencia de continuidad.

Así, de forma sintética, las consideraciones tejidas arriba, son un apañado de las pocas informaciones que se tiene a respecto. Resaltandose, desde ya, que su real modo de funcionamiento todavía está siendo definido, lo que deja en abierto a la efectiva protección de los Derechos Humanos en aquellos países. Sin embargo, se reconozca que, en siendo este nuevo órgano electo directamente por la Asamblea General, sin duda, ese facto, ya traduce, por si sólo, una gran importancia en la protección y promoción de esos derechos como algo inherente a todas personas, ya que con la nueva creación su *status* fue majorado.

De ese modo, trazadas las principales peculiaridades a respecto del surgimiento de ese nuevo órgano, presentamos, en el decorrer de ese, algunos efectos de su surgimiento por el mundo.

IV. REPERCUSIONES IMPORTANTES EN EL MUNDO

Debido a la actualidad y la importancia que el tema encierra, se torna necesario la análisis de algunos sectores, acerca de sus opiniones respecto a la extinción de la Comisión y la consecuente aprobación de un Consejo de Derechos Humanos.

En ese paso, el cierto es que con la mudanza, va a esperarse que el nuevo organismo ejerza más acciones de fiscalización, en fin, que los países elegidos se comprometan efectivamente con la concretización de los Derechos Humanos.

El diplomata brasileño Ronaldo Sardenberg ¹⁴ consideró la mudanza como un avance de gran importancia, pero que contiene algunas imperfecciones, “como a falta de inclusão, no texto de criação do novo Conselho,

11. Cualquier integrante de ese nuevo colegiado podrá convocar sesión extraordinária, con el apoyo de dos tercios de las delegaciones, para análisis de situaciones emergenciales.

12. <http://www.unicrio.org.br/textos/1603aa.htm>. Acesso em 02 abr. 2006.

13. Dados disponíveis em: < <http://www.onu-brasil.org.br>. >. Acesso em 06 out. 2006

14. *Correio do Povo*, Porto Alegre, 27 mar. 2006. p. 04.

de conceitos de diálogo e de cooperação para endereçar violações aos Direitos Humanos”. Destacó, todavia, que hay la “falta de exigência de elaboração de um relatório global que se possa comparar a situação dos Direitos Humanos entre os países”.

La propuesta de la mudanza, casi de manera generalizada, fue bien vista por organizaciones de defensa de los Derechos Humanos. Para la ONG *Human Rights Watch* (HRW), la decisión fue acertada y valiente, a punto de afirmar que el “espetáculo de governos infratores aderindo à Comissão a desacreditou tanto que é hora de simplesmente começar de novo”. Según ella, los países integrantes deben tener en mente que “ser membro de um órgão de Direitos Humanos é um privilégio, não um direito, e que isso vem com a responsabilidade de viver de acordo com os parâmetros apoiados”¹⁵.

En carta, la Amnistía Internacional provoca todos los países integrantes a ir más allá de los intereses nacionales, en el intuito de restaurar la confiabilidad de ONU y resguardar los ciudadanos del mundo de abusos y crítica veemente la oposición de los EUA. En las palabras de la directora responsable Irene Khan¹⁶ “todos os membros têm a obrigação de evitar o emprego de critérios seletivos e a falsidade. Cada membro que insta a Comissão a se ocupar de alguma situação concreta e se omite de outras, cada membro que apóia uma moção de ‘não ação’ ou se abstém em relação a ela contribui para minar a credibilidade da comissão e descumpra sua obrigação de fazer frente aos desafios aos Direitos Humanos do momento”. Así, de acuerdo con ella, es ese el tipo de conducta que hizo con que la Comisión tuviese entrado en descrédito y que tiene impedido acciones humanitarias en los más variados sitios del mundo.

Sin duda, poner los Derechos Humanos en un patamar superior es deveras importante, pero mucho más todavía hay que se debatir y discutir respecto a su real implementación.

Para el secretario-general de ONU, Kofi Annan, ese proceso de mudanza se constituye en una actitud histórica que permitirá que ONU empiece de nuevo en su misión de defensa y promoción de los Derechos Humanos. En relatorio publicado antes mismo de la formación de la nueva cúpula, él declaró la invitación a todas las personas en la lucha efectiva para que ese esfuerzo ocurra¹⁷.

El ministro alemán Frank-Walter Steinmeier afirmó, del mismo modo, que hay que se reconocer lo que fue hecho, no obstante, Berlin esperar progresos todavía mayores en este sentido.

La alta Comisaria de las Naciones Unidas para los refugiados, Louise Arbour, afirmó que este nuevo órgano “é uma realização muito importante, mas o trabalho está apenas começando. O caminho a ser percorrido está repleto de desafios, mas também proporciona muitas oportunidades”. Y, sigue ella, diciendo que “no momento em que assumem a responsabilidade de dar uma nova forma ao quadro internacional de direitos humanos, exorto todos os membros a colocarem de lado considerações tacanhas e a agirem no interesse de todas as pessoas cujos direitos protegem”¹⁸.

Así, apesar de escasos elogios y de algunas críticas já tejidas, ello es que llegamos a un momento decisivo, para la promoción y la protección de los Derechos Humanos y para el multilateralismo de las Naciones Unidas como un todo. De esa forma, restanos, todavía, algunas consideraciones a seren ejercidas acerca del hecho de la admisión de Brasil en el Consejo.

V. EL BRASIL COMO MIEMBRO DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS

Desde el inicio de todo el proceso, se especulaba la candidatura de Brasil para integrar el Consejo de Derechos Humanos, pero lo que, de cierto modo, causó sorpresa, fue el hecho de su aprobación con 165 votos en la Asamblea General de ONU, garantizando, de esa manera, un asiento en ese nuevo organismo.

Tanto eso es verdad, que el propio secretario de la División de las Naciones Unidas del Itamaraty Achilles Zaluar declaraba que todavía era temprano para decir se Brasil iba a disputar una plaza en el Consejo de Derechos Humanos, de la misma forma que pide asiento permanente en el Consejo de Seguridad¹⁹.

Aseñalese, el parodoxo, de que Brasil, fue el país electo con el mayor número de votos delante de los demás latino-americanos y caribeños, quedando delante de Cuba, Argentina, Ecuador, Guatemala, México,

15. MEDEIROS, Marcelo. Onu busca mais proteção para os Direitos Humanos. <http://www.idp.org.br>. Acesso em: 02 abr. 2006.

16. Ibidem.

17. Disponível em: <<http://www.conectarsur.org/portal/em/taxonomy/term/191>>. Acesso em: 27 mar. 2006.

18. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/view_news.php?id=4214. Acesso em 06 out. 2006.

19. Ibidem.

Peru y Uruguay. Hay que destacar que uno de los criterios a ser seguido en la elección es el hecho de tener buenos antecedentes en la defensa y promoción de los Derechos Humanos²⁰.

Lo que tiene causado espanto y hasta mismo una cierta indignação, fue el episodio de Portugal, uno de los pioneros en la candidatura, tener quedado sin asiento. Por el contrario, ningún otro país, además de Brasil (electo) y de Portugal (rejectado), de Lengua Oficial Portuguesa, siquiera se candidataron a una plaza. Además, países como Venezuela y Nicaragua también no fueron aprobados.

Los los continentes con mayores representaciones son África²¹ y Asia²², con trece asientos cada, seguidos por América Latina, con ocho asientos. Después, está la Europa Occidental y otros países²³ que disponen de un total de siete asientos y, por último, la Europa del Este con seis²⁴, totalizando así los 47 países integrantes del Consejo de Derechos Humanos de ONU.

Esperase que todos esos países desempeñen sus tareas de modo a realmente concretizar los referidos derechos, ya que ellos tendrán un papel crucial para decidir el funcionamiento del nuevo Consejo.

Hay que resaltarse, por fin, que la elección de los miembros del nuevo organismo es más dinámica, una vez que en la antigua comisión, solamente los 54 miembros del ECOSOC poseían derecho al voto, lo que viene directamente al encuentro de los objetivos del Consejo. Tratase, en la verdad, de un nuevo paso, rumbo a la protección de los Derechos Humanos. Además, como hemos visto, mismo los países integrantes pueden ser suspensos se acarretaren alguna violación a esos derechos y deben trabajar con base en el respeto a los principios de la universalidad, imparcialidad, objetividad y de no selectividad.

En este ínterin, se espera que la mudanza ocurrida no se constituya en una mera utopía. Para lo tanto, es necesario mucho más que una mudanza institucional, lo que necesita partir de los propios miembros, he que estos precisan abandonar los vieses políticos y adherir a la causa de la promoción y protección de los Derechos Humanos en todo el planeta. Además de eso, se haz necesario un gran empeño de la sociedad civil de manera a ejercer el derecho de ciudadanía en el combate y en la prevención de violaciones de los aludidos derechos.

Por fin, pensamos ser suficiente a la concretización de tales derechos, el establecimiento de una voluntad política que sea capaz de ultrapasarse la falta de recursos económicos, objetivando, primordialmente, el enquadramiento de los países con mayor nivel de violación como primeros destinatarios de la atención del aludido Consejo, una vez que existen mecanismos legales que denotan posibilidades reales de fomento a la efektivación del Derecho a la Dignidad Humana, bién así de toda la gama de derechos positivados a todas las personas, ni que para tanto, se haga necesario el aceso al Poder Judicial, para la promoción a todos los ciudadanos, al menos, en un patamar mínimo, de Derechos Humanos.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Teniendo en vista la magnitud del tema y sus múltiples implicaciones y desdobramientos, tenemos plena conciencia de que, en este breve trabajo, tuvimos sólo condiciones de discorrer bajo algunos aspectos que reputamos esenciales a la comprensión de la extinción de la Comisión de Derechos Humanos de ONU y de la consecuente aprobación del Consejo de esos derechos.

Resuelta evidente que la creación del Consejo, tal como ya señalado, no se restringe a las dimensiones referidas. Sin embargo, es salutar que se las perspectivas apuntadas fueren bién comprendidas y exploradas en todas sus posibles manifestaciones, estaremos seguramente un poco más cercanos a una protección y promoción más eficaz de los Derechos Humanos.

Seguramente algunos puntos quedarán en abierto, no pudiendo siquiera ser tangenciados por el estudio presentado. Por lo tanto, durante la exposición solamente logramos enfatizar la creación de ese nuevo órgano, dotado de una estructura institucional que es mejor que la anterior, y que pone, simbólicamente, los Derechos Humanos en el mismo patamar de la seguridad y del desenvolvimiento.

De aí la convicción del grandioso desafío, pues esta nueva visión perpasa todavía por muchos obstáculos, ya que a través del Consejo, renace el sueño del fortalecimiento del sistema internacional de protección y promoción de los Derechos Humanos. Pero, para tal desiderato, es necesario que las actividades de ese nuevo organismo se afasten de los vicios ampliamente criticados en los últimos años de la Comisión.

20. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br>>

21. Argelia, Camarones, Gaban, Gana, Mali, Marrocos, Mauricio, Nigeria, Senegal, África del Sur, Tunisia, Djibuti y Zambia.

22. Arabia Saudita, Barein, Bangladesh, Corea del Sur, China, Filipinas, India, Indonesia, Japan, Jordania, Malasia, Paquistán y Sri Lanka.

23. Alemania, Canada, Finlandia, Francia, Holanda, Suiza y Reino Unido.

24. Hasta pronto, Rusia, Polonia y República Tcheca alcanzaron los 96 votos necesarios para ser escogidos.

Por consiguiente, nos es posible concluir que la creación del Consejo representa un gran progreso internacional en el tocante a la gestión de los Derechos Humanos y soluciona, satisfactoriamente, muchos de los problemas existentes con relación al régimen anterior de la Comisión. Pero para que el no pase de una mera utopía, hay la necesidad de mudanza, pues de nada va a adelantar sustituir un órgano por otro, se los países que componen el Consejo no pusieren, efectivamente, la protección a los Derechos Humanos arriba de los intereses geopolíticos.

De esa forma, restamos sólo aguardar e hinchar para que la mudanza no sea simplemente el cambio de nombre y que la reforma sea capaz de reforzar la legitimidad y la credibilidad de ONU en el sistema internacional, en lo que tange la defensa de los Derechos Humanos, a fin de que la história de barbarie y desrespeto al hombre no se repita.

Por lo tanto, el comprometimiento de los Estados permanece naturalmente como una condición indispensable para el suceso de la acción de las Naciones Unidas en prol de la defensa de aquellos derechos. De esa forma, como ya resaltado, para que todo no pase de una quimera, la postura de los países miembros necesita cambiar para que se garantice, en cualquier circunstancia, el respeto a la dignidad humana, la primacía del derecho bajo la razón de Estado, la justicia para las víctimas y, el combate contra la impunidad de los autores de violaciones de los Derechos Humanos, sin permitir que las preocupaciones con la seguridad nos desvien de esos objetivos.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. A. Lindgren. *Os Direitos Humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva – Brasília Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.

BARBOSA, Bia. Novo Conselho aumenta status dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/conselho?%direitos%humanos.html>. Acesso em: 02 Abr. 2006.

Correio do Povo, Porto Alegre, 27 mar. 2006. P. 04.

GORCZEWSKI, Clóvis. *Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

MEDEIROS, Marcelo. Onu busca mais proteção para os Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.idp.org.br>>.. Acesso em: 02 abr. 2006.

PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto (Org.) *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 45-72

<http://www.conectarsur.org/portal/em/taxonomy/term/191>>. Acesso em: 27 mar. 2006

<http://www.unicrio.org.br/textos/1603aa.htm>. Acesso em 02 abr. 2006.

COMPENSACIÓN DE CULPAS Y CONCURSO CULPOSO EN EL DERECHO PENAL URUGUAYO

PEDRO J. MONTANO
Prof. Agr. de Derecho Penal (UdelaR)

SUMARIO:

I. UN CASO. II. LOS DOGMAS. III. VALORACIÓN DEL HECHO DE LA VÍCTIMA. IV. VALORACIÓN DEL HECHO DE LA VÍCTIMA EN OTROS ELEMENTOS DEL DELITO. V. EXCURSUS. LA CULPA ANTIRREGLAMENTARIA. CAUSALIDAD. VI. EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA. ¿HOMICIDIO POR LA PROPIA VÍCTIMA? VII. EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA. ¿AUTOEXPOSICIÓN AL PELIGRO EQUIVALE CONSENTIMIENTO? VIII. ¿CONCURSO CULPOSO DE DELINCUENTES? LOS OCUPANTES DEL VEHÍCULO. IX. LA RESPONSABILIDAD DEL PADRE. LA PROHIBICIÓN DE REGRESO. ANEXO. ALGUNA REFERENCIA AL DERECHO PENAL ALEMÁN

I. UN CASO

Un *ejemplo*¹ nos ayudará de guía para el planteo de los problemas.

Dos jóvenes mayores de 18 años, y por lo tanto imputables, suben a un automóvil deportivo, muy veloz, último modelo, que acaba de regalarle el padre ese día –lluvioso– a uno de ellos. Toman la Rambla y el acompañante le dice insistentemente: «dale, acelerá, vamos a probarlo a fondo». Exceden la velocidad permitida², derrapan en una curva, y terminan atropellando a un peatón que cruzaba en una zona en la que está expresamente indicado «prohibido cruzar». Del peritaje de la Policía Técnica resultó que el derrape se produjo por impericia e imprudencia del conductor que no tomó en cuenta la humedad de la calzada a exceso de velocidad.

Aquí tenemos cuatro sujetos: a) el padre que regala el automóvil; b) el conductor; c) el acompañante y d) la víctima, el peatón arrollado.

Precisión terminológica

Quizás la terminología “compensación de culpas” no sea la más adecuada, pero sí la más tradicional³. Se refiere más bien a “tomar en cuenta” la conducta de la víctima a los efectos de determinar la magnitud de la responsabilidad de quien es considerado autor. Hay distintas maneras en que se presenta la culpa en quehaceres colectivos: de manera concertada, como en el ejemplo sucede con los ocupantes del vehículo⁴, o de manera independiente, como en el ejemplo sucede entre la víctima y el conductor del vehículo.

II. LOS DOGMAS

Es una máxima que la culpa de la víctima en derecho penal, ni excusa ni se compensa porque el art. 59 inc. 2º dice que «*En los delitos culpables, cada uno responde de su propio hecho*».

1. CAIROLI Milton, *Curso de Derecho Penal Uruguayo*, T. II, FCU, 1987, pág. 99, citando a ANTOLISEI.
2. Dejamos de lado la objeción posible que tiene que ver con el “arranque lícito de la culpa” en nuestro Código Penal. Entendemos que “jurídicamente indiferente” quiere decir “no importando si la conducta es lícita o no”.
3. CORNACCHIA Luigi, *Concorso di colpa e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Turín, 2004, pág. 122
4. Tradicionalmente se admite el acuerdo tácito como fuente del concurso de delincuentes. FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale Italiano, Parte Generale*, 2ª Ed., Zanichelli, Bologna, 1985, pág. 373; CAIROLI, op. cit. n. 393., pág. 99.

También, en base a la misma disposición, se afirma tradicionalmente que no hay concurso culposo porque la intención de participar -el dolo- es esencial al concurso de delincuentes ⁵.

Sin embargo, pensamos que puede haber otra forma de ver las cosas.

III. EL HECHO DE LA VÍCTIMA

El hecho de la víctima debe ser tenido en cuenta para reducir la responsabilidad del autor.

De lo contrario, no es una solución acorde con la Justicia: el injusto es menor cuando hay una ilegítima autopuesta en peligro de la víctima ⁶.

Y si el injusto es menor, necesariamente el castigo debe ser menor: es menos reprochable la conducta del sujeto activo, y como en un sistema penal como el nuestro donde hay tanta pena como culpabilidad, también habrá tanta culpabilidad como injusto.

Necesariamente deberá disminuir la responsabilidad. Las culpas en este sentido, se deben compensar.

Un segundo argumento a favor de la compensación se concreta en una crítica a la interpretación "individualista" del texto del art. 59 inc. 2. De acuerdo a ella en un hecho culposo deben ser consideradas las conductas aisladamente, como si cada ser humano fuese una entidad autárquica y aislada, olvidando su carácter sociable y social ⁷

Esta interpretación se basa en un *criterio liberal*, no de Derecho Penal liberal y mucho menos antropológico.

Un tercer argumento surge de la ubicación de la disposición en el Código Penal. Está dentro del Título IV, Capítulo II que refiere al concurso de delincuentes ⁸. Sin embargo, se ha interpretado como que se debe excluir la consideración de la conducta de la víctima en los hechos culposos ⁹.

La lectura tradicional de este artículo sostiene que no existe concurso si no hay *acuerdo* entre los copartícipes (esencia de la coparticipación criminal), y no puede haber acuerdo si no hay dolo ¹⁰. La concurrencia de actitudes culposas quedaría excluida. Sin embargo, a nuestro modo de ver *este artículo puede también imponer tomar en cuenta la conducta de la víctima*.

En efecto, también podría concluirse de su lectura que "*nadie debe responder por la culpa de otro en los delitos culposos*". Si así fuera, es necesario "descontar" la responsabilidad del otro interviniente, porque si no, se estaría respondiendo por la culpa de ese tercero. En los delitos de resultado, en la medida que éste podría atribuirse a la culpa de dos o más sujetos, no debe atribuírsele "*in totum*" a uno solo.

Lo contrario sería una injusticia. El artículo impone tomar en cuenta la culpa de la víctima.

Por otro lado, también lo impone el principio de responsabilidad personal consagrado en el artículo 18 ¹¹, y en el artículo 3° donde se regula el nexo de causalidad, cuando expresa que: "*Nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito si el daño o el peligro del cual depende la existencia del delito, no resulta ser la consecuencia de su acción o de su omisión*". La expresión "nadie", reiterada en el art. 18 inc. 1°, designa a contrario a "alguien", un ser personal, sujeto de derecho, una individualidad.

Ambos artículos derivan del principio constitucional conocido como de legalidad, o de libertad, cuya contracara es el de responsabilidad personal ¹².

5. IRURETA, nota a artículos 59 a 62. CAIROLI, op. cit, n. 393., pág. 99.

6. Hay autopuestas en peligro legítimas, por ejemplo aquellas a las que está obligado el sujeto en razón de la profesión o de las circunstancias (bombero, asistente lego en accidentes: el *buen samaritano*, etc.. Esa autoexposición al peligro no habilita, sin embargo, a que los terceros actúen de cualquier manera hacia él.

7. "Carece de sentido axiológico y sería una incongruencia semántica descartar al hombre en su íntegra concepción como objeto de análisis al abordar cuestiones sociales"... "Una disciplina jurídica como el Derecho Penal, quizá la más humana de las ramas del árbol del Derecho, mal podría apartarse de estudiar al hombre como fin en sí mismo"... Cfr. ALLER, Germán "El Derecho penal antropológico: un camino hacia la pacificación y el perdón" in LANGÓN-ALLER, Criminología y Derecho Penal, Tomo 2, Montevideo, Del Foro, 2006, págs. 223-224.

8. Como bien lo destaca Gonzalo FERNÁNDEZ.

9. LANGÓN, Miguel "Código Penal y Leyes Penales Complementarias", ed. UM, Montevideo, T. I, año 2003, pág. 212.

10. Este tema era muy discutido en doctrina en la época de elaboración del Código Rocco y se pretendió zanjarlo a través del art. 113 del CP italiano. FIANDACA-MUSCO, op. cit., págs. 419-420.

11. CPU Art. 18 inc. 4° "En ningún caso podrá castigarse por un resultado antijurídico, distinto o más grave que el querido, que no haya podido ser previsto por el agente". Y también el inc. 1° que hace referencia a la responsabilidad personal, de "alguien", cuando utiliza la expresión a contrario "nadie": "Nadie puede ser castigado por un hecho que la ley prevé como delito, si no es intencional, ultraintencional o culposo, cometido además con conciencia y voluntad".

12. Co. Art. 10°. "Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.

Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe."

Para que excepcionalmente se responda por la conducta de otro la ley genera mecanismos de garantía, *ad hoc*, como lo es en el ámbito civil el contrato de seguros o la responsabilidad por el hecho del dependiente, o en el ámbito penal cuando surgen las posiciones de garante en la omisión impropia.

Como dice LANGÓN, “se abre camino recientemente la opinión que compartimos, de que puede haber compensación de culpas en materia penal, al punto de que el hecho exclusivo de la víctima puede transformar en atípica la conducta del autor, cuando se trata de casos de “competencia” exclusiva de la víctima, cuyo ejemplo paradigmático es el del suicida, que se arroja con esa intención frente al auto que, *con exceso de velocidad*, se aproxima al lugar en que se encuentra aquél”¹³.

Valoración del hecho de la víctima

El hecho de la víctima no es indiferente para el Derecho Penal. Este puede ser de tal entidad que haga decaer el delito totalmente por *falta de acción*. Hecho de la víctima, caso fortuito y fuerza mayor, impiden el elemento acción. La diferencia es que en el hecho de la víctima hay normalmente ejercicio de libertad por parte de ésta. En el caso fortuito y fuerza mayor hay imprevisibilidad absoluta, o irresistibilidad absoluta.

Para que exista hecho de la víctima debe haber acción y por lo tanto «acto humano». Si hay *acto humano*, éste podrá ser calificado desde el punto de vista de la intencionalidad y por eso queda habilitado el análisis del elemento culpabilidad. El *acto* de la víctima podrá ser doloso, culposo o ultraintencional. Y, de acuerdo a criterios de *imputación objetiva*, si su conducta supuso la creación ilícita de un riesgo o su incremento, y luego se concretó en los hechos, debe responder¹⁴.

Así, por ejemplo, si la víctima optó por suicidarse, tirándose justo en *ese* sitio y en *ese* momento bajo las ruedas del automóvil que circulaba a alta velocidad, habría actuado *dolosamente*. De probarse, estaríamos frente a un suicidio y no frente a un homicidio, a pesar de la violación del límite de velocidad por parte del conductor. Igualmente podríamos concluir si el conductor no era portador en ese momento de su licencia de conductor, o si estaba vencida. La ilicitud *antirreglamentaria* no es necesariamente idónea o causal, del resultado muerte, como veremos más adelante.

Pero puede ser que simplemente optó por cruzar ahí, para acortar camino, y terminó siendo arrollado. Aquí actuó de manera *imprudente*: sabía que no podía cruzar porque el cartel indicador era visible y conocido por él, pero igualmente *asume el riesgo*. Hubo culpa de su parte. Procede el mismo razonamiento desde el punto de vista de la causalidad: si su conducta supuso creación o incremento ilícito de riesgo que luego se concretó en el daño, debe responder.

También por criterio de justicia material llegamos a la misma conclusión. ¿Es justo que el sujeto activo del homicidio sea castigado de la misma forma que si el peatón hubiese estado parado en la acera, o que estuviese cruzando por una cebra? Si queremos actuar con Justicia, tratándose de situaciones diferentes, también habrán de ser tratadas de manera diferente. Por lo tanto, la conducta imprudente de la víctima –no dolosa– deberá ser tomada en cuenta porque el injusto es menor.

IV. VALORACIÓN DEL HECHO DE LA VÍCTIMA EN OTROS ELEMENTOS DEL DELITO

Pero la actitud de la víctima también puede determinar la inexistencia del mismo delito (art. 116 CPU)¹⁵, una justificación del mismo, o una reducción de pena, una inaplicabilidad de la pena facultativa o forzada para el Juez.

El régimen de *circunstancias atenuantes* contiene frecuentes referencias a la situación de la víctima. También hay disminución del injusto en caso de «provocación», otra atenuante.

En la legítima defensa incompleta, se puede tomar en cuenta la agresión por parte de la víctima (art. 46,1 CPU, la víctima es quien agrede y origina esa situación).

En la intervención de terceros en el estado de necesidad, puede verse afectado el agresor del tercero extraño, y sin embargo, la responsabilidad del sujeto activo debe ser aminorada (art. 46,2 CPU). Y lo mismo podemos decir con respecto a las *causas de justificación*. Por ejemplo en el caso de la legítima defensa. El agresor ilegítimo resultará muerto o herido, pero no se dará el tipo de lesiones ni el de homicidio.

13. LANGÓN, “Código...” cit., pág. 212. Destacado nuestro.

14. Obviamente, si hay un acto reflejo de la víctima, un acto involuntario, no estamos propiamente ante acción humana, y por lo tanto ese “hecho” habrá de ser tomado como una concausa, prevista en el CPU art. 4 y quien así actúe no podrá ser sometido a responsabilidad.

15. Refiere a la extinción del delito de violación y otros, por casamiento de la mujer ofendida con su ofensor, supuesto actualmente derogado por L.17.938.

Pero también el injusto disminuye en hipótesis calificadas de *causas de impunidad*, donde la pena puede quedar totalmente abolida, según si se trata de hipótesis de perdón judicial o excusas absolutorias.

La pasión provocada por el adulterio puede resultar en la afectación de la integridad física o de la vida de quien lo protagoniza; la ley otorga al juez la facultad de exonerar de pena por los delitos de homicidio y lesiones (art. 36 CPU).

Lo mismo sucede en el caso del homicidio piadoso (art. 37 CPU), con la lesión consensual (art. 44 CPU), con la retorsión y provocación en delitos contra el honor (art. 40 CPU) y con el aborto (art. 328 CPU).

Pero en todos estos casos hay que distinguir los casos en que la víctima actúa de *forma lícita o ilícita*. Sólo estos últimos interesan a nuestro análisis puesto que estamos estudiando la compensación de *culpas*. Y la compensación de culpas, sin ilicitud de todos los intervinientes, no tiene sentido. Por lo tanto, no nos interesará el matrimonio del violador con la violada (art. 116 CPU), ni tampoco la remisión (art. 111 y ss. CPU), ni la lesión consensual (art. 44 CPU)¹⁶.

Continuando con el análisis del caso, observamos que en la actitud del peatón hay imprudencia, y en la actitud del conductor hay también impericia e imprudencia. La imprudencia está pues, en la base del comportamiento antirreglamentario de ambas partes, por lo que estamos sin ninguna duda en el ámbito de la culpa y por imposición del art. 59 “en los delitos culpables, cada uno responde de su propio hecho”.

La culpa de la víctima, como vemos, es tenida en cuenta prácticamente en toda la estructura del delito. Parece extraño que justo en el elemento culpabilidad no haya de ser tenida en cuenta.

V. EXCURSUS. LA CULPA ANTIRREGLAMENTARIA. CAUSALIDAD.

La culpa antirreglamentaria como por ejemplo la derivada de *la falta de libreta* de circulación en el chofer efectivamente da lugar a una contravención que se traduce en ilícito administrativo, pero tal ilicitud no tiene necesariamente *relevancia causal* con respecto al resultado muerte del peatón. Efectivamente el sujeto suscita o incrementa un riesgo ilícitamente, pero no necesariamente el riesgo que suscita es el de homicidio. La falta de libreta debe asociarse a otra conducta de por sí idónea para causar la muerte. Por eso, no por el mero hecho de carecer de libreta, será imputable de homicidio.

Se requerirá siempre la culpa en la base de la ilicitud porque nuestro sistema no debe admitir la responsabilidad objetiva¹⁷. La violación o inobservancia del reglamento es sólo un *indicio de la culpa* porque entre la infracción y el resultado debe existir una relación.

La previsibilidad objetiva del resultado es insuficiente. Debe haber una *conexión interna (subjetiva) entre el desvalor de la acción y el resultado*, que permita concluir que éste se produjo como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (culpa).

Acreditada la violación del reglamento, en el caso concreto -y de acuerdo a la teoría de la imputación objetiva *llevada al ámbito de la culpabilidad*¹⁸- deberá analizarse posteriormente, si la misma ha implicado un aumento del riesgo permitido por la norma, su determinación del resultado disvalioso y la previsibilidad del mismo, para poder concluir que el sujeto obró con culpa.

Ambos -chofer y víctima- generaron con su respectiva conducta antirreglamentaria un riesgo que luego se concretó en el resultado lesivo.

Según la *causalidad adecuada*, ambas conductas imprudentes son causalmente idóneas para causar el resultado producido.

También acudiendo a la *conditio sine qua non* llegamos al mismo resultado: si suprimimos mentalmente cualquiera de ambas conductas el resultado dañoso no se hubiese producido.

De modo que -tanto desde el punto de vista de la acción, como de la culpabilidad- tenemos conductas que no pueden ser indiferentes al Derecho Penal¹⁹. El resultado homicidio o lesiones aparece tipificado también a título de culpa (arts. 314 y 321 CPU).

16. En la medida que también prevé supuestos de ilicitud que la invalidan.

17. Roxin, Claus “*Derecho Penal-Parte General*”, TI, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito” Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 1000. También sería inadmisibles sostener que la falta de libreta constituye una presunción absoluta de culpa.

18. CARRARA, *Programa del curso de derecho criminal*, T.I., Ed. Reus, 1925, pág. 40, y los clásicos hablaban de *causalidad subjetiva* para referir a culpabilidad aplicando la noción de imputación. Hoy se prefiere hablar de *reprochabilidad*, en base a la concepción normativa. En realidad no estaría mal decir que “la culpabilidad es la *causalidad subjetiva reprochable*”, combinando ambos criterios. La culpa es la reprochabilidad por violación de la obligación del cuidado objetivamente debido.

19. De todos modos, cuesta a nuestra jurisprudencia condenar por homicidio culposo a quien cruzó antirreglamentariamente provocando una maniobra que determinó la muerte del conductor. O a quien se le escapó un animal a la ruta, con el mismo resultado, aun cuando

VI. EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA. ¿HOMICIDIO POR LA PROPIA VÍCTIMA?

La vida actual en sociedad supone asumir una serie de riesgos que son considerados lícitos, aunque no se deben generar de cualquier manera ni tampoco en cualquier medida. La utilización de energía y del automóvil, o la práctica de deportes, son un ejemplo.

El *principio de la confianza* opera dentro del ámbito del riesgo socialmente permitido. Encuentra apoyo en las posiciones de garante, el deber de autoprotección y en la solidaridad humana.

Es connatural a la persona defenderse de los peligros. Por lo tanto, en las relaciones sociales es razonable pensar que cada uno se protegerá suficientemente a sí mismo²⁰, así como que no todos somos agresores del prójimo²¹.

Debe objetarse que por razones de tipicidad, el homicidio no puede ser cometido por la víctima porque consiste en dar muerte *a otro*. El homicidio propio se considera suicidio y tiene otro régimen jurídico establecido en el art. 315 CPU²². En el ejemplo propuesto la víctima no dio muerte a otro, aunque *sí contribuyó a su propia muerte*²³ *a través de una conducta que es culposa, aunque esta culpabilidad sea calificada por el derecho administrativo*.

Tanto el conductor como la víctima violaron el *objetivo deber de cuidado* requerido por la situación²⁴, colocándose fuera del riesgo social permitido.

Obrando ambos de manera antirreglamentaria *no es posible invocar el principio de confianza: yo obro mal, pero como espero que el otro obre bien, asumo el riesgo*. Esa asunción de riesgo es ilícita. Precisamente mi conducta está prohibida porque puede generar en el otro la imposibilidad de comportarse reglamentariamente. Así por ejemplo, si cruzo la banda amarilla para evitar arrollar al sujeto, genero grave peligro para el tránsito que viene de frente²⁵.

La doctrina denomina esta situación ejemplificada por la conducta del conductor y de la víctima, *concurso de hechos culposos independientes*²⁶. No hay concurso porque falta toda conexión psicológica entre ellos, pero sí hay pluralidad de responsabilidades culposas²⁷.

VII. EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA. ¿AUTOEXPOSICIÓN AL PELIGRO EQUIVALE CONSENTIMIENTO?

Otro argumento posible es a través de la equiparación de la autopuesta en peligro –asunción del riesgo– con el consentimiento de la víctima. En el caso de participar de la existencia del consentimiento como causa suprallegal de justificación, el conductor podría quedar exonerado de responsabilidad.

Sin embargo, no nos parece posible.

El consentimiento otorgado por la libre asunción del riesgo está viciado por ser ilícito su objeto: generar el riesgo ilícito para sí o para terceros. Aun cuando se admitiese la validez del consentimiento como causa

además, sea víctima desde el punto de vista patrimonial por la pérdida del animal que también resultó muerto. Estrictamente correspondería imputar el homicidio en ambos casos (art. 315 in fine CPU, para el último: *¿comisión por omisión culposa!*). La comisión por omisión –y más en el ámbito de la culpa– es de aplicación muy excepcional por nuestros tribunales.

20. La excepción es que la persona no pueda bastarse a sí misma, y en ese caso el Derecho instrumental soluciones que garanticen su protección: la patria potestad, la curatela, la tutela, el mandato y otros negocios jurídicos. Estas soluciones no impiden la existencia de los deberes genéricos de solidaridad vinculados normalmente a delitos de omisión pura (ej. art. 332 CPU).
21. Contrariamente a posturas tan escépticas como irreales, como la sostenida por Hobbes en su *Leviatán* refiriéndose al *homo lupus homini*, el hombre lobo del hombre. Si bien la sociedad puede presentar muchos aspectos salvajes, *son detectados* y denunciados por el sistema como situaciones anormales y se procura ponerles remedio. Obviamente, tampoco la sociedad es el Paraíso, ni todos somos ángeles.
22. ¿Y si el resultado hubiese sido la lesión, podría ser una lesión consensual? ¿Cabría la aplicación del art. 44 CPU? No parecería razonable consentir la autolesión provocada por una conducta «culposa» de un tercero.
23. Distinta sería la situación, si el piloto o el acompañante hubiesen muerto como consecuencia del accidente. Si el peatón quedó vivo, su acción imprudente habrá de ser tenida en cuenta desde el punto de vista causal del homicidio. LANGÓN, op. cit., pág. 213.
24. Baremo más preciso –según la doctrina más reciente– que el del «buen padre de familia» o del «sujeto avezado y prudente en la situación concreta», etc.
25. En la medida en que constituya un hecho inevitable de consecuencias dañosas, –un reventón, por ejemplo– cabría invocar una concausa, o propiamente una falta de acción por *acto reflejo*.
26. Por todos, CORNACCHIA, Luigi, op. cit.
27. CAIROLI, Op. cit., pág. 100

supralegal de justificación, y se entendiese que la propia vida es disponible en toda circunstancia²⁸, todavía quedaría el riesgo que supone para terceros, como ilicitud suficiente porque –por principio– no se puede consentir en perjuicio de otros.

Por consiguiente, la conducta de la víctima debe ser tomada en cuenta y también calificada penalmente.

VIII. ¿CONCURSO CULPOSO DE DELINCUENTES? LOS OCUPANTES DEL VEHÍCULO.

Nos ocuparemos ahora de rebatir la segunda parte del dogma que afirma que no es posible el concurso culposo. IRURETA explica en sus notas que “no se concibe la participación criminal sin el dolo; la responsabilidad criminal en los delitos culpables es individual y no solidaria; si el delito es compatible con la culpa, cada uno responde de su propia imprudencia o negligencia”²⁹. Sin embargo, al igual que lo interpretamos para admitir “descontar” la culpa de la víctima, la última parte de su comentario –que coincide con el texto legal– impone tomar en cuenta la real entidad de cada contribución al ilícito causado. Por lo tanto, no todo contribuyente al delito culposo habrá de ser considerado necesariamente autor. Será posible también contar con las figuras del coautor y del cómplice. De hecho, esto es denunciado por ROXIN, como el punto más interesante en el ámbito de la coautoría: “el imparable avance de la coautoría culposa”. La “coautoría imprudente –dice– debe considerarse muy en serio”³⁰.

Esta interpretación supone dos consecuencias prácticas: se podrá atrapar ciertas conductas a través del mecanismo amplificador de la participación, pero la penalidad ya no dependerá de la pena que corresponda al autor, sino que cada uno responderá según su propio hecho.

En el ejemplo propuesto, la conducta del chofer constituye autoría de homicidio culposo, sin dudas³¹. Pero la conducta del acompañante no puede dejar de ser tenida en cuenta. Ayudó a tomar la decisión de acelerar más allá de lo permitido y en ruta mojada; animó al conductor, y él también lo quería. Existe pues un acuerdo –aunque tácito– que surge entre ambos, característico del concurso, que arranca en la figura del instigador³². Pero estamos ante una conducta culposa: ambos no previeron lo previsible, por imprudencia juvenil³³.

En realidad, el art. 59, inc. 2º CPU obliga a tratar esta situación como si no fuera un concurso a los efectos de la responsabilidad (responde cada uno por su propia culpa), pero no dice que no sea concurso. Dispone que ambos deben ser castigados según el grado de reprochabilidad de la conducta y no de acuerdo al criterio impuesto por los arts. 88 y 89 del CPU para el caso del concurso³⁴.

De modo que en el ejemplo, el conductor podrá ser considerado autor del delito de homicidio y el acompañante podrá ser considerado coautor del delito de homicidio. La pena del coautor podrá, sin embargo, ser inferior a la del autor, en función de lo dispuesto por el art. 59 i. 2, a pesar de lo dispuesto por el art. 88 CPU que impone la misma pena.

En efecto, cabe distinguir en ambos personajes un grado diferente de participación en este concurso culposo. El conductor es quien detenta el volante del vehículo, así como los demás controles del mismo. Además, pudo haber resistido la influencia de su acompañante. Es quien tiene el *dominio del hecho*. En cambio el copiloto parece más bien cumplir con la descripción del instigador, en la medida que se demuestre que determinó a otro a cometer el delito (art. 61.1 CPU).

Ambos sujetos acordaron –aunque tácitamente– crear el riesgo ilícito, que luego se transformó en el resultado muerte. En ambos sujetos *faltó la previsión del previsible resultado típico*. Para definir la autoría en el

28. Cosa que negamos en *Eutanasia y Omisión de asistencia*, FCU, 1994.

29. Nota a los artículos 59 a 62 CPU.

30. ROXIN, Claus *Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión*, in ROXIN, JAKOBS, SCHÜNEMAN, FRISCH, KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, pág. 176.

31. Dejando de lado, reiteramos, la posible objeción de que el sujeto no estaba realizando algo ni penalmente (art. 365,6 CPU) ni “jurídicamente indiferente”, como lo reclama el art. 18 CPU, porque actuaba antirreglamentariamente.

32. La doctrina se divide entre quienes entienden que puede haber participación en los delitos culposos y quienes no. Por todos, vide CAIROLI, *Op. cit.*, pág. 99 y 100.

33. ¿O estamos ante un autor mediato de delito culposo de homicidio? No, el acuerdo previo - o aun simultáneo - nos ubica en el ámbito de la participación.

34. **Artículo 88.** Penalidad de los coautores. Individualización.

La pena que corresponde a los coautores es la misma de los autores, salvo las circunstancias de orden personal que obligan a modificar el grado.

Artículo 89. De la penalidad de los cómplices. Individualización.

Los cómplices de delito tentado o consumado, serán castigados con la tercera parte de la pena que les correspondería si fueran autores, pero el Juez podrá elevar la pena hasta el límite de la unidad, cuando en su concepto el agente, por la forma de participación, los antecedentes personales y la naturaleza de los móviles, acuse una visible mayor peligrosidad.

ámbito del delito culposo hay que ver quién *omitió el cuidado objetivamente debido*. En este caso corresponde a quien tenía *el dominio del hecho*, o sea, el conductor ³⁵.

Con la interpretación tradicional del art. 59 i.2 cada uno debería ser considerado autor de un delito de homicidio culposo ³⁶, aun cuando el magistrado *podiera* haber fijado penas diferentes. Sin embargo, según la interpretación que sometemos a consideración del lector, la diferencia de tratamiento en cuanto al monto de la pena quedaría fundada dogmáticamente y se llega a una solución más justa: que cada uno responda por el grado de reprochabilidad de su conducta.

IX. LA RESPONSABILIDAD DEL PADRE. LA PROHIBICIÓN DE REGRESO.

Con la interpretación que proponemos, el mecanismo amplificador del concurso culposo permitiría atrapar la conducta del padre que regaló el automóvil.

Se le podría criticar diciendo que es una forma de regreso *ad infinitum* y que no respetamos la prohibición de regreso (*Regreâverbot*) ³⁷. Si no ponemos un límite hacia atrás en la causalidad podríamos llegar al absurdo de considerar responsable al fabricante del automóvil o al abuelo del menor conductor.

Entendemos, sin embargo, que su conducta no puede ser indiferente al Derecho Penal: es quien entrega por primera vez un vehículo deportivo al hijo, en día lluvioso, sin tomar ninguna precaución elemental como acompañarlo en esa primera vez para ver si realmente lo domina y para recomendarle la necesaria prudencia, o para hacerlo conducir inicialmente en lugar solitario, etc. Su conducta refleja un acuerdo tácito con su hijo en suscitar el riesgo.

El padre ingresa al círculo de responsables en el nivel de *complicidad* porque –al menos ³⁸– “cooperó moral o materialmente al delito por hechos anteriores o simultáneos a la ejecución, pero extraños y previos a la consumación” (CPU art. 62).

Precisamente, la posibilidad de considerar la existencia del concurso culposo permite amplificar el tipo para atrapar conductas como ésta que –o quedaría fuera totalmente del círculo de posibles responsables, o debería ser considerado plenamente autor ³⁹. De esta forma, *a través de la complicidad la pena puede resultar más justa*. El Juez aquí tampoco estará atado por la magnitud de la pena que impone el art. 89 CPU, y podrá fijarla con libertad, atendiendo a la reprochabilidad de su conducta. Pero la garantía de la defensa consistirá en que tal pena deberá ser necesariamente inferior a la de los considerados autores o coautores en la medida que el injusto cometido, y por lo tanto la reprochabilidad de su conducta, parecen ser de menor entidad.

ANEXO. ALGUNA REFERENCIA AL DERECHO PENAL ALEMÁN

Participación y delitos culposos. *Gemeinschaftlichkeit*.

1. Hurtado 1060, Jescheck §61,IV

¿Es posible hablar de participación, -en concreto de coautores-, cuando varias personas, por comportamientos culposos, provocan un resultado dañoso? No, son colaboradores independientes.

- Ej 1: Conductores ebrios (separados) que provocan la muerte de un hombre son *coautores* de homicidio o cada uno es *autor* de homicidio según su respectivo grado causal? La posición del autor directo juxtapuesto, *Nebentäter*, es la mayoritaria.

- Ej 2: Dos campamentistas (juntos: realización conjunta de proyecto común) encienden fuego en un bosque y provocan un incendio culposo. Cómo responden?

35. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, T. II, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 900.

36. Otros autores hablan de la autoría accesoria, aunque reconocen que la distinción no tiene más interés que el didáctico. Cfr. HURTADO POZO, José *Droit Pénal, Partie générale II*, Schulthess, Zurich, 2002, n° 774.

37. CORNACCHIA, Op. cit., pág. 275 ss.

38. Podría incluso considerarse si no se trata de una comisión por omisión (CPU art. 3 in fine). El padre asumió la posición de garante por su injerencia o actuar precedente: creó un riesgo que no conculcó y que terminó en daño. Así, por ejemplo, debería haber subido con el hijo al automóvil para cerciorarse de que manejase con prudencia, o de que tomase conocimiento de los controles del vehículo recién estrenado, etc.

39. Y considerar –normativamente– que el padre también mató.

• Ej 3: El acompañante del conductor lo estimula a sobrepasar el límite de velocidad para probar el motor y matan a un peatón (violación colectiva de un deber de precaución o de diligencia: *Unsoerfaltsgemeinschaft*).

Consentimiento presunto de la víctima.

Es una causa de justificación aparte, *sui generis*, según el Prof. ROXIN⁴⁰.

Según la jurisprudencia existen casos en los que *ex ante*, pudo ser valorado objetivamente, que el consentimiento del interesado hubiese sido dado con toda seguridad⁴¹.

Hay que distinguir dos grupos de casos en los que se plantea el consentimiento presunto⁴²:

a) Si se trata de conflictos internos de intereses y bienes relativos al ofendido que deben ser resueltas por un tercero. Se resuelve como un supuesto de estado de necesidad justificante (auxilio necesario): por lo tanto hay que ponderar si uno de los intereses es más importante que el otro. Ejemplo: el médico que debe amputar para salvar la vida al paciente.

b) Si es presumible por parte del afectado, la renuncia a sus propios intereses en beneficio del autor o de un tercero. El fundamento radica en una especial relación entre la víctima y quien dispone, o por el escaso interés que representa para el titular del derecho afectado. Ejemplo: la empleada del hogar que regala un traje gastado del dueño de casa a un mendigo.

En el primer caso, la decisión que objetivamente sea más razonable se corresponderá también con la voluntad presunta del afectado. En el segundo, la solución dependerá de la opinión personal del afectado. En ambos casos, sin embargo, debe ser respetada una "voluntad irracional" del titular del bien o derecho afectado⁴³. Ejemplo: la madre que sacrifica su vida en el parto, con tal de dar a luz al niño sano.

BIBLIOGRAFÍA

ALTAVILLA, Enrico. *La culpa*.— Bogotá: Temis, 1987.— p.168-183.

CAIROLI, Milton *Curso de Derecho Penal Uruguayo*, T. II, FCU, 1987, pág. 99, citando a ANTOLISEI.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu *El delito imprudente : criterios de imputación del resultado*. Barcelona, PPU, 1989.

CORNACCHIA, Luigi, *Il concorso di cause colpose indipendenti: spunti problematici*, L'Indice Penale 4(2) : 645-696, mag.-ago, 2001. *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*. G. Giappichelli Edit., Turín, 2004, 617 págs.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. *Culpa concurrente* Buenos Aires : Driskill, 1986.— p.276-277.

HURTADO POZO, José *Droit Pénal, Partie générale II*, Schulthess, Zurich, 2002.

JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, T. II, Bosch, Barcelona, 1981 y 5ª Ed., Comares, 2002.

ROBLES PLANA, Ricardo, *Partecipazione nel reato e colpa. Contravvenzioni autori e i complici*. L'Indice Penale 4(1) : 463-492, gen.-apr.2001.

ROXIN, Claus *Derecho Penal-Parte General, TI. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito'* Ed. Civitas , Madrid, 1997.

ROXIN, Claus *Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión*, in ROXIN, JAKOBS,

SCHÜNEMAN, FRISCH, KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

RUCSONI, Maximiliano Adolfo, *Comportamiento de la víctima y configuración del ilícito* in RCP, n.4, abril 1998, pp.205-217.

SCAPUSIO, Beatriz; FERNÁNDEZ, Lina *Concurrencia de culpas o concurrencia de riesgos*, RFD, n.15, enero-junio 1999, pp.77-92 También en RCP n.4, abril 1998, pp.371-388

TOMASINI RENOM, Mónica, *Efectos de la condena penal en sede civil y la culpa concurrente de la víctima*, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, v.25, n.44, 243, ene.-jun., 1983.

SENTENCIAS:

Cámara Criminal y Correccional de San Martín, sala I, LA LEY, Bs. As. 996-1216

Cámara de Apelaciones en lo Penal de Santa Fe, sala II, JURIS, Rosario, Argentina, 64-89

Cámara de Apelaciones en lo Penal de Santa Fe, sala III, JURIS, Rosario, Argentina, 77-208.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala IV, LA LEY, Bs. As., 1989-E, 345.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala V, JA, 1994-III-379.

Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de Primer Turno, Sentencia 33 del 24 de agosto de 1999. LEX año 5, n.7, noviembre 2001, pp.105-120.

40. ROXIN, *Welzel-Festschrift*, pág. 448.

41. Por todas: OLG Frankfurt MDR 1970, pág. 694.

42. ROXIN, cit., pág. 464.

43. JESCHECK, *Tratado...*, 5ª Ed., Comares, 2002, pág. 416.

EL SISTEMA CONSTITUTIVO DE LA ANÓNIMA URUGUAYA Y SU INCIDENCIA EN EL FUNCIONAMIENTO SOCIETARIO

RICARDO OLIVERA GARCÍA

Decano Emérito de la Facultad de Derecho,
Director del Programa Master de Derecho de la Empresa
y Catedrático de Derecho Comercial
Universidad de Montevideo

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES NORMATIVOS. III. EL RÉGIMEN DE LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES. IV. PLURIPERSONALIDAD GENÉTICA - UNIPERSONALIDAD SUPERVINIENTE. V. LA SUPERPOSICIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL Y LA DEMORA INNECESARIA DEL TIEMPO DE CONSTITUCIÓN. VI. OTROS EFECTOS DE LA REGULACIÓN SOCIETARIA PRODUCTO DE LA DEMORA DE LOS PROCEDIMIENTOS CONSTITUTIVOS. VII. EL PROBLEMA DEL ORDEN PÚBLICO SOCIETARIO EN EL PROCEDIMIENTO CONSTITUTIVO DE LAS ANÓNIMAS. VIII. LA CUESTIÓN DE LA VALIDEZ DE LOS PACTOS PARASOCIALES. IX. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

En el Derecho uruguayo el sistema de constitución de las sociedades anónimas resulta rehén de la historia.

Como todos recordamos, la primera etapa de evolución de la sociedad anónima se caracterizó por representar un estatuto jurídico especial de privilegio otorgado por el soberano (octroi) para una actividad específica y particular, por el que todos sus participantes y sus herederos se sustraían a la aplicación de las normas de derecho común¹. Esta exclusión del régimen común consistía en quebrar el principio de que los bienes del deudor son la garantía de sus acreedores otorgando, para una actividad específica, el beneficio de la limitación de responsabilidad. En función de este beneficio, los socios de una sociedad anónima (accionistas) respondían por las deudas sociales solamente con los bienes aportados a la sociedad².

El Código de Comercio francés de 1807 dio un primer gran paso, modificando el régimen de estatutos jurídicos especiales por un régimen de estatuto general de la anónima, pero sujetando la constitución de las mismas a la autorización estatal³.

El avance hacia un sistema normativo recién se produjo con la ley de 24 de julio de 1867 que estableció que las sociedades anónimas podían constituirse sin autorización del gobierno (art. 21), cambiando el régimen de autorización por un régimen de publicidad⁴. El régimen francés de libertad de constitución se difundió rápidamente a España (1869), Alemania (1870), Bélgica (1873) e Italia (1882). Este régimen de libertad de constitución ha imperado hasta el presente en el derecho comparado⁵.

1. Vé. BRUNETTI, *Tratado de Derecho de las Sociedades*, (trad. esp.), Buenos Aires, 1960, t. II, p. 203.
2. En estas primeras etapas del desarrollo del concepto de sociedad anónima estábamos todavía muy lejos de recoger el concepto de personalidad jurídica de las sociedades y de concebir a la sociedad anónima como un sujeto de derecho independiente, con su propio patrimonio, y al accionista como un sujeto externo a la sociedad, titular de derechos económicos y políticos frente a la misma, derivados de su legitimación como tenedor de una acción.
3. En el régimen del Código de Comercio francés, la constitución de sociedades anónimas estaba sujeta a autorización gubernamental, otorgada por decreto del Conseil d'État.
4. Vé. RIPERT-ROBLOT, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, Paris, 1986, t. 1, p. 717.
5. Afirma GARRIGUES que "[l]a idea de que la fundación de una sociedad anónima no es asunto privado que pueda quedar enteramente remitido a la autonomía contractual es, pues, tan antigua como la sociedad anónima misma" (Fundación de la Sociedad Anónima, Revista de Derecho Mercantil (RDM), N° 1 (1940), ps. 11-12.

Sin perjuicio de que el Derecho uruguayo proclama también la existencia de un sistema normativo, en el cual rige la libertad de constitución de sociedades anónimas, un análisis más profundo de las disposiciones legales en la materia y de los criterios establecidos para su aplicación revela que el sistema no ha superado aún el régimen de autorización y que persisten una serie de restricciones, limitaciones y cortapisas, que determinan que la supuesta libertad de constitución resulte desvirtuada.

Estas restricciones inciden en una serie de temas: el alcance de la autonomía de la voluntad en la celebración de negocios societarios, la forma de pactar una relación societaria, el comienzo de la personalidad jurídica, el régimen de capital social.

Muchas de estas restricciones son rémoras de la legislación societaria anterior, mientras que otras surgen de los criterios interpretativos de la ley sostenidos por alguna doctrina y por los organismos públicos de control societario.

Por esta razón, vale la pena realizar primero un rápido repaso de los antecedentes normativos que, en esta materia, establece la ley uruguaya, para pasar luego al estudio del régimen vigente, de los criterios de aplicación y de las consecuencias jurídicas que dichas normas y dichos criterios de aplicación producen en el funcionamiento del sistema.

II. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Las Ordenanzas de Bilbao, que rigieron en el Uruguay hasta la entrada en vigencia del Código de Comercio de 1866⁶, no contenían regulación alguna respecto a las sociedades anónimas. Sin perjuicio de esto, algunos bancos constituidos antes de esa fecha bajo la forma de sociedades anónimas, fueron aprobados por leyes especiales, al amparo del régimen establecido por la Constitución de la República de 1830 (art. 17)⁷.

El Código de Comercio reguló a las sociedades anónimas dentro del Título II del Libro II, "De las compañías o sociedades" (arts. 403 a 424), siguiendo la línea marcada por el Código de Comercio francés de incluir a las anónimas como una modalidad contractual, conjuntamente con las restantes sociedades comerciales⁸. El codificador uruguayo previó el establecimiento de sociedades anónimas por tiempo determinado y con autorización del Poder Ejecutivo (art. 405)⁹. Dispuso a continuación el contenido mínimo del acto de constitución de la sociedad (art. 406)¹⁰, en norma no contenida en las fuentes corrientes del instituto (Código de Comercio francés de 1807 y español de 1829), sino tomada del Código de Wurtemberg¹¹. El codificador no estableció para las anónimas ningún capital ni integración inicial mínimos, limitándose a requerir que el capital y la manera de formarlo aparecieran expresados en el acto de formación de la sociedad (art. 406).

El problema de la constitución de una sociedad anónima sin capital suscrito o integrado vino a ser resuelto por la ley N° 2.230 de 2 de junio de 1893, famosa por haber introducido en el derecho uruguayo la figura del concordato preventivo y por haber sustituido el régimen de quiebras de sociedades anónimas por un régimen especial de liquidación judicial¹².

Esta norma incluye entre las causas de disolución necesaria de las sociedades anónimas la de "no poder llenar la sociedad el fin para que fue creada" (art. 2 inc. 4). A continuación, el art. 3 dispone que esta causal se produce cuando no alcance a suscribirse al menos el 20% del capital autorizado (inc. 1) o cuando no pueda cubrirse con dinero efectivo a lo menos el 25% del capital suscrito (inc. 2)¹³. Dispone además que, al conceder

6. Vé. OLIVERA GARCIA-RIPPE, *Evolución y panorama del Derecho Comercial uruguayo*, Montevideo, 1989, p. 18 y ss.

7. OLIVERA GARCIA, *Instalación de bancos en el Uruguay*, Montevideo, 1982, ps. 5-6.

8. El hechizo contractualista del Código francés duró poco tiempo. A partir de la ley de 1867, la jurisprudencia francesa echó por tierra este criterio y comenzó a reconocer el principio mayoritario en las sociedades anónimas, aun para la modificación de las bases fundamentales de la sociedad. Vé. OLIVERA GARCÍA, *El derecho de receso: cinco lustros después*, Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, año II (2003), N° 3, p. 55; también en Estudios de Derecho Societario, Buenos Aires, 2005, p. 622 y ss.

9. Sobre el régimen establecido por el Código de Comercio puede verse: HUGHES, *Las sociedades anónimas en el Uruguay. Procedimiento para su instalación*, Revista de Derecho Comercial Sociedades Anónimas (RDSCSA), año 1 (1946), N° 6, p. 171; PEREZ FONTANA, *La fundación de la sociedad anónima*, RDSCSA, año 4 (1949), N° 35, p. 123.

10. Negocio que la sociedad va a emprender, el tiempo de su duración, el capital, la manera de formarlo, el domicilio elegido, el modo de administración y las condiciones de emisión de acciones.

11. ALCORTA, *Fuentes y concordancias del Código de Comercio*, Buenos Aires, 1887.

12. Vé. PEREZ FONTANA, *El concordato preventivo de las sociedades anónimas*, Montevideo, 1982.

13. La ley N° 2.230 introdujo en la normativa uruguaya la distinción entre los conceptos de capital autorizado, suscrito e integrado, que aun se mantiene en la legislación actual. Vé. OLIVERA GARCÍA, *Análisis y perspectivas del concepto de capital social en la Ley de Sociedades Comerciales*, en AA.VV., *Temas de Derecho Societario. Diez años de la Ley de Sociedades Comerciales. Análisis y perspectivas*, Montevideo, 2000, p. 99; también en Estudios, cit., ps. 291-292.

la autorización, el Poder Ejecutivo concederá un término prudencial dentro del cual deberán realizarse las suscripciones e integraciones mínimas, vencido el cual retirará la autorización concedida (art. 4) ¹⁴.

El régimen del Código de Comercio, complementado por las normas en materia de suscripción e integración de capital de la ley N° 2.230, fue reformado por la ley N° 13.318 de 28 de diciembre de 1964. Esta ley introdujo varias modificaciones sustanciales al régimen de constitución de las anónimas: (a) La sociedad se constituirá mediante escritura pública o privada, firmada por tres fundadores por lo menos, quienes serán suscriptores de acciones (art. 207); (b) La sociedad tendrán un capital autorizado mínimo, expresado en moneda nacional (art. 206) ¹⁵; (c) Previo a la firma del acto de constitución deberá suscribirse el 50% del capital social e integrarse, en dinero o en bienes susceptibles de estimación pecuniaria, un mínimo del 20% del capital suscripto (art. 207) ¹⁶; (d) La autorización de constitución se transfiere al Poder Judicial, correspondiendo su otorgamiento a los Juzgados Letrados de Primera Instancia, quienes deberán oír a la Inspección General de Hacienda y al Ministerio Público, acerca de la legalidad de las disposiciones estatutarias y el cumplimiento de los requisitos de constitución (art. 208); (e) El acto de constitución, estatutos y resolución autorizante deben ser inscriptos en el Registro Público de Comercio y publicados en el Diario Oficial y en otro diario (arts. 208 y 229); (f) Antes de los 60 días de realizadas las publicaciones debe haberse integrado un nuevo 20% de las acciones suscritas, cuya omisión se sancionaba con la cancelación de la autorización para funcionar (art. 208) ¹⁷.

El codificador comercial no ingresó nunca en el tema de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas. Si bien alguna doctrina ¹⁸ y alguna jurisprudencia ¹⁹ habían sostenido con anterioridad la tesis de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales, el reconocimiento legal de la misma recién se produjo con la sanción de la Ley de Registros N° 10.793 del 25 de setiembre de 1946 (art. 19). Esta norma declaró personas jurídicas a las sociedades constituidas de conformidad con el Código de Comercio. Es decir que, en el régimen establecido por la ley N° 10.793, la personería jurídica era reconocida a las sociedades comerciales regulares –incluidas las anónimas– una vez completado el procedimiento constitutivo previsto legalmente ²⁰.

Este régimen de autorización por los poderes públicos para la constitución de sociedades anónimas influyó notablemente en el sistema vigente, tal como habremos de analizar.

III. EL RÉGIMEN DE LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES

Con fecha 4 de setiembre de 1989 fue aprobada la ley N° 16.060 que, con algunas modificaciones menores, representa el régimen vigente en materia de sociedades comerciales (LUSC).

Siguiendo el modelo de la ley argentina ²¹, la LUSC prevé que las sociedades anónimas podrán constituirse por acto único o por suscripción pública (art. 250).

En la constitución por acto único, el consentimiento de todos los fundadores –que deben ser por lo menos dos– se produce en forma simultánea, oportunidad en la cual los mismos suscriben e integran además el capital social. En cambio, en la constitución por suscripción pública, el consentimiento, suscripción e integración se producen en forma sucesiva o escalonada, por adhesión a un programa.

En la constitución por acto único, la LUSC prevé el otorgamiento del negocio social en escritura pública o privada, la cual deberá contener las menciones exigidas a las sociedades comerciales en general (indivi-

14. Vé. PEREZ FONTANA, *La sociedad anónima en el Derecho uruguayo*, 2ª ed., Montevideo, 1973, ps. 51-52.

15. El capital mínimo fue fijado por la ley en \$ 500.000. Posteriores leyes lo llevaron a \$ 5:000.000 (ley 13.782/69) y a \$ 50:000.000 (ley 14.100/72).

16. Las disposiciones sobre la forma de expresión del capital y sobre suscripciones e integraciones mínimas establecidas por la ley N° 13.318 no resultaban de aplicación para las sociedades anónimas financieras de inversión, constituidas al amparo del régimen establecido por el art. 7 de la ley N° 11.073 de 24 de junio de 1948. Vé. OLIVERA GARCIA, *Las sociedades financieras de inversión en el Derecho uruguayo*, Anuario de Derecho Comercial (ADCO), t. 5, Montevideo, 1991, p. 199; también en Estudios, cit., ps. 768-770.

17. Vé. PEREZ FONTANA, *La sociedad anónima*, cit., ps. 55-56.

18. JIMÉNEZ DE ARECHAGA, *Las sociedades comerciales ¿son personas jurídicas?*, Montevideo, 1918.

19. Sent. 6-5-1899, RDJA, t. 6, p. 218.

20. OLIVERA GARCÍA-OLIVERA AMATO, *El "disregard of legal entity" en la jurisprudencia*, ADCO, t. 10, Montevideo, 2004, p. 359; también en Estudios, cit., p. 161.

21. La Ley argentina de Sociedades Comerciales 19.550 fue la fuente principal tanto del proyecto PEREZ FONTANA como del proyecto FERRO-DELFINO-RODRIGUEZ que fueron los antecedentes de la LUSC. Vé. OLIVERA GARCÍA, *Elementos para la interpretación de la Ley de Sociedades Comerciales*, en A.A.V.V., *Antecedentes, fuentes y concordancias de la Ley de Sociedades Comerciales*, Montevideo, 1999, p. 9 y ss.; También en Estudios, cit., ps. 64-65.

dualización de los otorgantes, tipo social, denominación²², domicilio²³, objeto, capital, aportes²⁴, forma de distribuir las utilidades²⁵ y de soportar las pérdidas, administración y plazo²⁶) (art. 6), así como las específicas del tipo social de anónima (clase, monto, condiciones de creación y emisión, y demás características de las acciones; régimen de administración, asambleas y control interno y forma de su nombramiento²⁷) (art. 251).

En el momento de otorgamiento del negocio de constitución, los fundadores deberán integrar por lo menos el 25% del capital contractual expresado en los estatutos y suscribir lo que reste para completar el 50% de dicho capital contractual (arts. 252 y 280). No existe ningún requisito de suscripción o integración posterior, ni plazo para integrar el capital suscrito.

El texto original de la LUSC mantenía la solución de exigir a las sociedades anónimas un capital contractual mínimo en el momento de su constitución, fijado originalmente en \$ 18.000 (art. 279). Este capital era actualizado anualmente por el Poder Ejecutivo, en función de la variación de la Unidad Reajutable (art. 521). Una reciente reforma a la ley societaria, realizada por la ley N° 18.083 de 27 de diciembre de 2006, eliminó el requisito de capital contractual mínimo para las anónimas²⁸.

El trámite de constitución de la sociedad por acto único supone tres etapas: la aprobación del órgano estatal de control, la inscripción registral y la publicación.

El negocio de constitución de la sociedad requiere aprobación del órgano estatal de control, el que fiscalizará la legalidad de las disposiciones establecidas en los estatutos sociales y las suscripciones e integraciones de capital efectuadas (art. 252 inc. 2). El decreto 335/990 de 26 de julio de 1990, reglamentario de la LUSC, dispuso que la Inspección General de Hacienda²⁹ ejercería la función de órgano estatal de control (art. 1). Posteriormente, la ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996 transformó este organismo en Auditoría Interna de la Nación (AIN) (art. 45)³⁰.

La LUSC establece el siguiente trámite administrativo de aprobación de los estatutos sociales (art. 252): (a) El contrato deberá ser presentado ante la AIN dentro de los 30 días de celebrado; (b) La AIN deberá expedirse dentro de los 30 días de presentada la solicitud; (c) Si se formularan observaciones se conferirá vista a los fundadores por el plazo de 10 días, transcurridos los cuales la AIN dispondrá de 15 días para dictar resolución; (d) Si en los plazos establecidos la AIN no hubiera dictado resolución, se considera fictamente aprobado el contrato original o con las observaciones aceptadas; (e) Si la AIN denegara la aprobación, los fundadores podrán interponer recursos administrativos ante la propia AIN y el Poder Ejecutivo y, posteriormente, acción de nulidad del acto ante el Tribunal lo Contencioso Administrativo³¹.

El contrato, con el testimonio de la resolución administrativa o la constancia de su aprobación ficta deberá ser inscripto en el Registro Nacional de Comercio, dentro de los 30 días contados desde el día siguiente a la fecha de la expedición del testimonio o de la constancia de aprobación ficta. Esta constancia debe ser expedida por la AIN dentro de los 5 días de producida la aprobación ficta (art. 253).

Efectuada la inscripción, la LUSC manda que, dentro de los 60 días siguientes, se publique en el Diario Oficial y en otro diario o periódico de la sede de la sociedad un extracto conteniendo la denomi-

22. Respecto a la denominación social, el art. 12 de la LUSC establece que deberá indicar el tipo social y que no podrá ser igual o semejante a la de otra sociedad preexistente. Vé. BUGALLO, *Nombre comercial: normas marcarías y societarias*, RDCO, año 32 (1999), p. 883 y ss.; OLIVERA GARCÍA, *Protección del nombre comercial de las sociedades anónimas*, Rev. Judicatura, año II, N° 11, Montevideo, 1977; también en Estudios, cit., p. 109 y ss.

23. El art. 13 de la LUSC define el domicilio como el departamento, ciudad o localidad donde la sociedad establezca su administración.

24. En el caso de las sociedades anónimas, el aporte deberá ser de bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada (art. 58 inc. 3).

25. El art. 320 de la LUSC establece la obligación de las sociedades anónimas de distribuir a sus accionistas por lo menos el 20% de las utilidades netas de cada ejercicio.

26. Las sociedades comerciales no pueden ser pactadas a plazos superiores a 30 años (art. 15), con excepción de las anónimas cuyo plazo podrá superar los 30 años (art. 251 n. 2).

27. Se prevé que los estatutos designen además el primer directorio o el administrador, así como el síndico o la comisión fiscal (art. 251 n. 3).

28. Esta ley dispuso además que las sociedades anónimas deberán tener su capital representado en moneda nacional, salvo aquellas que tengan por objeto principal invertir en activos radicados en el exterior, a las cuales la reglamentación podrá autorizar a representar su capital en moneda extranjera (art. 279, LUSC con texto dado por el art. 100, ley N° 18.083).

29. La Inspección General de Hacienda fue creada por decreto del 10 de marzo de 1915 con la finalidad de controlar los actos de las sociedades anónimas.

30. La ley N° 16.736 dispone que la AIN será un órgano funcionalmente desconcentrado del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Economía y Finanzas que actuará con autonomía técnica en el desempeño de sus cometidos.

31. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo es un órgano jurisdiccional, independiente del Poder Judicial, al cual la Constitución de la República le da competencia exclusiva para conocer en las demandas de nulidad contra actos administrativos definitivos emanados de la Administración Central, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales contrarios a una regla de derecho o dictados con desviación de poder (art. 309).

nación social, el capital, el objeto, la duración, el domicilio y los datos referentes a la inscripción (arts. 255 y 17) ³².

En la constitución por suscripción pública supone la formación, en forma sucesiva o escalonada, del consentimiento para la constitución de la sociedad anónima. Las etapas de este proceso constitutivo son las siguientes: (a) Preparación por los promotores de un programa conteniendo las bases del estatuto, las emisiones programadas y las condiciones de la suscripción ofrecida, el cual debe ser aprobado por la AIN e inscripto en el Registro Nacional de Comercio (art. 258); (b) Designación de un fiduciario que representará a los suscriptores de capital, el cual deberá ser una entidad de intermediación financiera o una bolsa de valores (art. 259); (c) Plazo de suscripción no mayor de 3 meses desde la inscripción del programa en el registro, en el cual deberán celebrarse entre el fiduciario y los suscriptores contratos de suscripción de acciones que completen los mínimos previstos por la ley (integración del 25% del capital contractual y suscripción del saldo hasta completar el 50%) (art. 261); (d) Asamblea constitutiva de la sociedad celebrada dentro de los 2 meses de vencimiento del plazo de suscripción, con un quórum mínimo de la mitad más una de las acciones suscritas, la que tomará decisión por el voto de la mayoría de los suscriptores presentes que representen por lo menos la tercera parte del capital suscrito (arts. 266 y 267); (e) Aprobación de la constitución por la AIN, inscripción en el Registro Nacional de Comercio y publicación de un extracto en el Diario Oficial y en otro diario o periódico, en idéntico procedimiento que el previsto para la constitución por acto único (art. 273).

La constitución de sociedades anónimas por suscripción pública no estaba prevista en el régimen anterior a la LUSC y, a partir de la aprobación de la LUSC, no existió en el Uruguay ningún caso de constitución de una sociedad por este procedimiento.

En el régimen de la LUSC, la personería jurídica de la sociedad se adquiere desde la celebración del contrato constitutivo, en el caso de la constitución por acto único, o desde la suscripción del acta de la asamblea constitutiva, en el caso de la constitución por suscripción pública (art. 278). Los procedimientos posteriores previstos por la ley son requisitos impuestos para la constitución regular de la sociedad.

Este es el procedimiento vigente, el cual plantea una multiplicidad de dificultades y cuestiones que habremos de analizar seguidamente.

IV. PLURIPERSONALIDAD GENÉTICA - UNIPERSONALIDAD SUPERVINIENTE

La legislación uruguaya exigió tradicionalmente la plurisubjetividad en el otorgamiento del negocio societario. En el régimen del Código de Comercio, si bien la ley nada decía al respecto, la posición mayoritaria sostenía la necesidad de la concurrencia de por lo menos dos fundadores para constituir una sociedad anónima ³³, aun cuando existieron al respecto posiciones disidentes ³⁴. La reforma introducida por la ley N° 13.318 de 1964 pasó a exigir expresamente que el acto de constitución de la sociedad fuera otorgado por tres fundadores que fueran suscriptores de capital (art. 207) ³⁵.

Sin perjuicio de esta exigencia de la pluralidad de fundadores, se admitió pacíficamente que, luego de constituida la sociedad, la totalidad de las acciones pudieran concentrarse en manos de un solo accionista ³⁶.

Esta realidad de la anónima unipersonal perduró en el sistema jurídico uruguayo por más de un siglo, sin que existiera en dicho período ningún pronunciamiento administrativo ni jurisdiccional en contrario. En todo este lapso, las sociedades anónimas estuvieron sujetas a la fiscalización permanente del Estado, incluyendo la celebración de sus asambleas sociales, donde fue frecuente la comparecencia de un solo y único accionista con la totalidad del capital accionario.

La aprobación de la LUSC volvió a plantear la incertidumbre sobre la procedencia de la unipersonalidad superviniente de la anónima, en la medida que la definición de sociedad comercial establecía expresamente

32. El texto original de la LUSC preveía la realización de una sola publicación en el Diario Oficial. La ley N° 16.296 de 12 de agosto de 1992 –primera reforma a la LUSC– introdujo la obligación de realizar además otra publicación en otro diario o periódico del lugar de la sede de la sociedad. Esta reforma, que tuvo su origen en una iniciativa de los medios de prensa, representa en los hechos un tributo impuestos a los fundadores de sociedades anónimas, en beneficio de los titulares de medios de prensa privados.

33. PEREZ FONTANA, *La fundación de la sociedad anónima*, cit., p. 315.

34. MORA RODRÍGUEZ, *Fundación de una sociedad anónima por una sola persona*, RDCSA, t. VII, Montevideo, 1952, p. 531.

35. Vé. PEREZ FONTANA, *La sociedad anónima*, cit., ps. 60-61.

36. Vé. ROCCA, *Derecho Comercial*, Montevideo, s/f, t. IV. vol. 2, ps. 85-86.

que “[h]abr  sociedad comercial cuando, dos o más personas físicas o jurídicas, se obliguen ...” (art. 1), destacando la pluralidad de personas como un elemento estructural de esta modalidad negocial.

Si bien alguna doctrina aislada sostuvo que, después de la LUSC, no es procedente el funcionamiento de la sociedad anónima con un solo accionista ³⁷, la mayoría de la doctrina se ha inclinado por admitir la posibilidad de actuación de la anónima unipersonal ³⁸.

La LUSC contiene diversas normas que sustentan la procedencia de la sociedad anónima con un solo accionista:

a) El art. 116 regula la escisión de sociedades, previendo que el acto constitutivo de las sociedades que se creen sea otorgado por los representantes de la sociedad que decide la escisión (art. 140). Se trata de un caso de unipersonalidad genética de la anónima, que se crea por voluntad de un solo fundador.

b) El art. 156 prevé la reducción a uno del número de socios, en caso de rescisión parcial de la sociedad (muerte, incapacidad, inhabilitación, exclusión o receso). En esta hipótesis, la sociedad no se disuelve sino que la ley otorga al socio restante la opción, dentro del plazo de un año, de disolver la sociedad o recomponer la pluralidad societaria. En este período, la sociedad funcionará con un solo socio. Si bien este régimen no resulta aplicable a las sociedades anónimas por expresa exclusión legal (art. 158), marca el principio de la posibilidad de funcionamiento de la sociedad con un solo socio.

c) El art. 159 num. 8 incluye entre las causales de disolución de las sociedades la “reducción a uno del número de socios según lo dispone el artículo 156”. La exclusión de las anónimas del régimen del art. 156 determina que no exista disolución posible en caso de que todo el capital accionario se concentre en manos de una sola persona.

Por otra parte, la disolución no opera de pleno derecho, sino que debe ser resuelta por los órganos sociales o declarada judicialmente (art. 162). Esta declaración sólo puede ser solicitada por los socios o por terceros interesados, siendo cuestionable que exista en los hechos otro interesado que el propio accionista único para pedir la disolución.

Sin perjuicio de la opinión de la doctrina y de las opciones de interpretación favorables que surgen de la propia LUSC, en los hechos el tema fue definitivamente zanjado con la aprobación por el Poder Ejecutivo del decreto 335/990 del 26/7/1990, el cual dispone lo siguiente: “*Declar se que la totalidad del capital accionario de las sociedades anónimas puede pertenecer a una sola persona física o jurídica, no siendo de aplicación para aquéllas lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 159*”.

El criterio interpretativo que recoge el decreto es que no procede la disolución de la sociedad anónima por reducción a uno del número de socios (art. 159 n. 8) por referirse esta norma exclusivamente a las situaciones previstas por el art. 156 (muerte, exclusión y receso) y no resultar la misma aplicable a las sociedades anónimas (art. 158) ³⁹.

Esta norma interpretativa, que carece de jerarquía legal, produjo en los hechos el efecto de consolidar la figura de la anónima con unipersonalidad superviniente. En los 17 años de vigencia de la ley y de su norma reglamentaria no existió ningún cuestionamiento a la anónima unipersonal en vía administrativa o jurisdiccional. Las sociedades anónimas continúan siendo fiscalizadas por el Estado, a través de la Auditoría Interna de la Nación, sin que este organismo haya planteado jams observación alguna a la comparecencia de un solo accionista representando la totalidad del capital accionario de la anónima. Tampoco existió ningún pronunciamiento judicial que entendiera que una anónima se disolvió por concentración de su capital en manos de una sola persona, ni que otorgara a esta circunstancia efecto o consecuencia alguna sobre la limitación de la responsabilidad del accionista.

La historia uruguaya no hace más que corroborar el valor que tradicionalmente ha tenido la sociedad anónima como estructura organizacional de la actividad empresarial. La posibilidad de crear una entidad separada, con personería jurídica propia, con patrimonio propio, con una responsabilidad propia independiente de la responsabilidad personal de sus socios 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, aun por un operador económico individual.

37. RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, Montevideo, 2006, vol. 4, t. 1, p. 167 y ss.

38. FERRO ASTRAY, *Sociedad unipersonal*, ADCO, t. 5, Montevideo, 1991, p. 11 y ss.; RIPPE, *Sociedad de un solo socio*, ADCO, t. 7, p. 45 y ss.; OLIVERA GARCÍA, *La nueva Ley de Sociedades Comerciales, Grupos de Interés Económico y Consorcios*, Anales del Foro, N  100, Montevideo, 1991, p. 59; también en Estudios, cit., p. 23; WONSIK, en A.A.V.V., *Manual de Sociedades Comerciales*, Montevideo, 1990, t. I, ps. 60-62.

39. Estrictamente, similar argumento podría realizarse en caso de la concentración de las cuotas sociales de una sociedad de responsabilidad limitada en un solo socio, como consecuencia de un negocio de cesión. En este caso, tampoco estamos en presencia de la situación prevista por el art. 156, puesto que no se trata de un caso de rescisión parcial.

Una actividad sujeta a un riesgo infinito no hace más que desincentivar iniciativas de negocios, atentando contra la productividad y el desarrollo. Esta realidad va más allá de la unidad o pluralidad subjetiva de los emprendedores.

V. LA SUPERPOSICIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL Y LA DEMORA INNECESARIA DEL TIEMPO DE CONSTITUCIÓN

La demora de los procedimientos constitutivos de las sociedades anónimas fue históricamente un problema en el Uruguay.

En el régimen anterior a la LUSC, este procedimiento insumía muchos meses cuando no años. La presentación ante el Juzgado Letrado competente, la vista a la Inspección de Hacienda y al Ministerio Público, la inscripción registral y las publicaciones se traducían en un procedimiento por demás complejo y engorroso. En caso de existir alguna observación de parte de la Inspección General de Hacienda o del Ministerio Público, el procedimiento preveía que el expediente volviera al Juzgado actuante, éste diera vista al interesado, y se retomara luego el largo periplo previsto por la ley. Las resoluciones judiciales de rechazo de la autorización eran objeto de los mismos recursos previstos contra los fallos judiciales ante los Tribunales de Apelaciones y la Suprema Corte de Justicia⁴⁰.

De este modo, el iter constitutivo de la anónima suponía que -en un procedimiento sin dificultades- los estatutos sociales fueran analizados, por su orden, por la Inspección General de Hacienda, el Ministerio Público, el Juez autorizante y el Registro.

Además, la ley no establecía plazos para la actuación de los órganos resolutorios o asesores, de modo que los estatutos que contenían cierta sofisticación o especialidad estaban por lo general sujetos a tiempos de autorización muy largos.

Esta situación determinó que se desarrollara en la práctica la costumbre de comprar sociedades anónimas preconstituidas (*shelf corporations*), las cuales podían ser puestas rápidamente en operación, sin necesidad de aguardar los tiempos de constitución requeridos por la ley.

Estas sociedades tenían además estatutos estándar que reflejaban un modelo muy elemental de organización de la sociedad y no se adaptaban, en muchos casos, a las necesidades negociales de las partes. La incorporación de reglas de funcionamiento diferentes a las contenidas en el estándar debía hacerse a través de una posterior reforma de los estatutos sociales -sujeta a los mismos procedimientos y demoras que la constitución- o de acuerdos parasociales.

La LUSC procuró lograr una aceleración de los procedimientos de constitución de las anónimas. Para esto, suprimió la intervención judicial y del Ministerio Público, otorgando al órgano estatal de control (Inspección General de Hacienda) los poderes de aprobación. Al mismo tiempo, estableció un plazo para la resolución, interpretando el silencio de la Administración a favor del administrado como una aprobación ficta de la solicitud planteada.

Sin embargo, mantuvo un doble control de legalidad sobre el procedimiento constitutivo: el realizado por el órgano estatal de control y el correspondiente al registrador⁴¹.

El tema de la duplicación del control estatal sobre la constitución de las anónimas fue debatido durante el trámite de aprobación de la LUSC, optándose finalmente por mantener el mismo⁴², en atención a la experiencia acumulada por la Inspección General de Hacienda como organismo de control.

40. Alguna doctrina sostuvo la naturaleza administrativa de la función de autorización para el funcionamiento de las sociedades anónimas confiada por la ley al Poder Judicial, sujetándola al procedimiento de impugnación de los actos administrativos (BRITO, *Aspectos administrativos de las sociedades anónimas. Control de las mismas por parte de la Administración Pública*, en A.A.V.V., La Sociedad Anónima. Presente y futuro, Montevideo, 1978, p. 97 y ss.). Sin embargo, este criterio no prosperó en la práctica.

41. La Ley argentina de Sociedades Comerciales N° 19.550 estableció igualmente un doble control de legalidad a cargo de la autoridad de contralor y del Registro Público de Comercio o Juez de registro (art. 167). Esta solución fue criticada por la doctrina que veía en la misma una duplicación innecesaria de las funciones de control (Vé. FARINA, *Tratado de Sociedades Comerciales*, Rosario, 1979, t. II-B, ps. 74-75; ZALDIVAR-MANOVIL, RAGAZZI-ROVIRA, *Cuadernos de Derecho Societario*, vol. III, 3° ed., Buenos Aires, 1983, ps. 52-53). Posteriormente, la ley N° 22.316 transfirió a la Inspección General de Justicia las funciones atribuidas por la legislación mercantil al Registro Público de Comercio. A partir del 6 de febrero de 1981, en la Capital Federal y Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártica e Islas del Atlántico Sud se halla en vigencia la ley N° 22.315, que atribuye al citado organismo administrativo funciones registrales, de fiscalización y administrativas. En función de este régimen, el control de legalidad en la constitución de las sociedades anónimas se halla unificado en un organismo ubicado en sede administrativa (ZALDIVAR-MANOVIL, RAGAZZI-ROVIRA, ob. cit., vol. III, ps. 840-841).

42. Vé. Comisión Especial de la Cámara de Representantes (CER), Carpeta 1044/88, ps. 16-18; Carpeta 1106/88, ps. 30-31.

La nueva normativa no logró revertir la situación anterior. El innecesario doble control establecido por la ley, los criterios de control utilizados por la Inspección General de Hacienda –a los cuales nos referiremos más adelante- y las desviaciones sufridas por el régimen de aprobación ficta y de los plazos de constitución previstos por la ley determinaron que el panorama anterior a la LUSC no se viera modificado sustancialmente. Salvo excepciones, los operadores económicos optaron por adquirir sociedades preconstituidas en vez de constituirlos ellos mismos, procediendo luego –en pocos casos- a reformar sus estatutos y, en la mayoría de los casos, regulando la especialidad de sus relaciones a través de convenios de sindicación de acciones.

Esto determinó además que se mantuviera el proceso de estandarización de la contratación societaria, planteándose en los hechos escasa variabilidad en el contenido de los estatutos sociales.

La sociedad anónima es la única modalidad societaria en la cual existe un control de legalidad del procedimiento constitutivo a cargo de la autoridad administrativa. El mismo no existe en los restantes tipos de sociedades comerciales⁴³, en las sociedades cooperativas⁴⁴, en las sociedades anónimas usuarias de zona franca⁴⁵, en las asociaciones agrarias⁴⁶ y, en los casos de aumento del capital contractual de las mismas anónimas⁴⁷.

VI. OTROS EFECTOS DE LA REGULACIÓN SOCIETARIA PRODUCTO DE LA DEMORA DE LOS PROCEDIMIENTOS CONSTITUTIVOS

La histórica y tradicional demora en los procedimientos constitutivos de las anónimas ha condicionado otros institutos de la LUSC: el régimen de capital autorizado y el origen de la personalidad jurídica.

A) Régimen de capital autorizado

En el caso de las sociedades anónimas, la LUSC no exige ni la integración ni la suscripción total del capital contractual, contenido en los estatutos sociales.

En este sentido, la LUSC se apartó del régimen establecido por los antecedentes consultados por el legislador⁴⁸, recogiendo la distinción entre capital autorizado, suscrito e integrado que establecía la ley N° 2.230 de 1893⁴⁹.

Según vimos, la LUSC dispone que, en la constitución por acto único, los fundadores deberán integrar por lo menos el 25% del capital social (expresado en los estatutos), suscribiendo lo que reste hasta llegar al 50% (art. 280). Los mismos porcentajes son exigidos por la LUSC para los casos de constitución por suscripción pública (arts. 261 y 264).

43. La ley N° 16.060 dispone que el contrato de sociedad comercial se inscribirá en el Registro Público de Comercio (hoy Registro Nacional de Comercio) (art. 6). En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada se exige además la publicación de un extracto del contrato en el Diario Oficial y en otro diario o periódico (art. 227).

44. La ley N° 16.156 de 29 de octubre de 1990 dispuso la inscripción directa de los estatutos en el Registro Público de Comercio (hoy Registro Nacional de Comercio). Vé. RIPPE, *Algunas reflexiones sobre el nuevo régimen de obtención de personería jurídica de las cooperativas y sus relaciones con la Ley de Sociedades Comerciales*, ADCO, t. 5, Montevideo, 1991, p. 65 y ss.

45. La ley N° 15.921 de 17 de diciembre de 1987 sobre zonas francas dispone que las sociedades anónimas cuyo único objeto sea el de realizar operaciones en calidad de usuarios de zona franca podrán inscribir directamente ante el Registro Público de Comercio (hoy Registro Nacional de Comercio) el acta de constitución y el estatuto, publicando luego por una vez en el Diario Oficial un extracto de dichos instrumentos (art. 17). Posteriormente, la LUSC dispuso que estas sociedades continuarán rigiéndose por su régimen legal especial (art. 516 inc. 3).

46. La ley N° 17.777 de 21 de mayo de 2004 previó la constitución de asociaciones agrarias, las cuales se caracterizan por tener su capital representado por títulos negociables y otorgar a sus socios el beneficio de limitación de responsabilidad (arts. 6 y 15). El procedimiento constitutivo de las mismas se perfecciona por la inscripción del acta de constitución y los estatutos en la Sección Sociedades Agrarias del Registro de Personas Jurídicas (art. 10). Vé. OLIVERA GARCÍA, *La asociación agraria: ¿una anónima "light"?*, trabajo inédito presentado a las Jornadas de Sociedades Comerciales en homenaje a la Dra. Nuri Rodríguez Olivera, Salto, 2005.

47. La ley N° 17.243 de 29 de junio de 2000 modificó el art. 284 de la LUSC disponiendo que todo aumento de capital contractual será resuelto por asamblea extraordinaria de accionistas sin necesidad de conformidad administrativa, salvo que el contrato social disponga que debe seguirse el procedimiento establecido por el art. 252. Agrega más adelante que la resolución de la asamblea se inscribirá en el Registro Público de Comercio (hoy Registro Nacional de Comercio) y se publicará.

48. La regulación del capital de las sociedades anónimas es construida por la LUSC sobre la estructura de las normas de la Ley argentina de Sociedades Comerciales. Vé. OLIVERA GARCÍA, y otros, *Antecedentes, fuentes y concordancias de la Ley de Sociedades Comerciales*, Montevideo, 1999, p. 135 y ss.

49. Vé. OLIVERA GARCÍA, *Análisis y perspectivas*, loc. cit.

Esto implica que el capital contractual de la sociedad no refleja su capital real, suscrito o integrado, sino simplemente el importe máximo hasta el cual la sociedad puede suscribir e integrar capital. En esta estructura, dentro del margen del capital contractual, los aumentos y reducciones de capital pueden realizarse sin modificación de los estatutos sociales. Esto hace que la LUSC regule a la anónima como una sociedad de capital variable, más parecida al régimen de las sociedades cooperativas⁵⁰, diferenciándose de la anónima típica, organizada tradicionalmente como una sociedad de capital fijo⁵¹.

Esta solución busca eludir la necesidad de recurrir a una reforma de estatutos cada vez que la sociedad necesita aumentar su capital social. El capital es una fuente de financiamiento de los negocios sociales, por lo que su aumento –a diferencia de otras reformas estatutarias– se transforma muchas veces en una función permanente de la actividad social. La existencia de procedimientos absurdamente lentos para esta reforma se transforman en un obstáculo para el desarrollo corriente del negocio.

Ante esta situación, en lugar de simplificar los procedimientos de constitución y reforma, el legislador optó por flexibilizar los requisitos de suscripción e integración de capital, permitiendo que la sociedad mantenga un margen de capital contractual a suscribir e integrar que podrá ir utilizando a lo largo de la vida social sin necesidad de recurrir a una reforma de estatutos.

El procedimiento de aumento del capital social fue finalmente simplificado por la ley N° 17.243 del 29 de junio de 2000 que estableció que, salvo disposición estatutaria en contrario, los aumentos de capital contractual pueden inscribirse directamente en el Registro Nacional de Comercio, sin necesidad de previo control administrativo de legalidad⁵². Sin embargo, el legislador no revisó en esa oportunidad el régimen de suscripción e integración parcial del mismo previsto por la LUSC.

Esta solución plantea importantes problemas de información para los accionistas y el mercado, ya que el capital no surge de la publicidad de los estatutos, sino que se transforma en una información interna y secreta, cuyo conocimiento requiere una compulsu expresa de los libros sociales y de los estados contables formulados por la sociedad.

Simplificado el procedimiento de reforma estatutaria por aumento del capital contractual, carece de toda justificación el mantenimiento por el sistema societario uruguayo de un régimen de capital variable, que admita aumentos y reducciones sin necesidad de reforma.

B) Origen de la personalidad jurídica

Otra de las consecuencias de la demora de los procedimientos constitutivos de las sociedades anónimas es el régimen de comienzo de la personalidad jurídica, el cual fue establecido por la LUSC no solamente para las anónimas, sino para todas las sociedades comerciales.

La mayoría de los regímenes jurídicos han optado por reconocer la personalidad jurídica a las sociedades comerciales una vez cumplidos los trámites de registración y publicidad previstos por la ley según el tipo⁵³.

Este fue además el régimen vigente antes de la LUSC donde la Ley de Registros de 1946 (art. 19) reconoció personería jurídica a las sociedades constituidas de acuerdo con las normas del Código de Comercio.

La LUSC se aparta de este modelo y establece con meridiana claridad que “*La sociedad comercial será sujeto de derecho desde la celebración del contrato social y con el alcance fijado en esta ley*” (art. 2). Esta afirmación es nuevamente reiterada en sede de las anónimas (art. 278) en cuanto dispone que “*Las sociedades anónimas adquirirán personería jurídica desde la celebración del contrato constitutivo (artículo 251) o desde la suscripción del acta de la asamblea constitutiva (artículos 269 y 270) con el alcance establecido en la Sección III del Capítulo I*” (que se refiere a las sociedades en formación).

50. Vé. MEZZERA-RIPPE, *Curso de Derecho Comercial*, Montevideo, 1999, t. II vol. 2, p. 231; RODRÍGUEZ OLIVERA, *Capital y patrimonio*, Montevideo, 1998, p. 6.

51. PEREZ FONTANA, *La sociedad anónima*, cit., p. 28. La distinción entre sociedades de capital fijo y variable reside en la necesidad de reforma del contrato social para su modificación.

52. Vé. OLIVERA GARCÍA, *Modificaciones de la Ley de urgencia en materia societaria*, ADCO, t. 9, Montevideo, 2001, p. 27; también en Estudios, cit., p. 516 y ss.

53. En Alemania, Aktiengesetz (1965), art. 41.1; en Francia, Loi sur les sociétés commerciales (1966), art. 5; en Italia, Codice Civile (1942), art. 2331; en España, Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (1989), art. 7; en Brasil, Lei de sociedades por ações (1976), art. 94. En el Derecho argentino, esta es la opinión prevalectante en la doctrina, a partir de lo dispuesto por la Ley de Sociedades Comerciales, art. 7 (HALPERIN-OTAEGUI, *Sociedades Anónimas*, 2ª ed., Buenos Aires, 1998, p. 123; ZALDIVAR-MANÓVIL, RAGAZZI-ROVIRA, *Cuadernos*, cit., vol. I, Buenos Aires, 1973, p. 142). En contra: SUÁREZ ANZORENA, en ZALDIVAR-MANÓVIL- RAGAZZI-ROVIRA, *Cuadernos*, loc. cit.

Es decir que, en el régimen uruguayo las anónimas adquieren personería jurídica y el tipo de sociedad anónima desde el momento de su acto de constitución, sin necesidad del cumplimiento de ningún requisito de publicidad⁵⁴. Mientras no se culminen los procedimientos de constitución previstos por la LUSC, la sociedad tendrá el estatuto jurídico de una anónima en formación, sujeta a los artículos 19 a 21 de LUSC.

La especial norma uruguaya en materia de comienzo de la personalidad jurídica tiene por finalidad específica resolver los serios problemas conceptuales que se planteaban en el régimen anterior a la LUSC respecto a los negocios jurídicos realizados por las sociedades anónimas en el período de formación⁵⁵. En la medida que, en el régimen anterior, la personalidad jurídica se adquiría recién al culminarse los procedimientos establecidos por el Código de Comercio para la constitución regular, se planteaba el problema de establecer en qué patrimonio recaían los negocios jurídicos realizados en el período de formación de la sociedad y cómo se realizaba luego la eventual transferencia patrimonial a la sociedad regular, una vez completado su procedimiento constitutivo. Este tema había provocado importantes divisiones en la doctrina e incertidumbre en los operadores económicos⁵⁶.

En la medida que los procedimientos constitutivos eran desmesuradamente lentos, la necesidad de la sociedad de comenzar a operar en formación resultaban mayores, siendo también mayor el problema de resolver la ubicación y transferencia patrimonial de los bienes adquiridos en dicho período.

Frente a esta realidad, la LUSC optó por modificar la solución de la ley de 1946 y confirió personalidad jurídica a la sociedad desde el otorgamiento del contrato social⁵⁷. El legislador dio prioridad a la necesidad de resolver el problema del funcionamiento de las sociedades durante el período de formación sobre la preservación de la seguridad jurídica, derivada de la necesidad de asociar la personalidad jurídica con el cumplimiento de determinados requisitos de publicidad por las sociedades que se constituyen⁵⁸.

VII. EL PROBLEMA DEL ORDEN PÚBLICO SOCIETARIO EN EL PROCEDIMIENTO CONSTITUTIVO DE LAS ANÓNIMAS

Un problema de mayor importancia en el régimen de las sociedades anónimas en el Derecho uruguayo es el determinar el alcance de la autonomía de la voluntad de los particulares a la hora de celebrar el negocio social.

Este tema conceptual, existente desde siempre, pasó a cobrar singular relevancia a partir de 1990, con la vigencia de la LUSC, la cual cambió el régimen del Código de Comercio, con escasa normativa en materia de anónimas y un necesario amplio margen a la autonomía de la voluntad, por un sistema de hiperregulación societaria.

A pesar del tiempo transcurrido desde su vigencia, no existe acuerdo entre los autores respecto a la interpretación que debe darse a muchas de las disposiciones de la ley. En particular, a la potestad que tienen los particulares de establecer contractualmente soluciones diversas a las consagradas por el legislador.

El punto central de discusión consiste en el alcance del concepto de orden público en el marco de la LUSC.

54. OLIVERA GARCÍA, *La nueva Ley de Sociedades Comerciales, Grupos de Interés Económico y Consorcios*, Anales del Foro N° 100, Montevideo, 1991, p. 59; también en Estudios, cit., ps. 27-28; OLIVERA GARCIA-OLIVERA AMATO, *El "disregard of legal entity"*, cit., p. 359; también en Estudios, cit., p. 161.

55. Vé. PÉREZ IDIARTEGARAY, *Validez e imputación de los actos celebrados durante el período de constitución de las sociedades comerciales*, Revista de Derecho Comercial y de la Empresa (RDCOyE), N° 13-14, enero-julio 1980, p. 5 y ss.

56. La doctrina nacional estaba dividida en cuanto a la validez de los actos celebrados por la sociedad en formación: (a) Para un primer sector, estos actos eran nulos por carecer la sociedad de personalidad jurídica (DE BRUN CARVAJAL, Opinión manifestada en Sala de Abogados del Banco Hipotecario del Uruguay, Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay (RAEU), año XXXIV, p. 464; PÉREZ FONTANA, *Los contratos celebrados por las sociedades en formación*, RDCSA, año 16, N° 173, p. 243); (b) Para un segundo sector, se trata de actos válidos que deben ser ratificados por la sociedad (QUAGLIATA, *¿Puede una sociedad anónima en formación adquirir inmuebles?*, RAEU, año XXXII, p. 347; CARAMBULA, *Adquisición por sociedades anónimas en formación según el derecho sustantivo y el derecho fiscal*, RAEU, año XXXIV, p. 238; MEZZERA ALVAREZ, *Curso de Derecho Comercial*, Montevideo, 1979, t. II, vol. II, p. 37); (c) Para un tercer sector, en el régimen anterior a la LUSC, las sociedades en formación tenían personería jurídica, por lo que los negocios realizados recaían directamente en su patrimonio (CIBILS HAMILTON, opinión transcripta por PRUNELL, *Régimen de contratación con el Banco Hipotecario del Uruguay*, Montevideo, 1957, p. 539).

57. En la LUSC el contrato de sociedad comercial es consensual, no requiriendo la ley que la voluntad de los socios sea manifestada por escrito. Además, el consentimiento puede ser expreso o tácito.

58. En el Anteproyecto de Ley de Sociedades Comerciales presentado al Consejo de Estado en 1981 por el Grupo de Trabajo FERRO ASTRAY-DELFINO CAZET-RODRIGUEZ OLIVERA, la posición de DELFINO CAZET fue disidente con la mayoría, proponiendo que la personalidad jurídica fuera reconocida a las sociedades comerciales regularmente constituidas (Repartido del Consejo de Estado N° 802/1978, Carpeta N° 908).

La noción de orden público es relativamente moderna en el derecho, no extendiéndose más allá del Código de Napoleón⁵⁹. En el derecho romano existía la máxima *privatorum conventio juri publico non derogat*, solución que fue luego recogida por el Fuero Juzgo y las Partidas⁶⁰. Es decir que el principio recogido desde siempre por el derecho privado fue que no se anulan las convenciones contrarias a las leyes que se refieren al derecho privado o a los intereses de los particulares.

A partir del siglo XIX, la doctrina jusprivatista comenzó a destacar que, dentro del derecho positivo, existen normas que interesan a la sociedad y normas que interesan a los individuos. Las leyes dictadas en beneficio de la sociedad están sustraídas a la libertad privada, porque el interés general que las inspira prevalece sobre el interés de los particulares, a quienes le son impuestas imperativamente sin que las puedan renunciar ni desconocer en la realización de los actos o negocios jurídicos. En cambio, las leyes de derecho privado, como son dictadas en el sólo interés o beneficio de los particulares, no se imponen a éstos obligatoriamente, pudiéndolas derogar, dejarlas sin efecto y renunciarlas en sus convenciones⁶¹.

La distinción apuntada entre leyes dictadas en interés social y leyes dictadas en interés de los particulares da origen al concepto de orden público, incorporado por el derecho como límite a la potestad de los particulares de derogar, en sus convenciones privadas, las disposiciones legales. Este principio es consagrado por el art. 11 de nuestro Código Civil, el cual dispone que “[n]o pueden derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”.

El principio de la libertad de contratación tiene en nuestro derecho rango constitucional desde la Constitución de 1830⁶². En el régimen vigente, el art. 10 de la Constitución Nacional dispone que “[l]as acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan al orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

La LUSC es muy poco precisa a la hora de establecer el alcance del concepto de orden público y el margen establecido para el ejercicio por los otorgantes del negocio constitutivo de la anónima de su autonomía volitiva. Por un lado, existen disposiciones que sancionan expresamente con nulidad determinadas estipulaciones contractuales o actos sociales⁶³. Por otro lado, existen disposiciones que expresamente prevén la posibilidad de que el contrato establezca soluciones diversas a las previstas en la ley⁶⁴.

Sin embargo, la mayoría de las disposiciones de la ley no establecen si las mismas son o no de orden público; en otros términos, si es válida la renuncia que realicen los socios a dichas disposiciones legales.

En la doctrina se han sostenido diferentes posiciones. Para algunos⁶⁵, la generalidad de las normas contenidas en la ley N° 16.060 son inderogables, de modo que el ámbito de la autonomía de la voluntad de los particulares queda reducido a aquellos casos en los cuales la ley expresamente prevé la posibilidad de que el contrato establezca una solución diferente a la disposición legal. Para otros⁶⁶, solamente son de orden público aquellas disposiciones en las cuales la ley establece expresamente la nulidad u otra sanción jurídica en caso de que los particulares se aparten de la solución que la norma establece.

59. DE ROA, *Del orden público en el derecho positivo*, Buenos Aires, 1926, pág. 1.

60. GALLINAL, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil del Uruguay*, págs. 235-238, citado por SUPERVIELLE, *El orden público y las buenas costumbres*, RDJA, t. 54, pág. 188.

61. Vé. DEMOLOMBE, *Cours de Code de Napoleon*, Paris, 1880, t. I, N° 17; MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Civil*, Paris, 1869, t. I, pág. 43; LAURENT, *Principes du droit civil français*, Paris, 1878, t. I, pág. 82; BAUDRY-LACANTINERIE *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris, 1908, t. I, N° 268; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1915-1918, t. I, N° 291; CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, 1912, pág. 39.

62. El art. 134 de la Constitución de 1830 expresaba: «Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo atacan el orden público, ni perjudican a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante del Estado será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».

63. Es el caso de las disposiciones que establecen la nulidad de las cláusulas leoninas (art. 25), de la constitución de la sociedad o el aumento de su capital por participaciones recíprocas (art. 52), de la renuncia a aprobación o impugnación de los estados contables (art. 97 inc. 2), del pacto que niegue la exclusión del socio por justa causa (art. 147), de la emisión de acciones bajo la par (art. 297 inc. 1), de las decisiones de asambleas sobre temas no incluidos en el orden del día (art. 358).

64. Es el caso de las disposiciones que establecen la responsabilidad por aportes de créditos (art. 60), la valuación del aporte de títulos (art. 65), la determinación del valor de la cuota del socio recedente (art. 154), el régimen de administración plural de las sociedades colectivas (art. 201), la adopción de resoluciones en las sociedades de responsabilidad limitada (arts. 239 y 240), los derechos de las acciones de goce (art. 311), el régimen de registro de acciones para las asambleas de sociedades anónimas (art. 350), el régimen de actuación por mandatario en las mismas (art. 351), el quórum de las asambleas extraordinarias (art. 355), el régimen de representación de las sociedades anónimas (art. 376), el régimen de suplencias y vacancias de los administradores (art. 379), el régimen de mayorías en el directorio (art. 386).

65. RODRÍGUEZ OLIVERA, en AAVV, *Introducción a la nueva ley de sociedades comerciales. Ciclo de conferencias*, Montevideo, 1990, pág. 71.

66. JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, *Algunas consideraciones acerca de la sindicación de acciones en la ley 16.060 de sociedades comerciales*, ADCO, N° 6, pág. 145.

Por nuestra parte ⁶⁷, hemos sostenido que, para determinar si una norma es o no de orden público, deberá indagarse, en cada caso, el carácter público o privado del interés protegido por la norma. A tales efectos, no es suficiente la simple lectura y exégesis de las disposiciones que integran el derecho positivo. Es necesario analizar su fundamento y el fin que persiguen las normas y las instituciones jurídicas. No existe ninguna razón para aplicar en materia de sociedades comerciales un criterio diferente al aplicado para el resto del ordenamiento jurídico. Corresponderá al intérprete, en cada caso, indagar cuál ha sido el objeto perseguido por el legislador con la aprobación de la norma y, en consecuencia, discernir cuál es el interés que la misma protege ⁶⁸.

Sin perjuicio de estos cuestionamientos realizados por la doctrina, en los hechos, en su actividad de control de legalidad del procedimiento constitutivo de las anónimas, la AIN ha aplicado sistemáticamente la ley del mínimo esfuerzo. El órgano de control ha entendido que resulta contraria a la ley cualquier estipulación contenida en los estatutos sociales que contradiga, en lo más mínimo, la solución establecida por la LUSC, sin entrar a indagar en ningún caso cuál es el interés protegido por la norma. El único margen admitido a la autonomía de la voluntad está representado por aquellos temas que la LUSC no regula o aquellos otros en que la LUSC autoriza expresamente el pacto en contrario.

Este criterio arbitrario, opuesto al principio de libertad de contratación de rango constitucional, determina que los estatutos de sociedades anónimas no contengan en muchos casos los elementos esenciales del negocio asociativo celebrado entre las partes y se limiten a consagrar una estructura institucional que servirá de vehículo para la canalización de los mismos.

El estímulo derivado de esta práctica errada de la Administración es la creación o adquisición de sociedades anónimas con estatutos de contenido estándar, con un modelo elemental de organización. El genuino contenido negocial del pacto societario o bien queda en el entendimiento indocumentado de las partes, con un fuerte incremento de los costos de agencia, o bien es objeto de pactos parasociales, con el consiguiente incremento de los costos de transacción, así como otras debilidades que analizaremos seguidamente.

VIII. LA CUESTIÓN DE LA VALIDEZ DE LOS PACTOS PARASOCIALES.

Los pactos parasociales, convenios de accionistas o sindicatos de accionistas son negocios celebrados entre socios o accionistas de sociedades comerciales, con la finalidad de regular, fuera del ámbito de la sociedad, el ejercicio de derechos personales, incluidos en el estatuto jurídico de socio. Se trata de pactos lícitos, otorgados entre las partes en ejercicio de su autonomía de contratación, los cuales pueden perseguir muy diferentes finalidades negociales. Sin embargo, en el régimen uruguayo, la peculiaridad de estos pactos es que los mismos resultan muchas veces utilizados para establecer entre accionistas de sociedades anónimas que, el criterio limitativo de la autoridad de control, objeta que resulten incluidos en los estatutos sociales.

La LUSC de sociedades comerciales se ha pronunciado por la validez de los convenios de sindicación de accionistas. El art. 331 dispone en su inciso 1 que "*[s]erán legítimos los convenios de accionistas sobre compra y venta de sus acciones, ejercicio de los derechos de preferencia y de voto y cualquier otro objeto lícito*". Esta norma buscó zanjar la discusión planteada a nivel doctrinario en cuanto a la validez de estos convenios parasociales ⁶⁹.

Además de admitir expresamente la validez y eficacia de los convenios de sindicación de accionistas en las relaciones entre las partes, la LUSC admite la oponibilidad de estos convenios respecto de terceros, a condición de que: (a) Se entregue a la sociedad un ejemplar del convenio con firmas certificadas notarialmente; (b) Se inscriba un ejemplar en el Registro Nacional de Comercio ⁷⁰; y (c) Se anote en los títulos accionarios o se haga constar en el libro de Registro de Acciones escriturales. Si bien alguna doctrina ⁷¹ se ha inclinado por sostener que estos requisitos deben cumplirse acumulativamente, otros ⁷², con mejor criterio, han entendido que debe distinguirse la oponibilidad del convenio respecto a la sociedad y respecto a otros terceros.

Los convenios de sindicación de acciones resultan normalmente concebidos como acuerdos entre grupos de accionistas que comprometen su voto conjunto en determinado sentido en las asambleas sociales o que se

67. OLIVERA GARCÍA, *El orden público en la Ley de Sociedades Comerciales*, ADCO, t. 8, Montevideo, 1999, p. 109.; también en Estudios, cit., p. 108.

68. Vé. COLOMBRES, *El orden público en el Código de Comercio*, Jurisprudencia Argentina, 1964, II, pág. 25.

69. Vé. GARRIGUES, *Sindicatos de accionistas*, RDM, 1955, p. 91 y ss.; PEDROL, *La anónima actual y la sindicación de acciones*, Madrid, 1969, p. 243.

70. Este requisito es incluido por la ley N° 17.904 de 7 de octubre de 2005, art. 15.

71. BENITEZ, *De los Accionistas*, en A.A.V.V., Análisis exegético de la Ley 16.060 – Sociedades Comerciales, dir. Gaggero-Pérez Idiartegaray-Rippe, Montevideo, 1993, t. II, p. 83.

72. HOLZ, *Convenios de Sindicación*, ADCO, t. 5, Montevideo, 1991, p. 138 y ss.

confieren recíprocamente derechos de preferencia en el caso de comercialización de sus acciones⁷³. La finalidad de los mismos es la creación de un centro de poder político en el seno de la sociedad anónima, el cual les permita una incidencia colectiva en los negocios sociales que individualmente no podrían poseer.

Sin embargo, la práctica societaria uruguaya le ha asignado a los convenios de sindicación de acciones una utilidad diferente. Los mismos se han convertido, en la mayoría de los casos, en acuerdos parasociales celebrados entre la totalidad de los accionistas, en los cuales se incluyen todas aquellas reglas de funcionamiento del negocio social que el régimen vigente hace imposible o inconveniente incluir en los estatutos sociales. Es decir que, en estos casos, la relación societaria pasa a estar formada por las disposiciones estatutarias y por aquellas otras emanadas de los convenios de sindicación de accionistas, en muchos casos oponibles a la sociedad.

Las razones que motivan esta práctica son básicamente dos: (a) Las excesivas limitaciones que al ejercicio de la autonomía de la voluntad impone la AIN, al realizar el control de legalidad de los estatutos sociales, realizando una interpretación equivocada del concepto de orden público en la LUSC e realizando, en otros casos, observaciones de mérito que exceden claramente sus facultades; y (b) La lentitud y complejidad de los procedimientos de reformas de estatutos, que privan muchas veces de flexibilidad y temporaneidad a la modificación de los pactos sociales.

Este escape de las restricciones impuestas a las normas estatutarias a través de la celebración de pactos parasociales plantea importantes dudas respecto a su licitud, ya que podría entenderse que nos encontramos con actos en fraude a la ley⁷⁴, máxime cuando la propia LUSC prevé la oponibilidad de estos pactos parasociales respecto a la sociedad. ¿Es razonable que aquello que la ley prohíbe a los accionistas pactar en el contrato, éstos puedan hacerlo en un pacto parasocial?⁷⁵

Esta cuestión no se ha planteado hasta el presente en los tribunales uruguayos pero, de prosperar este criterio, seguramente provocaría serias dificultades para el funcionamiento del comercio, impidiendo pactos lícitos y necesarios para otorgar a las partes las seguridades que la actividad de riesgo encarada demanda.

La solución al problema no debe buscarse en los pactos parasociales sino en el necesario replanteo del ejercicio de la autonomía de la voluntad de quienes celebran un el negocio constitutivo de una sociedad anónima.

IX. REFLEXIÓN FINAL

La descripción y el diagnóstico efectuados sobre el procedimiento constitutivo de las sociedades anónimas en el Derecho uruguayo nos retrotrae a la afirmación realizada al comienzo del trabajo: nuestro régimen jurídico no ha superado la etapa histórica de la autorización estatal en el proceso constitutivo de las sociedades anónimas.

Si bien la LUSC no habla de "autorización" sino de "aprobación" estatal de la constitución de las anónimas (art. 252), el concepto es sustancialmente el mismo⁷⁶: la constitución de una sociedad anónima no es un acto libre y soberano de quienes se proponen desarrollar una actividad económica. Su consentimiento no es suficiente, sino que requiere de un consentimiento estatal posterior para que la sociedad resulte regularmente constituida. El cambio revolucionario respecto de las anónimas producido por la ley francesa de 24 de julio de 1867 y expandido desde Francia a todo el derecho continental no logró traspasar aún las fronteras del sistema uruguayo.

Ni desde el punto de vista legal ni desde el punto de vista cultural el sistema uruguayo ha reconocido que la intervención estatal en el procedimiento constitutivo de las anónimas debe limitarse a dar una adecuada publicidad a los negocios de sociedad anónima celebrados por los particulares y que su voluntad no resulta necesaria en el desarrollo de este proceso constitutivo. La constitución de una sociedad anónima no es un acto complejo de coparticipación público-privada, sino que supone la celebración de un negocio de derecho privado que debe de estar solamente sujeto al consentimiento lícito de las partes.

73. OLIVERA GARCÍA, *Restricciones estatutarias a la transferencia de acciones*, ADCO, t. 2, Montevideo, 1986, p. 214.

74. Vé. MOSSET ITURRASPE, *El fraude a la ley*, en A.A.V.V., *Fraudes*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 4, Buenos Aires, 1993, p. 7 y ss.

75. Un pacto frecuente en los pactos de accionistas es el establecimiento de restricciones a la transferencia de las acciones (sindicato de bloqueo), el cual suele establecerse en el caso de capitales accionarios representados por acciones al portador. Por su parte, el art. 305 de la LUSC establece que la transmisión de acciones será libre y que sólo puede limitarse la transmisibilidad de las acciones nominativas y escriturales. De interpretarse que esta norma es de orden público, ¿será válido el pacto parasocial que acuerda restricciones a la transferencia de las acciones al portador? ¿Será esta restricción oponible a la sociedad? HOLZ se ha pronunciado por la validez de este pacto (ob. cit., p. 135).

76. SAYAGUES LASO distingue actos administrativo de autorización y de aprobación. Los actos de autorización son aquéllos que habilitan a una persona física o jurídica para ejercer un poder jurídico o un derecho preexistente, removiendo un obstáculo jurídico establecido por el derecho objetivo. En cambio, los actos de aprobación suponen la expresión de una voluntad administrativa que acepta como bueno un acto de otro órgano, completando así su eficacia jurídica (*Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1963, t. I, pas. 414-417). En este sentido, el régimen de la LUSC establece un requisito de autorización y no de aprobación estatal.

Por su parte, si bien la LUSC insiste en utilizar reiteradamente la expresión “contrato social” para referirse a los estatutos de la sociedad anónima⁷⁷, luego no trata al negocio constitutivo como un contrato. La regulación de la anónima no se encuentra construida sobre un paradigma contractual sino sobre un paradigma institucional. La aplicación del principio de la autonomía de la voluntad no tiene en el acto constitutivo de las sociedades anónimas la misma dimensión y alcance que la ley le asigna en las restantes modalidades contractuales. El margen asignado por la ley –y fundamentalmente por alguna doctrina y por la jurisprudencia administrativa– a la libre decisión de los otorgantes del negocio resulta absolutamente residual, haciendo predominar el interés por contar con una regulación de la organización social objetivamente equilibrada por sobre el interés particular y específico de los otorgantes de ajustar el negocio social a sus especiales necesidades.

La doctrina⁷⁸ habla de tres prejuicios sobre los que se apoya la regulación de las sociedades de capital: (a) El prejuicio tecnocrático, por el cual tiende a pensarse que el legislador y la doctrina que lo prolonga están en mejores condiciones que los operadores para dotar a las sociedades de reglas eficientes y adecuadas; (b) El prejuicio paternalista, por el cual se tiende a presuponer que los arreglos a los que las partes son capaces de arribar no garantizan unas relaciones suficientemente equilibradas; y (c) El prejuicio político que, por una traslación inexacta de los valores de la polis a la vida de los negocios, tiende a institucionalizar los derechos del socio como si se tratase de los derechos del ciudadano.

El legislador desconoce la realidad del comercio y desarrolla un sistema supuestamente protector en beneficio de quien no necesita y, definitivamente, no desea ser protegido. En el momento de constitución de la anónima es precisamente cuando los operadores económicos tienen su mayor poder y soberanía, la que resulta de consentir o no la realización del negocio. La protección paternalista del Estado –de muy dudosa eficacia– no resulta necesaria.

En sustancia, el sistema vigente en materia de constitución de sociedades anónimas se apoya en un gran error conceptual: pensar que la limitación de responsabilidad –y, eventualmente, la posibilidad de incorporar el estatuto de accionista en títulos negociables– es una concesión especial del Estado. Esta concesión resulta otorgada solamente a quienes se ajustan al modelo de organización que el Estado, en su infinita sabiduría, considera más adecuado. Corresponderá entonces al Estado controlar el acceso de los particulares a este régimen excepcional que el mismo concede.

La regulación de la figura de la sociedad anónima no constituye un derecho excepcional derivado de una concesión estatal. La limitación de responsabilidad de los operadores económicos en los contratos que realizan y la incorporación de derechos en títulos valores es una potestad de los operadores económicos que puede ser realizada en el marco de la libertad de contratación que los mismos tienen. No resulta necesaria la figura de la sociedad anónima para lograr estos beneficios.

La anónima cumple una función facilitadora de estos resultados, permitiendo reducir los costos de transacción que implicaría negociar y pactar un mecanismo limitativo de responsabilidad en cada uno de los negocios que el operador celebra. Por lo tanto, la regulación societaria no debe tener por función sustituir sino simplemente complementar la voluntad de las partes, con un carácter absolutamente subsidiario, completando los vacíos que éstas hayan dejado. La estructura y organización de la sociedad anónima debe tender a coincidir con la voluntad de las partes y no con la voluntad del legislador.

Cuando esto no ocurre, el mercado toma su justa venganza contra el régimen perverso que lo limita. En muchos casos, esta venganza tal vez consista en la abstención de los operadores en participar en determinados negocios, por considerar que los costos de agencia, derivados de limitaciones o restricciones impuestos por el sistema al funcionamiento social, hacen excesivamente onerosos e inconvenientes los mismos. En muchos otros casos –los más– la venganza consiste en recurrir a procedimientos oblicuos e indirectos para lograr, por otras vías, aquellos objetivos negociales que la normativa, en forma absurda, parece impedirles. El modelo uruguayo de proliferación de sociedades anónimas preconstituidas, con estructuras estatutarias básicas, y pactos de accionistas que construyen la genuina estructura del negocio social constituye ejemplo elocuente de este fenómeno.

La solución de la cuestión planteada no pasa necesariamente por una reforma de la ley societaria –la cual no estaría de más– sino por un profundo cambio cultural respecto a cuál es la función que la ley societaria debe cumplir y cuál es la importancia que en este proceso debe asignarse a la autonomía de la voluntad de los contratantes. Corresponderá a quienes estudian, interpretan y desarrollan el derecho societario la tarea de realizar una auténtica reconstrucción del régimen de las anónimas, sobre la base de organizar la misma como una herramienta eficiente, idónea para facilitar los objetivos económicos de las partes.

77. El art. 250 inc. 2 de la LUSC expresa: “Respecto a este tipo societario se considerarán sinónimos los términos contrato social y estatuto”.

78. PAZ-ARES, *¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de las Sociedades?*, en *Tratando de la Sociedad Limitada*, dir. Paz-Ares, Madrid, 1997, p. 161 y ss.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

- *Durán Martínez, Augusto - “Particularidades del régimen recursivo en los procedimientos de contratación administrativa”*

PARTICULARIDADES DEL RÉGIMEN RECURSIVO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Augusto DURÁN MARTÍNEZ

Decano Emérito y Profesor Titular de Derecho Administrativo,
Facultad de Derecho (UCU)
Profesor de Derecho Público, Facultad de Derecho (UdelaR)

I

1. La regulación de los recursos administrativos encuentra su base en los artículos 317 y 318 de la Constitución. Su marco legislativo general está compuesto fundamentalmente por el decreto-ley N° 15.524, de 9 de enero de 1984, ley N° 15.869, de 22 de junio de 1987, y ley N° 17.292, de 25 de enero de 2001 (artículos 40, 41 y 42). La normativa reglamentaria básica figura en el decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991.

2. No obstante lo expresado, existen disposiciones legales especiales que para algunos casos prevén ciertos apartamientos de ese régimen general. La contratación administrativa configura uno de esos casos.

3. Ese régimen especial de los recursos administrativos en el ámbito de los procedimientos de contratación figura expresamente en el artículo 62 del TOCAF. Pero no es la única norma que refiere al tema: hay alguna excepción expresa a lo allí previsto y existen otras disposiciones que sin aludir expresamente a los recursos tienen incidencia directa en algunos aspectos de su régimen jurídico.

4. Partiré, por tanto, del artículo 62 del TOCAF para luego considerar las otras disposiciones que imponen apartamientos de lo dispuesto en ese artículo 62 o del régimen general.

II

1. El artículo 62 del TOCAF proviene del artículo 510 de la ley N° 15.903, de 10 de noviembre 1987, con la modificación efectuada por el artículo 527 de la ley N° 16.736, de 5 de enero de 1996.

La modificación que esta última ley efectúa a la anterior es la introducción del inciso tercero del actual artículo 62 del TOCAF que luego se analizará, referido a la remisión de las copias de los escritos al Tribunal de Cuentas.

2. El antecedente inmediato anterior al artículo 62 del TOCAF es el artículo 49 del Proyecto de ley de Contabilidad y Administración Financiera, puesto en vigencia por el decreto N° 104/968, de 6 de febrero de 1968, invocando el artículo 512 de la ley N° 13.640, de 26 de diciembre de 1967.

Este artículo 49 decía:

“Podrán ser impugnados por persona interesada, en cualquier etapa de su trámite:

- 1) El llamado a licitación, cuando se invoque incumplimiento de preceptos de la ley o su reglamentación, en particular cuando no se haya cumplido el requisito de su publicación o se presume la circunstancia a que se refiere el Art. 33. Esta impugnación deberá ser formulada dentro de los 10 días contados a partir de la última publicación efectuada, o de la recepción de la invitación a cotizar en licitaciones restringidas, concursos de precios o contrataciones directas.
- 2) La adjudicación, cuando no recaiga en la oferta más ventajosa, particularmente si la adjudicación recayere sobre ofertas que no cumplan con las bases y condiciones reputadas esenciales de los pliegos respectivos.

De toda impugnación presentada ante la autoridad responsable del llamado el reclamante lo hará saber al Tribunal de Cuentas con los fundamentos de su reclamación. La reclamación tendrá efecto suspensivo, salvo en los casos en que la administración actuante, por expresa resolución declare que dicha suspensión afecta inaplazables necesidades del servicio o le cause graves perjuicios. El procedimiento de la reclamación se sustanciará y resolverá conforme a las normas constitucionales o leyes especiales que regulen la materia.

Resuelta la reclamación se apreciarán las responsabilidades de los órganos o funcionarios y la del propio reclamante. Si éste hubiese actuado con mala fe o con manifiesta falta de fundamento se tomará nota para considerar la aplicación de sanciones de apercibimiento, suspensión o eliminación del Regis-

tro de Proveedores del Estado, sin perjuicio de las acciones judiciales que pudieren corresponder por reparación del daño que la impugnación hubiese causado a la Administración.”

3. Con anterioridad al decreto N° 104/968 mencionado no existía un régimen especial para los recursos administrativos contra los actos dictados en el marco de un procedimiento de contratación administrativa, por lo que se aplicaba enteramente el régimen general.

III

1. El artículo 62 del TOCAF establece:

“Los actos administrativos dictados en los procedimientos de contratación podrán ser impugnados mediante la interposición de los recursos correspondientes en las condiciones y términos preceptuados por las normas constitucionales y legales que regulan la materia.

El plazo para recurrir se computará a partir del día siguiente a la notificación o publicación.

El interesado remitirá copia del escrito o impugnaciones presentadas al Tribunal de Cuentas, disponiendo de un plazo de cuarenta y ocho horas a tales efectos.

Los recursos tendrán efecto suspensivo, salvo que la Administración actuante, por resolución fundada, declare que dicha suspensión afecta inaplazables necesidades del servicio o le causa graves perjuicios.

Resuelto el recurso, se apreciarán las responsabilidades de los órganos o funcionarios responsables y del propio recurrente. Si éste hubiere actuado con mala fe o con manifiesta falta de fundamento, se le aplicarán sanciones de suspensión o eliminación del Registro de Proveedores y Contratistas del Estado, sin perjuicio de las acciones judiciales que pudieran corresponder por reparación del daño causado a la Administración.”

2. El primer inciso remite al régimen general. Podría no decir nada al respecto y la solución sería la misma, pues es el régimen de principio.

El segundo inciso en nada innova con respecto a lo dispuesto en el régimen general. Es cierto que, a diferencia del artículo 317 de la Constitución, no incluye la expresión “si correspondiere” luego de la mención a la notificación personal, como no lo hace tampoco el artículo 4 de la ley N° 15.869, de 22 de junio de 1987. Pero ello es irrelevante puesto que,

como toda interpretación de una norma jurídica infravalente, debe efectuarse **desde la Constitución**¹, aunque la ley no lo diga se debe efectuar la notificación personal o la publicación en el Diario Oficial, según corresponda.

3. Las particularidades aparecen en los incisos tercero, cuarto y quinto.

De todas maneras, debe decirse que el primer inciso no es inútil pues fija el ámbito de aplicación de todo el artículo con lo que incluye, obviamente, los incisos tercero, cuarto y quinto. Ese régimen particular rige para los recursos contra los **actos administrativos dictados en los procedimientos de contratación**.

IV

1. El texto indicado de ese primer inciso del artículo 62 nos obliga a efectuar dos precisiones: a) a qué tipo de contrataciones refiere; y b) a qué tipo de procedimientos refiere.

2. La norma dice simplemente *contratación*, sin referir a algún tipo de contratación particular.

No obstante, corresponde advertir que como ese artículo 62 se encuentra en la Sección 2 del TOCAF cuyo *nomen juris* es “**De los Contratos del Estado**”, cabe concluir que comprende todo contrato celebrado por el Estado, tomando este último término en el sentido de Estado aparato en su más amplia acepción.

Considero que nuestro Derecho Positivo reconoce la sustantividad del contrato administrativo y adopta como elemento distintivo el subjetivo: contrato administrativo es aquél en que por lo menos una de las partes es el Estado.² El artículo 62 del TOCAF se aplica, pues, en todo contrato administrativo entendido en la forma indicada.

3. La otra precisión que corresponde es respecto al otro término que figura en el artículo en análisis: *procedimientos*.

El artículo alude a los actos administrativos dictados en los *procedimientos de contratación*, es decir en los procedimientos tendientes a la celebración de un contrato administrativo.

No especifica ningún procedimiento especial; por tanto, comprende a todos, ninguno queda excluido.

El artículo 33 del TOCAF menciona una serie de procedimientos de contratación administrativa pero no son los únicos; existen otros previstos por dispo-

1. BIDART CAMPOS, G.J., Teoría general de los derechos humanos, Astrea, Buenos Aires, 1991, pp. 386 y ss.; RISSO FERRAND, M., Derecho Constitucional, F.C.U., Montevideo, 2005, t. I, p. 235.
2. DURÁN MARTÍNEZ, A., Ejecución de los contratos administrativos. Eficacia vinculante. El contrato como regla de Derecho. Mutabilidad del contrato, en DURÁN MARTÍNEZ, A. *Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*, Montevideo, 1999, p. 277.

siones especiales. Todos ellos están comprendidos en la expresión *procedimiento de contratación* del artículo 62, ya que por su generalidad no admite excepción alguna.

Incluso debe admitirse que en esta expresión está incluida la contratación directa. En efecto, en la contratación directa la Administración procede a seleccionar al cocontratante sin un procedimiento competitivo, pero eso no quiere decir que no siga ningún procedimiento. La Administración en este caso sigue un determinado procedimiento administrativo para elegir a su contraparte y para formar su voluntad orgánica y este procedimiento, como es un procedimiento de contratación administrativa, queda también comprendido en el régimen del artículo 62 del TOCAF.

4. Conforme a lo expresado, este artículo 62 se aplica en todo procedimiento de contratación administrativa. Con lo cual quedan excluidos aquellos actos dictados en procedimientos que no son finalizados a la celebración de un contrato aunque se encuentren en el ámbito de la contratación administrativa, por ejemplo, un acto que impone una sanción por un incumplimiento contractual.

5. Como se percibe, este artículo es de una amplitud mucho mayor que el artículo 49 del Proyecto de Ley de Contabilidad y Administración Financiera, puesto en vigencia por el decreto N° 104/968. En efecto, aquel artículo 49 refería únicamente a la impugnación del llamado a licitación y a la del acto de adjudicación, mientras que el texto vigente comprende todos los recursos contra cualquier acto dictado en los procedimientos de contratación administrativa.

6. Este artículo 62 es una norma de excepción, por lo que es de interpretación estricta. Todo lo que no está expresamente en él comprendido queda excluido y por ende regido por el régimen general.

V

1. El tercer inciso del artículo 62 impone determinadas formalidades que deben ser observadas.

No se trata de formalidades concomitantes sino posteriores a la presentación de los escritos. En efecto, la ley asigna un plazo para su cumplimiento. Aunque nada impide un cumplimiento simultáneo.

2. Con relación a este punto, cabe precisar: a) quién debe cumplir esas formalidades; b) en qué consisten; c) dónde se cumplen; d) cuál es el plazo para su cumplimiento; e) el sentido de esas formalidades; f) la consecuencia de la omisión de esas formalidades.

3. La ley obliga al *interesado*.

Tratándose de un artículo que refiere a los recursos administrativos, no cabe duda de que la expresión *interesado* comprende al recurrente.

Como la norma no alude al recurrente sino al interesado, cabe concluir que están comprendidos en ella -además de los recurrentes- todos los interesados aunque no sean recurrentes. Así, por ejemplo, el tercero beneficiado por el acto impugnado que puede verse afectado por el acto que resuelve los recursos es un interesado no recurrente comprendido en el tercer inciso de este artículo 62. También a este interesado alcanza esta obligación.

Como se percibe, la solución vigente se aparta de la de su antecedente que refería al reclamante.

4. Las formalidades aquí previstas consisten en la remisión al Tribunal de Cuentas de copia del escrito o impugnaciones presentados.

Obviamente no se remiten los originales, pues los mismos deben permanecer en la repartición donde se instruye el recurso.

Como la ley no exige ninguna especificación respecto a la copia, la oficina receptora no puede añadir ninguna exigencia no prevista en el ley. No puede así exigir copia autenticada, ni siquiera firmada. Basta una copia simple.

Por supuesto que esa copia debe ser fiel, extremo que en su momento el Tribunal de Cuentas tendrá oportunidad de verificar y, si no lo es, será un elemento más a tener en cuenta al juzgar las responsabilidades del caso.

La presentación de esas copias no tienen ninguna formalidad especial. Puede hacerse por cualquier medio idóneo que acredite su recepción.

Las copias remitidas son de los escritos o impugnaciones presentados. Comprende así los recursos, la fundamentación posterior si la hubiere, los escritos de prueba presentados en el marco del procedimiento recursivo o evacuaciones de vistas o escritos presentados por los terceros interesados en el mantenimiento del acto. La expresión *escrito* que emplea la ley es de una acepción tan amplia que no admite exclusiones.

5. Como se ha dicho, las copias referidas precedentemente se presentan en el Tribunal de Cuentas de la República.

Las debe presentar el propio interesado. "El interesado remitirá copia", dice la ley. No corresponde por tanto que se presenten ante el órgano que dictó el acto impugnado y solicitar que este efectúe tal remisión al Tribunal de Cuentas.

6. La ley fija un plazo para la remisión de las copias: cuarenta y ocho horas.

No aclara desde cuándo se cuentan esas cuarenta y ocho horas, ni cómo se cuentan.

El artículo 134 del TOCAF regula de una manera general la forma de cómputo de los plazos fijados en

ese cuerpo normativo. Dicho artículo dice: "Los términos fijados en esta ley se computarán en días hábiles y no se computará el día de la notificación, citación o emplazamiento."

Este artículo no es directamente aplicable al caso porque refiere a plazos fijados en días, mientras que el ahora en estudio es fijado en horas y además toma en cuenta, a los efectos del inicio del cómputo, la notificación, citación o emplazamiento, extremos que no están contemplados en el artículo 62 en estudio.

El decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991, que puede ser de aplicación en los procedimientos especiales como lo es el presente, por su artículo 112 establece:

"Los plazos se contarán siempre a partir del día siguiente a aquél en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate."

Como se advierte, la norma refiere genéricamente a los plazos, sin especificar si son fijados en horas, días, meses o años. Por tanto, desde ese punto de vista cabe concluir que este artículo puede ser de aplicación para el plazo del artículo 62 del TOCAF.

Hago notar empero que, a los efectos del inicio del cómputo, este artículo alude a la notificación o publicación del acto, procediendo de manera análoga al artículo 134 del TOCAF.

Hago notar también que algo análogo ocurre en el artículo 93 del Código General del Proceso, que dice:

"**Artículo 93. Comienzo de los plazos.** Los plazos establecidos para las partes comenzarán a correr, para cada una de ellas, el día hábil siguiente al de la respectiva notificación, salvo que por disposición de la ley o por la naturaleza de la actividad a cumplirse, tengan el carácter de comunes, en cuyo caso comenzarán a correr el día hábil siguiente al de la última notificación."

Como se percibe, en todas estas normas el hecho que se toma en cuenta a los efectos del inicio del cómputo de un plazo es la notificación, citación, emplazamiento o publicación. Es decir, algo que puede ser de conocimiento de la persona obligada a hacer algo dentro de ese plazo.

En el caso del artículo 62 del TOCAF no se toman en cuenta esos hechos porque no existen. Por eso el momento que se toma en cuenta para el inicio del cómputo es la presentación del escrito, hecho que por cierto conoce muy bien el interesado ya que de él depende y él efectúa la presentación.

Procede entonces, a mi juicio, la aplicación de la solución del artículo 112 del decreto N° 500/991. Hago notar, por otra parte, que tanto en este artículo como en el 134 del TOCAF, como en el 93 del C.G.P., no se cuenta el día en que se produce el hecho tomado como referencia a los efectos del inicio del cómputo del plazo. La diferencia radica en que

en el TOCAF y en el C.G.P. se alude a días hábiles, cosa que no ocurre en el artículo 112 del decreto N° 500/991 que dice simplemente "*a partir del día siguiente.*"

Estas cuarenta y ocho horas del artículo 62 del TOCAF se computan, a mi juicio, a partir de la hora cero del día siguiente al que se produjo la presentación del escrito.

El artículo 113 del decreto N° 500/991 regula la forma de cómputo de los plazos fijados en días, en meses y en años. No refiere a los plazos fijados en horas, por lo que no es aplicable al artículo 62 del TOCAF el sistema de cómputo previsto en el artículo 113 del decreto N° 500/991.

Al no establecerse nada al respecto en nuestro derecho positivo, cabe concluir que las horas fijadas en el artículo 62 del TOCAF se cuentan en horas naturales.

Corresponde, sí, la aplicación del artículo 114 del decreto N° 500/991 que establece:

"Los plazos vencen en el último momento hábil del horario de la oficina del día respectivo. Los términos o plazos administrativos que vencieren en día feriado se extenderán hasta el día hábil inmediato siguiente."

Esta disposición se debe coordinar con el inciso segundo del artículo 113 del mismo decreto que dice: "Los días son hábiles o inhábiles según funcionen o no, en ellos, las oficinas de la Administración Pública, son horas hábiles las correspondientes al horario fijado para el funcionamiento de las respectivas oficinas de la administración Pública."

Conforme a estas disposiciones, las cuarenta y ocho horas previstas en el artículo 62 del TOCAF se computan naturales a partir de la hora cero del día siguiente al de la presentación del escrito, vencen a la hora del cierre de atención al público de la oficina donde se deben entregar las copias, es decir, del Tribunal de Cuentas, y si vencen en día feriado el vencimiento se traslada hasta el día hábil inmediatamente siguiente hasta la hora de cierre de atención al público del Tribunal de Cuentas.

7. La finalidad de la remisión de las copias de los escritos indicados al Tribunal de Cuentas es a los efectos de facilitar al Tribunal el ejercicio de su actividad de contralor sobre la contratación administrativa.

En los hechos no se avanza mucho con esto, porque no se puede efectuar un estudio serio del caso solamente con las copias remitidas; es preciso la totalidad del expediente. Pero la totalidad del expediente no se remite pues sigue su curso en su oficina de origen. Y aunque se remitiera copia de las actuaciones seguidas hasta ese momento, también el estudio sería incompleto porque no comprendería las actuaciones posteriores. El Tribunal solo tendrá todos los elementos cuando culmine el procedimiento.

De todas maneras, es importante porque alerta al Tribunal de Cuentas acerca de la existencia de un procedimiento de contratación cuestionado y posibilita un control más minucioso. Es importante, además, porque pone al Tribunal de Cuentas en actitud vigilante acerca del cumplimiento en forma del efecto suspensivo de los recursos.

8. Finalmente, cabe señalar que la ley no establece las consecuencias de la omisión de la remisión de estas copias o de su remisión tardía.

Al no decirse nada en la ley, estimo que el Tribunal no puede rechazar una copia remitida tardíamente y que su remisión tardía o su no remisión no afecta para nada al obligado de cumplir con tal trámite.

Por cierto que al interesado le conviene remitir en tiempo y forma al Tribunal de Cuentas las copias de sus escritos pues de esa manera, al facilitar el control del Tribunal, la actuación de este puede servir a sus intereses. Si no remite las aludidas copias, el Tribunal de Cuentas puede no enterarse a tiempo del problema o puede no facilitar su actividad de contralor, pero ello no incide en la tramitación del recurso o en la eventual acción de nulidad posterior. Dicho de otra manera, la omisión de remitir esas copias, o el hacerlo tardíamente, configura un tipo de omisión que no afecta la regularidad del procedimiento, por lo que no tiene por esa sola razón consecuencias negativas para el omiso.

VI

1. El cuarto inciso del artículo 62 impone el efecto suspensivo de los recursos y habilita a la Administración a su levantamiento. Es decir, la solución legal en nuestro tema es la inversa a la del régimen general.

2. Analizaré: a) el alcance del efecto suspensivo; b) cuándo comienza; c) hasta cuándo dura ese efecto suspensivo; d) quién lo puede levantar; e) los requisitos para levantar el efecto suspensivo.

3. CASSINELLI MUÑOZ, al estudiar la suspensión de la ejecución del acto administrativo en el marco de la ley N° 15.869 de 22 de junio de 1987, advirtió que la ley en sus artículos 2 y 3 emplea una terminología diferente. Hace notar que mientras que en el artículo 2 la ley refiere a la suspensión de la ejecución del acto, en el artículo 3 alude a la suspensión del acto. Sostuvo que esa referencia a la suspensión del acto contenida en el artículo 3 debe entenderse como una abreviatura, una extensión del lenguaje que se remite a la suspensión de la ejecución

prevista en el artículo 2 de dicha ley. Concluye así que la suspensión prevista en esta ley es la ejecución del acto y no la de los efectos del acto.³

El artículo 150 del decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991, regula la suspensión en el marco del procedimiento recursivo. La terminología empleada al respecto es la misma que la de la ley. En efecto, en su primer inciso se habla de suspensión de la ejecución del acto mientras que en el segundo se habla de suspensión de los actos. Por tanto, de compartirse la opinión de CASSINELLI MUÑOZ con relación a la ley N° 15.869, se debe seguir la misma tesitura en la interpretación del artículo 150 del decreto N° 500/991.

4. CAJARVILLE PELUFFO sostuvo una posición distinta. Entendió que la suspensión puede recaer tanto sobre la ejecución del acto como sobre los efectos del acto.⁴

5. Es obvio que el acto administrativo, una vez dictado, no se puede suspender; lo que se puede suspender son sus efectos. Dado la amplitud de los términos empleados en el artículo 3 de la ley N° 15.869 y del artículo 150 del decreto N° 500/991 citado, y teniendo en cuenta además que el tercer inciso de este artículo habilita a disponer medidas cautelares en forma amplia, considero que resulta admisible por esta vía tanto la suspensión de la ejecución del acto como la de los efectos del acto aun cuando estos se produzcan sin necesidad de acto de ejecución alguno. Me inclino así más por la posición de CAJARVILLE PELUFFO que por la de CASSINELLI MUÑOZ.

En el caso concreto del artículo 62 del TOCAF esta solución que adopto, siguiendo a CAJARVILLE PELUFFO, parece especialmente de recibo, ya que la norma habla genéricamente de "efecto suspensivo". Su amplitud es tal que admite que comprenda todos los efectos del acto administrativo, y no se limita exclusivamente a la ejecución. No existe, por otra parte, esa dualidad de terminología empleada en la ley N° 15.869 y el artículo 150 del decreto N° 500/991.

El efecto suspensivo en el ámbito de la contratación administrativa hace que no solo no sea posible la ejecución del contrato o su celebración, en su caso, sino que también suspende todo efecto derivado del acto administrativo en cuestión. No debe olvidarse que este artículo 62 se aplica a recursos contra cualquier acto del procedimiento de contratación y no únicamente respecto del que pone fin al procedimiento.

6. La ley no dice expresamente cuándo comienza el efecto suspensivo del recurso.

3. CASSINELLI MUÑOZ, H., Efectos de la suspensión de la ejecución del acto administrativo, en *Tercer Coloquio, Contencioso de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, Editorial Universidad, Montevideo, pp. 7 y ss.

Cuando los recursos no tienen efecto suspensivo, es obvio que si los mismos no impiden la ejecución del acto ésta puede efectuarse aun antes del vencimiento del plazo para recurrir.

Esta conclusión se deriva de la *ejecutividad*, una de las características del acto administrativo.

Al respecto, con gran claridad decía SAYAGUES LASO: "En principio el acto administrativo una vez perfeccionado produce todos sus efectos y por lo mismo, cuando requiere ser llevado a los hechos, puede y debe ser ejecutado. Es la regla general. Esta peculiar característica del acto administrativo se denomina ejecutividad".⁵

En principio, pues, los recursos no afectan la ejecutividad del acto. Este debe ejecutarse, salvo que la suspensión de su ejecución sea expresamente dispuesta conforme a lo establecido en el artículo 150 del Decreto N° 500/991 citado, y dándose cumplimiento a las exigencias allí previstas.⁶

La solución varía cuando la ley impone el efecto suspensivo de los recursos. En estos casos, los recursos afectan la ejecutividad del acto, por lo que no pueden ejecutarse.⁷ En consecuencia, cabe sostener que la Administración no puede ejecutar el acto mientras esté pendiente el plazo para recurrir. Sostener lo contrario equivaldría a convertir en letra muerta la disposición que impone el efecto suspensivo de los recursos, porque bastaría que la Administración se adelantara al recurrente y ejecutara el acto de inmediato para que ese efecto suspensivo no se produjera.

Los actos administrativos respecto de los cuales la ley atribuyó efecto suspensivo a los recursos carecen de la nota de ejecutividad. O, mejor dicho, ella aparece recién cuando el acto adquiere firmeza o si el efecto suspensivo es expresamente levantado cuando ello es posible.⁸

De manera que, en los casos en que la ley dispone el efecto suspensivo de los recursos, el acto impugnado no puede en principio ejecutarse mientras esté pendiente el plazo para recurrir. O sea, en el caso de los actos administrativos comprendidos en el ar-

tículo 62 del TOCAF, nacen con efectos suspendidos. Por cierto que la Administración puede levantar ese efecto suspensivo del modo que más adelante se indicará.

7. Cabe preguntarse ahora acerca de hasta cuándo dura el efecto suspensivo previsto en el inciso 4 del artículo del artículo 62 del TOCAF.

Para la interpretación de este inciso partiré de la regla establecida en el artículo 17 del Código Civil.

"Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su sanción."

En esa misma línea, LARENZ decía que la interpretación es problemática.

"El que el significado preciso de un texto legal sea constantemente problemático, depende, en primer lugar, de que el lenguaje usual, del que la ley se sirve ampliamente, no utiliza, a diferencia de una lógica matematificada y del lenguaje de la ciencia, conceptos cuyo ámbito esté exactamente fijado, sino términos más o menos flexibles, cuyo posible significado se balancea dentro de una ancha cinta, y que puede ser distinto según las circunstancias, la relación objetiva y el contexto del discurso, la posición de la frase y el acento de una palabra."⁹

Por eso, "toda interpretación de un texto ha de comenzar con el sentido literal."¹⁰

Pero luego el filósofo del derecho citado indica:

"El sentido literal, a extraer del uso del lenguaje, constituye el punto de partida y, al mismo tiempo, determina el límite de la interpretación, pues aquello que está más allá del posible sentido literal, ya no es compatible con él aun en la 'más amplia' de las interpretaciones, no puede valer como contenido de la ley. El sentido literal no es, por regla general, evidente, sino que deja margen para numerosas variantes de interpretación."¹¹

4. CAJARVILLE PELUFFO, J.P., Sobre la suspensión jurisdiccional de los efectos del acto administrativo. Concepto, objeto y eficacia temporal de la suspensión jurisdiccional, en *V.V.A.A., Estudios en memoria de Héctor Frugone Schiavone*, Universidad Católica del Uruguay / Amalio M. Fernández, Montevideo, 2000, pp. 64 y ss.
5. SAYAGUES LASO, E., Tratado de Derecho Administrativo, séptima edición puesta al día a 1998 por Daniel Hugo MARTINS, F.C.U., Montevideo, 1998, t. I, p. 407.
6. DURÁN MARTÍNEZ, A., El agotamiento de la vía administrativa. Un requisito de admisibilidad de la acción de nulidad, en *DURÁN MARTÍNEZ, A. Estudios de Derecho Público*, Montevideo, 2004, vol. I. pp. 163 y ss.
7. En los casos en que la ley impone el efecto suspensivo de los recursos, a veces faculta a la Administración a levantarlo dando cumplimiento a determinadas exigencias (art. 62 del TOCAF), pero en otras no (art. 27 del decreto-ley N° 14.335, de 23 de diciembre de 1974). En estos últimos casos, en consecuencia, la Administración no puede disponer el levantamiento del efecto suspensivo (DURÁN MARTÍNEZ, A., El agotamiento..., en *DURÁN MARTÍNEZ, A. Estudios de Derecho Público...*, vol. I., pp. 163 y ss.).
8. DURÁN MARTÍNEZ, A., Casos de Derecho Administrativo, Ingranusi Ltda./Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 1999, vol. I, p. 72; DURÁN MARTÍNEZ, A., El agotamiento..., en *DURÁN MARTÍNEZ, A. Estudios de Derecho Público...*, vol. I. pp. 164 y ss.
9. LARENZ, K., Metodología de la ciencia del Derecho. Ariel Derecho, Editorial ARIEL S.A., Barcelona, 1994, p. 308.
10. LARENZ, K., ob. cit., p. 316.
11. LARENZ, K., ob. cit., p. 341.

Por tal razón más adelante dice:

“La conexión de significado de las leyes es indispensable en cuanto ‘*contexto*’ para comprender el significado específico de un término o de una frase precisamente en este contexto textual.”¹²

Por último, destaco el siguiente pensamiento del autor que acabo de citar:

“Siempre que el posible sentido literal y la conexión de significado de la ley dejen margen a diferentes interpretaciones, se ha de preferir aquella interpretación que mejor se ajuste a la *intención reguladora* del legislador y al *fin* de la norma respectiva (interpretación histórico-teleológica). La intención reguladora y los fines del legislador pueden averiguarse en base a la situación histórica, al motivo de la regulación, a las declaraciones de intención del legislador, así como en base al contenido mismo de la regulación en cuanto ésta esté claramente orientada a un fin. En la interpretación de la ley, el juez está vinculado, por principio, a los fines de la ley y a las decisiones de valor del legislador a ellas subyacentes.”¹³

La interpretación literal del cuarto inciso de este artículo 62 del TOCAF que se está analizando lleva a sostener que el efecto suspensivo dura hasta que la Administración lo levante por resolución fundada, y ello en los casos en que dicha suspensión afecte inaplazables necesidades del servicio o le cause graves perjuicios. O sea que ese efecto suspensivo continúa hasta que la Administración expresamente lo levante por las razones indicadas.

Por cierto que esa interpretación es absurda. No es razonable que esa sea la única vía para levantar el efecto suspensivo. No es posible sostener entonces, por ejemplo, que si la ejecución del acto está suspendida y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo rechaza la demanda continúa la suspensión porque la Administración no la levantó.

Por eso DELPIAZZO efectuó una interpretación del artículo 62 del TOCAF que trasciende su tenor literal. En tal sentido, con relación a estos actos administrativos expresó: “en caso de ser impugnados, deben ser suspendidos en su ejecución hasta tanto ocurra una de dos cosas: o se resuelva el recurso o se levante el efecto suspensivo de la impugnación mediante el dictado de un acto fundado, el cual debe estar apoyado en la circunstancia real de afectar inaplazables necesidades del servicio o causar perjuicios.”¹⁴

O sea, a su juicio, no hay una sola vía para levantar el efecto suspensivo del recurso como parece desprenderse del tenor literal del texto, sino dos: a) el levantamiento expreso del efecto suspensivo; y b) la resolución de los recursos.

A mi juicio DELPIAZZO captó bien el problema, pero no coincido exactamente con su interpretación. Comparto que son dos las vías para dejar sin efecto la suspensión de la ejecución del acto. Una de ellas es efectivamente la que dice el propio artículo 62, pero la otra a mi juicio no es la resolución de los recursos, aunque por cierto conjuntamente con esa resolución se puede disponer el levantamiento del efecto suspensivo.

Pienso que para encarar este tema hay que tener en cuenta el fundamento del efecto suspensivo de la interposición de los recursos en el artículo 62 del TOCAF y el sentido que tienen los recursos administrativos en nuestro sistema constitucional.

No hace mucho expresé:

“Como se recordará la Constitución de 1934 previó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo pero no lo creó directamente sino que cometió su creación a la ley.

Como esa ley no se dictó, el tema fue de preocupación especial en el momento de la gestación de la Constitución de 1952, cuyo texto como se sabe surgió de un acuerdo entre el Partido Nacional y el Partido Colorado.

En una disertación sobre este mismo tema hace unos meses en la sede del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el Profesor Gonzalo AGUIRRE RAMÍREZ recordó que el Partido Nacional pugnó por la creación del Tribunal por el propio texto constitucional; en cambio el Partido Colorado prefería la solución que venía de la Constitución de 1934, es decir dejar librado a la ley la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

El diferendo se solucionó de común acuerdo. El Tribunal se creaba de inmediato como pretendía el Partido Nacional, pero se inventó el agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la acción de nulidad como una manera de demostrar el acceso a la vía jurisdiccional.

Esa solución que proviene de la Constitución de 1952 es en esencia lo que ahora está vigente.”¹⁵

Conforme a nuestra realidad, en nuestro país los recursos administrativos jamás pueden ser considerados una garantía del hombre como ocurre en otros

12. LARENZ, K., ob. cit., p. 342.

13. LARENZ, K., ob. cit., p. 342.

14. DELPIAZZO, C.E., *Contratación administrativa* - Universidad de Montevideo - Facultad de Derecho, Montevideo, 1999, pp. 199 y ss.

15. DURÁN MARTÍNEZ, A., *Recursos administrativos. Modificaciones dispuestas por la ley N° 17.292*, en DURÁN MARTÍNEZ, A. *Estudios de Derecho Público...*, vol. I, p. 193.

países, sin perjuicio de que bien entendidos puedan servir para la defensa de los derechos o intereses de los afectados por el acto impugnado o como un instrumento de control interno.

Por eso, con acierto CAJARVILLE PELUFFO expresó: "así regulados y entendidos los recursos no son ciertamente una 'garantía' para el lesionado; son un desmedido privilegio de la Administración."¹⁶ Es que así solo sirve para dilatar el acceso a la verdadera garantía que es la jurisprudencial.¹⁷

En definitiva, nuestros recursos administrativos sirven para agotar la vía administrativa y esta sirve para poder presentar la acción de nulidad.

Está claro que la vía recursiva se cumple mediante un procedimiento administrativo y culmina con un acto administrativo (expreso o ficto), y que la vía jurisdiccional se cumple mediante un procedimiento jurisdiccional y culmina con un acto jurisdiccional.

Pero, por lo visto, es clara también la conexión que existe entre el agotamiento de la vía administrativa y la acción de nulidad.

Agotada la vía administrativa el acto pasa a ser definitivo, como decía GIORGI¹⁸ y posteriormente lo estableció el artículo 24 del decreto-ley N° 15.524, de 9 de enero de 1984, por lo que puede deducirse la acción de nulidad (art. 309 y 319 de la Constitución).

La definitividad no puede confundirse con la firmeza.

CASSINELLI MUÑOZ ha indicado "que un acto es firme respecto a una persona, cuando ésta no tiene derecho a que se decida sobre ninguna impugnación suya del acto, actual o futura, ni en vía administrativa ni en vía jurisdiccional. La firmeza no es otra cosa que la ausencia de un derecho de decisión."¹⁹

Personalmente he opinado "que más que la ausencia de un derecho a la decisión, es la ausencia de un derecho a la revocación del acto. En efecto, si el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo (conforme al artículo 8 de la ley N° 15.869, de 22 de junio de 1987), solicita la revocación, la Administración tiene la obligación de decidir, pero esa decisión puede no implicar la revocación del acto."²⁰

La firmeza se adquiere: "a) si no se recurre en tiempo contra un acto originario; b) si no se acciona

en tiempo contra un acto definitivo; c) si pasa en autoridad de cosa juzgada una sentencia contencioso-administrativa que confirma el acto impugnado."²¹

De lo expuesto se desprende que ante un acto definitivo es posible presentar la acción de nulidad. No es posible, en cambio, presentar la acción de nulidad contra un acto administrativo firme.

DELPIAZZO explicó con todo acierto el fundamento del efecto suspensivo de los recursos administrativos impuesto por el artículo 62 del TOCAF.

"Lo que el legislador ha querido es, -dijo- en el caso concreto de la adjudicación, que no se perfeccione el contrato y se comience a efectuar el suministro, la obra o el objeto licitado hasta tanto no se resuelva una impugnación que puede derivar en la impertinencia de ese contrato."²²

En consecuencia, siendo ese el fundamento no es lógico sostener que el efecto suspensivo se levante con la resolución de los recursos, pues en ese momento el acto adquiere definitividad y puede ser impugnado mediante la acción de nulidad.

De esa manera, si el contrato se celebra y se ejecuta y luego la sentencia del T.C.A. anula el acto de adjudicación, se contradice el fundamento de la solución legal previsto en el cuarto inciso del artículo 62 del TOCAF.

La única forma de respetar el fundamento de la norma es sostener que el efecto suspensivo se levanta cuando el acto adquiere firmeza.

Por tanto, estimo que el efecto suspensivo de los recursos previstos en el artículo 62 se levanta de dos maneras: a) cuando la Administración lo levanta expresamente cumpliendo las exigencias legales; o b) cuando el acto impugnado adquiere firmeza administrativa.

8. Con relación al órgano que puede levantar el efecto suspensivo, la ley asigna competencia a "*la Administración actuante*".

Esa referencia a la Administración actuante es tan amplia que a mi juicio comprende a cualquier órgano de la Administración que deba resolver cualquiera de los recursos interpuestos. O sea, el levantamiento del efecto suspensivo puede ser dispuesto por el órgano con competencia para resolver el recurso de revocación o por el que deba resolver el recurso je-

16. CAJARVILLE PELUFFO, J.P., Recursos administrativos. F.C.U., Montevideo, 1987, p. 8.

17. CAJARVILLE PELUFFO, J.P., Recursos ..., 1987, p. 102, llamada 40.

18. GIORGI, H., El Contencioso Administrativo de Anulación. Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1958, pp. 161 y 162.

19. CASSINELLI MUÑOZ, H., Recurso erróneo contra acto administrativo firme, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, año 1957, t. 55, p. 36.

20. DURÁN MARTÍNEZ, A., Revocación del acto administrativo, en *DURÁN MARTÍNEZ, A. Estudios de Derecho Administrativo - Parte General*, Montevideo, 1999, p. 207.

21. CASSINELLI MUÑOZ, H., Recurso erróneo ..., loc. cit., p. 36; DURÁN MARTÍNEZ, A. Cosa juzgada administrativa, en *DURÁN MARTÍNEZ, A. Estudios de Derecho Administrativo - Parte general...*, p. 349.

22. DELPIAZZO, C.E., Contratación ..., p. 200.

rárquico o, en su caso, por el Poder Ejecutivo en oportunidad de considerar el recurso de anulación.

9. Para el levantamiento del efecto suspensivo la ley exige un requisito de fondo y otro de forma.

El de fondo es que la suspensión afecte inaplazables necesidades del servicio o le cause graves perjuicios. El de forma es que se motive adecuadamente.²³ Por supuesto que la motivación es de principio,²⁴ pero aquí la ley la exige expresamente.

El requisito de fondo constituye una situación de hecho que debe apreciar la Administración. Pero esa apreciación en definitiva se encuentra sujeta a control jurisdiccional. De ahí la importancia de que el acto en cuestión esté adecuadamente motivado.

VII

1. El inciso final del artículo 62 es extraído en forma prácticamente textual del último inciso del artículo 49 del Proyecto de Ley de Contabilidad y Administración Financiera, puesto en vigencia por el decreto N° 104/968. Las diferencias existentes son meramente terminológicas y no alteran en absoluto la esencia.

2. Esta norma refiere a la apreciación de las responsabilidades de todos los que han intervenido en el procedimiento de contratación. Impone pues, expresamente, que la Administración evalúe las responsabilidades del caso.

3. Esa evaluación de responsabilidad se efectúa tanto respecto de los que actúan por el sector público como respecto de los que actúan por el sector privado. En efecto, alude por un lado a órganos o funcionarios y por otro lado al recurrente.

4. El giro empleado por la ley al referirse a la apreciación de las responsabilidades de los órganos y de los funcionarios es poco técnico pero ilustra acerca de la amplitud del alcance del control. La Administración debe evaluar la responsabilidad de todos los funcionarios intervinientes, incluso la de los titulares de los órganos.

5. En cambio, el sujeto pasivo del control en lo que respecta al sector privado es mucho más restringido: está limitado al recurrente.

Ya se había visto que los obligados a remitir copias de los escritos al Tribunal de Cuentas eran los interesados, término amplio que comprendía al recurrente pero no excluía a otros. Ahora, en cuanto a la responsabilidad, la ley refiere exclusivamente al recurrente.

Esto es lógico, porque mientras que al Tribunal de Cuentas le sirve la óptica de todos los interesados en un procedimiento donde haya una impugnación, a los efectos de las responsabilidades interesa la conducta del recurrente que es el impugnante, y no la del tercero beneficiado por el acto recurrido porque este en definitiva es el impugnado.

Es cierto que ese tercero pudo haber comprometido su responsabilidad en el procedimiento principal cuando obtuvo la adjudicación. En ese caso, se aplicarán las normas generales pero no el régimen del artículo 62 que es de excepción y por ende de interpretación estricta.

6. La causa generadora de la responsabilidad a los efectos de este artículo es distinta según se trate de los funcionarios, incluidos los titulares de los órganos, o según se trate del recurrente.

En el primer caso ella es de máxima amplitud: comprende cualquier conducta que haya provocado una irregularidad y cualquiera sea el grado de culpabilidad. En el caso del recurrente, la responsabilidad se compromete únicamente en caso de haber actuado con mala fe o con manifiesta falta de fundamentos.

7. El control respecto de los funcionarios lo efectúa la Administración. Lo puede hacer al resolver el respectivo recurso, pero siempre en el ámbito de la competencia del órgano actuante.

En el caso de los recursos de revocación y jerárquico, la Administración aplicará los poderes inherentes a la jerarquía si los tiene, y en el grado en que los tenga. En el caso del recurso de anulación, el Poder Ejecutivo podrá poner en marcha los mecanismos de los artículos 197 y 198 de la Constitución.

En este último caso, este control versará sobre los titulares del órgano jerarca del Servicio Descentralizado correspondiente puesto que la responsabilidad de los funcionarios del ente se debe hacer efectiva por medio de su jerarca.

8. La sanción que debe recaer en caso de los funcionarios dependerá de la gravedad de la falta y se hará efectiva previo cumplimiento de las reglas del debido procedimiento.

9. Con relación al recurrente, también se debe dar pleno cumplimiento a las reglas del debido procedimiento. Pero, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los funcionarios, la ley solo prevé dos sanciones posibles por acto administrativo: la suspensión o eliminación del Registro de Proveedores y Contratistas del Estado. Ello sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que se debe hacer efectiva por acto jurisdiccional.

23. DURÁN MARTÍNEZ, A., Casos ..., vol. I, p. 72.

24. DURÁN MARTÍNEZ, A., La obligación de motivar: un principio de derecho administrativo, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo. Parte General* ..., pp. 65 y ss.

El Registro de Proveedores del Estado, conforme al artículo 65 del TOCAF, es llevado por el Poder Ejecutivo, sin perjuicio de que los demás organismos autónomos puedan llevar sus propios registros. Esta expresión, *organismos autónomos*, comprende tanto a los entes descentralizados como a los Gobiernos Departamentales.²⁵

La sanción a que alude el artículo 62 del TOCAF refiere al Registro de Proveedores del Estado. Comprende así al que lleva el Poder Ejecutivo como sus similares llevados por los órganos dotados de autonomía.

Siendo varios los Registros de Proveedores y siendo varios los órganos con potestad de sancionar, corresponde señalar que esta medida se puede disponer únicamente respecto del registro que depende del órgano sancionador.

El TOCAF también menciona otros registros. Por ejemplo, el artículo 66 alude al Registro Nacional de Empresas de Obras Públicas, llevado por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas.²⁶ Como este registro no está mencionado en el artículo 62 no corresponde la suspensión o eliminación del registro por esta vía. Eso no impide por cierto que ello pueda ocurrir conforme a otras disposiciones.

En estos casos, cabe plantear la duda acerca de cuál es el órgano competente para disponer esta sanción.

En caso de los recursos de revocación y jerárquico, considero que el órgano competente es el que debe resolver el único o el último recurso interpuesto, ya que por ser el jerarca máximo es el que puede disponer la suspensión o eliminación de la inscripción de un registro llevado dentro de su sistema orgánico.

En el caso del recurso de anulación, el Poder Ejecutivo puede disponer una suspensión o eliminación con relación al Registro de Proveedores del Estado de su dependencia; pero no puede, al menos directamente, disponer esta sanción con relación a los Registros que puedan llevar los Servicios Descentralizados. Con relación a estos, el Poder Ejecutivo podría emitir un acto de directiva al Directorio de ese Servicio Descentralizado para que este aplique esa medida. En caso de que esta directiva fuera desatendida podría, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 197 de la Constitución y siguiendo estrictamente su secuencia, disponer la suspensión o eliminación del Registro llevado por el Servicio Descentralizado.

VIII

1. El artículo 186 de la ley N° 17.930, de 19 de diciembre de 2005, agregó un literal **S** al numeral 3) del artículo 33 del TOCAF que invierte el principio sentado en el artículo 62 precedentemente analizado en lo relativo al efecto suspensivo.

Ese literal **S** dice:

“S) La contratación de bienes o servicios, cualquiera sea su modalidad, por parte de la Administración Nacional de Telecomunicaciones (ANTEL), destinada a servicios que se encuentren de hecho o de derecho en régimen de libre competencia.

Las impugnaciones o recursos que en tales casos se interpusieran, en cualquier etapa del procedimiento, no tendrán efecto suspensivo, salvo que así lo resuelva el jerarca de la empresa contratante.”

2. Este literal **S** impone una nueva excepción a la licitación pública y además, para estos procedimientos de contratación exceptuados de la licitación pública -y solo para estos-, se establece que los recursos carecen de efecto suspensivo.

Por eso es importante determinar con precisión cuáles son las impugnaciones comprendidas en esta norma.

3. De la simple lectura de este literal **S** se advierte que se trata de una solución particular para ANTEL. No se aplica en ningún otro órgano u organismo del Estado.

4. No obstante, cabe precisar que no se aplica a todo contrato que celebre ANTEL. La norma refiere a contrataciones de bienes y servicios destinadas a servicios que se encuentren en régimen de libre competencia.

La redacción no es del todo precisa, por lo que plantea algunas dudas.

Véase que ANTEL es una empresa estatal prestadora de servicios de telecomunicaciones. Toda su actividad está finalizada a ello. Precisado ese aspecto, cabe reconocer que hay actividades relacionadas directamente con el cometido indicado y otras que lo están solo indirectamente. Así por ejemplo, no cabe duda de que las contrataciones necesarias para construir una antena están directamente relacionadas con la prestación de sus servicios. ¿Pero qué sucede con las que se realizan para construir una cantina para los funcionarios o una guardería destinada a solucionar los problemas a sus trabajadoras madres de familia? Las contrataciones que se

25. DELPIAZZO, C.E., *Contratación ...*, p. 147.

26. Sobre el Registro de Proveedores del Estado y el Registro Nacional de Empresas de Obras Públicas, ver DELPIAZZO, C.E., *Contratación ...*, pp. 546 y ss.; VÁZQUEZ, M.C./ VIDAL, A.M./ GOMILA, A., *El Registro Nacional de Empresas de Obras Públicas*, PRONADE, Montevideo, 1993, Colección Manuales burocráticos N° 18.

vinculan solo indirectamente con la prestación de los servicios de ANTEL, ¿están comprendidos en la norma de excepción? El punto es dudoso, pero parecería que no ha sido intención del legislador incluir este tipo de contratos en la norma de excepción. Creo que el legislador pensó en contrataciones afectadas directamente a la prestación del servicio.

Fundamento mi posición en que, aun en estos casos, no todos los contratos destinados a la prestación de los servicios están comprendidos en el régimen de excepción: solo lo están aquellos relacionados con los servicios prestados en régimen de libre competencia.

5. Corresponde ahora determinar cuáles son los servicios prestados en régimen de libre competencia.

Como a mi juicio se ha extinguido el monopolio otrora existente en materia de telecomunicaciones²⁷, todos los servicios que presta ANTEL son en régimen de concurrencia. Por tanto, la nueva norma habilitaría a ANTEL a prescindir de la licitación pública y a acudir a la contratación directa en toda contratación de bienes o servicios destinada a la prestación de sus servicios.

No obstante, como en ANTEL no se ha seguido mi opinión y de hecho el ente continúa ejerciendo determinados servicios en régimen monopólico, ANTEL no podría aplicar este literal S) con relación a aquellos servicios si desea ser consecuente con su actitud. ANTEL solo podría aplicar el literal S) con relación a esos servicios que continúa prestando en régimen de monopolio si entiende que se encuentran de derecho en régimen de libre concurrencia y reconoce que continúa solo de hecho el monopolio. La ley, al introducir las expresiones “*de hecho o de derecho*”, estaría reconociendo la supresión de *jure* de los monopolios, como en su momento lo he sostenido.

Reconociendo que en los hechos ANTEL ha continuado prestando servicios en régimen de monopolio, aun en el marco de esos servicios de hecho monopolizados presta otros en régimen de libre competencia. Parecería que la finalidad de la ley es comprender también a esos servicios en el régimen de excepción. Pero el punto es dudoso, por lo que sería deseable una ley interpretativa al respecto.

6. Este literal S prevé una excepción más a la licitación pública, pero no la impone. Nada impide así que ANTEL, aunque se encuentre facultada para acudir a una contratación directa, acuda a una licitación pública.

En ese caso, no procede la excepción al régimen recursivo porque, conforme a la redacción del segundo inciso del literal S, este inciso solo se aplica cuando se acude al procedimiento de excepción. “En tales casos”, dice el segundo inciso, lo que denota que la ausencia del efecto suspensivo rige únicamente cuando se acude al procedimiento de excepción previsto en el inciso primero.

7. La ley aclara también que esa solución se aplica en todas las impugnaciones o recursos interpuestos en cualquier etapa del procedimiento, con lo que comprende todas las impugnaciones efectuadas ante cualquier acto en los procedimientos comprendidos en esta norma de excepción, y no únicamente respecto del principal.

Es en todos estos casos, pues, que los recursos tienen efecto suspensivo.

8. ROTONDO TORNARÍA y FLORES DAPKEVICIUS sostuvieron al respecto que la ley retoma en la especie la regla general del derecho positivo uruguayo sobre el efecto no suspensivo de los recursos administrativos.²⁸ Pero enseguida se verá que su régimen jurídico no coincide totalmente con el general.

9. La ley no fija los requisitos para disponer el efecto suspensivo. Estimo que corresponde aplicar las disposiciones correspondientes del decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991.

Es cierto que el artículo 1° de este decreto, al fijar su ámbito orgánico de aplicación, se refiere a la Administración Central. Pero advierto que este decreto reúne principios generales de derecho, normas constitucionales, legales y reglamentos de ejecución de leyes, por lo que en todos estos casos sus disposiciones pueden ser de aplicación más allá de la Administración Central.

El artículo 150 precisamente configura un reglamento de ejecución de los comprendidos en el numeral 4° del artículo 168 de la Constitución, por lo que puede ser de aplicación general e incluir procedimientos seguidos ante un Servicio Descentralizado, como es el caso de ANTEL.

Una ley especial puede, con relación a ANTEL, establecer requisitos particulares para la suspensión de los efectos de los actos impugnados. Pero al no hacerlo, procede la aplicación del artículo 150 del decreto N° 500/991. Este artículo configura una norma reglamentaria de las leyes que regulan los recursos administrativos, incluida la específica aplicable a ANTEL, aunque esta última sea posterior en el tiempo al citado reglamento.

27. DURÁN MARTÍNEZ, A., Monopolios estatales y derecho de la competencia en DURÁN MARTÍNEZ, A. *Estudios de Derecho Público*, Montevideo, 2004, vol. I, pp. 101 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A. Competencia de ANTEL en DURÁN MARTÍNEZ, A. *Estudios de Derecho Público ...*, p. 235.

28. ROTONDO TORNARÍA, F./FLORES DAPKEVICIUS, R., Novedades recientes en el derecho público. Comentarios de las leyes de Presupuesto y del Consejo de Economía Nacional, F.C.U., Montevideo, 2006, p. 34.

El artículo 150 del decreto N° 500/991, establece: “Fuera de los casos preceptivamente fijados por la ley, en los recursos administrativos interpuestos ante la Administración, ésta podrá, a petición de parte interesada o de oficio, disponer la suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto impugnado, siempre que la misma fuere susceptible de irrogar a la parte recurrente daños graves y que de la mencionada suspensión no se siga perturbación grave a los intereses generales o de los derechos fundamentales de un tercero.

La reglamentación podrá asimismo prever la suspensión para todos o para determinada clase de actos, en las condiciones que se establezcan.

Del mismo modo, se podrá disponer toda otra medida cautelar o provisional que, garantizando la satisfacción del interés general, atienda al derecho o interés del recurrente durante el término del agotamiento de la vía administrativa, con el fin de no causarle injustos e inútiles perjuicios.”

Conforme a esta norma, el recurrente podrá solicitar, y la Administración disponer, la suspensión de la ejecución del acto impugnado siempre que: a) la ejecución del acto produzca al recurrente graves daños; b) la suspensión de la ejecución del acto no provoque perturbación grave a los intereses generales; c) la suspensión de la ejecución del acto no provoque perturbación grave a derechos fundamentales de terceros.

Para que se disponga la suspensión de la ejecución del acto en vía administrativa, planteada en el procedimiento recursivo, es preciso que se cumplan acumulativamente las tres exigencias ya mencionadas que indica el artículo 150 del decreto N° 500/991.²⁹

10. Advierto por otra parte que este literal **S** faculta a disponer el efecto suspensivo al **jerarca**. Cabe plantearse así si tal potestad la tiene también el órgano subordinado en los casos en que este haya dispuesto la contratación, y el Poder Ejecutivo al resolver el recurso de anulación.

Este punto es dudoso. Pero hago notar que la norma no alude genéricamente a la Administración o al órgano que resuelve los recursos sino concretamente refiere al jerarca de la empresa contratante. Por tanto, conforme al texto de la ley parecería que solo este podría disponer ese efecto suspensivo. Lo podría hacer al resolver el recurso de revocación cuando fue el propio jerarca el que dictó el acto, o al resolver el recurso jerárquico cuando fue un subordinado el que lo dictó.

11. Finalmente, aclaro que este literal **S** significa

una excepción al artículo 62 del TOCAF únicamente en lo relativo al efecto suspensivo. En todo lo demás, rige plenamente el artículo 62 indicado. Vale decir, subsiste la obligación de remitir copias de los escritos al Tribunal de Cuentas así como la apreciación de las responsabilidades del caso, todo ello conforme a lo establecido en el artículo 62.

IX

1. El último aspecto que deseo considerar es el de las potestades de la Administración al resolver los recursos.

2. Como se sabe, los recursos de revocación y jerárquico se pueden interponer tanto por razones de mérito como por razones de legitimidad. En cambio, el recurso de anulación solo se interpone por razones de legitimidad.

3. Cuando solo existen razones de mérito, pacíficamente se ha entendido que la revocación solo es posible si las condiciones de fondo lo permiten y no procede la *reformatio in pejus*.

Si el acto es creador de derechos, no puede ser revisado por razones de mérito. Por ser creador de derechos, el acto es estable y el recurso por razones de mérito no levanta las restricciones para su revocación.

4. Si los recursos son interpuestos por motivos de legitimidad, si el acto es efectivamente ilegítimo procede la revocación, modificación o sustitución planteada.

No solamente en este caso se levantan las restricciones a la estabilidad del acto sino que, en virtud del principio de legalidad y del carácter tutelar de los derechos e intereses de los particulares que tienen los recursos, su acogimiento constituye un acto debido. Y por poseer el acto impugnado en este caso un vicio *ab initio*, necesariamente los efectos del acto que hace lugar a los recursos se retrotraen a la fecha del acto originario.³⁰

Las potestades de la Administración indicadas se desenvuelven en el ámbito y en el sentido del recurso. Los principios enunciados en el fallo Dame CACHET del Consejo de Estado francés, de 3 de noviembre de 1922³¹, son enteramente aplicables en nuestro derecho e impiden, en principio, la llamada *reformatio in pejus*. Los aspectos no recurridos de un acto administrativo gozan de estabilidad, por lo que no pueden ser revocados ni siquiera por razones de legitimidad.

29. DURÁN MARTÍNEZ, A. Casos de derecho administrativo, Montevideo, 2005, vol. IV, pp. 251 y ss.

30. DURÁN MARTÍNEZ, A., Cosa juzgada administrativa, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo - Parte General ...*, p. 355; DURÁN MARTÍNEZ, A., Revocación del acto administrativo, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo - Parte General ...*, p. 206.

31. DURÁN MARTÍNEZ, A., Del fallo Dame Cachet al decreto N° 83-1025 de 28 de noviembre de 1983, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo - Parte General ...*, pp. 167 y ss.

En la línea del fallo Dame CACHET se debe citar la jurisprudencia argentina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación inaugurada con el caso CARMAN DE CANTÓN en el año 1936.³²

CAJARVILLE PELUFFO, contrariamente a lo que he sostenido precedentemente, admitió la *reformatio in pejus* cuando es por razones de legitimidad. Manifestó que aun sosteniendo que la revocación por ilegitimidad es en principio discrecional para la Administración, cuando hay recurso se transforma en un acto debido.³³ El recurso levantaría así, a su juicio, las restricciones a la revocabilidad del acto.

No comparto esta afirmación. La *reformatio in pejus* supone que la Administración modifique un aspecto del acto no impugnado, por tanto se rige por los principios y normas de la revocación sin recurso y no de la revocación con recurso. La revocación con recurso hace que las potestades de la Administración se desenvuelvan en el ámbito y en el sentido del recurso; lo no recurrido se rige por los principios de la revocación sin recurso, lo que impide la *reformatio in pejus*.

Si bien el Tribunal de lo Contencioso Administrativo aún no ha recibido mi opinión, sí lo ha hecho el Tribunal de Cuentas de la República en el sentido de que ha considerado ilegítima la revocación de oficio de actos administrativos firmes y estables.³⁴ También en el ámbito del Poder Judicial han aparecido sentencias en tal sentido, como la N° 13 de 12 de agosto de 2005 del Juzgado de Paz Departamental de San José de Primer Turno redactada por el brillante magistrado Gabriel OHANÍAN AGOPIÁN³⁵, confirmada en segunda instancia.

5. Lo expuesto precedentemente era enteramente aplicable en el ámbito de la contratación administrativa con anterioridad al TOCAF.

En efecto, el artículo 504 de la ley N° 15.903 de 10 de noviembre de 1987, ley que sustituyó al Proyecto de ley de Contabilidad y Administración Financiera puesto en vigencia por el artículo 104/968 ya citado, al referirse a las ofertas que no se ajusten a los requisitos o condiciones de admisibilidad, “serán invalidadas en el mismo acto”. Por tanto, si esto no

32. DURÁN MARTÍNEZ, A., Revocación ..., *DURÁN MARTÍNEZ, A., Estudios de Derecho Administrativo - Parte General ...*, p. 210.

33. CAJARVILLE PELUFFO, J.P., Recursos administrativos ..., 3ª edición, pp. 251 y ss. en especial llamada 67.

34. Tribunal de Cuentas de la República, el 14 de diciembre de 2005 dictó varias resoluciones todas en el mismo sentido, en las que, aunque con un error en la redacción, se desprende inequívocamente la recepción de mi opinión. En efecto, en el CONSIDERANDO 2) y en el 4.b) se remite expresamente a mis trabajos sobre el tema. El error aparece en el mencionado CONSIDERANDO 4.b) en cuanto dice, “no son pasibles de revocación los actos administrativos firmes”; debió decir “firmes y estables”. Por error se omitió la expresión “y estables”, pero el sentido del querer del Tribunal es inequívoco en cuanto a la coincidencia con mi opinión.

35. En dicha sentencia, luego de mencionarse en el CONSIDERANDO XXVI la conocida tesis de REAL al respecto, se expresa: “XXVII.- Para el Sentenciante, en cambio, el principio de legalidad objetiva es tutelar de la persona humana, es decir, preserva al administrado de la discrecionalidad de la Administración, mediante el ajuste de la misma a derecho, a normas generales de aplicación en todos los casos. Pero ese principio tutelar de la persona humana no puede transformarse en la herramienta mediante la cual se terminen desconociendo los derechos de los propios individuos.

XXVIII.- El apego de la Administración a la ‘legalidad’ pasa a un segundo plano ante ciertos derechos fundamentales de las personas, como es el derecho humano a la seguridad jurídica, por lo que -debe pregonarse claramente- ciertas situaciones serán inmodificables, aún cuando el acto que les da nacimiento adolezca de un vicio que lo haga susceptible de anulación.

XXIX.- Ante un acto administrativo particular o resolución, art. 120, inc. 3° Dec. 500/991, viciado pero que ha generado efectos jurídicos durante largos períodos, que permitan sin hesitaciones establecer a la situación como de ‘derecho adquirido’, la potestad revocatoria de la Administración cede ante el derecho particular que es concedido en el acto. En nuestro ordenamiento, la tutela de la ‘legalidad’ no está por encima de la tutela de la persona humana y de sus derechos fundamentales reconocidos expresa o implícitamente, art. 7, 72 y 332 de la Constitución.

XXX.- Se trata de ‘actos estables’ para no utilizar la terminología más resistida de ‘cosa juzgada administrativa’, especialmente denostada por Real, para quien ‘no hay ... cosa juzgada administrativa, por que el ejercicio de función jurisdiccional por órganos administrativos es un sacrilegio constitucional’ (REAL, A.: ‘La fundamentación del Acto Administrativo’, LJU, t. 80, p. 9).

XXXI.- Empero la opinión del ilustradísimo doctrino, existe a criterio de este decisor un derecho humano fundamental a la seguridad jurídica, de expreso reconocimiento Constitucional en el art. 7° de la Carta, por el cual determinadas situaciones jurídicas, una vez consolidadas, se vuelven inmodificables, aún cuando -repetimos- el acto que les ha dado nacimiento adolezca de un vicio que lo torne anulable. Tal es lo que ocurre a criterio de este juzgador en el caso de autos.

XXXII.- Esta posición ha sido sostenida en nuestro derecho por el Prof. Augusto Durán Martínez, para quien: ‘...La seguridad jurídica deriva, a nuestro juicio, a la vez de la naturaleza de ser sustancial y racional del hombre. Es pues de raíz natural. Pero además, en el Derecho Constitucional Uruguayo, por derivar de la esencia misma del hombre, está comprendido en el art. 72 de la Constitución. Eso hace que en nuestro derecho positivo la seguridad jurídica sea un principio general de Derecho de máximo valor formal. Y de allí radica el fundamento de la cosa juzgada ... Y ese fundamento de la cosa juzgada judicial es el mismo de la llamada cosa juzgada administrativa, o como se dice en nuestro medio, de la estabilidad del acto administrativo... Las mismas razones existentes para predicar la inmutabilidad de una sentencia injusta, existen para predicar la inmutabilidad de un acto administrativo creador de derechos, aunque sea ilegítimo ...’ (Durán Martínez, A.: ‘Cosa Juzgada Administrativa’, en ‘Estudios de Derecho Administrativo’ Parte General, Mvd. 2003, p. 351).

XXXIII.- El acto administrativo no pasa a la autoridad de cosa juzgada por no haber sido recurrido, por ser firme, sino por la situación de fondo, es decir, por haber dado nacimiento a derechos que se adquieren en el patrimonio de terceros.” En el CONSIDERANDO XXXIV la sentencia evocó con acierto el conocido fallo ‘Dame Cachet’ del Consejo de Estado francés y en el CONSIDERANDO XXXV el caso ‘Carman de Cantón’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la República Argentina, caso de notable parecido al tratado en el Juzgado de Paz Departamental de San José. Luego el Sentenciante continuó:

“XXXVI.- Sostener la irrestricta potestad de la Administración Pública de revocar de Oficio y sin recursos los actos administrativos viciados, sin limitaciones, es consagrar una potestad revisiva cuyos alcances podrían llegar incluso a desconocer la estabilidad en el

ocurría la oferta resultaba admitida. Y si ese acto no era recurrido en tiempo y forma, por ser firme y estable no admitía una revisión de oficio posterior.³⁶

6. No obstante, la ley N° 16.170, de 28 de diciembre de 1990 introdujo una importante modificación. En efecto, por el artículo 653 modificó entre otros los artículos 502 y 504 de la ley N° 15.903.

En el artículo 502 incorporó un segundo inciso con el siguiente texto: "La admisión inicial de una propuesta no será obstáculo a su rechazo si se constatare luego defectos que violen los requisitos legales o aquellos sustanciales contenidos en el respectivo pliego."

En el artículo 504 en su tercer inciso se expresó: "Las ofertas que no se ajusten a los requisitos o condiciones esenciales de admisibilidad establecidas en los pliegos de condiciones generales o particulares serán invalidadas." Nótese que ya no dice como decía la ley anterior, "serán invalidadas en el acto." Esto es coherente con la modificación efectuada en el artículo 502 que admitía expresamente una invalidación posterior.

El TOCAF, en su versión original, es decir la adoptada por el decreto N° 95/991, de 26 de febrero de 1991, por sus artículos 54 y 56 recogió los artículos 502 y 504 de la ley N° 15.903, en la redacción dada por el artículo 653 de la ley N° 16.170.

En estos casos, por existir una expresa habilitación legal, es que he sostenido la posibilidad de la inhabilitación de una propuesta por no reunir las condiciones de admisibilidad requeridas, aun luego de haber sido admitida.³⁷

Posteriormente, el artículo 397 de la ley N° 16.226, de 29 de octubre de 1991 introdujo una nueva modificación al artículo 504 de la ley N° 15.903, modificado por el artículo 653 de la ley N° 16.170. En efecto, al referirse al acto de apertura de las ofertas ahora se dice: "En dicho acto no se podrá rechazar la presentación de ninguna propuesta sin perjuicio de su invalidación posterior...". Esta modificación ha sido incorporada al artículo 56 del TOCAF en su versión actual.

El nuevo texto no solo impide una admisión tácita en el acto de apertura, sino que además, confirma la posibilidad de inhabilitar una propuesta ya admitida si se comprueba luego que no cumple los requisitos de admisibilidad.

En estos casos excepcionales en los que la ley expresamente admite la revocación de oficio de actos administrativos firmes y estables por razones de le-

gitimidad (artículos 54 y 56 del TOCAF), obviamente la *reformatio in pejus* debe admitirse.³⁸ Pero debe admitirse únicamente a los efectos de descartar una propuesta ilegítimamente admitida, que es lo que prevén esas normas. Estas son normas de excepción, y por tanto de interpretación estricta.

7. No obstante lo expresado, corresponde precisar en qué recursos cabría esa *reformatio in pejus* en el sentido indicado.

No cabe duda de que la misma procede en el recurso de revocación, porque la potestad de descartar una propuesta indebidamente admitida, en una interpretación contextual de los artículos 54 y 56 del TOCAF, debe entenderse que corresponde al ordenador respectivo. Ese órgano que originalmente admitió la propuesta, si advierte su error al resolver un recurso de revocación interpuesto puede descartar la propuesta indebidamente admitida.

Esto no corresponde en el recurso de anulación porque una *reformatio in pejus* supone una modificación del acto impugnado, lo que está vedado al Poder Ejecutivo al resolver este recurso. La Administración tiene en el recurso de anulación potestades más limitadas que en los otros recursos. En efecto, el artículo 167 del decreto N° 500/991 dice al respecto: "La resolución del Poder Ejecutivo sobre el recurso de anulación se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmando o anulándolo, sin reformarlo."

Advierto por otra parte que cabe, con relación al recurso de anulación, lo que enseguida se dirá respecto al recurso jerárquico en casos de desconcentración privativa.

Pero ¿qué sucede en el caso del recurso jerárquico? En este caso hay que distinguir si estamos en presencia de una desconcentración no privativa o de una desconcentración privativa. Si hay desconcentración no privativa, es posible esa *reformatio in pejus* porque el jerarca también tiene la competencia que la ley ha asignado al órgano subordinado. Pero si hay desconcentración privativa la *reformatio in pejus* no procede porque la norma objetiva de derecho no le ha asignado esa competencia al jerarca sino al subordinado. En este último caso, el jerarca solo puede entender por la vía del recurso jerárquico si este es interpuesto en tiempo y forma, lo que hace que los poderes del jerarca se vean limitados por el ámbito y por el sentido del recurso.

cargo de los funcionarios de la Administración, aún los Magistrados, toda vez que algún vicio alcance al acto en que fueron designados, que pudiera ser puesto de manifiesto sin limitación, temporal por parte de la propia autoridad que lo ha dictado.

XXXVII.- Como se estableciera en la propia sentencia citada en el caso 'Carmen (Sic) de Cantón' (num. 3°) '... el orden público se interesa en que los derechos adquiridos bajo el amparo de resoluciones definitivas queden incommovibles, porque de otro modo no habrá régimen administrativo ni judicial posible...' (Ver La Justicia Uruguaya, año 2005, t. 132, Caso N° 15.166, pp. J-300 y ss.).

36. DURÁN MARTÍNEZ, A., La licitación pública, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo - Parte General ...*, pp. 322 y ss.

37. DURÁN MARTÍNEZ, A., La licitación pública, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo - Parte General ...*, p. 324.

38. DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos de Derecho Administrativo*, Montevideo, 2003, vol. III, pp. 222 y ss.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

- *Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 9/2006 de 6 de febrero de 2006.*
- **Bugallo, Beatriz** - *“Algunas cuestiones sobre el registro de eslóganes como marca.”*

SENTENCIA N° 9/2006

TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Montevideo, 6 de febrero de 2006.

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: «Batmark Limited con Estado (Ministerio de Industria, Energía y Minería) - Acción de nulidad» (N° 662/02).

RESULTANDO:

1) Que con fecha 31/10/2002 compareció la parte actora debidamente representada, entablando demanda de nulidad contra la Resolución de la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, de fecha 26 de noviembre de 2001, por la cual se le concede el registro de la frase publicitaria «la

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL REGISTRO DE ESLÓGANES COMO MARCA

I. CONCEPTO DE ESLOGAN

El eslogan constituyó, desde su origen, una expresión literaria breve y definida por su finalidad: persuadir al destinatario en el sentido de los objetivos que guiaron al redactor, fueran tales objetivos políticos o comerciales. Si bien aparece históricamente como un instrumento de propaganda, un difusor de ideología política, se enriqueció siglos después con la técnica publicitaria comercial. Esta distinción entre propaganda y publicidad se agota actualmente en los diferentes contenidos, dado que la técnica y lenguaje publicitarios ya no plantea distinciones sustanciales al respecto.

Desde el punto de vista publicitario es la expresión verbal, sin particular caracterización lingüística, que fundamenta el mensaje publicitario condensado en una marca. El eslogan agrega información, apoyando la función de captar clientela de la marca.

Desde el punto de vista lingüístico, una frase publicitaria o un eslogan es un enunciado, caracterizado por su finalidad persuasiva como instrumento de la publicidad comercial o propaganda política.

En cuanto a su origen etimológico es destacable el aporte de la connotación de eslogan como una expresión de fortaleza o desafío que lo caracteriza: proviene del gaélico y significa "grito de guerra de un clan"¹. El eslogan, en este sentido, nace con una finalidad que va más allá de la enunciación de unas palabras: busca un efecto especial en quien lo dice y en quien lo escucha (emisor y receptor). Busca un efecto removedor en su destinatario.

Sin embargo, es de difícil consideración desde el punto de vista lingüístico. El eslogan no encuadra definidamente en las unidades del lenguaje. Resulta más preciso optar por la caracterización desde el punto de vista de su configuración externa y no por la caracterización desde el punto de vista de su estructura interna. La referencia común a que el eslogan es una frase, es sumamente complicada o peligrosa desde el

¹ Proviene del gaélico, lengua hablada por los celtas, aludiendo a un grito o consigna aclamado como signo de identidad al ir a la guerra o en cada ataque por un clan o tribu que fue denominado "sluagh" – ejército o guerra - "ghairm" – grito –, por lo que la expresión conocida actualmente como slogan proviene de "sluagh ghairm" que en gaélico significa "grito de guerra" de un clan.

suavidad es azul», a favor de la firma Compañía Industrial de Tabacos Monte-Paz de Uruguay, solicitada bajo Acta N° 313875, para distinguir los artículos comprendidos en la/s clase/s Ints. 34 y 35 (fs. 21vta. y 22 en rojo A.A., legajo A).

Dicha volición fue publicada en el Boletín de la Propiedad Industrial de fecha 31 de enero de 2002 (dichos del actor a fs. 6 de autos, no controvertidos por la demandada), interponiendo los recursos de revocación y jerárquico el 13/02/2002 (fs. 3v. a 5 en rojo A.A., legajo A). Se configuró la denegatoria ficta el 8/9/2002, y presentó la demanda anulatoria el 31/10/2002 (art. 5 de la Ley N° 15.869 en redacción dada por art. 41 de la Ley N° 17.292 y nota de cargo de fs. 11 de autos).

Sin perjuicio de lo expuesto, la DNPI con fecha 10/10/2002 se pronunció confirmando la resolución en proceso (fs. 8v. en rojo A.A., legajo A).

En síntesis, sostiene que el acto impugnado le causa agravio porque la frase «la suavidad es azul», ya sea en su unidad semántica y gráfica, como atendiendo a los términos que la componen, resulta irregistrable. Ello en cuanto denomina una cualidad del producto, una característica inherente a determinado tipo de cigarrillos, por lo que su registro está prohibido en virtud de lo dispuesto en el art. 4°, numerales 9, 10, 11 y 12 de la Ley N° 17.011.

Dice que la frase publicitaria cuyo registro se concedió, carece de fuerza distintiva en relación con los productos que se intenta identificar, en contravención con el art. 1 de la Ley N°

momento que no existe una definición ni un consenso en la lingüística de la propia noción de frase. De todos modos utilizamos la expresión “frase publicitaria” como sinónimo de eslogan publicitario, por ser la que adoptó la ley N° 17.011 y en virtud de su uso generalizado en el lenguaje coloquial.

Del punto de vista lingüístico, el eslogan es un enunciado. Las expresiones del lenguaje que pueden funcionar como eslóganes se denominan de manera muy variada en los distintos idiomas, aludiendo a diversas características que puede presentar cada una de tales expresiones. La ventaja de la utilización del término “eslogan publicitario” reside en que cubre cualquiera de las posibilidades y destaca que se está analizando la utilización en publicidad con finalidad persuasiva de una expresión en particular.

II. REGISTRO MARCARIO DEL ESLOGAN

El eslogan o frase publicitaria puede ser marca mientras cumpla los preceptos legales establecidos para cualquier otro signo. En la Ley de Marcas no hay exclusión que alcance a los eslóganes publicitarios, como no la hay de ninguna combinación de palabras.

A pesar de ello, la consideración marcaria del eslogan no ha sido fácilmente admitida por la doctrina. Diversas razones dieron lugar a esta posición.

Una de estas razones fue el estilo publicitario del lenguaje de años atrás que adoptaba frases largas, no siempre ingeniosas o atractivas respecto de las cuales no podía plantearse fácilmente el análisis de carácter distintivo. La evolución del lenguaje en la comunicación comercial determina hoy otras expectativas, que los creativos tienen que colmar tanto para los anunciantes como para los consumidores.

Otra razón, también de índole histórica o tradicional, fue la necesaria apreciación de la marca como signo aplicado materialmente a un producto. La extensión del concepto de marca a la individualización de servicios y la flexibilización en la apreciación de signos que pueden cumplir la función distintiva de productos o servicios permitieron superar esta segunda circunstancia.

Algunos autores consideraron que los eslóganes publicitarios no pueden registrarse como marcas, por sus características y función². Entre quienes se oponen a la protección marcaria del eslogan se destaca parte

2 En este sentido, entre otros autores destacamos: BONASI BENUCCI, Eduardo, “Tutela della forma nel diritto industriale”, Milano: Giuffrè, 1963, pág. 14-15; FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos, “Marca y slogan”, 1 ADI 1974, pág. 332 – 333, 335 quien considera que el eslogan no es un instrumento apto para identificar las mercancías y servicios en atención a su origen empresarial; También consideran que no es protegible por el derecho de marcas: MEINHARDT, Peter, HAVELOCK, Keith, “Concise Trade Mark Law and Practice”, Aldershot-Hants-England: Gower, 1983, pág. 19, quienes creen que no son registrables como marca, pero sí son protegibles por una acción de “passing off”.

17.011, ya que los cigarrillos suaves se identifican por el color azul en sus diferentes tonos, cualquiera sea su fabricante; y que por lo tanto no tiene originalidad, novedad y fantasía. En cuanto al carácter descriptivo del signo, dice que «suavidad» es una cualidad perteneciente a los productos derivados del tabaco, siendo común que se utilice por todos los empresarios del sector para calificar los cigarrillos suaves o «lights»; por lo que otorgarle la exclusividad del uso de la frase al solicitante sería un privilegio desmedido, y violentaría los principios de justicia, igualdad y equidad.

Agrega que la solicitud del signo para identificar además de la clase N° 34, los servicios de la clase internacional N° 35 correspondiente a «publicidad, gestión de negocios comerciales, administración comercial, trabajos de oficina», evidencia que se busca de modo indirecto obtener una protección mayor a un signo que vinculara su uso a los productos tabacaleros; por lo que aunque se refiera a la clase N° 35, el signo seguirá siendo descriptivo de los cigarrillos publicitarios y, en consecuencia, irregistrable.

Concluye que además, es contraria a la normativa marcaria la concesión con exclusividad de la frase «la suavidad es azul» en publicidad de cigarrillos, por idénticos fundamentos a los anteriormente expuestos, conforme a la ley N° 17.146.

Ofrece prueba, y solicita la anulación del acto impugnado.

de la doctrina italiana, seguramente por contar – sobre base legislativa – con la categoría general de los signos distintivos, protegibles por el derecho de la competencia desleal³. Esta doctrina califica al eslogan como signo distintivo atípico, en cuanto no sería precisamente una marca, y protegible según la teoría general de los signos distintivos⁴.

Uno de los argumentos a los que se recurre para fundar la imposibilidad del registro marcario del eslogan publicitario deriva de que se trata de una creación publicitaria. Algunos autores han considerado que el régimen de los signos distintivos no se adecua a lo que representa la creación intelectual publicitaria que subyace en un eslogan. Desde la perspectiva del derecho de la publicidad, se opina que mediante el derecho de marcas resulta protegido el anunciante, quedando por completo al margen el interés del o de los sujetos intervinientes en la creación⁵.

Entendemos que esta consideración no es suficiente para descartar la aplicación del derecho marcario. Constituye, en todo caso, una valoración de conveniencia para aquellas situaciones en las que un eslogan publicitario es también objeto de protección de derecho de autor. Aún así, resulta cuestionable la valoración negativa. No se trata más que de la superposición de normativas – derecho de autor y derecho marcario -, cuya problemática analizaremos más adelante.

Otro argumento – histórico y también ya superado –, que ha procurado marginar al eslogan publicitario del registro marcario deriva de cuestionar que un producto o servicio pueda tener más de una marca. No nos parece correcta esta afirmación. Ni siquiera puede afirmarse que una marca sea un signo unívoco⁶, es decir que no pueda distinguir más de un producto o servicio. El propio sistema marcario determina que un signo puede registrarse en – al menos hoy, en la 8va. Clasificación Internacional de Niza – 45 diversas clases y para variados productos y servicios. Por otra parte, el mercado muestra que un producto o servicio puede tener varias marcas, es decir, puede ser individualizado de más de una forma. En varios casos la jurisprudencia norteamericana destacó que una etiqueta o aviso publicitario puede incluir más de una marca para el mismo producto sin que esto haga disminuir necesariamente la función identificativa o distintiva de cada uno. El

3 El Codice Civile italiano contempla la categoría general de “signos distintivos” en el artículo 2598, cuando hace referencia general a los signos distintivos como posibles objetos e instrumentos de la competencia desleal entre operadores del mercado. Aquellos signos distintivos no expresamente previstos son protegidos, según expresamente establece la ley, por el derecho de competencia, sector que combate la competencia desleal.

4 VANZETTI, Adriano, DI CATALDO, Vincenzo, “Manuale di Diritto Industriale”, Milano: Giuffrè, 1993, pág. 257-258.

5 DE LA CUESTA RUTE, José María, “La protección jurídica de las creaciones publicitarias”, VI Ponencia en “Primeras Jornadas de Derecho de la Publicidad”, Madrid: Instituto Nacional de Publicidad, 1980, pág. 242.

6 Se define a un signo unívoco como aquellos que tienen un solo significado, sin posibles equívocos, ECO, Umberto, “Signo”, Barcelona: Labor, 2da ed, 1994, pág. 49.

II) Conferido traslado, la parte demandada lo evacua, expresando que ha actuado conforme a derecho, y que el signo registrado tiene las características de novedad y especialidad para la clase para la que se solicita.

Ofrece prueba, pide que se rechace la demanda promovida por ser el acto impugnado legítimo, y que se dé noticia del pleito al tercero denunciado.

III) Que compareció el representante del tercero, «Compañía Industrial de Tabacos Monte Paz S.A.», y expresa que, conforme al art. 3 de la Ley N° 17.011, las frases publicitarias son expresamente registrables, y que además reúne en su conjunto las características de novedad, especialidad y distintividad. Y que no refiere a una cualidad o atributo real del producto, sino a una apreciación de fantasía sobre el mismo.

Solicita el rechazo de la demanda anulatoria interpuesta por la actora.

IV) Abierto el juicio a prueba (fs. 24), se produjo la que obra certificada a fs. 38, y alegaron las partes por su orden a fs. 40-42, 45 y el tercerista a fs. 48-50vta.

V) Pasaron los autos al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, quien se expidió en Dictamen N° 475/04, de fecha 14/09/2004 (fs. 55vta. de autos), aconsejando la confirmación del acto administrativo cuestionado.

VI) Se citó para sentencia (fs. 57), pasando los autos a estudio de los Sres. Ministros, quienes la acordaron y dictaron en forma legal.

acierto o error que pueda constituir esta opción desde el punto de vista del marketing, no tiene por qué incidir en la posibilidad de que goce de protección jurídica marcaria.

A pesar de los argumentos contrarios al registro marcario del eslogan publicitario la tendencia afirmativa es ya irreversible, enmarcada ésta en una consideración general de amplitud del concepto de marca que evidencian las más modernas legislaciones. Al cambiar los métodos de marketing en el siglo veinte, los consumidores comenzaron a confiar en otros signos como eslóganes, nombres comerciales o en el trade dress para la identificación del origen de productos o servicios⁷. Por todo ello, la mayoría de la doctrina en la actualidad admite como principio general la posibilidad de registro del eslogan como marca en tanto cumpla con los requisitos correspondientes, como cualquier otro signo⁸. Algunos autores han considerado, incluso, que no hay procedimiento más eficaz ni más preciso para proteger un eslogan que registrarlo como marca⁹.

La doctrina ha utilizado con frecuencia la expresión “marca eslogan” o “marca slogan” para referirse de manera particular a un eslogan que es registrado como marca, aún en los casos que el propio eslogan incluya o deba incluir – por disposición de la ley nacional que se trate – una marca para su registro¹⁰. Areán Lalín¹¹ define a la “marca eslogan” “como una clase o variedad de marcas con una estructura singular que las permite diferenciar de las típicamente denominativas, gráficas o mixtas, de las numéricas o de las tridimensionales, por no hablar de las auditivas y olfativas o de las simplemente constituidas por un color, que también se están abriendo paso”.

7 LUNNEY, Glynn, “Trademark monopolies”, en Spring, 1999, 48 Emory L.J. 367

8 En este sentido, entre otros autores destacamos: BERAN, Martin, “An Introduction to Trademark Practice”, Maryland: Jefferson Law Book Company, 1970, pág. 1; BOETTCHER, “Comment protéger vos marques & modèles. Guide pratique.”, Paris: Entreprise Moderne d’Edition, 1971, pág. 34; CHAVANNE, Albert, BURST, Jean Jacques, “Droit de la propriété industrielle”, 5ta. ed., Paris: Dalloz, 1998, pág. 524; FOX, “The Canadian Law of Trademarks and Unfair Competition”, 3ª. ed., Toronto: The Carswell Company Limited, 1972, pág. 78; FRANCESCHELLI, “Trattato di diritto industriale”, Milano, 1960, vol.I, pág. 17-18; FRANÇON, André, “La protection des créations publicitaires par le droit d’auteur”, 103 RIDA 1980, pág. 6; GUGLIEMETTI, “Gli slogans e la loro tutela”, DA, 1964, particularmente, pág. 310-311; HAMBURG, Bruce, “Du caractère enregistrable”, RIPIA, 1981; LADAS, vol. II, pág. 1003; LLOYD, pág. 130; MATHÉLY, Paul, “Le Droit”, pág. 44, “Le Nouveau”, pág. 32; Mc CARTHY, §7:19 y §7:20, Rel. #16, 12/2000; PLAISANT, R., en nota de Jurisprudencia, J.C.P. 11, 1976, Fasc. 6, N° 47, pág. 23; ROBERT, pág. 40 y 65; ROUBIER, t. II, pág. 577; SAINT GAL, “Protection”, pág. D 7, quien considera que puede ser protegido como marca “si es suficientemente arbitrario”; SANTINI, “I diritti”, pág. 90 nota 4; SCHMIDT-SZALEWSKI/PIERRE, pág. 183; SORDELLI, Luigi, “Ideaizioni ed atti”, pág. 2218 y “Problemi giuridici”, pág. 85.

9 GREFFE, Pierre, GREFFE, François, “La publicité et la loi”, 9na. ed., Paris: Litec, 2000, pág. 117.

10 Este último caso se ha dado en algunas legislaciones, como la ley venezolana anteriormente vigente, que condicionaban el registro marcario de un eslogan publicitario a la incorporación al mismo de la marca correspondiente del producto o servicio al que hacía referencia el eslogan.

11 AREÁN LALÍN, Manuel, “La protección...”, RPI (Uruguay) N° 3, pág. 12

CONSIDERANDO:

I. Que de acuerdo a lo expuesto en el Resultando I, en la especie se ha constatado el debido cumplimiento del aspecto formal (arts. 4° y 9° de la Ley 15.869), por lo que corresponde ingresar al estudio del aspecto sustancial planteado por las partes en el proceso.

II. Se procesa la resolución de la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, de fecha 26 de noviembre de 2001, por la cual se le concede el registro de la frase publicitaria «la suavidad es azul», a favor de la firma Compañía Industrial de Tabacos Monte-Paz de Uruguay, solicitada bajo Acta N° 313875, para distinguir los artículos comprendidos en las clases ints. 34 y 35. Contra dicha resolución se alza la parte actora, por los argumentos que se relacionan en el numeral I del capítulo de RESULTANDO de la presente.

III. El artículo 3 de la ley 17.011 reconoce expresamente la posibilidad de que se inscriba en el Registro Marcario, una frase publicitaria: «Podrán constituirse como marcas las frases publicitarias que reúnan las condiciones requeridas por la presente ley». Y en función de la normativa legal vigente, el Tribunal se ha pronunciado en casos similares al presente (cf. sent. N° 620/2003 de 12 de noviembre de 2003).

En la sub-causa, entiende la Sala que la frase publicitaria es registrable como marca, en cuanto la misma no alude a la naturaleza del producto, ni a sus características inherentes ni a

No obstante, también algunos partidarios de definir a la “marca eslogan” sobre la base de una expresión literaria que incluye un elemento con fuerza distintiva – tal como otra marca –concluyen que cuando el eslogan ha adquirido difusión suficiente la omisión de la expresión originariamente distintiva no impide que el público identifique la frase publicitaria con el producto¹².

En ocasiones, aún en países como Estados Unidos de América donde en los últimos años ha sido muy frecuente el registro marcario del eslogan, la propia jurisprudencia de mitad del siglo XX, se encargó de sostener que los eslóganes eran distintos de las marcas. Esta afirmación errada tomó un tiempo en ser superada¹³.

Un eslogan publicitario, en definitiva, puede constituir una variante de signo marcario, como lo puede ser cualquier palabra, combinación de palabras, figura o color, entre los más variados signos. Corresponde apreciar que hay eslóganes publicitarios que no poseen capacidad distintiva y no pueden constituir marcas. Igual que sucede con cualquier otro tipo de signo. No obstante, no por ser eslogan debe excluirse necesariamente una expresión literaria del registro marcario.

En el Uruguay el artículo 2° de la Ley N° 17.011 admite expresamente el registro marcario de la frase publicitaria, lo cual no implica necesariamente considerar que la ley anterior no lo admitiera. En el concepto de marca podía incluirse sin restricciones dicha posibilidad.

Corresponde destacar que, no obstante no existir prohibición, la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo no lo admitió hasta - aproximadamente - el año 1997. Esta marginación del eslogan del registro marcario, en realidad, no era tan rotunda. Se inscribían expresiones denominativas que podían calificarse como eslogan desde el punto de vista publicitario, pero que formalmente – por no ser tan extensos – podían pasar por palabras complejas. En muchos de los casos en los cuales se negó el registro marcario se trataba, además, de frases con contenidos descriptivos que no merecían la consideración como marca, más allá del concepto que se manejara en torno al eslogan o frase publicitaria como signo registrable como marca.

Actualmente, la expresa referencia legal a que la frase publicitaria se puede registrar como marca nada le agrega, tampoco, a dicha posibilidad. Entendemos que solamente facilita la interpretación en un punto que se encontraba, antes, discutido.

12 BATLLE, Georgina, “Consideraciones sobre la marca de servicios”, 6 ADI 1979-80, pág. 68. La inclusión preceptiva o facultativa de marca preexistente en un registro marcario de eslogan se desarrolla más adelante.

13 ALCES, Peter, “The commercial law of intellectual property”, Boston: Little, Brown and Company, 1994, § 6.3.2.

sus cualidades o atributos sino que, por el contrario, es distintiva del producto que se quiere proteger.

Concretamente, la expresión «la suavidad es azul» reúne las notas de fantasía, novedad y especialidad, exigidas por la normativa aplicable para el registro de signos marcarios y no resulta comprendida en ninguna de las hipótesis de excepción previstas en los numerales 9, 10 y 11 del art. 4º de la ley 17.011, en cuanto no identifica directa ni indirectamente el producto a proteger y, en su conjunto reviste las notas de originalidad y fantasía.

IV. Es pues, en función de la normativa vigente, que el Tribunal comparte las argumentaciones de la Asesoría Letrada de la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, en cuanto sostiene:

«Se entiende que estamos en la especie, frente a una frase publicitaria, que si bien puede estar integrada por un término descriptivo, su combinación presenta la nota de distintividad, siendo en consecuencia registrable, en aplicación del art. 3º de la ley 17.011, que evidentemente no otorga exclusividad sobre los términos que la componen» (fs. 7v. y 8, en legajo A de los A.A.).

V. Resulta particularmente relevante destacar que los argumentos de la parte actora, para oponerse a la resolución de la D.N.P.I. que motiva el presente accionamiento, pierden contundencia convictiva, si se tiene presente que la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial había concedido el registro de la frase publicitaria «Belmont, comparte su suavidad», sin derechos

III. ESLÓGANES DESCRIPTIVOS

Descriptivo es el adjetivo correspondiente a la acción y verbo de describir, originado etimológicamente en el latín “describere”. Según el Diccionario de la Real Academia Española¹⁴ significa, en sus dos primeras acepciones: delinear, dibujar, figurar algo, representándolo de modo que dé cabal idea de ello; y representar a alguien o algo por medio del lenguaje, refiriendo o explicando sus distintas partes, cualidades o circunstancias.

En materia marcaria, las denominaciones descriptivas de un producto o servicio son las que informan a los consumidores acerca de las características, cualidades, funciones, usos, ingredientes, efectos y otras propiedades del producto o servicio correspondiente¹⁵. Por lo tanto, no puede admitirse que sean monopolizadas por un operador: las necesitan todos aquéllos desarrollan igual actividad económica. Descriptivo se opone a distintivo, en tanto todos aquellos productos o servicios de la misma clase deberán poder describirse de la misma manera.

La mayoría de los eslóganes se formulan para transmitir una idea o una información con el propósito de inducir una conducta. Por esta causa, usualmente merecen la calificación de descriptivos¹⁶. Constituye un valor relevante para el mundo de la expresión publicitaria que informen rápidamente, de manera concreta, el contenido que el anunciante pretende que conozca su posible cliente o consumidor.

Un eslogan descriptivo es aquel que destaca o hace referencia directamente a características de los productos, no como se referiría a estos una marca arbitraria o sugestiva¹⁷. Así como sucede con las marcas en general, si las palabras proporcionan directamente información sobre el producto o servicio respecto del cual se utiliza o información relacionada a la fuente o asociación a una entidad en particular, será descriptiva y no podrá registrarse como marca. Un eslogan descriptivo puede tener un gran efecto publicitario, por lo tanto ser muy importante para una campaña, pero no podrá registrarse como marca¹⁸.

14 www.rae.es, Diccionario 2001

15 AREAN LALIN, “La aptitud”, 5 ADI 1978, pág. 477.

16 “CALLMANN on Trademarks”, Capítulo 18, pág. 23. También GUGLIELMETTI, “Gli slogans”, cit., pág. 307, quien agrega que también es común que puedan ser genéricos.

17 “Mc CARTHY on Trademarks”, § 7:22 Rel #16, 12/2000

18 Es destacable que la determinación del carácter descriptivo de una expresión no sólo califica la posibilidad que tiene de constituir o no una marca. En Estados Unidos de América la calificación condiciona las formalidades registrales que dan origen al derecho, en tanto depende de la sección registral en la que debe presentarse. Un eslogan descriptivo puede ser registrado en el Registro Suplementario, si es capaz de funcionar como identificador y distintivo de productos o servicios. Basta que posea un mínimo de distintividad y algún grado de ingenuidad en su fraseología. Cuando el eslogan es distintivo será registrado como marca en el “Registro Principal” de la Oficina de Patentes y marcas norteamericana. Mc CARTHY § 7.22, Rel. #16, 12/2000. BERAN, “An Introduction”, cit., pág. 73.

privativos sobre la expresión «comparte su suavidad», y que los argumentos utilizados por la accionante, entendiendo que la expresión debía otorgarse sin restricciones, son ahora utilizados para pedir la nulidad del registro de su competidora, el que también fuera otorgado sin derechos privativos. Obra pues, como razón desestimante de la pretensión de la actora, la aplicación del principio de igualdad, que fuera correctamente tenido en cuenta por la Autoridad administrativa actuante.

VI. Por sentencia N° 709/2003, de fecha 10 de diciembre de 2003, el Tribunal confirmó la resolución de la D.N.P.I. por la cual se concedió la marca «Belmont comparte su suavidad», sin derechos privativos sobre la expresión «comparte su suavidad», con lo cual la Sala encamina su senda jurisprudencial por igual línea conceptual, otorgando idéntica solución en el presente, como lo hizo antes en situaciones iguales o semejantes.

También, en reciente pronunciamiento, sostuvo el Colegiado:

«El Tribunal estima que son de recibo los agravios de la actora, por entender que la expresión «tecnología que rinde», ya sea como marca o frase publicitaria, reúne las notas de fantasía, novedad y especialidad exigidas por la normativa vigente. En definitiva, se concluye que no identifica directa ni indirectamente los productos a proteger y apreciada en su conjunto, revela originalidad y fantasía.» (cf. sent. N° 620/2003)

La imprompta originalmente descriptiva del eslogan no lo descalifica automáticamente del registro marcario¹⁹. En regímenes jurídicos que reconocen el valor del significado secundario o secondary meaning, resta todavía la posibilidad de recurrir a dicho mecanismo, tal como analizaremos con mayor detalle más adelante.

La jurisprudencia norteamericana enuncia una serie de pautas de valoración de descriptividad que pueden sintetizarse en la siguiente serie de preguntas²⁰.

“¿Es el eslogan usado en sentido de marca o en una manera descriptiva de los productos a los cuales es aplicado?

¿Trae el eslogan inmediatamente a la mente la naturaleza o el carácter de los productos?

¿Es el eslogan una mera expresión tal que debería ser o es comúnmente usada para describir productos?

¿Posee el eslogan un cierto grado de ingenuidad en su fraseología?

¿Dice algo al menos un poco diferente de lo que debería esperarse sobre un producto o dice cosas esperadas de manera inesperada?

¿Posee el eslogan más que un simple significado, nominal o de doble significado, al cual se le imparte un grado de ingenuidad y enmascara de alguna manera u oscurece el mensaje comercial entendido?”

El carácter descriptivo de una expresión que se pretende utilizar como marca, al punto que impida su registro debe designar una cualidad primaria y esencial del producto o servicio que pretende distinguir²¹. Si apela a la descripción de un elemento periférico, no esencial, no habrá una referencia directa al producto ni su monopolio como marca impedirá el uso necesario en el mercado por otros comerciantes.

La valoración respecto de la naturaleza de la cualidad o calidad aludida del producto o servicio puede presentar dificultades, según el caso.

IV. EL CASO DE LA SENTENCIA 9/06 DEL TCA

Surgen de la sentencia transcrita los siguientes hechos:

a. fue concedido el registro de la frase publicitaria “La suavidad es azul” a la Compañía Industrial de Tabaco Monte-Paz de Uruguay, para distinguir productos de clases internacionales 34 y 35;

19 GINSBURG, Jane, GOLDBERG, David, GREENBAUM, Arthur, “Trademark and unfair competition Law. Cases and Materials”, Charlottesville: The Michie Company, 1991, pág. 83.

20 Ver especialmente In re Wilderness Group, Inc., TTAB, 23 de diciembre de 1975, 189 USPQ 44.

21 BENTATA, Víctor, “Reconstrucción del derecho marcario”, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1994, pág. 166.

En igual línea conceptual, se pronunció antes el Tribunal, consignando que «...para que las frases publicitarias tengan la posibilidad de ser registradas como marcas, no pueden aludir a la naturaleza de un producto determinado, a sus características inherentes ni a las cualidades o atributos del mismo» (Cf. sentencia N° 791/2002).

VII. En suma, considera el Tribunal que en la especie se está ante una frase publicitaria que, si bien puede contener algún término descriptivo, su combinación reúne las notas que exige la legislación marcaría para poder ser registrada -arts. 3 y 4 de la ley 17.011- y que la resolución impugnada ha sido coherente con una tendencia administrativa que coincide con la línea jurisprudencial que viene trazando la Corporación. El principio de igualdad, como principio general de Derecho, justifica ampliamente el acierto de la resolución impugnada.

Por estos fundamentos, el Tribunal FALLA:

Confírmase el acto impugnado y, en su mérito, desestímase la demanda instaurada. Sin especial sanción procesal. A los efectos fiscales, fíjense los honorarios de los abogados de las partes actora y tercerista en las cantidades de \$ 12.000 (pesos uruguayos doce mil) cada uno. Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

**Rochón - Battistella - Lombardi - Preza red. - Harriague
Dra. Petraglia, Sec. Let.**

b. Batmark Limited, presentó demanda de nulidad contra tal registro ante el TCA, considerando que la frase publicitaria registrada como marca no tiene fuerza distintiva, dado que los cigarrillos suaves se identifican por el color azul en diferentes tonos, cualquiera sea el fabricante; destaca también que “suavidad” es un atributo de los cigarrillos “lights” en general.

El TCA consideró que las críticas al registro no eran válidas, por tratarse de un frase de “fantasía, novedad y especialidad”, tal como exige la Ley de Marcas como condición de registro.

Compartimos la conclusión y fundamentos de la Sentencia transcripta.

La frase publicitaria que se cuestiona vincula dos elementos: suavidad y azul. El mensaje directo o literal atribuye un color a la suavidad, con el objetivo de condicionar al destinatario o aprovechar un condicionamiento que se asume como extendido, que implica asociar color azul (visual) con percepción de suavidad (táctil).

No se formula, en el caso, una atribución directa al producto. La referencia planteada no es necesaria respecto de cigarrillos y otros productos del tabaco incluidos en las clases 34 y 35. Dichos productos son, naturalmente, de otro color.

Es cierto que una de las posibles cualidades del tabaco es la suavidad, de manera que cualquier operador económico que comercialice cigarrillos debe poder destacar que sus productos son suaves.

En el caso, el texto de esta frase publicitaria no puede impedir tal referencia. Se está tomando la suavidad como el sustantivo al que se atribuye como adjetivo un color: azul. Además, como dijimos, para los productos solicitados “ser azul” o la asociación con el color azul resulta fantasiosa. Un competidor del titular de este eslogan podrá destacar la suavidad de sus productos, pero no asociar con finalidad distintiva la referencia a suavidad con el color azul.

La sentencia del TCA hace hincapié en que la afirmación del eslogan registrado no tiene relación directa con el producto a distinguir, que la referencia no se encuentra dirigida al objeto de uso marcarío. No se discute respecto de la otra afirmación de la accionante, respecto del uso generalizado del color con una finalidad informativa. Hemos de asumir, que no ha resultado probado, situación que de haber sido inversa debió determinar otro pronunciamiento jurisdiccional.

BEATRIZ BUGALLO MONTAÑO

Profesora de Derecho Comercial (Universidad de Montevideo)
Profesora de Derecho Privado IV-V, Facultad de Derecho (UdelaR)



INFORMACIONES

- *20 años de actividad académica en la UM*
- *Creación del Instituto de Derecho Económico*
- *Innovaciones en el Plan de estudios de Abogacía*
- *Cursos vespertinos*
- *Competencia de argumentación jurídica*
- *Consultorio Jurídico*

20 AÑOS DE ACTIVIDAD ACADÉMICA EN LA UM

El pasado 25 de noviembre se cumplieron 20 años del comienzo de la actividad académica de la Universidad de Montevideo.

Las universidades son instituciones que crean y transmiten conocimiento a nivel superior. En consecuencia, no nacen cuando otorgan su acta de constitución ni cuando reciben su reconocimiento por los poderes públicos. Nacen cuando comienzan a desarrollar la actividad que las hace tales. Como ocurre con los humanos, nacen cuando comienzan a tener alma; y la creación y transmisión de conocimiento es el alma de la universidad.

Por eso puede afirmarse que el 25 de noviembre de 1986 nació la Universidad de Montevideo.

¿CÓMO EMPEZÓ TODO?

Dice un poeta popular que “veinte años no es nada”. En el caso de la Universidad de Montevideo marca el tránsito entre un sueño juvenil y la actual realidad de una universidad plenamente consolidada en el medio, con 11 carreras de grado y 15 postgrado, cuyos egresados se cuentan por miles, la cual constituye un punto de referencia ineludible en el panorama de la cultura y del conocimiento en el Uruguay.

Hace 20 años un grupo de cinco jóvenes abogados (Carlos Delpiazzo, Alberto Faget, Jorge Peirano, Santiago Pérez del Castillo y el autor de esta nota), tomamos la decisión de crear un instituto que realizara docencia e investigación en los temas vinculados a la empresa, el cual incluyera el análisis de este fenómeno desde la perspectiva del Derecho, de la Administración de Empresas y de la Economía. Lo denominamos Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo (IEEM), nombre que luego retuvo la Escuela de Negocios, pero que durante la primera década identificó a la Institución toda.

Tributarios de nuestra formación profesional, la primera actividad curricular fue proyectada en el área del Derecho. Se decidió comenzar con un Postgrado en Derecho de la Empresa, de un año de duración, ante la evidencia de que no existían en ese momento en el Uruguay cursos de postgrado en materia jurídica. En este tema fuimos pioneros absolutos.

Se convocaron a los más destacados profesores uruguayos en la materia, cuyo apoyo y respaldo fue decisivo en el lanzamiento y desarrollo del IEEM: Horacio Cassinelli Muñoz, José A. Ferro Astray, Jorge Gamarra, Adolfo Gelsi Bidart, Héctor Gros Espiell, Eduardo Jiménez de Aréchaga, Daniel Hugo Martins, Didier Operti Badán, Juan Carlos Peirano Facio, Américo Plá Rodríguez, Ramón Valdés Costa y Enrique Vescovi.

El proyecto requería un lanzamiento rutilante. Esto ocurrió –precisamente– el 25 de noviembre de 1986 con la organización de una mesa redonda sobre “La sociedad anónima y la inversión de capitales”, la cual tuvo por expositores a los Miembros Académicos Profesores José A. Ferro Astray, Eduardo Jiménez de Aréchaga y Ramón Valdés Costa. Esta mesa redonda, realizada en la rueda de la Bolsa de Valores de Montevideo, contó con la presencia de lo más representativo de nuestro medio profesional y empresarial, y fue recogida en términos elogiosos por la prensa especializada. Allí empezó todo: en ese momento cobró alma la UM.

LOS PRIMEROS TIEMPOS

Tal vez no pueda decirse que, como Jesús de Nazaret, la UM nació en un pesebre. Sin embargo, puede afirmarse que el proyecto nació sin recursos y pudo prosperar gracias no solo al entusiasmo de sus promotores, sino al apoyo académico y material de muchos.

El primer evento fue organizado con el apoyo de la revista Guía Financiera, la que proveyó además del material para la promoción del primer postgrado.

Hasta 1993 –en que logró comprarse la sede de Lord Ponsomby– los postgrados se dictaron en el Aula de la Bolsa de Comercio, que durante los dos primeros años fue cedida gratuitamente por su Gerente General Gustavo Vilaró Sanguinetti, quien apoyó permanentemente nuestra iniciativa.

La incipiente administración del IEEM pasó a ocupar –también sin cargo– una pequeña oficina en el primer piso de la Bolsa de Comercio, la cual compartía con la Secretaría General del Consejo Interamericano de Comercio y Producción (CICYP), a cargo del Sr. Carlos Ons, quien se transformó en un ferviente impulsor del proyecto. También pasó a compartir con el CICYP su secretaria, la señora Renée Gómez, verdadero valuarte del IEEM durante sus primeros años.

De la primera época también hay que destacar el muy importante trabajo desarrollado por los Secretarios Académicos, que sucesivamente fueron los doctores Pedro Gari, Eduardo Heguy Terra y, fundamentalmente, Pedro Montano, pieza clave en el tránsito institucional hacia la Universidad.

DE LOS PRIMEROS PROGRAMAS A LA ESCUELA DE NEGOCIOS

En 1987 se realizó el primer Postgrado en Derecho de la Empresa. Al año siguiente se comenzó con el Postgrado en Derecho y Técnica Tributaria, el cual permitió vincular al equipo promotor al contador Juan Antonio Pérez Pérez, otro de los grandes impulsores de la idea. Ambos postgrados se transformaron en programas Master en 1990 y 1991, respectivamente.

Desde el comienzo fue parte sustancial del proyecto extender los estudios al área de la Administración de Empresas. Con la finalidad de comenzar a transitar este camino, en 1989 se organizó un Seminario sobre Dirección General, con la participación de dos profesores del IESE de Barcelona –Sandalo Gómez López-Egea y Lorenzo Dionis– y uno del IAE de Buenos Aires –Ricardo Rees Jones. A partir de este seminario se puso en marcha la idea de crear, en el marco del IEEM, una Escuela de Negocios y desarrollar un programa Master en Dirección y Administración de Empresas.

El proyecto de la Escuela de Negocios enfrentaba un problema importante: no existían en el medio académico y profesional uruguayo docentes formados sistemáticamente en esta materia; en especial, en la metodología del caso utilizado corrientemente en los programas Master en Dirección y Administración de Empresas. Para superar este escollo, en 1990 y 1991 se comenzó un programa de formación de profesores en la metodología del caso, con la asistencia de más de 20 profesionales, liderado por la figura gigante de Ricardo Rees Jones, pilar fundamental de la Escuela de Negocios.

El primer programa Master en Dirección y Administración de Empresas comenzó en 1992 y la ceremonia de graduación se realizó el año siguiente, en la nueva sede de Lord Ponsomby, presidida por una inolvidable clase magistral del profesor David Isaacs.

LOS DESARROLLOS POSTERIORES

Consolidados los Master en Derecho –a Derecho de la Empresa y Derecho y Técnica Tributaria, se sumó el Master en Derecho Administrativo Económico (1994)– e instalada la Escuela de Negocios culminó la etapa de iniciación y comenzó el vértigo. En 1989 el IEEM había solicitado el registro de la marca Universidad de Montevideo y de su escudo con la sigla UM, la cual le fue concedida en 1994. Los ojos pasaron a estar puestos en el reconocimiento oficial como Universidad y en la oferta de carreras de grado.

A partir de entonces, la historia es más reciente y conocida. El 11 de agosto de 1995, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 308/995, el cual creó un marco normativo para la instalación de universidades privadas, estableciendo los requisitos para su autorización y el reconocimiento de nivel universitario de sus carreras. A partir de este decreto, el IEEM halló el camino, hasta entonces vedado, para transitar hacia su transformación en Universidad. Para esto, a los programas Master hasta entonces dictados, se agregaron las Licenciaturas en Dirección y Administración de Empresas (1995), en Economía y en Humanidades (1996), así como las carreras de Ingeniería Civil e Industrial (1996).

El 29 de abril de 1997, el Poder Ejecutivo autorizó al IEEM a actuar como universidad, bajo el nombre de UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO, la que, bajo el Rectorado del Profesor Mariano Brito se organizó en cinco facultades: Derecho, Ciencias Empresariales y Economía, Ingeniería, Humanidades, la Escuela de Negocios, que retuvo el nombre de IEEM, originario de toda la Institución. A estas unidades académicas se sumaron posteriormente la Facultad de Ciencias de la Comunicación y el Centro de Ciencias Biomédicas.

EL INSTITUTO DE DERECHO ECONÓMICO

Si bien en estos veinte años ocurrieron muchos acontecimientos, que determinaron la transición de un proyecto a una realidad consolidada y en pleno desarrollo, en la vida de una Universidad, veinte años no es nada. Es apenas el comienzo de un camino que iniciamos algunos, al cual se sumaron muchos y se seguirán sumando muchos más, que seguirán contribuyendo a que la UM crezca y avance como herramienta de creación y difusión de conocimiento y cultura.

Pero estas fechas dan ocasión para hacer un alto en el camino, reflexionar y dar gracias. Este proyecto no tiene explicación racional con parámetros y coordenadas humanas. Este proyecto sólo tiene explicación sobrenatural.

Es también ocasión para festejar. De brindar por las buenas cosas que pasaron y por las muchas mejores cosas que habrán de pasar.

Quienes iniciamos este proyecto queremos sumarnos al festejo. Y nada nos pareció mejor que hacerle a la UM un regalo. Los fundadores del IEEM en 1986 constituimos el INSTITUTO DE DERECHO ECONÓMICO, como unidad de investigación dentro de la UM. El mismo tendrá por cometidos realizar actividades interdisciplinarias de estudio, investigación y difusión de los temas de Derecho Económico, colaborando con las facultades de la Universidad en la formación y desarrollo de sus profesores y en las tareas de investigación que los mismos realicen. El objetivo es crear un ámbito que convoque a profesores, estudiantes, egresados y amigos de la casa a trabajar en forma mancomunada en la creación de conocimiento en las áreas donde el Derecho y la Economía se dan la mano.

Como nos recuerda Ortega y Gasset, la enseñanza universitaria está integrada por tres funciones básicas: la trasmisión de la cultura; la enseñanza de las profesiones; y la investigación científica y educación de nuevos hombres de ciencia.

EL INSTITUTO DE DERECHO ECONÓMICO pretende colaborar con la UM y desde la UM en el desarrollo de este pilar sustancial de toda Universidad como es la creación de conocimiento.

Dr. Ricardo Olivera García
Decano Emérito de la Universidad de Montevideo

CREACIÓN DEL INSTITUTO DE DERECHO ECONÓMICO

ACTA DE CONSTITUCIÓN

En Montevideo, el 24 de noviembre de 2006, los abajo firmantes resuelven constituir una unidad de investigación en el ámbito de la Universidad de Montevideo, la cual tendrá la denominación de "INSTITUTO DE DERECHO ECONÓMICO", en el marco de la conmemoración de los 20 años del inicio de las actividades académicas de la Universidad, ocurrido el 25 de noviembre de 1986.

El INSTITUTO DE DERECHO ECONÓMICO se regirá por el Reglamento y demás resoluciones que resulten aprobadas por los órganos competentes de la Universidad de Montevideo.

El INSTITUTO DE DERECHO ECONÓMICO se constituye sobre las siguientes bases:

1. OBJETIVOS

El INSTITUTO DE DERECHO ECONÓMICO será una unidad de investigación, sin personería jurídica, que funcionará en el ámbito de la Universidad de Montevideo, sometida a la dirección de los órganos naturales de la misma.

Su cometido será realizar actividades interdisciplinarias de estudio, investigación y difusión de los temas de Derecho Económico, colaborando con las facultades de la Universidad en la formación y desarrollo de sus profesores y en las tareas de investigación que los mismos realicen.

2. ACTIVIDADES

El INSTITUTO DE DERECHO ECONÓMICO desarrollará las siguientes actividades en el área del Derecho Económico:

- a) Organización de talleres, seminarios y congresos.
- b) Realización de estudios e investigaciones.
- c) Realización de publicaciones.
- d) Publicación de un Anuario de Derecho Económico.
- e) Colaboración con las facultades de la Universidad en la actividad de formación e investigación de sus profesores.
- f) Colaboración con los Poderes Públicos en la preparación de leyes y decretos.
- g) Colaborar con organismos públicos y con entidades gremiales en la formación de sus integrantes en temas de Derecho Económico.

Anualmente el presentará un proyecto de actividades y rendirá cuentas de las realizadas durante el año inmediato anterior.

3. INTEGRACIÓN

Serán integrantes del INSTITUTO DE DERECHO ECONÓMICO:

- a) Los firmantes de la presente Acta de Constitución, en su calidad de Miembros Fundadores.
- b) Los Miembros Académicos, Docentes y Aspirantes a Docentes, y los egresados de los cursos de grado y de postgrado de la Universidad de Montevideo que se integren al Instituto, de acuerdo con su Reglamento de Funcionamiento.
- c) Otras personas de notorio prestigio, del país o del exterior, que se encuentren consustanciados con los objetivos del Instituto y que sean aceptadas para integrar el Instituto, de acuerdo con su Reglamento de Funcionamiento.

4. FINANCIAMIENTO

Serán fuentes de financiamiento de la actividad del Instituto:

- a) Los recursos aportados por sus Miembros.
- b) La matrícula pagada por los asistentes a los seminarios y talleres que organice.
- c) El producido de la venta o de los derechos de autor de las publicaciones que realice.
- d) La asistencia que reciba de organismos públicos o privados, nacionales o extranjeros, para la realización de proyectos de investigación.

Es objetivo del Instituto que su actividad no grave ni comprometa en ningún momento los recursos de la Universidad.

5. FUNCIONAMIENTO TRANSITORIO

Hasta tanto no sea aprobado por la Universidad de Montevideo el Reglamento del INSTITUTO DE DERECHO ECONÓMICO y sean designadas sus autoridades por los órganos de la Universidad de Montevideo, el Instituto será dirigido por un Consejo integrado por los Dres. Carlos E. Delpiazzo, Alberto Faget Prati, Ricardo Olivera García y Santiago Pérez del Castillo.

Se otorga la presente Acta, en un solo ejemplar, en el lugar y fecha indicados en la comparecencia.

INNOVACIONES EN EL PLAN DE ESTUDIOS DE ABOGACÍA

La Universidad de Montevideo de un tiempo a esta parte ha ido incorporando en los planes de Estudio de las carreras de grado de sus distintas Facultades, lo que se conoce como *flexibilización* de su currícula. Esta tendencia inspirada en las ya consolidadas prácticas europeas y norteamericanas, busca rediseñar el modelo tradicional de estudio, universal y general, por una capacitación especializada y autodirigida por el alumno.

A partir de este año, la carrera de abogacía de nuestra Facultad se adhiere a este camino y flexibiliza su plan de estudios, permitiéndole al alumno elegir un porcentaje significativo de asignaturas para especializar su estudio. Estos planes se caracterizan por contener un grupo de cursos obligatorios, que marcan la columna vertebral de la carrera en la dirección de la obtención del título profesional, en este caso, de abogacía y luego ofrecen al alumno una variedad de asignaturas en aras a estudiar otras disciplinas que completen su capacitación en la dirección que elijan. A modo ilustrativo, dentro de este grupo de cursos se comprenden herramientas prácticas, como retórica; idiomas como el inglés y portugués no solamente jurídico sino también comercial; y áreas del Derecho no comprendidas hasta el momento en la currícula, como Derecho Agrario y Derecho Ambiental.

CURSOS VESPERTINOS

En el segundo semestre comenzaremos a ofrecer cursos por en horario vespertino, tanto de la carrera de Abogacía como Notariado. Hemos visto que existe una creciente demanda por parte de personas que por motivos laborales, no pueden estudiar en el horario tradicional de la mañana. La necesidad de obtener el título profesional se ha vuelto cada vez más imprescindible en el ámbito laboral y la intención es poder brindar más posibilidades para cubrir las distintas necesidades de los estudiantes.

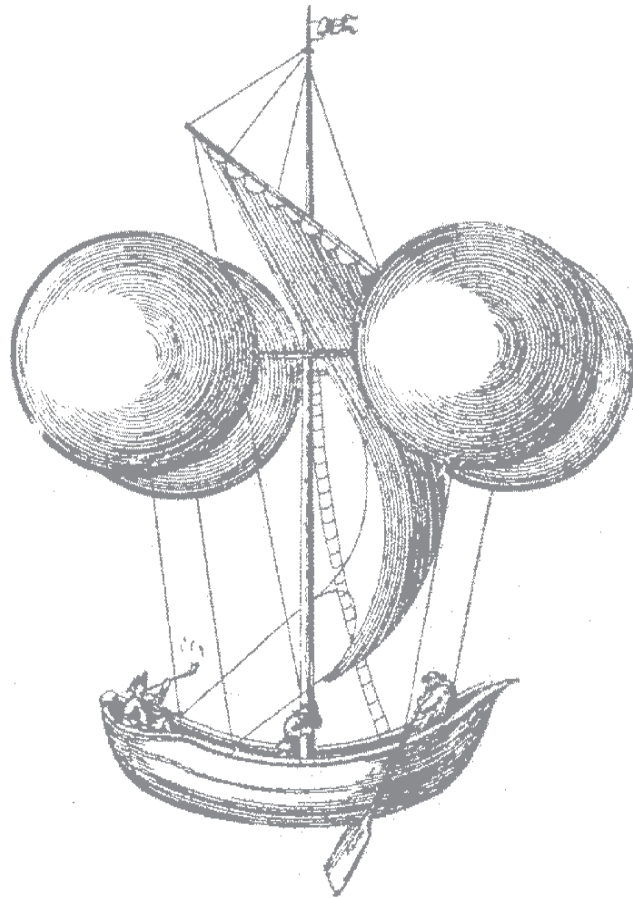
COMPETENCIA DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Por tercera vez hemos sido representados por nuestros alumnos en la Competencia de Argumentación Jurídica que se lleva a cabo anualmente en Washington. Organizada por la asociación de estudiantes de Derecho ILSA y auspiciada por el Estudio Jurídico Sherman & Sterling. Una vez más el desempeño de nuestro equipo fue destacable, tanto por la sinergia de grupo como por el resultado obtenido.

Este año el equipo estuvo integrado por Sofía Klot, Sebastián Ramos, Yael Ribco y Fabián Roizen. El coach fue por segunda vez Ady Beitler, quien habiendo sido participante en el 2005, dirige al grupo en la elaboración de los escritos y la preparación para las rondas orales. Aprovechamos la oportunidad para darles nuestro sincero agradecimiento por el tiempo y dedicación empleados.

CONSULTORIO JURÍDICO

El Consultorio Jurídico ha abierto sus puertas por segundo año en el centro de asistencia CADI, en el barrio Casavalle. La experiencia del año pasado fue muy buena y los alumnos respondieron con gran compromiso y seriedad al servicio brindado. La continuación de los casos la seguirán los alumnos de quinto año que desempeñarán esta tarea durante este año.



TESINAS DE MASTERS

- *Achard Brito del Pino, Andrés - "La prohibición de reforma a del acto administrativo y el art. 310, inc. 1° de la Constitución Nacional"*

LA PROHIBICIÓN DE REFORMA DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y EL ART. 310 INC 1º DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

ANDRÉS ACHARD BRITO DEL PINO

Master en Derecho Administrativo Económico

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I. PLANTEO DEL TEMA Y DEMÁS PRECISIONES PREVIAS. II. ANTECEDENTES A LA CREACIÓN DEL ART. 310 DE 1952. III. EL NUEVO ART. 310 DENTRO DEL ESTABLECIMIENTO DEL TCA EN 1952. IV. LAS SOLUCIONES EN EL DERECHO COMPARADO. SU IMPORTANCIA. V. LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA NACIONAL. VI. LA JURISPRUDENCIA DEL T.C.A. VII. LA SITUACIÓN ACTUAL. LA VINCULACIÓN ENTRE LA REFORMA DEL ACTO Y LA ANULACIÓN PARCIAL. VIII. CONCLUSIONES. APÉNDICE NORMATIVO

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente estudio monográfico de tesina se formula como finalización del curso de master en Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo.

En ese marco, y con la intención de contribuir al estudio de las limitaciones constitucionales de la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, es que se presenta aquí como tema principal –y tal como lo indica el título de la tesina- “*la prohibición de reforma del acto administrativo y el art. 310 inc 1º de la Constitución Nacional*”.

La causa principal que motivo la elección de este tema, que “*prima facie*” no presentaría dificultad alguna, es justamente la experiencia que en el desarrollo de la profesión se nos plantea día a día sobre el mismo. Sin intención de presentar de antemano ningún tipo de juicio o valoración sobre el asunto, debemos admitir que en la práctica profesional –y en particular en lo que hace a la acción del TCA- no hemos quedado satisfechos con la situación que se produce con las anulaciones parciales que se dan en infinidad de casos y menos aun con las explicaciones que, tanto doctrina como jurisprudencia, dan sobre el tema.

Fueron entonces esas constataciones de anulaciones parciales de actos que, junto a la prohibición de reforma, nunca terminaron de satisfacerlos, y lo que nos llevó a intentar profundizar en el tema.

De esa forma, por razones mas bien metodológicas el estudio se inicia en primer lugar por el planteo del tema como tal, siguiendo luego por analizar los antecedentes que dieron lugar en nuestro país al dictado en 1952 ¹ de este art. 310 y de la instalación directa del TCA luego de 122 años de vida independiente del Uruguay, así como su posterior evolución en los sucesivos textos constitucionales y sus reformas.

Se podrán encontrar además, otros tantos capítulos destinados al análisis de algunas previsiones análogas en el Derecho comparado y la doctrina extranjera, que como es sabido han influido –y mas en el caso del Derecho Francés- en la fisonomía que actualmente tiene nuestro contencioso de anulación. De más está decir que todas y cada una de las comparaciones lo son en cuanto al punto de estudio, es decir la existencia o no de

1. Se hace referencia en general al inc 1º del art. 310 de 1952, ya que si bien es similar a la previsión de la Constitución de 1934 y 1942 (salvo la sustitución del término “*revocándolo*” por “*anulándolo*”), es en ésta Constitución donde se crea directamente el TCA, y por esa razón es a partir de ese momento, donde a nuestro entender, el artículo cobra una real importancia. De mas está decir que en la Constitución de 1967 y posteriores reformas, ese inc 1º no ha cambiado en su texto, respetando además la numeración de la Constitución de 1952 que tomamos como referencia.

una potestad de reforma del acto administrativo, y excluyen comparaciones, que si bien son interesantes, excederían en demasía el campo de estudio elegido.

También se destinan los correspondientes capítulos al análisis de la jurisprudencia y de la doctrina nacional, ya sea en cuanto a la forma en que se ha entendido la prohibición de reforma, sino también en cuanto a mostrar cómo ambas han sabido moverse dentro de los límites que la Constitución impone, a saber mediante la aplicación de lo que en doctrina se llama "la escisión del acto administrativo" y que como tal permite la anulación parcial de un acto administrativo.

Por último se encuentran las conclusiones del trabajo, que en el mejor de los casos habrá servido no sólo para plantear un tema interesante y sus posibles discusiones, fallas y alcances, sino que además -en el peor de los casos- tendrá utilidad como compilación para futuras búsquedas sobre el tema.

I. PLANTEO DEL TEMA Y DEMÁS PRECISIONES PREVIAS

Tal como se hacía mención en la introducción, corresponde aquí plantear el tema que se desarrollará en las páginas siguientes. En primer lugar debe decirse que el mismo puede circunscribirse dentro del gran tema que se ocupa de las potestades que tienen las diferentes jurisdicciones contencioso administrativas y el alcance de sus fallos, aspectos estos que en nuestra Constitución están previstos en la sección XVII titulada "de lo Contencioso Administrativo".

En el presente trabajo entenderemos por reforma del acto administrativo la modificación de esa manifestación de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos tal como lo manifiesta el art. 120 del Decreto 500/991, y que como señala Sayagués Laso², se compone de los siguientes elementos esenciales, a saber: órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad, forma y procedimiento.

Dejaremos de lado entonces la reforma que puede producirse por el órgano que dictó originalmente el acto o por su superior jerárquico a raíz -o no- de la presentación de recursos administrativos, para concentrarnos en la situación que se produce cuando esta manifestación de voluntad de la administración es modificada por un órgano diferente a aquel que dictó el acto, variando entonces el contenido de esta voluntad, y por ello, modificando muchas veces los propios motivos y en ciertos casos la finalidad perseguida por el acto.

Esto sucedería en los casos donde el Poder Judicial o el órgano independiente creado a esos efectos ejerciera su poder, casos estos en los cuales la nueva voluntad debería- para así ajustarse a derecho- no solo tener una motivación clara y jurídicamente hábil, sino que debería además ajustarse a la finalidad para la cual se concedió la competencia. Todo esto en tanto la ilegalidad del acto y posterior modificación se podría haber producido por su desajuste -entre otras causas- entre la finalidad perseguida y la autorización para la cual esa norma superior previo el dictado de aquel acto.

Conocido por todos es el hecho de que, dentro de la competencia para entender en las demandas o acciones de nulidad del art. 309 (obviamos las referencias para evitar repeticiones que son por todos conocidas), al Tribunal de lo Contencioso Administrativo (de aquí en mas "TCA" o "El Tribunal") se le han restringido sus potestades en cuanto el contenido de su fallo, pudiendo entonces solamente acoger la demanda y anular el acto, o bien desechar la misma y en consecuencia confirmarlo.

De esta forma, el art. 310 inc 1° establece de forma terminante que el Tribunal solamente podrá confirmar el acto o anularlo, pero sin poder reformarlo. De igual tenor el art. 28 inc 1° de la Ley Orgánica del TCA (Decreto Ley 15.524), quien específicamente refiere al tema, y repitiendo la prohibición constitucional menciona que "*El Tribunal se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo*".

Con semejante claridad de las normas tanto constitucionales como legales, en Uruguay no cabría pensar otra cosa que no sea la existencia de una prohibición total a la posibilidad de que los actos administrativos (sobre los cuales el TCA tiene competencia para expedirse) sean reformados por un órgano que no sea aquel que los dictó o su superior jerárquico, es decir por un órgano ajeno que se sustraiga en la voluntad de aquel que le dio vida al acto.

Pero bien, pese a lo anteriormente afirmado, todos sabemos que en la práctica nuestro TCA anula actos administrativos de forma parcial, como sucede por ejemplo en materia tributaria cuando elimina parte del

2. Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1, 8ª ED., puesta al día a 2002 por Daniel H. Martins, Montevideo, F.C.U., 2002, Pág. 431 y ss.

acto en la cual se le imputaba un recargo específico, o por ejemplo en materia disciplinaria cuando al funcionario destituido se le aplica además –en casos específicos- la pérdida de los derechos jubilatorios. En todos estos casos, que suceden a diario en la práctica del contencioso anulatorio nacional, se podría entender que el TCA reforma los actos administrativos pese a la prohibición establecida en el mencionado art. 310 inc 1º.

De más esta decir que a la sutileza de la anulación parcial, se suma la existencia en la doctrina de la famosa escindibilidad del acto, por la cual se entiende que ciertos actos son escindibles, y que de esa forma se pueden anular en parte sin perjuicio de aquel llamado acto principal. De todas formas, la aplicación de esta teoría también tiene sus problemas en cuanto a la forma de integrarse al resto del sistema y será objeto de estudio en este trabajo, no solo en cuanto a su planteo, sino por la forma en que la jurisprudencia la entiende y aplica en nuestro país.

Pese a ello, no se trata aquí de acusar una supuesta omisión constitucional de parte del TCA en lo que hace a su competencia natural, sino que por el contrario se busca analizarse la razón por la cual se ha llegado a esta situación. Para ello será necesario tener en cuenta cómo se ha ido generando este proceso de transformación –y en cierta medida de ampliación- de la competencia del contencioso administrativo (primero limitado a la reparación, y luego admitiendo la anulación), que durante 124 años fue suplido en mayor o menor medida por el Poder Judicial.

Es importante entonces tomar en cuenta la influencia que provenía desde el exterior, y no solo desde Europa (en especial Francia y España), sino también desde EE.UU., todo lo cual influyó necesariamente en la ingeniería constitucional que hoy disfrutamos. Si bien muchas veces es normal y necesario que se atienda a la evolución del derecho en un determinado país mirando con exclusividad los fenómenos nacionales, es innegable que no se puede realmente entender un determinado suceso si no se comprenden además de la situación histórica de esa determinada nación, las condiciones reinantes en el resto del mundo y la tensión que sobre el primero tienden a producir.

En el caso del derecho sucede exactamente lo mismo por lo que desde nuestro punto de vista, la interrelación entre las comunidades de ideas que existían –y existen- entre las diferentes naciones, han influido, no solo en cuestiones de corte cultural, ideas políticas y demás, sino también en las estructuras constitucionales (y mas específicamente de control contencioso administrativo), que en cierta medida son –como ocurre siempre- el reflejo de la evolución de una sociedad.

II. ANTECEDENTES A LA CREACIÓN DEL ART. 310 DE 1952

A) La Constitución de 1830

La primer Constitución de la que gozó la naciente República Oriental del Uruguay en 1830, no contenía en lo que hace a la materia contencioso administrativa ningún tipo de disposición al respecto³. Tal como lo recuerda Méndez⁴, *“la Sección IV destinada a la organización del Poder Judicial concretó la función jurisdiccional al contencioso civil... Sus disposiciones, atendiendo a la letra, parecían consagrar un sistema de judicialidad absoluta, es decir, la entrega al Poder Judicial de los asuntos de naturaleza administrativa”*.

Señala Vescovi⁵ que este sistema *“Nace históricamente de la aplicación del principio de la separación de poderes y de la afirmación, tradicional, por ejemplo en el Derecho inglés, de que la Administración está siempre sometida al contralor de los tribunales ordinarios lo mismo que los particulares”*.

Esta situación no era en el fondo de extrañar, recordemos que en ese momento en Francia era de reciente aparición el Consejo de Estado creado por Napoleón Bonaparte en 1799, y de más esta decir que en 1830, al dictarse la primer Constitución de nuestro país, el propio Napoleón había ya dejado de gobernar. No se podía pretender entonces que la Constitución de 1830 tuviera disposiciones en materia contencioso administrativa. Los avances que vendrían principalmente de Europa en materia de control de la Administración en general –y en particular del Poder Ejecutivo- todavía tardarían varios años en llegar al Río de la Plata, región

3. Bajo el título de “La Constitución de 1830” se incluye la de 1918, ya que en lo que hace al control contencioso administrativo esta última no recibió modificación alguna.

4. Méndez, Aparicio “Historia del Contencioso Administrativo de Anulación”, en *Revista de la Asociación de Estudiantes de Abogacía*, Año 1933 (setiembre), Tomo VIII, N° 4, Montevideo.

5. Vescovi, Enrique, “El proceso contencioso administrativo de anulación”, *La Justicia Uruguaya*, tomo 88, año 1984, Pág. 5-20.

que por otra parte también sufriría la influencia de aquellas ideas provenientes de los EEUU y que recién recibirían tratamiento constitucional en 1934⁶.

Por lo pronto, con la Constitución de 1830 y su férrea determinación en cuanto a la división de poderes de Montesquieu, el sistema que se consagraba reconocía entonces al Poder Judicial como el único legitimado para poder actuar en materia contencioso administrativa⁷, por más que dicha actuación no implicaría prestar un estricto control de legalidad, sino más bien de reparación de los perjuicios causados por la actuación ilegal de la Administración. Esa sería la característica más sobresaliente de este periodo que se inicia en 1830.

1. Los juzgados de hacienda

En aras de ese objetivo de reparación pecuniaria depositado en manos del Poder Judicial fue que se creó en 1838 un Juzgado Especial de Hacienda, sustrayéndose esa competencia al Juzgado Letrado en lo Civil, no tanto por existir una búsqueda en lograr una temprana especialización, sino por el hecho de que este último se encontraba –como lo recuerda Méndez– sobrecargado por la cantidad de pleitos que involucraban a la hacienda pública. Con vaivenes como los que sufriera entre 1859 y 1877 (periodo en el cual se devolvió transitoriamente la competencia de hacienda al Juzgado Letrado en lo Civil), el Juzgado de Hacienda continuó ejerciendo su función como parte del Poder Judicial, especializándose en la actividad del Estado y en el Derecho Público, pero siempre sujeto a la reparación de los perjuicios ocasionado por los actos ilegales del gobierno.

De todas formas hay que resaltar que, ya sea por la existencia de un juzgado especializado o por la atribución de competencia al Juzgado Letrado en lo Civil, las facultades que el Poder Judicial tenía para con los actos de la Administración siempre se limitaron a la reparación pecuniaria no existiendo en ningún momento intento alguno por ampliar su control sobre el poder administrador (léase facultad de anular actos) y ello por el férreo límite que significaba la estricta separación de poderes reconocida en la Constitución de 1830.

Tal como lo recuerda Giorgi⁸, en el Uruguay de aquellos tiempos no sólo no existía una competencia contencioso administrativa, sino que tampoco existía tipo alguno de jurisdicción contencioso administrativa, *“en ese tiempo el acto administrativo goza de una absoluta impunidad en razón de que la declaración judicial de su ilegalidad no lo eliminaba del orden jurídico, no lo afectaba en lo mas mínimo en su vigencia”*.

Durante ese periodo se juzgaban más los efectos del acto que el acto mismo y por ello el particular afectado se limitaba a reclamar los daños que pudiera haber sufrido por la aplicación de aquel en su patrimonio sin que nada pudiera hacer para eliminar del ordenamiento aquella disposición ilegal.

De esta forma se comparte el panorama que sobre el punto tenía Sayagués Laso⁹, para quien *“El criterio predominante en la doctrina y la jurisprudencia afirmó la competencia de los jueces para declarar la ilicitud de los actos o hechos de la administración y condenarla a pagar la reparación patrimonial consiguiente, y negó que pudiesen anular los actos administrativos, o dictar ordenes a la administración, o suspender la ejecución de los actos administrativos impugnados...”*

2. El Código de Organización de los Tribunales (C.O.T.)

Sancionada en 1933, pero con vigencia a partir de febrero de 1934, la ley N° 9.164 reguló la competencia y organización de los tribunales del Poder Judicial, entre los cuales se incluyeron los Juzgados de Hacienda, que a partir de ese momento pasaron a denominarse “Juzgados Letrados Nacionales de Hacienda y de lo Contencioso Administrativo”¹⁰.

6. Referimos aquí al leading case americano por el cual la S.C.J. de EE.UU. se atribuyó el deber y el derecho de efectuar un control de legalidad sobre las leyes del parlamento. El caso “Madbury vs. Madison” significó sin lugar a dudas uno de los avances mas importantes en materia constitucional, si bien pasaría mucho tiempo antes de que se plasmara en nuestra carta magna.

7. Ello se deriva del texto del art. 91 de la Constitución de 1830 *“El Poder Judicial se ejercerá por una Alta Corte de Justicia, Tribunal o Tribunales de Apelaciones, y Juzgados de primera instancia, en la forma que estableciere la ley”*

8. Giorgi, Héctor, *El Contencioso Administrativo de Anulación*, Universidad de la Republica, Montevideo, 1958, Pág. 36.

9. Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2, 6° ED., puesta al día a 1998 por Daniel H. Martins, Montevideo, F.C.U., 1998, Pág. 437.

10. Jiménez de Aréchaga, Justino, *La Constitución Nacional de 1934*, vol 1, Editorial Medina, Montevideo, 1946, Pág. 36.

Previsto en el art. 100 núms. 4 y 5 del mencionado cuerpo normativo y tal como lo expresa Díaz Peluffo ¹¹, se amplió la competencia de estos juzgados de hacienda los que, a partir de ese momento, pasarían a entender “en segunda instancia de las apelaciones por lesión de derecho que las leyes otorguen para ante los tribunales contra las providencias y resoluciones administrativas definitivas dictadas de oficio o a petición de parte, contra las cuales se alegue la violación de un derecho, cuando contra ellas no corresponda el recurso jerárquico”, y se estableció además “en tercera instancia de las apelaciones por lesión de derechos que las leyes otorguen para ante los Tribunales, contra las resoluciones o sentencias administrativas que decidan el recurso jerárquico deducido contra las providencias o resoluciones a que se refiere el apartado anterior en los casos en que este ultimo recurso fuere precedente”.

De todas formas y pese a todas las hipótesis previstas en este artículo 100, no se puede decir que aquí se estableciera una verdadera segunda instancia jurisdiccional ya que no se le podía atribuir esta naturaleza al procedimiento que el particular debía realizar ante la administración misma y que hoy entendemos como parte del agotamiento de la vía administrativa. A lo sumo se trató de dar una forma más orgánica a las diferentes situaciones que por leyes anteriores le habían dado al Poder Judicial la posibilidad de entender ante la apelación de un particular por la negativa de la Administración ¹².

Una de las razones por las cuales se amplió la competencia de estos juzgados especializados fue, como menciona Vescovi ¹³, “...esta inmensa gama de organismos realizando una creciente actividad administrativa, y el desarrollo de los fines secundarios del Estado, aumentó la necesidad de contralor, resultando insuficiente, pese al aumento de sus competencias, el Poder Judicial, al que se le negó siempre la facultad anulatoria.”

El origen del aumento de la intervención del Estado en la vida cotidiana de los habitantes se producía no solo por un aumento en los fines que éste desarrollaba -y que en cierta medida eran el reflejo de las ideas dominantes de la época-, sino que había sido la propia Constitución de 1918 la que había promovido -en parte- esta situación al constitucionalizar los diferentes entes autónomos y al establecer las respectivas autonomías departamentales ¹⁴.

El Estado Uruguayo crecía a un ritmo vertiginoso como consecuencia de la estabilidad política alcanzada y de la favorable situación económica que vivía la región y que se acentuaría en los años posteriores hasta llegar a la década de 1950. Fruto de esta bonanza económica surge un aumento en las actividades que el Estado pasaba a tomar a su cargo y que necesariamente implicaba un desarrollo en tamaño y complejidad de su estructura burocrática, lo que llevó a un necesario aumento en la coordinación a nivel tanto del funcionamiento del Estado como de los recursos administrativos de control y garantías.

En este período tampoco es posible decir que existiera alguna variante en cuanto al carácter de judicial de la competencia contencioso anulatoria ¹⁵, que si bien no formaba parte de ninguna sección específica de la Constitución de 1918 tal como sucedía con la de 1830, se infería que dicha competencia le había sido otorgada en principio al Poder Judicial. De ahí que siguieran siendo los órganos de este poder quienes se entendieran competentes para ocuparse de las reparaciones patrimoniales en materia de litigios contencioso administrativos, pero sin ningún tipo de facultad para ir más allá de la reparación, llámese anulación stricto sensu y menos aun la estricta reforma del acto.

Con ese panorama es que se iniciaría el segundo período a partir de la aprobación de la tercer Constitución que tendría la República a partir de 1934.

B) La Constitución de 1934

La aprobación de esta nueva Constitución que se plebiscitara en abril de 1934, presentó varios avances en lo que hacía a las dos anteriores. Ello sucedió en cuanto se crearon -de forma más o menos directa-

11. Díaz Peluffo, Zolá, *El Recurso Contencioso Administrativo*, Editorial. IEAL, Montevideo, 1960, Pág. 38.

12. Así Giorgi (Ob. Cit. Pág. 37) menciona una serie de leyes por las cuales se facultaba a los particulares afectados a presentar un recurso de apelación contra las decisiones administrativas, siendo el Poder Judicial quien en definitiva decidiría, sustituyéndose en cierta medida en la voluntad de aquella. De igual forma lo entiende Carbajal Victorica en cuanto sostenía que esas leyes muchas veces “...dieron a los jueces el poder de reformar las decisiones ilegales o erróneas de la administración pública, y les dieron el poder jurídico de dictar sentencias de condena para que se pagara el monto de una jubilación o de un sueldo, o para que se hiciera efectiva una reparación...” (Carbajal, Victorica, “El régimen de Contencioso Administrativo Uruguayo”, en *La Justicia Uruguaya*, tomo 6, año 1943, Sección Doctrina, Pág. 3).

13. Vescovi, Enrique. “Unidad de Jurisdicción y justicia administrativa”, *La Justicia Uruguaya*, tomo 64, año 1971, Pág. 69-89.

14. Sobre este punto ver in extenso: Méndez, Aparicio, *Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo*, Biblioteca de revista de Derecho Público y Privado, Montevideo, 1952, Pág. 7-9.

15. Para Giorgi (Ob. Cit. Pág. 40) “El Código de Organización de los Tribunales instituyó un sistema judicialista para las causas contencioso administrativas, pero organizando una jurisdicción especial dentro del Poder Judicial”.

nuevas formas de control de los poderes del Estado, entre las que se mencionan la acción de inconstitucionalidad en manos del PJ, y la acción por ilegalidad de actos administrativos (con eventual anulación), cuya competencia se reservó para el futuro Tribunal de lo Contencioso Administrativo a ser establecido por ley nacional ¹⁶.

En efecto, estas 2 nuevas acciones representaban un importante avance en la técnica constitucional y de contralor que la nación había visto hasta el momento. En primer lugar porque se ponía a tono con las herramientas de control que ya existían en otras constituciones del mundo y en segundo lugar –y más importante aun– se profundizaba el respeto por la persona y sus derechos individuales ¹⁷ frente al Estado al permitírsele a los particulares accionar ante leyes y actos administrativos contrarios a derecho.

De todas formas, como lo menciona Sayagués Laso ¹⁸, si bien la Constitución previó la creación del TCA y le atribuyó una competencia determinada, en los hechos éste no pudo ver la luz a raíz de la inercia legislativa que llevó al que el parlamento nunca aprobara la ley de su creación (omisión que continuaría con la posterior Constitución de 1942).

Pese a ello, el avance en materia contencioso administrativa no se vio frenado, y el hecho de que el parlamento no dictara la ley de creación del TCA no dejó sin garantías a los particulares que se veían afectados por actos administrativos. El Poder Judicial siguió tomando en sus manos las competencias en materia de reparación que la Constitución no solo no le había quitado, sino que había reconocido de forma expresa en el inc 2º del art. 275.¹⁹

En cuanto a la anulación que se le reconocía al futuro TCA, la misma se delimitaba de forma clara, en cuanto el artículo 275 inc 1º establecía que “*El Tribunal se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmando o revocándolo, sin reformarlo*”. De esta forma, el margen de maniobra que se le reconocía al futuro Tribunal aparecía desde el comienzo seriamente limitado por la Constitución, la cual sólo le reconocía a la sentencia de éste la posibilidad de anular ²⁰ el acto o de confirmarlo, sin poder reformarlo.

Pese a ello y a raíz de que el legislador no dictó la ley que debía crear al TCA, él mismo debió por ello dictar otras tantas leyes que atribuyeron esa competencia constitucional a órganos del Poder Judicial (en este caso a los Juzgado de Hacienda), a los efectos de que los particulares pudieran entablar esa “acción de ilegalidad” ²¹. Si bien es cierto que como manifiesta Jiménez de Aréchaga, esas leyes eran manifiestamente inconstitucionales por cuanto la Constitución había atribuido esa competencia al TCA, en los hechos se aceptaron por cuanto permitían a los particulares poder lograr la anulación de actos administrativos.

También fue una novedad de esta constitución de 1934 la disposición prevista en el art. 277, el cual estableció que “*La Ley, por tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara podrá ampliar la competencia del Tribunal, atribuyéndole la plena jurisdicción en lo Contencioso-Administrativo. En tal caso, el mismo Cuerpo entenderá en la materia a que se refiere el inciso 2º del artículo 275*”.

De todas formas, hay que dejar en claro que la mención que se hace en el artículo a la “plena jurisdicción”, no tiene un correlación con el recurso de plena jurisdicción del Derecho Francés, donde el Consejo de Estado puede llegar a reformar el acto, sino que simplemente se estaba consagrando la posibilidad de que fuera el mismo órgano que anula el acto quien pudiera resolver la indemnización correspondiente, quitándole así al Poder Judicial la competencia para entender en el contencioso de reparación.

La afirmación anterior es evidente, ya que surge del propio texto del art. 277 en cuanto expresa: “*En tal caso, el mismo cuerpo entenderá en la materia a que se refiere el inciso 2º del artículo 275*”, donde se esta refiriendo sin duda al contencioso de reparación que se le atribuye –mientras no exista la plena jurisdicción– al Poder Judicial. Por otra parte, de las actas de discusión de la Comisión de Constitución de la Convención

16. **Artículo 271.-** “*Se establecerá por Ley, un Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, compuesto de tres miembros.*”. En 1942 la Constitución mantendría una disposición idéntica en el art. 268.

17. En esta misma línea, menciona Justino Jiménez de Aréchaga a estos 2 recursos o acciones, así como la creación constitucional del Tribunal de Cuentas y de la Corte Electoral, si bien este último había sido creado por ley en 1924 (Ob. Cit. Pág. 35).

18. Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2, 6ª ED., puesta al día a 1998 por Daniel H. Martins, Montevideo, F.C.U., 1998, Pág. 451.

19. En esa misma línea la Ley Orgánica Municipal N° 9515 de 1935 establecía en el art. 64 la competencia del Poder Judicial para entender en la reparación patrimonial de aquellos particulares lesionados en su derecho por un acto administrativo.

20. En realidad el término correcto como lo hacía notar Jiménez de Aréchaga era “anulación” y no “revocación”, ya que quien revoca es el mismo que dictó, mientras que quien anula es un tercero. Esta pequeña falla sería solucionada por el Constituyente de 1952 quien utilizaría el término “anulación”.

21. Una lista completa de estas leyes puede verse en nota al pie N° 46, citado por Giorgi. (Ob. Cit. Pág. 41 y 42)

Nacional Constituyente de 1934, no hay –o no surge- ningún tipo de debate sobre el punto, habiendo sido aprobados todos estos artículos por unanimidad ²².

C) La Constitución de 1942

Esta nueva Constitución no alteró sustancialmente las innovaciones que se habían previsto en la carta de 1934, y en cierta medida fue una reacción del poder político de la época (llamado golpe “bueno” de Baldomir) a las cuotas políticas establecidas en la Constitución anterior fruto de la dictadura de Gabriel Terra y su acuerdo con facciones del partido nacional. Es decir que las modificaciones que se produjeron en 1942 en relación a la Constitución de 1934, lo fueron básicamente en cuanto a los aspectos de representatividad y atribuciones del Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, sin que implicara grandes cambios en lo que refiere a los artículos relativos al hasta entonces proyectado Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

De todas formas, en relación a la sección XVII titulada “De lo contencioso administrativo” se incluyeron cambios en lo que hace a la redacción del art. 273, disposición dentro del cual se tratan las contiendas inter-administrativas sobre las cuales el Tribunal tiene la obligación de resolver.

No existieron cambios en lo que hace a la redacción del art. 272, el cual siguió limitando el alcance de la actividad del Tribunal en relación a la acción de nulidad y la posible anulación o confirmación del acto, sin poder reformar el mismo. De igual forma el art. 274, en cuanto a la potestad de la ley para atribuirle la “plena jurisdicción”.

En cualquiera de los casos, las modificaciones introducidas en la Constitución de 1942, no solo no fueron trascendentes desde el punto de vista de nuestro estudio (el art. 310 inc 1º se mantuvo incambiado), sino que además no lograron concreción alguna, ya que tampoco durante su vigencia se dictaría la ley que debía dar vida al TCA. Para ello todavía deberíamos esperar 10 años mas, hasta la siguiente Constitución de 1952.

D) Síntesis del periodo 1830 - 1942

De acuerdo al raconto histórico realizado en las páginas anteriores, se pueden encontrar 2 etapas bien marcadas en lo que hace al control contencioso anulatorio y sus alcances. La primera comprende el periodo que va desde 1830 hasta la Constitución de 1934, y el segundo de 1934 a 1952.

En este primer período que comprendería 104 años de la vida independiente del país, el sistema que existió fue sin lugar a dudas de corte judicialista, donde quien podía entender en relación a los daños que se derivaban de la actuación administrativa era solamente el Poder Judicial. Por esa misma razón, la posibilidad de control se limitaba a la reparación del daño cuando ello era posible, sin que se pudiera atacar la existencia misma del acto ilegal, el que continuaba plenamente vigente.

El hecho de que esa competencia tuviera una mayor especialización con la creación de los Juzgados de Hacienda, o de que ciertas leyes específicas permitieran a la justicia una instancia que en ese momento se llamó “de apelación” (aunque no lo fuera estrictamente), no cambia el hecho de que en ese periodo no existió ningún tipo de control estricto por parte del Poder Judicial de los actos administrativos que dictaban los diferentes órganos del Estado y que, en el mejor de los casos, no implicara la desapplicación del acto por oposición a una norma de mayor jerarquía.

La segunda etapa inaugura sí un período de reformas importantes a nivel del contralor de la actividad del Estado en el sentido más amplio, pese a lo cual, no es menos cierto que, en lo que hace al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, él mismo no sólo no llegaría a tener creación fáctica (en tanto el parlamento no dicto la ley correspondiente), sino que el alcance de sus poderes -que en el interin serian ejercidos por el Poder Judicial- no llegaría sino a la anulación o confirmación del acto. Toda esta situación incidirá drásticamente en la siguiente Constitución que regiría a partir de 1952.

22. La discusión relativa a estos artículos en el anteproyecto pueden verse en el Acta 81 de la “Constitución de la Republica – Anotada con la indicación de los debates de la *Comisión de Constitución de la Convención Nacional Constituyente*, Imprenta Nacional, 1935, Montevideo. La aprobación de los artículos 310 y siguientes por la Convención Nacional Constituyente puede verse en *Comisión Nacional Constituyente*, Tomo 2, Pág. 250-251, Imprenta Nacional, 1935, Montevideo.

III. EL NUEVO ART. 310 DENTRO DEL ESTABLECIMIENTO DEL TCA EN 1952

A) La creación directa del TCA y su significación

Tal como menciona Méndez²³, “*La constitución de 1952 es la culminación de un movimiento constitucional orientado hacia la consagración de un régimen contencioso de derecho público integral*”.

Ello fue posible en tanto los Constituyentes de la época optaron por modificar el texto del nuevo art. 307 (anterior 271 y 268 de las Constituciones de 1934 y 1942 respectivamente), disponiendo así la creación en forma directa del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Las modificaciones que imponía esta nueva Constitución en comparación al sistema anterior proyectado en las 2 Constituciones pasadas incluían, no solo la existencia de recursos administrativos que condicionaban la acción de nulidad (arts. 317 y 319), sino que el propio contencioso reparatorio (que tal como lo establecía el art. 312²⁴ estaría en manos del PJ en principio) quedaba sujeto a la previa anulación del acto por el TCA, o bien a la reserva de la reparación por 4 votos conformes.

De esa forma, se terminaba de eliminar el anterior contencioso de lesión de derechos que se reconocía ya desde 1830, y por el cual el Poder Judicial tenía atribuida la competencia de reparar los perjuicios de los actos ilegales que se mantenían validos. Se instauraba de forma definitiva la jurisdicción anulatoria que ya se proyectaba en 1934 pero que, por razones de demora legislativa, recién culminaría en 1952 y quedaba en el pasado el sistema judicialista que en los hechos había funcionado en el país por más de cien años.

En cuanto a las potestades que se le atribuían al TCA, y sin perjuicio de la creación del art. 311 en cuanto al alcance del fallo²⁵ que no se preveía en las Constituciones anteriores, el art. 310 sufrió una modificación mínima pero certera, ya que se substituyó el termino “*revocación*” por el termino “*anulación*”, que sin duda es mas acorde con la técnica jurídica, en tanto quien anula es un órgano que esta por fuera, y que además lo extingue en ejercicio de función jurisdiccional.

Pese a ello, el alcance que sobre el acto tendría la decisión del Tribunal se mantendría incambiado totalmente. Sobre el punto expresa Jiménez de Aréchaga²⁶: “*El Tribunal no reforma el acto. El inciso primero fija el alcance de los poderes del Tribunal. El Tribunal confirma o anula, no puede reformar el de la Administración. En caso alguno se sustituye a la autoridad administrativa de la cual emana el acto que se analiza, como ocurriría si pudiera decidir el punto en forma distinta a como aquella lo hizo.*”

De esta forma, en el Uruguay, y pese a instituirse un órgano que no formaba parte de la Administración (como en Francia) ni del Poder Judicial (como el modelo judicialista norteamericano), la Constitución limitó su actuación dentro de una categorización que podríamos llamar de jurisdicción subjetiva, en tanto buscó proteger los derechos de los individuos y no el derecho objetivo como tal. Ello surge en cuanto para accionar ante el Tribunal se requiere ser titular de un derecho subjetivo o de un interés directo personal y legítimo (art 309 inc 3), y del propio efecto particular que tiene la anulación –como regla- en caso de acogerse la demanda.

A ello se debe agregar que a la competencia atribuida al Tribunal sobre la simple anulación de los actos, se le reconoció a la ley nacional la potestad de ampliar su competencia al contencioso reparatorio²⁷, es decir considerando solo 2 contenciosos dentro de la clásica tetralogía de Lafferrière²⁸.

23. Ob. Cit. Pág. 7.

24. Este art. 312 tenía como antecedentes a los arts. 277 y 274 de las Constituciones de 1934 y 1942 respectivamente, los cuales hacían mención a la atribución de la plena jurisdicción, que si bien no tenían el alcance establecido por el Consejo de Estado Francés, permitían –también- la reparación pecuniaria del daño. En si mismo el artículo mejora la redacción evitando los equívocos. Sobre este punto es interesante la opinión de Jiménez de Aréchaga, Justino, *La Constitución de 1952*, vol 2 y 3, Medina, Montevideo, [s.f.], Pág. 86. y Sayagués Laso, Enrique *El Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, Martín Bianchi Antunez, Montevideo, 1952, Pág. 93.

25. **Artículo 311.** - “*Cuando el Tribunal de lo Contencioso Administrativo declare la nulidad del acto administrativo impugnado por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante, la decisión tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte. Cuando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos.*”

26. Jiménez de Aréchaga, Justino, *La Constitución de 1952*, vol 2 y 3, Medina, Montevideo, [s.f.], Págs. 84 y 85.

27. Sobre este punto existe la opinión divergente de Méndez (*Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo*, Biblioteca de revista de Derecho Publico y Privado, Montevideo, 1952, Pág. 66), quien entiende que la constitución no consagró un verdadero contencioso de reparación en el art. 312, sino que simplemente le permitiría al TCA apreciar el aspecto patrimonial como consecuencia de la sentencia anulatoria que podría dictar. Es decir que para el cobro de la indemnización debería ir al Poder Judicial.

28. Las 4 jurisdicciones posibles serían las siguientes: *plena jurisdicción, anulatoria, interpretativa y represiva*. Citado por Giorgi (Ob. Cit. Pág. 26) en nota al pie N° 25.

Quizás por esta razón fue que el propio Méndez²⁹ le negaba al TCA la calidad de verdadero Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ya que a su juicio *“solo pueden merecer el nombre de tal un contencioso administrativo que contenga y armonice todos los medios de defensa requeridos para la efectividad integral del derecho.”* Esta opinión revelaba su posición en cuanto reconocía que al TCA se lo había reducido al estricto control de lo anulatorio, y que tampoco por ley podía atribuírsele la plena jurisdicción, ya que el propio art. 310 le había impedido de forma expresa reformar el acto sometido a su decisión.

B) La discusión en el seno de la Comisión de Reforma

Si bien es cierto que el tema relativo a la prohibición establecida sobre el TCA para reformar los actos que caían bajo su jurisdicción no fue parte expresa de las discusiones que sobre el articulado se dieron en la Comisión de Reforma³⁰, de todas formas los intercambios de ideas que se dieron sobre los restantes incisos del art. 310 son de provecho.

La utilidad que se deriva de esta discusión en cuanto al tema de la prohibición de reformar es doble. En primer lugar en cuanto el tema es referido de forma indirecta durante la discusión, pero además –y quizás tanto mas importante- porque nos permite ver cuales eran las ideas que sobre el Contencioso se manejaban en el seno de la Comisión, y cuales fueron sus intenciones expresas en cuanto a la constitución de esta nueva jurisdicción.

Se traslucen de esta discusión, no solo las diferentes concepciones políticas y de control de la Administración por un órgano externo en cuanto garantía de los derechos individuales, sino que también deja entrever los –mas o menos justificados- temores por la actividad a desarrollar por este Tribunal, y la posible influencia que éste podría llegar a tener sobre el normal desenvolvimiento del gobierno, y en particular del Poder Ejecutivo.

En cuanto al alcance que se le reconoce al Tribunal, no hay duda de que se limita a la simple anulación del acto y no se admite la reforma del mismo. Esto surge con claridad al momento de presentarse el art. 310 por parte del miembro informante -Dr. Ferrer Serra- para su posterior votación, donde se expresa por éste que *“Establecemos de nuevo o precisamos, que se refiere pura y exclusivamente al contencioso de anulación, y establecemos expresamente que no podrá reformar el acto, pero sí anularlo.”* *“...nosotros hemos establecido preceptivamente que de los tres contenciosos que pueden haber en el Contencioso Administrativo: el de reparación, el de modificación y el de anulación, nos decidíamos fundamental y exclusivamente por el de anulación”*.

De todas formas, la discusión de ese artículo se centraría en las mayorías necesarias para poder anular el acto según se viole un derecho subjetivo o un interés directo personal y legítimo, así como las requeridas para reservar la acción de reparación ante la justicia ordinaria. En el proyecto que se trajo a discusión se requerían 4 votos para anular un acto ya sea por violación de un derecho subjetivo o de un interés directo personal y legítimo, mientras que bastaban 3 votos conformes para reservar la acción de reparación ante el Poder Judicial.

Si bien es cierto que el proyecto que efectivamente se sancionó fue diferente, en cuanto previó 3 votos conformes para anular por la violación de un derecho subjetivo o para reservar la acción de reparación, y 4 para anular para el resto de los casos, la discusión planteada dejaba en claro que existía un temor fundado en la acción del Tribunal y la posible interferencia en la actividad de la Administración.

El Dr. Beltrán, en un momento dado de su exposición y criticando justamente esa mayoría de 4 votos requerida para anular el acto, menciona que ello sería un retroceso frente al sistema existente previo al establecimiento directo del TCA, ya que leyes anteriores habían facultado al PJ a asumir esa competencia que ahora tendría el TCA. De ahí que expresara *“...que ya hay una zona de la administración en la que el Juez, por imperio de las normas legales, puede anular o modificar el acto. Para toda esa zona administrativa ya conquistada en el control jurisdiccional, se experimenta en este caso un retroceso, porque ahora el Tribunal de lo Contencioso Administrativo requerirá un quórum especial difícilmente lograble.”*

Frente a esa preocupación del Dr. Beltrán de que no se estaría dotando un control jurídico que tuviera una real eficacia, y de que se estaría aplicando un sistema que privilegia a la administración en detrimento

29. Méndez, Aparicio, *Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo*, Biblioteca de revista de Derecho Publico y Privado, Montevideo, 1952. Pág. 74 y 75.

30. El contenido de la discusión se encuentra en las páginas 452-479 de las actas de la Comisión de Reforma ubicadas en la Biblioteca del Palacio Legislativo, y la aprobación de los artículos en cuestión se ubican en las páginas 568-571.

del particular al requerir menos votos para confirmar que para anular, se ve la posición contraria del Dr. Minelli, quien recuerda que salvo en aquellos actos permanentes o de efecto continuo, el particular a lo más que puede aspirar es justamente a la reparación, ya que el Tribunal no puede modificar el acto administrativo. De ahí que exprese que la solución a la que llegó la Comisión que propone el texto, lo fue tomando en cuenta *"El respeto debido al acto administrativo, sobre todo cuando emana del Poder Ejecutivo surgido de una elección directa."*

De ahí que el Dr. Minelli entienda que el texto es en sí mismo una transacción que debe existir, ya que *"...concilia el punto de vista político; la necesidad de que un acto administrativo sólo sea anulado en casos muy excepcionales y la de que el damnificado no requiera para que la vía de la reparación le quede abierta, sino una mayoría menor."*

Mas lejos va el Sr. Batlle Pacheco, quien entiende que la necesidad de 4 votos para anular se debe a que en cierta medida el particular que solicita la anulación de un acto *"Quiere desautorizar a una autoridad y entonces, es lógico, me parece, que para esa segunda razón se tomen mayores garantías."* De ahí que el propio Dr. Minelli exprese en su apoyo, que *"si se facilita extraordinariamente la posibilidad de su revocación, eso puede crear, aparejar consecuencias que es necesario tener en cuenta."*

Esa posición sería rebatida luego por el Dr. Beltrán, quien deja en claro que el propio establecimiento histórico del contencioso de anulación, lo es justamente porque el particular no ve su derecho satisfecho por la reparación, y subraya la existencia de esa lucha entre los derechos del particular y la necesidad de la Administración de dictar actos, resumiendo que *"...en este capítulo contencioso nos estamos moviendo en dos polos que hay que contemplar: por una parte el temor de perturbar la acción administrativa, por el otro, el deseo de garantizar al ciudadano."*

Eventualmente, el artículo que se terminaría aprobando por la Comisión de reforma, es diferente en relación al propuesto, pero lo significativo de esta discusión que merece destacarse es que:

- La clase política denotaba un real temor en cuanto a la eventual actividad del Tribunal, y los efectos sobre la actividad administrativa del Poder Ejecutivo.
- Que no existían dudas, que aun reconociendo que en el pasado alguna ley atribuía la posibilidad de reformar un acto administrativo, el Tribunal que se instalaba a partir de ese momento no podía sino limitarse a la anulación o a la confirmación.
- Había una real percepción por parte de los integrantes de la Comisión de que se trataba de balancear los derechos de los individuos con la más o menos libre realización de la actividad administrativa.
- Existía por parte de ciertos grupos que conformaban la comisión y que pertenecían al partido que gobernaba al país desde comienzos del siglo XX, un excesivo reconocimiento al acto administrativo, que sin dudas iba más allá de lo que después se conocería como la "presunción de legitimidad".

C) El panorama a partir de ese momento

Con la aprobación de la Constitución de 1952 en el plebiscito correspondiente, quedaría efectivamente instituido el TCA, quien de momento y hasta la sanción de su ley orgánica ³¹ funcionaría en base a las disposiciones transitorias incluidas a esos efectos.

A partir del establecimiento del Tribunal, y pese a que con posterioridad sufriría distintas reformas, el art. 310 se mantendría incambiado, y con ello la prohibición del TCA de reformar el acto, manteniéndose restringida su competencia a la anulación o confirmación del mismo.

De todas formas, es necesario mencionar que, de acuerdo a la Constitución vigente de 1967, el art. 309 establece (a diferencia de su redacción de 1952) que el TCA conocerá además de los *actos administrativos definitivos emanados de los demás órganos del Estado*. De esa forma cualquier tipo de duda respecto a los actos sobre los cuales puede expedirse el Tribunal quedaron eliminadas, comprendiendo entonces a los actos emanados del Estado persona pública mayor, órganos de control de creación constitucional (TC, TCA y CE), Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.

La otra modificación que revistió importancia fue la prevista en la reforma de 1997, por la cual se vio reformado el art. 312 de la Constitución, eliminando así la ligazón de instancia que se había creado en 1952,

31. Habría que esperar varias décadas hasta que el 9/1/84 se sancionara la Ley Orgánica del TCA, Decreto Ley 15.524 (modificado parcialmente por la Ley 15.869 de 22/6/87).

y por la cual el particular que pretendía la reparación debía, además de agotar la vía administrativa ³², presentarse ante el TCA para lograr la anulación del acto a efectos de obtener la reparación. También en 1952 se eliminarían las referencias que existían en las Constituciones de 1934 y 1942 (arts. 277 y 274 respectivamente) sobre la posibilidad de que la ley pudiera atribuirle al Tribunal la plena jurisdicción, y se establecía correctamente la referencia al contencioso reparatorio. En la Constitución de 1967 ese artículo se reformaría eliminando la referencia al contencioso de reparación, el cual quedaría definitivamente establecido en manos del Poder Judicial.

IV. LAS SOLUCIONES EN EL DERECHO COMPARADO. SU IMPORTANCIA

Existen sobradas razones para estudiar, o por lo menos para hacer un estudio superficial de los dos grandes sistemas jurídicos en materia contencioso administrativa y más especialmente en relación a la eventual reforma del acto administrativo. Sobre todo bajo el entendido de que entre ellos, no solo ha existido en mayor o menor medida algún tipo de influencia recíproca, sino que además han sido tomados como fuente en otros tantos ordenamientos jurídicos.

Es así que, tal como sucede en los diferentes aspectos de la vida y de la política en general, las diferentes instituciones se moldean de acuerdo a costumbres, ideas dominantes de una determinada época, tensiones sociales y reclamos populares propios de ese momento. Pero también comparten muchas veces ideas que son traídas de terceros países y que influyen en ellas con diferente intensidad. Nadie puede entonces dudar por ejemplo que en el ideario de la revolución francesa estaban latentes muchas de las ideas que habían dado lugar a la revolución americana unos años antes y viceversa.

Lo dicho es aplicable tanto a las ideas políticas como a los sistemas de gobierno e instituciones jurídicas y demás, es de particular importancia en países como el Uruguay, donde su propia génesis tiene razón de ser en un determinado contexto histórico. Si a ello sumamos el origen extranjero de sus primeras poblaciones, no es de extrañar que las ideas extranjeras influyeran en nuestra forma de gobierno e instituciones y que, por lo tanto incidieran claramente en la forma que se le terminó dando a nuestro contencioso administrativo, tanto en su origen como en su posterior evolución.

Las diferentes etapas que el sistema de contralor de legalidad de los actos administrativos fue pasando en las diferentes Constituciones Nacionales, es justamente una prueba viviente de las diferentes tensiones que esas ideas y su evolución provocaron –para bien o para mal– en nuestro sistema jurídico. En virtud de ello será necesario analizar la eventual influencia extranjera en las siguientes páginas.

A) Francia

1. Origen y posición institucional del Consejo de Estado

El propio surgimiento del Consejo de Estado en la etapa post revolucionaria, sus competencias y sus límites, solo pueden comprenderse si se analiza la situación que con anterioridad se vivía en Francia. Si, tal como mencionábamos al comienzo del trabajo, entendemos que la forma de control, las potestades del órgano que controla y demás, son en el fondo una manifestación de la forma en que cada ordenamiento ha entendido la separación de poderes, en Francia esto no escapa a la regla.

En efecto, tal como lo señala Sayagués Laso ³³ en relación al Derecho Francés, *“Los constituyentes de 1789 se mostraron hostiles hacia los tribunales judiciales, en cuanto a su competencia para entender en los litigios contra la administración, y por diversas leyes prohibieron absolutamente que aquellos pudieran conocer de dichos litigios o turbar de cualquier manera el funcionamiento de las autoridades administrativas”*.

32. Aspectos estos regulados por el art. 317 de la Constitución y Ley 15.869 de 22/6/87 (modificada oportunamente por la ley 17.292 de 25/1/01). De todas formas a la fecha se mantiene dividida la jurisprudencia y parte de la doctrina, en relación a si es necesario agotar la vía administrativa para poder acudir a la vía reparatoria ante el Poder Judicial.

33. Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2, 6ª ED., puesta al día a 1998 por Daniel H. Martins, Montevideo, F.C.U., 1998, Pág. 377 y ss.

34. Prat, Julio A. “Curso de Derecho Administrativo” tomo 5 vol 3, Editorial ACALI, Montevideo, 1982, Pág. 23.

Por otra parte, y como señala Prat³⁴, a la interpretación o lectura que se hacía de la separación de poderes, se sumaba además la total desconfianza que los revolucionarios de la época sentían por los parlamentos, antiguos cuerpos judiciales del Antiguo Régimen. Esos 2 hechos, mas la existencia del propio Napoleón Bonaparte y sus ideas sobre el tema, darían creación -en el periodo del Consulado- a uno de los órganos mas estables y respetuosos del ordenamiento estatal francés³⁵ como lo es el Consejo de Estado.

Esta solución llevó a que, con el paso de los años, el sistema contencioso administrativo en Francia no transitara hacia uno de corte judicialista como en los Estados Unidos o Inglaterra, donde se entiende que la Administración esta sometida al Juez tal como lo hace el particular, sino que se estableciera dicha potestad en un órgano que formaría parte de la administración pero sería independiente de ésta.

Si bien es cierto que el Consejo de Estado en sus comienzos funcionaba básicamente en materia de asesoramiento al gobierno (primero al cónsul y luego emperador Bonaparte) y con proyectos de decisión en materia contencioso administrativa en lo que comúnmente se llamó como periodo de "justicia retenida", a partir de la ley de 24 de mayo de 1872 se le reconoce la competencia al propio Consejo de Estado, pasando así a la etapa de "justicia delegada".

El dictado de esta ley, mas el fallo *Cadot*³⁶ del propio Consejo de Estado por el cual se declara juez común en materia administrativa, termina por separar la administración activa de la administración contenciosa, siendo esta ultima totalmente autónoma de la jurisdicción judicial y de la administración misma.

2. El alcance de la decisión. Los diferentes recursos admisibles

Tal como lo destacan la mayoría de los autores, tradicionalmente se han reconocido de acuerdo a la distinción formulada por Lafferrier³⁷ según los poderes que en cada uno tiene el Consejo de Estado, la existencia de 4 recursos pasibles de ser planteados ante el mismo. Estos son el recurso de plena jurisdicción, el de anulación, el de interpretación y el de represión. Nos enfocaremos en los 2 primeros, en atención que tanto el de interpretación como el de represión no tienen vinculación con el tema objeto de este estudio.

3. El recurso de plena jurisdicción

A los efectos de la posible reforma del acto administrativo por el Consejo de Estado, el recurso que nos interesa analizar aquí es justamente el de plena jurisdicción. Dicho recurso recibe este nombre en atención a que, como menciona Giorgi³⁸, "*...consagra la sujeción total de la acción administrativa al dominio del órgano jurisdiccional. En este jurisdicción, el administrado puede obtener la reparación en el orden patrimonial y la anulación o reforma del acto administrativo impugnado.*"

En este recurso de plena jurisdicción, el proceso que se planea lo es entre el particular afectado en su derecho subjetivo (a diferencia del interés directo y personal que requiere el recurso de anulación), el cual ha sido desconocido por la administración, incurriendo así en una violación legal o contractual³⁹.

El objetivo primordial de este recurso es el de restablecer el derecho subjetivo violado o lesionado por la actuación administrativa y de ahí que el juez pueda llegar, no solo a anular sino a reformar el acto, si bien la solución (fallo) solo tiene efecto en el caso concreto.

Como en estos casos el proceso como tal se dirige contra un acto, muchas veces el particular cuyo agravio se deriva de un hecho deberá provocar la decisión administrativa por medio de una petición a la administración.

35. Junto con la creación del Consejo de Estado fueron creados los Consejos de Prefectura en base a una división territorial. Los mismos subsistirían hasta la reforma de 1953, donde se transformaron en Tribunales Administrativos Regionales con decisión en primera instancia, pero admitiendo la apelación ante el Consejo de Estado.

36. Contenido accesible en http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la04.shtml

37. Este criterio es cuestionado sobre todo por aquellos que siguen la clasificación de Duguít en relación a la estructuración de los contenciosos en subjetivos y objetivos, según se pretenda reparar el derecho lesionado en el primer caso, o solamente restaurar el orden jurídico vulnerado. Ver in extenso en Prat (Ob. Cit. Pág. 48-49), Marial (Mairal, Héctor A., *Control Judicial de la Administración Pública*, Vol. 1, Editorial Depalma, Bs. As., 1984, Pág. 167 y 169.) y Giorgi (Ob. Cit. Pág. 30 y 31).

38. Ob. Cit. Pág. 27.

39. Tal como lo expresa Mairal (Ob. Cit. Pág. 163), el caso típico es la reclamación contra la administración fundada en un contrato administrativo. Sobre ese particular es que se ha creado en Francia la teoría de los actos separables, de forma de admitir legitimación a los terceros que no son parte del contrato en cuanto al recurso por exceso de poder. Este tema se puede ver con profundidad en Macera, Bernard-Frank, "Pasado, presente y futuro de la teoría de los actos separables en el derecho francés de la contratación pública" en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 32, Depalma, Buenos Aires, setiembre-diciembre, 1999.

Este recurso se diferencia además del recurso de anulación (también llamado por exceso de poder) en cuanto no están establecidas las hipótesis de su aplicación a texto expreso, siendo por ello el recurso de principio ante el Consejo de Estado, y en el cual su poder de control sobre la Administración es más marcado.

4. El recurso de anulación (exceso de poder)

A diferencia del recurso de plena jurisdicción, este recurso de anulación es una clara creación jurisprudencial del Consejo de Estado, y su objeto principal no es ya el resolver la situación puntual de aquel particular cuyo derecho ha sido violado o lesionado por el acto, sino que se trata en principio de precaver el derecho objetivo (ordenamiento jurídico), eliminado de forma total o parcial ese acto ilegal. De ahí que se halla sostenido que en este caso estamos ante un verdadero proceso al acto que se considera ilegal por el recurrente. Es en razón de esta función de purgar al orden jurídico de los actos eventualmente ilegales, que el efecto que tiene la eventual anulación – a diferencia del recurso de plena jurisdicción- lo sea *erga omnes*.

La característica particular de este recurso es que, si bien está abierto contra toda decisión administrativa que produzca efectos jurídicos, se limita en cuanto solo puede plantearlo quien ha sido violado ya no en su derecho subjetivo como se requiere en el recurso de plena jurisdicción, sino en su interés personal y directo ⁴⁰ (si bien se ha admitido la legitimación de los grupos organizados en tanto una decisión afecte al grupo como tal). Además este recurso solo admite 4 causales de nulidad, a saber: la incompetencia, el vicio de forma, la violación de la ley, y la desviación de poder.

5. Síntesis de ambos recursos

Tal como se desprende de lo dicho en las páginas anteriores, en el derecho Francés tanto el recurso de plena jurisdicción como el recurso por exceso de poder permiten al Consejo de Estado –con la limitación propia del tipo de recurso y el alcance del fallo- modificar la decisión administrativa impugnada.

En el primero caso (recurso de plena jurisdicción) el Consejo de Estado puede rehacer totalmente el acto administrativo, en tanto la modificación implica en sí misma un nuevo acto creado por aquel al sustituirse en la voluntad de la Administración. Aunque también es cierto que en el segundo caso (anulación parcial en el recurso por exceso de poder) el Consejo de Estado modifica –aunque de forma diferente- también el acto, ya que una vez anulado en parte pasa a ser otro acto totalmente diferente, o por lo menos lo sería teóricamente.

Más adelante veremos cómo ambos recursos han influido en la creación constitucional de nuestro contencioso administrativo, que desde ya adelantamos, ha tomado parte de cada uno de los mencionados formando así uno nuevo, único y especial.

B) Estados Unidos de Norte América

1. Un sistema judicialista

A diferencia del sistema europeo continental que tiene su máximo exponente en el Derecho Administrativo Francés y en el Consejo de Estado como órgano especializado, el Derecho Administrativo en Norteamérica ha tenido una evolución totalmente diferente, apoyándose y reconociéndole al Poder Judicial el conocimiento de todas las decisiones que se podrían catalogar –para el derecho francés- como contencioso administrativas.

Ello responde en cierta medida a una lectura diferente a la que hacían los franceses de la división de poderes y que en los Estados Unidos significó el atribuir cada una de las funciones (llámese legislativa, judicial y ejecutiva) a una determinada rama del gobierno. En los Estados Unidos como veremos más adelante, el Poder Ejecutivo tiene además de las atribuciones y cometidos establecidos en la Constitución Federal, todas aquellas que las diferentes leyes les han ido atribuyendo de forma expresa por el Congreso (incluidas las cuestionadas delegaciones para dictar leyes, tan propias de los periodos de crisis).

40. Como menciona Prat en cita a pie de página N° 359 (Ob. Cit. Pág. 52), “*el recurso no está organizado como una acción popular*”. También Sayagués Laso en el tomo 2 de su Tratado, Pág. 387.

En cuanto a sus particularidades, no hay que olvidar en primer lugar que las raíces de este derecho administrativo –que no siempre fue reconocido como tal– están en el sistema inglés del *common law*, y que si bien es cierto que éste ha sido modificado en atención a los principios que vienen de una constitución escrita como la americana, las semejanzas aun son apreciables⁴¹.

Dejando de lado los comienzos del Derecho Norteamericano, y de la tesis por la cual se sostenía que, así como el Estado no podía dañar al particular, tampoco podía el Poder Judicial interferir en la actividad administrativa de aquél, es que nos encontramos con la creación de los órganos reguladores (*agencies*) y comisiones (*boards*), etapa a partir de la cual se evidencia un aumento en la importancia del Derecho Administrativo Norteamericano que tendría su punto culminante con el dictado de la *Administrative Procedure Act* el 11 de junio de 1946.

El aumento en la complejidad de las actividades que el Estado debía prestar por sí mismo, o bien que debía supervisar en su ejecución por particulares, llevó a que en épocas tempranas comenzaran a proliferar este tipo de agencias⁴², empezando con la creación de la ICC (*Interstate Commerce Commission*) en 1877.

Estas agencias, que en tanto órganos administrativos forman parte del poder administrador mas allá de su forma de integración y cometidos específicos⁴³, no sólo ejercían actividad administrativa, sino que en muchos casos la propia ley que las creaba les reconocía dos atribuciones de máxima importancia: el ejercicio de actividad legislativa restringida en su materia (*rule making*), y la posibilidad de dictar decisiones cuasi-judiciales (*adjudication power*).

2. Revisión Judicial (Judicial review)

Haciendo un símil con el sistema administrativo europeo continental podemos decir que en principio el Poder Judicial de los EEUU ha admitido como regla general la revisabilidad de los actos dictados tanto por la administración en forma general como por las *agencies* y *boards* que se fueron creando con el paso del tiempo⁴⁴.

Es así que se ha distinguido la existencia de 2 tipos de acciones revisoras por el Poder Judicial, según sea que ellas estén o no establecidas en la ley que crea la potestad administrativa (o en su caso la que crea la agencia o la comisión). En los casos en que la ley no lo prevé el Poder Judicial las ha admitido y en los casos en que han sido previstas, se diferencia según los actos sean o no ejecutorios, ya que cuando no lo son, la revisabilidad se produce cuando la administración quiere ejecutar la decisión a través del poder judicial, mientras que cuando los actos tienen esta calidad de ejecutorios el particular debe agotar la vía administrativa⁴⁵ para poder acceder al Poder Judicial y a la anulación del acto.

Mencionada Sayagués Laso⁴⁶ que en EE.UU. las causas por las cuales un acto puede considerarse ilegal, son en principio o bien por ser *ultra vires*, o no ser razonables, o haberse infringido el principio del debido proceso (*due process of law*).

En cuanto a los límites que han existido a esta revisión judicial son dos. Por un lado cuando la propia ley lo establece de forma expresa⁴⁷ al crear la atribución a favor de la administración (incluidas las *agencies* o *boards*) y por otro cuando el poder de decisión que se atribuye es discrecional.

Pese a ello, como menciona García de Enterría⁴⁸, esas restricciones a la revisión judicial pueden ser dejadas de lado ya que, en cuanto a la admisibilidad de la eliminación de ésta por la ley, la jurisprudencia se

41. Conforme opinión de Sayagués Laso en el Tomo 2 de su Tratado, Pág. 411.

42. Como menciona García de Enterría (García de Enterría, Eduardo "Algunas reflexiones sobre el Derecho Administrativo Norteamericano (a propósito de una nueva exposición sistemática del mismo)", en *Estudios de Derecho Administrativo*, tomo 1°, Universidad de la República, Montevideo, 1968, Pág. 182), el concepto de agencia en el Derecho Norteamericano esta definido por la Federal Administrative Procedure Act (Section 2° 551 US Code) como "toda autoridad del gobierno de los Estados Unidos distinto del Congreso y de los Tribunales".

43. La mención a "formar parte del poder administrador" no implica claramente que estas agencias formen parte de la rama ejecutiva, sino todo lo contrario. Justamente la idea al crear estas comisiones fue que se mantuvieran fuera del esquema del Poder Ejecutivo.

44. Como menciona García de Enterría (Ob. Cit. Pág. 190) ello ha tenido consagración en la Administrative Procedure Act (art. 702), la cual reconoce el derecho de todo particular de acceder a la revisión judicial de toda actuación administrativa que le cause un perjuicio.

45. "Agency action is clearly not "final" in a given case if the private party has not complied with the rule requiring the exhaustion of administrative remedies." Sobre el agotamiento de la vía administrativa ver Schwartz, Bernard, *An introduction to American Administrative Law*, 1st Ed., New York, Oceana Publications Inc., 1958, Pág. 171-174.

46. Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2, 6ª ED., puesta al día a 1998 por Daniel H. Martins, Montevideo, F.C.U., 1998, Pág. 413.

47. Schwartz, Bernard, *An introduction to American Administrative Law*, 1st Ed., New York, Oceana Publications Inc., 1958, Pág. 164. También trata el punto de forma muy correcta Marial, Héctor (Ob. Cit. Pág. 416-429).

48. Ob. Cit. Pág. 190

ha manejado de forma muy firme para permitir la revisión⁴⁹. De esta forma es que, tanto en relación al tema de la revisibilidad como en cuanto a la discrecionalidad, la propia ley de procedimiento administrativo (APA art. 706⁵⁰) permite controlar decisiones que puedan resultar arbitrarias o caprichosas.

3. Alcance de la revisión (Scope of review)

En cuanto a los poderes que se le reconocen al Poder Judicial sobre el acto impugnado, la discusión siempre a estado como señala Schwartz⁵¹ entre la posición que admite una revisión limitada y la que admitía una revisión amplia (o *de novo*).

Quizás el hecho que mas influyó en la determinación de la extensión de ese poder lo fue el comprender los efectos que una amplia capacidad revisora por parte del Poder Judicial (*Courts*) podría haber tenido sobre la intención manifiesta que tuvo el Parlamento (*Congress*) al crear a los organismos reguladores y sobre la propia distinción –básica en el sistema americano– entre la ley y el hecho (*law and fact*).

En palabras de Schwartz⁵²: “*The basic importance of scope of review lies in the fact that the extent of judicial inquiry in particular cases may determine whether or not full effect is given to the legislative purpose in creating administrative agencies.*” “*The judicial function is thus one of control: we can expect judicial review to check –not to supplant– administrative action. The province of the judge is to confine the administrator within the bound of legality, not to determine for himself the wisdom of challenged administrative action*”.

Por lo tanto, el juez en los Estados Unidos solo puede en principio analizar si el acto fue dictado o no de acuerdo a derecho, pese a que la propia APA (*Administrative Procedure Act*) establece que en relación a los hechos (que en principio quedaban fuera del escrutinio judicial), el juez puede llegar a analizarlos siempre que no exista esa *evidencia sustancial razonable* que la administración debió tomar en cuenta para dictar el acto. Si ella se encuentra, entonces el juez no puede de ninguna forma reexaminar los hechos que dieron lugar a la decisión y ello porque es el administrador y no el integrante del Poder Judicial quien tiene la capacidad técnica de analizar esos hechos (*facts*).

Coherente entonces la afirmación de Schwartz⁵³ al decir que “*When the American Courts review administrative acts, the overriding consideration is that of deference to the administrative expert. The result has been a theory of review that limits the extent to which the discretion of the expert may be scrutinized by the non-expert judge*”

Pero aun en estos casos, el resultado final de la decisión judicial no puede ir mas allá de la anulación del acto, eliminándose así toda posibilidad de reforma del mismo salvo previsión expresa de la ley⁵⁴. Lo que si ha admitido el Derecho Norteamericano en base a sus antecedentes jurisprudenciales es la anulación parcial del acto impugnado.

Sobre este punto también es interesante la opinión de Schwartz⁵⁵, quien realizando una comparación con el sistema francés expresaba que “*This alternative does not, of course, mean that the French reviewing court must uphold or set aside as a whole the administrative act that is challenged. Like the American courts, the Council of State quickly asserted a power of partial annulment –i.e., the authority to set aside only a portion of the challenged act which is illegal, or only that portion which adversely affects the petitioner*”.

49. Así la Suprema Corte de Justicia de EE.UU. ha sostenido a partir de *Stark v. Wickard*, que el silencio de la ley no permite sostener que por ello el Poder Legislativo haya tenido la intención de eliminar la revisibilidad judicial. Sobre el punto ver Schwartz, Bernard, *An introduction to American Administrative Law*, 1st Ed., New York, Oceana Publications Inc., 1958, Pág. 162-163.

50. Ver Apéndice Normativo, Pág. 56.

51. Schwartz, Bernard, *French Administrative Law and the Common-Law World*, 1st ed., New York, New York University Press, 1954, Pág.193.

52. Schwartz, Bernard, *An introduction to American Administrative Law*, 1st Ed., New York, Oceana Publications Inc., 1958, Pág. 180.

53. Schwartz, Bernard, “Administrative Law in the United States – An overview-”, en *Estudios en Honor de Frias*, Vol. 2, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 1994, Pág. 794.

54. Forkosch menciona que de todas formas esas son las excepciones, y que por ello la regla general es la de que una vez anulado el acto este debe volver a la administración para su reconsideración y dictado acorde a derecho, ya que el review no puede ser nunca la atribución de una función administrativa (Forkosch, Morris D., *A Treatise on Administrative Law*, The Bobbs-Merrill Company Inc Publishers, Indianapolis, 1956, Pág. 734.

55. Schwartz, Bernard, *French Administrative Law and the Common-Law World*, 1st ed., New York, New York University Press, 1954, Pág. 196.

V. LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA NACIONAL

En cuanto a la opinión que la doctrina nacional ha tenido sobre el punto, hay que adelantar lo que cualquier interesado puede constatar con la simple consulta de los diversos textos que circulan en las bibliotecas: la misma no se ha tratado con gran profundidad. En efecto, no hay ningún autor nacional que a partir de 1934 (donde la Constitución preveía el establecimiento por ley del TCA) haya analizado el punto dedicándole más de 2 o 3 párrafos, y las discusiones que se han suscitado nunca han tenido como objeto la prohibición de reforma del acto administrativo, la cual se da como un hecho incuestionable.

Tampoco han hecho un mayor análisis de las implicancias que podría tener el admitir la anulación parcial del acto y su incidencia como modificación –o posible reforma– del acto original. A lo sumo se menciona que la anulación podrá ser total o parcial según el acto puede dividirse o escindirse, y siempre que la parte anulada no tenga una vinculación tal con el resto, que de anularse implique la anulación pura y simple de todo el acto.

Pese a ello es menester mencionar las opiniones que –sintéticas o no– han expresado algunos exponentes de la doctrina nacional.

A) Sayagués Laso

Niega la posibilidad de que el Tribunal esté habilitado para reformar el acto. Funda su opinión en el hecho de que el Constituyente buscó crear justamente un recurso de anulación y que no fue su intención reconocerle al Tribunal la posibilidad de sustituirlo o modificarlo. A su juicio *“La reforma de un acto supone la posibilidad de sustituir en parte el contenido del acto. Lo cual quiere decir que el Tribunal no tiene la misma competencia que el Consejo de Estado Francés cuando decide el recurso de plena Jurisdicción”*⁵⁶.

En cuanto a la anulación parcial menciona que *“cabe admitir la posibilidad de la anulación parcial, siempre que el acto parcialmente extinguido no constituya un todo inseparable.”*⁵⁷. Es decir que acepta la anulación parcial siempre que se pueda separar claramente la disposición impugnada del resto del acto y que ésta no forme –con el resto del acto– un conjunto que no puede fraccionarse ya que de lo contrario el acto caería en su totalidad.

Ejemplifica su razonamiento con un caso hipotético donde se da un acto administrativo que contenga 5 artículos, de los cuales sólo uno es impugnado de ilegalidad por el particular, y admitiendo entonces que se podría anular solo uno de los artículos, manteniendo el resto del acto que fue dictado acorde a derecho.

B) Giorgi

En la misma línea de pensamiento expresa que en relación al acto impugnado el TCA *“No es competente para reformarlo o enmendarlo, por expresa prohibición constitucional; por tanto, no puede sustituirse en el fallo a la administración, es decir, disponer en la sentencia aquello que considere arreglado a derecho y que es consecuencia ineludible de la tesis sustentada en la decisión jurisprudencial”*⁵⁸.

En cuanto a la admisión de la anulación parcial, Giorgi no solo no la niega, sino que además la reconoce como una potestad propia del Tribunal. De todas formas reconoce que ello solo es posible *“..cuando cabe la separación de la disposición atacada, del resto de la decisión administrativa..”*. En esos casos no existiría a su juicio una reforma del acto *per se*.

Para este autor, sí existiría una reforma del acto si se anula parcialmente un acto cuyas disposiciones formaran un conjunto indivisible e inseparable, ya que en esos casos solo cabría la anulación íntegra del acto. De lo contrario, la anulación parcial operaría como una reforma o modificación del acto administrativo que le está prohibida por mandato constitucional.

56. Sayagués Laso, Enrique *El Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, Martín Bianchi Antunez, Montevideo, 1952, Pág. 94. Similar opinión tiene Méndez, (Méndez, Aparicio, *Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo*, Biblioteca de revista de Derecho Público y Privado, Montevideo, 1952, Pág. 75) al mencionar que al TCA *“..se le ha prohibido la reforma de los actos sometidos a su decisión.”*

57. Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2, 6ª ED., puesta al día a 1998 por Daniel H. Martins, Montevideo, F.C.U., 1998, Pág. 493.

58. Giorgi, Ob. Cit. Pág. 283 y 284.

De esa forma sostiene que *“si la disposición ilegítima no fuera un presupuesto esencial del acto, si no hubiere sido motivo determinante de su formulación y si cabe el fraccionamiento de la decisión administrativa, no hay impedimento jurídico en su anulación parcial”*⁵⁹.

C) Vescovi

También reconoce la imposibilidad del Tribunal para reformar el acto, manifestando que la facultad del mismo *“consiste sólo en “confirmar” (esto es rechazar la acción deducida, más propiamente) o “anular” el acto. Expresamente queda excluida la facultad de reformarlo”*⁶⁰.

Sobre la facultad de anulación parcial también coincide con las 2 opiniones anteriores, ya que entiende que en el Derecho Uruguayo la misma *“..puede admitirse siempre que sea posible la separación de la disposición atacada. Si, en cambio, no puede separarse del resto de la decisión administrativa, en el caso, es decir si forma un todo indivisible, sólo puede anularse íntegramente, pues la anulación parcial se entiende que importaría una reforma, prohibida por la Constitución.”*⁶¹

El criterio que utiliza para reconocer la posibilidad de separar una parte de la disposición es justamente según ésta tenga o no la característica de presupuesto esencial del acto. Es decir que para anular parte del acto es necesario que éste no tenga una vinculación tal con el resto de las disposiciones que, de ser anulada una de ellas, se afectaría al resto de las mismas.

VI. LA JURISPRUDENCIA DEL T.C.A.

Sobre el punto no han faltado opiniones del máximo órgano nacional en materia contencioso administrativa, si bien se puede adelantar que las mismas no son de gran ayuda en lo que hace al plano teórico, ya que las más de las veces se limitan a reproducir el art. 310 inc 1º sin analizar la causa o razón del mismo.

De esta forma, sobre la prohibición de reformar el acto no se pueden mencionar grandes novedades en las sentencias dictadas por el Tribunal, a lo sumo se puede señalar que en múltiples fallos el mismo se ha limitado a mencionar y reconocer que:

- *“Que de acuerdo con el art. 310 de la Constitución las facultades del Tribunal se limitan a confirmar o anular el acto impugnado, sin reformarlo. No puede, pues “disponer la realización de un concurso, para proveer el cargo disputado como lo pide el demandante”.*⁶²
- *“..solamente está facultado para confirmar o anular el acto en cuestión, por lo que mal podría reformarlo para incluir al actor entre los funcionarios.”*⁶³
- *“El actor no tiene razón en la exigencia de que la sentencia, fuera de limitarse a anular la resolución en examen, por ser contraria a la regla de derecho (por no amparar en los beneficios de la ley, a quien se encuentra en la situación que la norma prevé), indique, además, el puesto al que debe ser promovido en vía de la obligada recomposición (art. 310, Constitución).”*⁶⁴
- *“Como bien señala el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, la Constitución es clara en cuanto a que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene su competencia circunscripta a la confirmación o anulación de los actos impugnados, ya que el art. 310 establece: “El Tribunal se limitara a apreciar el acto en si mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo”*⁶⁵.

También en cuanto a la admisión de la anulación parcial el Tribunal ha sido poco expresivo, y la mayoría de las veces ha optado por remitirse a lo dicho por los exponentes mas clásicos de la doctrina tradicional (léase Sayagués Laso y Giorgi). De esta forma ha admitido y reconocido su competencia para anular de forma parcial un acto, sosteniendo que:

- *“Se trata, como se advierte, de un acto con contenido decisorio múltiple, divisible, por cuanto conjunta varias decisiones que se basan en motivos diversos; lo que faculta fraccionarlo a los fines del exa-*

59. Ibídem.

60. Vescovi, Enrique. “Unidad de Jurisdicción y justicia administrativa”, *La Justicia Uruguaya*, tomo 64, año 1971, Pág. 69-89.

61. Ibídem.

62. Sent. TCA s/n de fecha 24/2/57 (LJU tomo XXXVII, Pág. 144-147).

63. Sent. TCA N° 1253 de 28/9/92.

64. Sent. TCA N° 353 de 25/7/90.

65. Sent. TCA N° 727 de 7/9/98.

men de la regularidad jurídica de cada una de las disposiciones que integran la resolución atacada, así como la consecuente y legítima facultad de disponer, eventualmente, su anulación parcial (Conf. Giorgi: "El contencioso...etc," pag. 58/60)." ⁶⁶

De esta forma, ha procedido a amparar demandas de anulación con respecto a ciertas disposiciones de un acto administrativo y confirmando el resto del acto (o mejor dicho desestimándola con respecto al resto), pero siempre tomando en cuenta la "separabilidad" o "fraccionamiento" del acto, así como la vinculación que esa decisión que se separa –y anula– tiene en relación al conjunto.

Por ejemplo, en Sentencia N° 1010 de 3/12/97 se procedió a anular parcialmente el acto dictado –en uso de atribuciones delegadas– por la DGI. En esa ocasión se anuló parte del acto por el cual se declaraba solidaria e ilimitada la responsabilidad de los accionantes, confirmando el resto el acto por el cual se determinaba la deuda por tributos y demás.

Esta situación se repite día a día, pudiéndose mencionar a título de ejemplo las Sentencias N° 904 de 9/11/97, N° 992 de 1/12/97, N° 1089 de 29/11/95, N° 674 de 12/5/99 y demás de la corporación, todas ellas dentro de las cuales se anuló parcialmente el acto impugnado, si bien no siempre se aclaró la competencia del Tribunal en cuanto a la anulación parcial.

Esto demuestra que, al día de hoy, la posición común tanto de la doctrina como de la jurisprudencia no es solo la de reiterar que está vigente la prohibición de reformar el acto, sino también el sostener pacíficamente la posibilidad de dividir y fraccionar el acto, luego de lo cual y en base a ese examen de legalidad poder terminar anulando parte del mismo.

VII. LA SITUACIÓN ACTUAL. LA VINCULACIÓN ENTRE LA REFORMA DEL ACTO Y LA ANULACIÓN PARCIAL

Una vez analizadas las posiciones de la doctrina y de la jurisprudencia nacional con respecto a la prohibición de reforma del acto, corresponde a continuación mencionar el otro –eventualmente posible– medio de reforma, a saber: la anulación parcial.

Tal como se mencionaba en la introducción, existen a nuestro juicio inevitables puntos de contacto entre ambos fenómenos que, mas que poner en duda la razón o sin razón de la prohibición del art. 310, llega inclusive a cuestionar su efectividad en plano de la práctica del contencioso administrativo nacional.

A) La anulación parcial en el Derecho Nacional. Su comparación con el sistema Francés y Norteamericano

Como veíamos en las páginas anteriores, en lo que hace al Derecho comparado no podemos decir que exista unanimidad ni mucho menos en cuanto a permitir por los órganos de contralor (dentro o fuera del Poder Judicial) reformar los actos administrativos ilegales. Sólo en Francia con el recurso de plena jurisdicción veíamos esa posibilidad, y aun en esos casos existe la limitación de que a ese recurso solo puede acceder el particular que ha visto vulnerado su derecho subjetivo y en él no tiene cabida aquel que ha visto violado su interés directo, personal y legítimo. Podemos ver en este recurso de plena jurisdicción un contencioso claramente subjetivo, en cuanto busca reparar la situación del particular y su derecho lesionado más que la del derecho y su ajuste al orden jurídico general.

De todas formas, en Uruguay el sistema contencioso administrativo tiene características de los 2 recursos previstos en el Derecho Francés. Por un lado no podríamos decir que es un contencioso objetivo de acuerdo a la clasificación de Duguit, ya que no intenta mantener la estabilidad del ordenamiento jurídico al anular el acto –como regla– con efectos generales (la previsiones del art. 311 lo hacen la excepción y no la regla). Si bien es cierto que el acto es una parte importante en el litigio, y que su examen es parte de la labor del Tribunal, no es menos cierto que la finalidad y la esencia del proceso es la situación jurídica subjetiva lesionada que es la causa y el objeto de la demanda ⁶⁷.

66. Sent. TCA N° 1343 de 30/9/92.

67. De igual forma se refería Demichelli al mencionar el régimen establecido para el contencioso municipal en el Estatuto Municipal de 1919 (Demichelli, Alberto, *Lo Contencioso Administrativo*, Vol. 1, Editorial Peña, Montevideo, 1927, Pág. 112).

Tampoco se puede decir que sea un contencioso subjetivo estricto como en el caso del recurso de plena jurisdicción en el Derecho Francés, ya que la anulación con efecto particular no tiene necesariamente siempre la eficacia de salvar el derecho subjetivo del particular, y como se impide reformular el acto tampoco aquel puede verse siempre satisfecho (ello en algunas situaciones podrá suceder o no) por la simple anulación y la consecuente reparación patrimonial.

Pese a ello, tanto el Derecho Francés (en el recurso por exceso de poder) como el norteamericano han admitido la posibilidad de anular parcialmente un acto y con ello –y pese a las limitaciones- han permitido conjugar por un lado la necesidad de anular parte del acto ilegal que afecta a un particular con la necesidad de mantener el resto del acto que o bien no lo afecta, o bien fue dictado acorde a derecho, salvando así de cierta forma el normal desenvolvimiento de la Administración.

Es difícil de todas formas analizar las soluciones de los derechos extranjeros con el nuestro propio, ya que como veíamos, en el Derecho Francés la anulación del recurso por exceso de poder tiene efectos erga omnes, mientras que ello no sucede en el derecho norteamericano ni en el uruguayo. Obviamente ello es resultado del fin del recurso en los distintos ordenamientos.

En uno se trata de mantener la coherencia del ordenamiento jurídico, mientras que en el resto se trata de proteger los derechos del particular afectado, y por ello la anulación –además de tener efecto en el caso concreto- solo puede ser solicitada por sujetos en una determinada situación subjetiva de derecho. Se trata en definitiva de diferentes intencionalidades, si bien tienen puntos de contacto.

B) El acto con contenido múltiple. Su diferencia con la documentación de varios actos en un solo instrumento

Ahora bien, es necesario considerar a continuación la situación que se produce y se admite en el Derecho extranjero con respecto a la anulación parcial de un acto, que como mencionábamos en el punto 2, a nuestro juicio implica en cierta forma una reforma del acto mismo.

Previo a ello es necesario diferenciar lo que significa anular parte del acto, en tanto acto administrativo único, con la situación que se da comúnmente en la práctica, donde varios actos (por acto entiendase la definición del art. 120 del Dec. 500/991, como toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos) están materialmente contenidos en un solo documento.

En estos casos no podemos hablar de un acto individual sino de varios actos que, por cuestiones de práctica administrativa, se introducen en un solo documento. Aquí si se puede anular el acto A, mas allá de que se mantengan los actos B, C y D, aun cuando todo estos fueron dictados y documentados por un determinado jerarca en un solo documento, y ello atento a que surge claramente que cada una de esas voluntades que produce efectos jurídicos es en sí misma un acto administrativo.

Reservamos entonces la situación de la anulación parcial del acto, para aquellos casos donde la voluntad administrativa se dirige en relación a un particular determinado por una misma causa y es en relación a éste que se establecen diferentes acciones o disposiciones (con los consiguientes efectos jurídicos). Por ejemplo: un caso donde la DGI establezca a raíz de un procedimiento inspectivo una serie de acciones que van desde la determinación del monto adeudado y la multa con los recargos correspondientes hasta la declaración de un director como responsable solidario y la solicitud a la justicia del embargo preventivo, etc.

En estos casos es donde la jurisprudencia y la doctrina manifiestan que estamos ante un acto con contenido múltiple y divisible. Y es en esas situaciones donde, en general, se ha admitido que parte del acto se puede anular, siempre que por ello el resto del mismo no se vea comprometido. Por ejemplo, admitiendo esta anulación parcial en el ejemplo de la DGI, se podría anular la parte del acto donde se declara a un director como responsable solidario, así como el pedido del embargo, pero no se podría anular solo la parte de la disposición donde se determina una deuda y dejar el resto del acto en pie, ya que una parte de la disposición es antecedente de la otra. Aquí no se aplica nada más que la lógica jurídica en atención a disposiciones que se encuentran en un grado de conexión tal, que una parte es antecedente necesario de la otra.

C) La anulación parcial. Un enfoque jurisprudencial para aumentar el contralor y la protección del individuo

Decíamos entonces que esta anulación parcial no tiene en el Derecho Nacional ningún tipo de disposición que la legitime de forma expresa, pese a lo cual la jurisprudencia y la doctrina han optado por sostenerla

sin mayores elaboraciones teóricas, tal y como se hace constar en el capítulo referido a la jurisprudencia nacional.

Ahora bien, es teóricamente posible sostener que también aquí estemos en presencia de una creación jurisprudencial de nuestro TCA, que tal como lo hicieron el Consejo de Estado Francés cuando anulaba un acto por exceso de poder, o las propias Cortes Americanas al admitir la posibilidad de anular actos parcialmente como una forma de aumentar su competencia y la efectividad de sus decisiones.

En efecto, es claro que tal como le ocurría al Consejo de Estado ante el recurso por exceso de poder, o al Poder Judicial de EE.UU. en su competencia normal, muchas veces la simple anulación no era suficiente o conveniente en todos los casos, ya que como menciona Gordillo ⁶⁸ “...raramente una cuestión se presentará nítida en blanco y negro que haga fácil al Tribunal optar por la validez o la invalidez, lisa y llana, del acto impugnado.”.

La solución entonces no era suficiente muchas veces, y ello porque la limitación de anular o confirmar el acto no permitían una solución justa, la que en general pasaba por una solución media. Como no podían reformar el acto para que se adecuara de forma perfecta a la solución, vieron en la escindibilidad del acto una solución adecuada, ya que permitía mantener la parte del acto que había sido correctamente dictada, anulando aquella otra parte que le producía daño al particular (y que según los ordenamientos y recursos se anulaba para todos o solo para el particular).

Pero de todas formas, esas anulaciones parciales tenían límites y uno de ellos era justamente que no podía anularse una parte del acto que era la condición y base sobre la cual se establecía otra disposición del mismo acto. De lo contrario esto hubiera significado la anulación del acto entero y eso era justamente lo que se quería evitar desde un principio.

A nuestro juicio ello fue lo que sucedió en Uruguay, ya que como al TCA se le prohibía reformar el acto para proteger el derecho subjetivo o el interés directo personal y legítimo del individuo, el cual en definitiva terminaba debiendo contentarse solamente con la reparación pecuniaria del daño ante el Poder Judicial, se vio en esta solución de la anulación parcial (que como decíamos implica además reconocer la existencia de un acto que se puede escindir) una forma de proteger, por un lado al ordenamiento de la eventual anulación total del acto que solo era ilegítimo en una parte, y por el otro la de asegurar al particular una solución que iba más allá de la simple reparación patrimonial (sobre todo en los casos donde el agravio era permanente).

D) En cuanto a la admisión de la anulación parcial

Decimos entonces que en nuestro Derecho se ha admitido, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, que los actos administrativos pueden escindirse o dividirse en ciertas ocasiones, y que de esa forma pueden ser anulados.

Ahora bien, lo cierto es que ni la doctrina ni la jurisprudencia han sabido mencionar con acierto cual es la disposición que admite tal solución, y ello particularmente a los ojos de una prohibición que no da lugar a dos interpretaciones como es el art. 310 inc 1 “*El Tribunal se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmando o anulándolo, sin reformarlo*”.

No existe previsión sobre el tema en el art. 309, 310, 311 de la Constitución, ni tampoco en el DL 15.524, Ley 15.869 y sus modificativas. A los sumo, como ocurre en el caso de art. 28 del DL 15.524, se reitera que el Tribunal aprecia el acto *en sí mismo*, y como tal lo anula o lo confirma. No hay mención alguna a una posible anulación parcial, o al múltiple contenido decisorio del acto y su posible anulación.

El propio Decreto 500/991 expresa al definir lo que debe entenderse por acto administrativo como “toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos”, y que además debe contener la motivación clara que requiere el art. 123, y las formalidades a las que se refiere el art. 124.

No existe por lo tanto ninguna disposición que permita sostener que el acto administrativo puede ser escindible o divisible ⁶⁹, y por ello admitir en consecuencia que la anulación parcial ha sido implícitamente prevista por nuestro ordenamiento jurídico, por lo que habría que concluir que dicha solución –al igual que otras tantas– ha sido fruto de la influencia que los derechos extranjeros han traído al país.

68. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Cáp. XV, Pág. XV8, tomado de www.gordillo.com

69. Si bien es cierto que el art. 2 inc segundo de la ley 15.869 menciona que el TCA “...podrá decretar la suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto impugnado.”, ello a nuestro juicio refiere solamente a la ejecución como tal, y no a que el acto sea escindible.

Pese a este reconocimiento pacífico que existe tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, y por el cual se admite la posibilidad de escindir el acto, en definitiva nos genera dudas el hecho de que la misma se admita aun cuando todo el ordenamiento jurídico es conteste en cuanto a sostener que el acto administrativo es uno solo y que ese acto es, además, la voluntad de la administración.

Es así que podría entenderse que la voluntad de la administración al crear un acto fue una sola y que la misma no se puede ver diseccionada so pretexto de que en realidad serían varias voluntades (que además implicaría decir que son varios actos), ya que ella es única y como tal así debe ser analizada. Si corresponde anularla debe serlo en su totalidad, y la misma solución en caso de que corresponda la confirmación. Pero no se puede -sin ser totalmente contradictorio- sostener por ejemplo que la motivación fue errónea y entonces se debe anular parte del acto y dejar el resto, ya que la motivación es una sola para todo el acto, y si fue errónea lo fue para todo y no solo para una parte del mismo.

El acto administrativo como voluntad de la administración que produce efectos jurídicos -que además debe contar con los elementos que menciona Sayagués Laso- es el objeto del análisis de legalidad que efectúa el TCA. Si bien es cierto que los efectos jurídicos son tomados en cuenta a los efectos del particular que acciona, los mismos no son el acto, sino parte de aquel, o lo que es igual la manifestación jurídica de su existencia.

El hecho de que hasta este momento se tome al acto como una unidad conceptual que puede ser dividida en varias disposiciones con un origen común, a nuestro juicio podría interpretarse como que el acto administrativo (voluntad de la administración) está contenido por sub-voluntades que forman actos en sí mismos, los cuales pueden ser anulados por el TCA. Pero ello implicaría un error, ya que como decíamos, la voluntad de la Administración al crear un acto que implica diferentes efectos jurídicos que pueden, además, afectar a varios particulares (como en el ejemplo de la DGI), son todos en sí mismos parte integral de un acto, el cual es dictado por la Administración con una motivación determinada y que, de anularse en parte, implicarían una reforma a esa voluntad original.

El hecho de que esa disposición anulada no fuera la base del acto (en tanto su anulación no haría perder lógica al resto) no implica a nuestro juicio sostener que ello no sea una forma indirecta de modificar esa voluntad administrativa original.

Esta conclusión no varía lógicamente por las diferentes clasificaciones de actos administrativos según su alcance o generalidad, o la propia forma mediante la cual surgen, ya que como lo señalaba Delpiazzo⁷⁰, una cosa es el acto administrativo que incorpora al ordenamiento jurídico una norma, y otra es la norma creada por aquél, que será en definitiva aquella a clasificar.

E) Análisis crítico de la jurisprudencia y de la doctrina

Es normal encontrarnos con diferentes fallos del TCA donde se expresa que la admisión de la escindibilidad del acto vendría inspirada en el hecho de que, como el acto tiene un contenido decisorio múltiple, cada una de esas decisiones pueden ser analizadas individualmente de forma de ver si se ajustan a la legalidad. Pero también ahí la jurisprudencia podría llegar a confundir los términos, ya que su competencia está circunscripta al análisis de legalidad de los actos administrativos y no de las decisiones o efectos jurídicos múltiples que pueden formar parte de los actos administrativos.

El TCA aprecia el acto (con ese contenido múltiple que no se puede negar que tenga en muchos casos) en sí mismo, sin que pueda dejar fuera parte de aquel. Por ello, así como se le impone apreciarlo en sí mismo, es decir en su conjunto, es también que en su conjunto debe anularlo o confirmarlo. La anulación de parte de ese contenido decisorio, aun cuando lo sea en un extremo que no invalida la lógica del razonamiento en insito (por ejemplo anulación de los recargos por no de la deuda), modifica el acto tal y como fue dictado en su origen, haciendo variar su contenidos decisorio múltiple.

La situación actual es avalada por la doctrina, que a nuestro juicio de forma coherente y buscando promover una situación de justicia y de brevedad en la reparación del daño que sufre el particular por el acto, han sostenido esta posibilidad de anulación parcial, que como se menciona, podría llegar a la reforma lisa y llana del acto original. De haber aplicado con rigurosidad el sistema que plantea la Constitución, el acto con contenido múltiple, pero que afecta a un particular en una de las decisiones (siguiendo el mismo ejemplo, cuando lo declara responsable solidario), debería ser anulado in totum por el TCA pese al pedido del actor

70. Delpiazzo, Carlos, "Notas para una caracterización actual del acto administrativo", en *Anuario de Derecho Administrativo*, Tomo IX, F.C.U., Montevideo, 2002, Pág. 26.

de que se anulara solo en parte (y aun cuando aquella fuese ilegal), y la Administración debería proceder a dictar un nuevo acto con contenido múltiple si ese fuera el caso..

De todas formas, también es cierto que el sostener la anulación lisa y llana en lugar de la anulación parcial implicaría varios desajustes en nuestro sistema:

A) En primer lugar supondría la violación a la prohibición de actuar de oficio del Tribunal (art. 38 Decreto Ley 15524), ya que anularía todo el acto y no solo la parte que pidió el actor (ya que no podría hacer otra cosa).

B) También supondría dejar de lado el principio de congruencia, ya que como se mencionaba en el punto anterior, el Tribunal estaría decidiendo sobre algo que no fue solicitado por el actor (art. 58, 59 num. 3, 7 y 104 del Decreto Ley 15.524 y Art. 198 del C.G.P.).

C) Se estaría dificultando la actuación de la administración, ya que al borrarse el acto de la faz de la tierra en relación a ese particular (ya que el efecto es subjetivo), debería volverse a dictar un nuevo acto con todo el múltiple contenido que tenía el original.

Además, se podría plantear en caso de que se anulara el acto, que en razón de que el efecto sólo lo sería en relación a un particular (el cual debería esperar el dictado del nuevo acto), subsistiría el acto anulado en relación al resto de los particulares (si fuera un acto dictado en relación a varios sujetos).

Por esta razón es que, probablemente con tino, la jurisprudencia y la doctrina prefirieron no ahondar en el concepto de acto administrativo y su equiparación a voluntad administrativa, ya que ello implicaría necesariamente tener que anular la voluntad toda, mas allá del contenido múltiple que pudiera tener. Al permitir entonces diseccionar la voluntad de la Administración y poder anular parte de aquella, se llegaba a una solución de justicia entre la necesidad del particular y la de lograr que la función administrativa no se viera enlentecida.

VIII. CONCLUSIONES

En suma y en definitiva, creemos que en el transcurso de esta monografía ha quedado demostrado que en nuestro país la reforma del acto esta efectivamente prohibida. Las causas de ello fueron –claramente– no solo la interpretación que los constituyentes realizaron de la separación de poderes (que como veíamos varia según el país), sino además un temor claro de la clase política en cuanto a permitir una interferencia en el normal desenvolvimiento de la administración.

El hecho de que se creara un órgano independiente para entender en estas cuestiones contencioso administrativas, en lugar de otorgársele al Poder Judicial como sucede en varios países (por ejemplo los anglosajones), o aun de crear un órgano dentro de la administración como es el caso del Consejo de Estado Francés, no hace variar la conclusión anterior. A lo sumo se puede decir que la creación de un órgano especializado como el TCA pero con poderes restringidos, fue una solución de consenso en 1952 que por el momento no parece tender a cambiar, aunque ello sería deseable que ocurriese.

En cuanto a la anulación parcial como una vía para reformar el acto, veíamos que la jurisprudencia y la doctrina nacional la han compartido desde 1952, y ello parece correcto atento a la función que la misma cumple y que permite equilibrar la necesidad de proteger al particular lesionado en su derecho, con el propio funcionamiento del Estado. Pese a ello, siempre debe hacerse la salvedad de que admitir la anulación parcial implica necesariamente tomar una posición determinada sobre la propia definición de acto administrativo, ya que si éste se define de forma estricta la anulación parcial (con efecto de reformar del acto) no sería teóricamente posible.

Quizás sería deseable que en algún momento el art. 310 de la Constitución se viera enmendado reconociendo de forma expresa la anulación parcial como forma de eliminar susceptibilidades, pero mientras ello no suceda podremos aun admitirla siempre que el contenido del acto lo permita, pese a lo cual necesariamente existirán casos donde planteada la duda sobre la escindibilidad, y atento a la prohibición constitucional, deberemos aplicar esta ultima anulando completamente el acto y debiendo la Administración proceder al dictado de uno nuevo ajustado a derecho.

APÉNDICE NORMATIVO

Derecho Nacional

Constituciones Nacionales

• Constitución de 1934

Artículo 273.- El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo entenderá en las demandas contra las resoluciones ilegales de la Administración, tomadas en el ejercicio de sus funciones, sea contra los individuos y las entidades privadas, sea contra los empleados públicos.

En la jurisdicción del Tribunal se comprenderán los actos de las autoridades municipales y de los Servicios Descentralizados y Entes Autónomos.

Artículo 274.- Serán consideradas decisiones ilegales las que fueran violatorias de la Ley, sea en su forma, sea en su fondo.

También lo serán aquéllas no ajustadas a su finalidad o designio que en derecho configuran el abuso o la desviación de poder.

Artículo 275.- El Tribunal se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o revocándolo, sin reformarlo.

La consideración de las responsabilidades de la Administración quedará librada a la justicia ordinaria.

Artículo 276.- El Tribunal entenderá, además, en las contiendas jurisdiccionales que se susciten entre el Poder Ejecutivo y los Municipios o los Servicios Descentralizados o Entes Autónomos y, también, en las diferencias entre unos y otros de estos órganos.

Artículo 277.- La Ley, por tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara podrá ampliar la competencia del Tribunal, atribuyéndole la plena jurisdicción en lo Contencioso-Administrativo. En tal caso, el mismo Cuerpo entenderá en la materia a que se refiere el inciso 2º del artículo 275.

• Constitución de 1942

Artículo 270.- El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo entenderá en las demandas contra las resoluciones ilegales de la Administración, tomadas en el ejercicio de sus funciones, sea contra los individuos y las entidades privadas, sea contra los empleados públicos.

En la jurisdicción del Tribunal se comprenderán los actos de las autoridades municipales y de los Servicios Descentralizados y Entes Autónomos.

Artículo 271.- Serán consideradas decisiones ilegales las que fueren violatorias de la Ley sea en su forma, sea en su fondo.

También lo serán aquéllas no ajustadas a su finalidad o designio que en derecho configuran el abuso o la desviación de poder.

Artículo 272.- El Tribunal se limitará a apreciar el acto en el sí mismo, confirmándolo o revocándolo sin reformarlo.

La consideración de las responsabilidades de la Administración quedará librada a la justicia ordinaria.

Artículo 273.- El Tribunal entenderá, además, en las contiendas de competencia fundadas en la legislación y en las diferencias que se susciten entre el Poder Ejecutivo y las Intendencias, las Juntas Departamentales, los Servicios Descentralizados o los Entes Autónomos y, también, en las contiendas o diferencias entre uno y otro de estos órganos. También será así en las contiendas o diferencias que se produzcan entre los miembros integrantes de las Juntas o Directorios de Entes Autónomos o Servicios Descentralizados, siempre que no hayan podido ser resueltas por el procedimiento normal de la formación de la voluntad del órgano. De toda contienda fundada en la Constitución entenderá la Suprema Corte de Justicia.

Si al dictar resolución definitiva la Suprema Corte o el Tribunal considerasen que existe mérito para ello, podrán suspender preventivamente a los Intendentes, miembros de Juntas Departamentales o Directores de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, pasando los antecedentes a la autoridad competente para iniciar el procedimiento que corresponda.

Los funcionarios suspendidos serán sustituidos por sus respectivos suplentes y si no los tuvieren, el Poder Ejecutivo los designará con venia del Senado. En caso de transcurrir treinta días sin que se hubiere iniciado el procedimiento por la autoridad competente, los funcionarios serán reintegrados a sus cargos.

Si la autoridad administrativa competente fuera el Poder Ejecutivo, la resolución definitiva deberá dictarse dentro del plazo de ciento ochenta días. Si el Senado debiera pronunciarse sobre la resolución del Poder Ejecutivo, deberá hacerlo dentro del plazo de noventa días, pasados los cuales sin que éste tome resolución, se cumplirá la resolución del Poder Ejecutivo. Si la autoridad competente fuera el Senado deberá dictarse resolución dentro del plazo de noventa días (artículo 250).

Vencidos los plazos señalados sin que se hubiera dictado resolución, los funcionarios serán reintegrados a sus puestos.

En caso de que la autoridad competente sea la justicia penal, la suspensión de los funcionarios se mantendrá hasta que por sentencia firme se declare la absolución o condenación del funcionario o se decrete el sobreseimiento. La sentencia condenatoria apareja de pleno derecho la destitución del funcionario.

Mientras la Ley no haya establecido el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, todas las contiendas o diferencias a que se refiere este artículo, serán resueltas por la Suprema Corte de Justicia.

Artículo 274.- La Ley, por tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá ampliar la competencia del Tribunal, atribuyéndole la plena jurisdicción en lo Contencioso-Administrativo. En tal caso, el mismo Cuerpo entenderá en la materia a que se refiere el inciso 2° del artículo 272.

• Constitución de 1952

Artículo 309.- El Tribunal de lo Contencioso Administrativo conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder.

La jurisdicción del Tribunal comprenderá también los actos administrativos definitivos de los Gobiernos Departamentales, de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados.

La acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo.

Artículo 310.- El Tribunal se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo.

Para dictar resolución, deberán concurrir todos los miembros del Tribunal, pero bastará la simple mayoría para declarar la nulidad del acto impugnado por lesión de un derecho subjetivo.

En los demás casos, para pronunciar la nulidad del acto, se requerirán cuatro votos conformes. Sin embargo, el Tribunal reservará a la parte demandante, la acción de reparación, si tres votos conformes declaran suficientemente justificada la causal de nulidad invocada.

Artículo 311.- Cuando el Tribunal de lo Contencioso Administrativo declare la nulidad del acto administrativo impugnado por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante, la decisión tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte.

Cuando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos.

Artículo 312.- Declarada la anulación o reservada la acción de reparación, en su caso, se podrá promover el contencioso de reparación ante la justicia ordinaria para la determinación del daño causado. La Ley, por tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá ampliar la competencia del Tribunal, atribuyéndole conocimiento del contencioso de reparación.

Artículo 313.- El Tribunal entenderá, además, en las contiendas de competencia fundadas en la legislación y en las diferencias que se susciten entre el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, y, también, en las contiendas o diferencias entre uno y otro de estos órganos.

También entenderá en las contiendas o diferencias que se produzcan entre los mismos integrantes de los Concejos y Juntas Departamentales, Directorios o Consejos de los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados, siempre que no hayan podido ser resueltas por el procedimiento normal de la formación de la voluntad del órgano.

De toda contienda fundada en la Constitución entenderá la Suprema Corte de Justicia.

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 Consejo Nacional de Gobierno, 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.

Artículo 318.- Toda autoridad administrativa está obligada a decidir sobre cualquier petición que le formule el titular de un interés legítimo en la ejecución de un determinado acto administrativo, y a resolver los recursos administrativos que se interpongan contra sus decisiones, previos los trámites que correspondan para la debida instrucción del asunto, dentro del término de ciento veinte días, a contar de la fecha de cumplimiento del último acto que ordene la ley o el reglamento aplicable.

Se entenderá desechada la petición o rechazado el recurso administrativo, si la autoridad no resolviera dentro del término indicado.

Artículo 319.- La acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, no podrá ejercitarse si antes no se ha agotado la vía administrativa, mediante los recursos correspondientes. La acción de nulidad deberá interponerse, so pena de caducidad, dentro de los términos que en cada caso determine la ley.

• Constitución de 1967 (actualizada)

Artículo 309.- El Tribunal de lo Contencioso Administrativo conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder.

La jurisdicción del Tribunal comprenderá también los actos administrativos definitivos emanados de los demás órganos del Estado, de los Gobiernos Departamentales, de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados.

La acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo.

Artículo 310.- El Tribunal se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo.

Para dictar resolución, deberán concurrir todos los miembros del Tribunal, pero bastará la simple mayoría para declarar la nulidad del acto impugnado por lesión de un derecho subjetivo.

En los demás casos, para pronunciar la nulidad del acto, se requerirán cuatro votos conformes. Sin embargo, el Tribunal reservará a la parte demandante, la acción de reparación, si tres votos conformes declaran suficientemente justificada la causal de nulidad invocada.

Artículo 311.- Cuando el Tribunal de lo Contencioso Administrativo declare la nulidad del acto administrativo impugnado por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante, la decisión tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte.

Cuando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos.

Artículo 312.- La acción de reparación de los daños causados por los actos administrativos a que refiere el artículo 309 se interpondrá ante la jurisdicción que la ley determine y sólo podrá ejercitarse por quienes tuvieren legitimación activa para demandar la anulación del acto de que se tratare.

El actor podrá optar entre pedir la anulación del acto o la reparación del daño por éste causado.

En el primer caso y si obtuviere una sentencia anulatoria, podrá luego demandar la reparación ante la sede correspondiente. No podrá, en cambio, pedir la anulación si hubiere optado primero por la acción reparatoria, cualquiera fuere el contenido de la sentencia respectiva. Si la sentencia del Tribunal fuere confirmatoria, pero se declarara suficientemente justificada la causal de nulidad invocada, también podrá demandarse la reparación.

Artículo 313.- El Tribunal entenderá, además, en las contiendas de competencia fundadas en la legislación y en las diferencias que se susciten entre el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, y, también, en las contiendas o diferencias entre uno y otro de estos órganos.

También entenderá en las contiendas o diferencias que se produzcan entre los miembros de las Juntas Departamentales, Directorios o Consejos de los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados, siempre que no hayan podido ser resueltas por el procedimiento normal de la formación de la voluntad del órgano.

De toda contienda fundada en la Constitución entenderá la Suprema Corte de Justicia.

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.

Artículo 318.- Toda autoridad administrativa está obligada a decidir sobre cualquier petición que le formule el titular de un interés legítimo en la ejecución de un determinado acto administrativo, y a resolver los recursos administrativos que se interpongan contra sus decisiones, previos los trámites que correspondan para la debida instrucción del asunto, dentro del término de ciento veinte días, a contar de la fecha de cumplimiento del último acto que ordene la ley o el reglamento aplicable.

Se entenderá desechada la petición o rechazado el recurso administrativo, si la autoridad no resolviera dentro del término indicado.

Artículo 319.- La acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, no podrá ejercitarse si antes no se ha agotado la vía administrativa, mediante los recursos correspondientes. La acción de nulidad deberá interponerse, so pena de caducidad, dentro de los términos que en cada caso determine la ley.

Leyes

• Decreto-Ley 15.524 (Ley orgánica del TCA)

Artículo 28.

El Tribunal se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo.

Cuando el Tribunal de lo Contencioso Administrativo declara la nulidad del acto administrativo impugnado por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante, la decisión tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte.

Cuando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos.

• Ley 9.164 (Código de Organización de los Tribunales)

Artículo 100.

Los Jueces Letrados Nacionales de Hacienda conocerán:

1° En primera instancia judicial:

a) De todas las demandas que en lo principal se relacionen directamente con la Hacienda Pública, sin mas excepciones que las de los incisos 4° y 5° del artículo 90, las de los juicios por infracciones aduaneras que se inicien ante la Dirección General de Aduanas y cuya cuantía exceda de quinientos pesos y las de aquellos que leyes especiales cometan en primera instancia al conocimiento de los Jueces de Paz del departamento de la Capital o de los Jueces Letrados de Primera Instancia de los demás departamentos. Se reputaran comprendidos en la Hacienda Pública, a los efectos de esta disposición, los patrimonios del Estado, Municipios y Entes Autónomos.

b) En todos los juicios no cometidos expresamente dichos Jueces de instancia o de Paz en que, siendo actores o demandados personas de derecho público, sean de derecho público las cuestiones comprendidas en el debate, o las normas de cuya aplicación se trate, o los actos o contratos a que se refiera la contienda o cuyo cumplimiento o inexecución la hayan motivado o las responsabilidades que se exijan.

2° En segunda instancia judicial:

a) En todos los Juicios a que alude el apartado 1° cuyo conocimiento competa en primer grado a las jurisdicciones ordinarias o especiales a que el mismo hace referencia.

3° En primera instancia contencioso administrativa:

- a) De las acciones por lesión de derechos que promuevan los particulares.
- b) De las que promuevan las corporaciones y sindicatos habilitados para actuar judicialmente, en los casos en que su intervención corresponda de acuerdo con sus estatutos.

4º En segunda instancia contencioso administrativa:

De las apelaciones por lesión de derecho que las leyes otorguen para ante los tribunales contra las providencias y resoluciones administrativas definitivas dictadas de oficio o a petición de parte, contra las cuales se alegue la violación de un derecho, cuando contra ellas no corresponda el recurso jerárquico.

5º En tercera instancia contencioso administrativa:

De las apelaciones por lesión de derecho que las leyes otorguen para ante los tribunales; contra las resoluciones o sentencias administrativas que decidan el recurso jerárquico deducido contra las providencias o resoluciones a que se refiere el apartado anterior en los casos en que este último recurso fuera precedente.

En todos los juicios de la jurisdicción de los Jueces Letrados Nacionales de Hacienda y de lo Contencioso Administrativo, habrá el recurso extraordinario de nulidad notoria contra las sentencias judiciales de tercera instancia cuando no emanen de la Alta Corte de Justicia, y contra las de segunda confirmatorias de las de primera; el cual recurso, sin perjuicio de la ejecución de las sentencias recurridas, se interpondrá dentro de los treinta días siguientes a la notificación.

Decretos

• Decreto N° 500/991

Artículo 120.

Acto administrativo es toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos.

Llámase Reglamento, a las normas generales y abstractas creadas por acto administrativo.

Llámase Resolución, a las normas particulares y concretas creadas por acto administrativo.

Llámase Disposición General, a las normas generales y concretas creadas por acto administrativo.

Llámase Reglamento Singular, a las normas particulares y abstractas creadas por acto administrativo.

Artículo 121.

Los actos referidos en los incisos 2, 4 y 5 del artículo anterior cuando fueren dictados por el Poder Ejecutivo recibirán el nombre de Decretos y cuando fueren dictados por los Ministerios se denominarán Ordenanzas.

Artículo 122.

Las designaciones y promociones de funcionarios deben dictarse bajo la forma de resoluciones. En general, los actos administrativos dictados en un expediente a petición de parte, son resoluciones.

Los decretos pueden dictarse en un expediente como consecuencia y culminación de su trámite, o pueden dictarse sin que existan antecedentes que posean la forma de expediente.

Artículo 123.

Todo acto administrativo deberá ser motivado, explicándose las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan. No son admisibles fórmulas generales de fundamentación, sino que deberá hacerse una relación directa y concreta de los hechos del caso específico en resolución, exponiéndose además las razones que con referencia a él en particular justifican la decisión adoptada.

Artículo 124.

Todo acto administrativo debe constar de una parte expositiva y una dispositiva.

La parte expositiva debe contener:

Un "Visto". La finalidad del "Visto" es situar la cuestión que va a ser objeto del acto;

Uno o varios "Resultandos" puestos a continuación del "Visto", en los que se deben exponer los hechos que constituyan los antecedentes del acto administrativo de que se trate. Los decretos y ordenanzas pueden prescindir de los "Resultandos";

Uno o varios "Considerandos", en los que se desarrollan los fundamentos de derecho, las doctrinas aplicables, las razones de mérito y la finalidad perseguida;

Un "Atento", en el que se citan o se hace referencia a las reglas de derecho y a las opiniones o asesoramientos recabados en que el acto se fundamenta. En ciertos casos pueden ser sustituidos los "Considerandos", por el "Atento". Ello es pertinente en los siguientes casos:

cuando como solo fundamento del acto se citan una o varias disposiciones legales o reglamentarias, o se expresan en forma muy breve sus fundamentos;

cuando se hacen constar una o varias opiniones emitidas en el expediente que constituye el antecedente del acto administrativo.

Cuando no existe ninguna cuestión de hecho ni se plantea ningún problema de derecho puede prescindirse de los "Resultandos" y de los "Considerandos" y consistir la parte expositiva en un "Visto" y un "Atento".

La parte dispositiva debe ir numerada en las resoluciones y articulada en los Decretos y Ordenanzas.

El acápite de la parte dispositiva debe mencionar al órgano que adopta el acto administrativo, a lo que seguirá un "Decreta" o un "Resuelve", si el acto es dictado por el Poder Ejecutivo, y un "Dispone" o un "Resuelve" si el acto es dictado por un Ministerio.

No se admitirá en la parte expositiva ninguna otra expresión que las citadas precedentemente.

Derecho Comparado

• EE.UU. US CODE - CHAPTER 7 - JUDICIAL REVIEW

701. Application; definitions.

(a) This chapter applies, according to the provisions thereof, except to the extent that -

- (1) statutes preclude judicial review; or
- (2) agency action is committed to agency discretion by law.

(b) For the purpose of this chapter -

(1) "agency" means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include -

- (A) the Congress;
- (B) the courts of the United States;
- (C) the governments of the territories or possessions of the United States;
- (D) the government of the District of Columbia;
- (E) agencies composed of representatives of the parties or of representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them;
- (F) courts martial and military commissions;
- (G) military authority exercised in the field in time of war or in occupied territory; or
- (H) functions conferred by sections 1738, 1739, 1743, and 1744 of title 12; chapter 2 of title 41; subchapter II of chapter 471 of title 49; or sections 1884, 1891-1902, and former section 1641(b)(2), of title 50, appendix; and

(2) "person", "rule", "order", "license", "sanction", "relief", and "agency action" have the meanings given them by section 551 of this title.

702. Right of review.

A person suffering legal wrong because of agency action, or adversely affected or aggrieved by agency action within the meaning of a relevant statute, is entitled to judicial review thereof. An action in a court of the United States seeking relief other than money damages and stating a claim that an agency or an officer or employee thereof acted or failed to act in an official capacity or under color of legal authority shall not be dismissed nor relief therein be denied on the ground that it is against the United States or that the United States is an indispensable party. The United States may be named as a defendant in any such action, and a judgment or decree may be entered against the United States: Provided, That any mandatory or injunctive decree shall specify the Federal officer or officers (by name or by title), and their successors in office, personally responsible for compliance. Nothing herein (1) affects other limitations on judicial review or the power or duty of the court to dismiss any action or deny relief on any other appropriate legal or equitable ground; or (2) confers authority to grant relief if any other statute that grants consent to suit expressly or impliedly forbids the relief which is sought.

703. Form and venue of proceeding.

The form of proceeding for judicial review is the special statutory review proceeding relevant to the subject matter in a court specified by statute or, in the absence or inadequacy thereof, any applicable form of legal action, including actions for declaratory judgments or writs of prohibitory or mandatory injunction or habeas corpus, in a court of competent jurisdiction. If no special statutory review proceeding is applicable, the action for judicial review may be brought against the United States, the agency by its official title, or the appropriate officer. Except to the extent that prior, adequate, and exclusive opportunity for judicial review is

provided by law, agency action is subject to judicial review in civil or criminal proceedings for judicial enforcement.

704. Actions reviewable.

Agency action made reviewable by statute and final agency action for which there is no other adequate remedy in a court are subject to judicial review. A preliminary, procedural, or intermediate agency action or ruling not directly reviewable is subject to review on the review of the final agency action. Except as otherwise expressly required by statute, agency action otherwise final is final for the purposes of this section whether or not there has been presented or determined an application for a declaratory order, for any form of reconsideration, or, unless the agency otherwise requires by rule and provides that the action meanwhile is inoperative, for an appeal to superior agency authority.

705. Relief pending review.

When an agency finds that justice so requires, it may postpone the effective date of action taken by it, pending judicial review. On such conditions as may be required and to the extent necessary to prevent irreparable injury, the reviewing court, including the

court to which a case may be taken on appeal from or on application for certiorari or other writ to a reviewing court, may issue all necessary and appropriate process to postpone the effective date of an agency action or to preserve status or rights pending conclusion of the review proceedings.

706. Scope of review.

To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall -

(1) compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed; and

(2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be -

(A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law;

(B) contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity;

(C) in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right;

(D) without observance of procedure required by law;

(E) unsupported by substantial evidence in a case subject to sections 556 and 557 of this title or otherwise reviewed on the record of an agency hearing provided by statute; or

(F) unwarranted by the facts to the extent that the facts are subject to trial de novo by the reviewing court.

In making the foregoing determinations, the court shall review the whole record or those parts of it cited by a party, and due account shall be taken of the rule of prejudicial error.

Bibliografía

1. Carbajal Victorica, Juan José. "El régimen de Contencioso Administrativo Uruguayo", en *La Justicia Uruguaya*, tomo 6, año 1943, Sección Doctrina, Pág. 1-6.
2. Delpiazzo, Carlos, "Notas para una caracterización actual del acto administrativo" en *Anuario de Derecho Administrativo*, tomo IX, F.C.U., Montevideo, 2002, Pág. 25-32.
3. Demichelli, Alberto, *Lo Contencioso Administrativo*, vol. 1, Editorial Peña, Montevideo, 1927.
4. Díaz Peluffo, Zolá, *El Recurso Contencioso Administrativo*, Editorial. IEAL, Montevideo, 1960.
5. Forkosch, Morris D., *A Treatise on Administrative Law*, The Bobbs-Merrill Company Inc Publishers, Indianapolis, 1956.
6. García de Enterría, Eduardo "Algunas reflexiones sobre el Derecho Administrativo Norteamericano (a propósito de una nueva exposición sistemática del mismo)", en *Estudios de Derecho Administrativo*, tomo 1º, Universidad de la Republica, Montevideo, 1968.
7. Giorgi, Héctor, "Cumplimiento de los Fallos por la Administración" en *La Justicia Uruguaya*, tomo 40, Sección Doctrina, Pág. 13-22.
8. Giorgi, Héctor, *El Contencioso Administrativo de Anulación*, Universidad de la Republica, Montevideo, 1958.
9. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Cáp. XIII y XV, tomado de www.gordillo.com.
10. Jiménez de Aréchaga, Justino, *La Constitución de 1952*, vol 2 y 3, Medina, Montevideo, [s.f.].
11. Jiménez de Aréchaga, Justino, *La Constitución Nacional de 1934*, vol 1, Editorial Medina, Montevideo, 1946.
12. Mairal, Héctor A., *Control Judicial de la Administración Pública*, Vol. 1, Editorial Depalma, Bs. As., 1984.
13. Méndez, Aparicio "Historia del Contencioso Administrativo de Anulación", en *Revista de la Asociación de Estudiantes de Abogacía*, Año 1933 (septiembre), Tomo VIII, N° 4, Montevideo.
14. Méndez, Aparicio, *Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo*, Biblioteca de revista de Derecho Publico y Privado, Montevideo, 1952.
15. Prat, Julio A. "Curso de Derecho Administrativo" tomo 5 vol 3, Editorial ACALI, Montevideo, 1982.
16. Sayagués Laso, Enrique *El Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, Martín Bianchi Antunez, Montevideo, 1952.
17. Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1, 8ª ED., puesta al día a 2002 por Daniel H. Martins, Montevideo, F.C.U., 2002.
18. Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2, 6ª ED., puesta al día a 1998 por Daniel H. Martins, Montevideo, F.C.U., 1998.
19. Schwartz, Bernard, "Administrative Law in the United States – An overview-", en *Estudios en Honor de Frías*, vol. 2, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 1994.
20. Schwartz, Bernard, *An introduction to American Administrative Law*, 1st Ed., New York, Oceana Publications Inc., 1958.
21. Schwartz, Bernard, *French Administrative Law and the Common-Law World*, 1st ed., New York, New York University Press, 1954.
22. Vescovi, Enrique, "El proceso contencioso administrativo de anulación", *La Justicia Uruguaya*, tomo 88, año 1984, Pág. 5-20.
23. Vescovi, Enrique. "Unidad de Jurisdicción y justicia administrativa", *La Justicia Uruguaya*, tomo 64, año 1971, Pág. 69-89.



MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

- *Cal, Manuel y De Cores, Carlos Andrés - “El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa”*
- *Belloq, Pedro y Slinger, Diego - “La responsabilidad patrimonial de los sindicatos”*

EL CONCEPTO DE INTERÉS PÚBLICO Y SU INCIDENCIA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

CARLOS ANDRÉS DE CORES
JUAN MANUEL CAL

SUMARIO

I. PLANTEO DEL TEMA. IMPORTANCIA DE SU ESTUDIO. II. NOCIÓN DE INTERÉS PÚBLICO. III. INEXISTENCIA DE UNA POTESTAD DE PRINCIPIO PARA RESCINDIR UNILATERALMENTE LOS CONTRATOS. IV. CONCLUSIONES.

I. PLANTEO DEL TEMA. IMPORTANCIA DE SU ESTUDIO.

Resulta por demás curioso que la doctrina y, especialmente, la jurisprudencia administrativista no se hayan preocupado mayormente por precisar conceptualmente la idea de interés público, siendo que se trata nada menos que de uno de los pilares (si no el único) en que el propio derecho administrativo basa su autonomía ¹.

Es llamativo, además, porque en muchos casos la imprecisión mencionada se convierte en una excusa en que la Administración (y no sólo ella) se funda para desplazar abusivamente a los particulares de derechos subjetivos perfectos consagrados por la Constitución.

Lo que se intentará en las líneas siguientes es, en primer término demarcar con la mayor precisión posible las fronteras del interés público ². Y en segundo lugar, analizar una de las hipótesis en que este concepto tiene mayor aplicación práctica: la pretendida potestad de principio que posee la Administración para resolver unilateralmente los contratos que celebra con particulares.

II. NOCIÓN DE INTERÉS PÚBLICO ³.

A) Problemas que plantea su imprecisión

Como suele suceder con los conceptos jurídicos indeterminados, al enfrentarlos con su opuesto (por ejemplo, justicia-injusticia), nos encontramos ante diversas situaciones que claramente se ubican en una u otra categoría. Pero otras –tal vez la mayoría– se encontrarán en un estado intermedio, siendo difícil su encasillamiento en el caso concreto. Eso es precisamente lo que sucede con el concepto en análisis y su antítesis, el interés individual o privado.

No hace falta resaltar el problema que esto puede producir, y de hecho genera: que la Administración, en su legítima e innegable función de tutela del bien común, se atribuya sin embargo facultades que no le corresponden de conformidad al marco constitucional vigente, como se verá luego.

1. *Rivero*, "Droit Administratif", Ed. Dalloz, París 1962, p. 10 y 11, señala que el interés público es el fin mismo de la Administración; y aunque el contenido del concepto cambie, el fin permanece inalterable.
2. El marco normativo vigente no ayuda demasiado en esta tarea. En efecto, si bien el art. 20 inc. 2º de la ley 17060, y el art. 9 del decreto reglamentario 30/2003 refieren al interés público, lo hacen de forma elíptica y descriptiva: "El interés público se expresa en la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua, en la buena fe en el ejercicio del poder, en la imparcialidad de las decisiones adoptadas, en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales, en la rectitud de su ejercicio y en la idónea administración de los recursos públicos". Según se observa, lo que se hace a través de estas normas es simplemente expresar manifestaciones del interés público, pero no aventurar definiciones del concepto propiamente dicho.
3. Lo que se intentará en efecto es dar una noción y posteriormente, si ello nos es posible, un concepto del interés público, ya que como señala *Barrios de Angelis* ("Teoría del Proceso", Ed. Depalma, Bs. As. 1979, p. 14), "noción es conocimiento primario; impreciso pero suficiente para distinguir su objeto de otro objeto, toda vez que no se lo someta a un análisis riguroso. Concepto, al contrario, es un pensamiento que describe de modo inequívoco un objeto".

B) Distinción respecto a otros conceptos afines

Entre todos los conceptos que guardan estrecha vinculación con el *sub examine* de interés público, tal vez el más afín sea el de *interés general*, el cual según entendemos debe considerarse como sinónimo⁴, por lo que a lo largo de las líneas que siguen se manejarán en forma indistinta ambos términos.

Otra idea similar es la de *utilidad pública*, que es mencionada por nuestra Constitución –junto al propio interés general– al regular el derecho de propiedad⁵. Como se observa, se asemejan mucho pero la distinción está en que la utilidad sería una especie dentro del género interés. Por cuanto según señala Berdaguer en reflexiones vertidas para el derecho de las obligaciones, pero perfectamente aplicables a esta sede, el interés “puede ser patrimonial o no patrimonial; en tanto que la ‘utilidad económica’, como su propio nombre lo indica, es siempre patrimonial”⁶. De manera que el interés público o general se caracterizará de regla por satisfacer una necesidad no necesariamente patrimonial; en caso de que la necesidad sea susceptible de estimación pecuniaria, estaremos ante la utilidad pública, lo cual justifica su inclusión al regular la propiedad, derecho por antonomasia apreciable en dinero.

Más interesante resulta analizar la diferencia del interés general con el *interés común*, que pone en evidencia Cerri al estudiar los orígenes de aquél⁷. Mientras que el interés común sería el interés coincidente de todos y cada uno de los asociados, el interés general sería el interés de la colectividad objetivamente entendida, que puede consolidarse incluso a través del sacrificio de los intereses de algunas categorías o grupos. Según sostiene este autor italiano, originariamente sólo había dos categorías de intereses: los individuales y los comunes, *tertium non datur*. El origen de la expresión interés general estaría dada por la clase dominante que impone juicios valorativos a través de tal concepto. Volveremos de inmediato a esta postura al tratar la definición del interés público.

Para terminar este apartado, haremos mención de otro concepto, el de *bien común*, que tiene una connotación esencialmente teleológica, de modo que estaría vinculado al interés general en una relación de medio a fin, o más propiamente de causa a efecto.

C) Un intento de definición

La doctrina suele comenzar el punto con un estudio de la raíz etimológica del giro “interés público”⁸. Así, se concluye que el vocablo “interés” proviene de la voz latina *interest*, cuyo sentido literal es “estar entre” y que con el paso del tiempo llegó a significar algo así como “lo que importa” o “lo que es importante”. Visto ahora el punto desde una perspectiva económica, puede entenderse al interés como la relación entre un individuo que tiene una necesidad, y el bien adecuado para satisfacerlo. O, dicho en otras palabras, un “tender hacia un objeto”⁹.

Precisada la voz “interés”, se procede a la mención de que es “público”, entendiéndose por tal, oponiéndolo a privado, todo aquello que atañe o interesa a la comunidad¹⁰.

Continuando el camino hacia una definición, Prat sostiene que “la precisión del interés general se revela imposible por ser un concepto de contenido contingente, variable según las épocas, las técnicas y las formas sociales”¹¹. Entendemos que tal afirmación es parcialmente verdadera, porque el hecho de que el contenido sea variable con las épocas, no quita que el continente pueda ser único e inmutable, caracteres que según creemos detenta la definición que se transcribirá.

Puede definirse provisoriamente entonces al interés público, con Escola, como “el resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda

4. En este sentido, nuestros tribunales han sostenido que el giro *interés público* “es equiparable al interés general, al interés colectivo, de una sociedad, o de una región determinada. Estas nociones, que particularizan aspectos colectivos (...), componen una nómina de inquietudes, necesidades, disposiciones, que son compartidas por la enorme mayoría de los sujetos de derecho en una colectividad, y que se dirigen hacia un fin principalmente, colectivo”. Véase LJU c. 14306 (TAP 1º Sent. 43/2001).
5. “Art. 32.- La propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de *interés general*. Nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o *utilidad públicas* establecidos por una ley y recibiendo siempre del Tesoro Nacional una justa y previa compensación (...)”.
6. Berdaguer, “Fundamentos del Derecho civil”, tomo I, Ed. FCU, Mdeo. 1994, p. 125.
7. Cerri, “Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione”, Ed. Cedam, Padova 1973, ps. 23 y ss.
8. Escola, “El interés público como fundamento del derecho administrativo”, Ed. Depalma, Bs. As. 1989, p. 237; Ochs, “Algunos aspectos del instituto de declaración de inconstitucionalidad”, en Rev. de Derecho Público N° 10, Ed. FCU, Mdeo. 1997, p. 160.
9. Cerri, op. cit., p. 21. En el mismo sentido Barrios de Angelis, op. cit., p. 108.
10. Escola, op. y loc. cit.; Ochs, op. y loc. cit.
11. Prat, “Derecho Administrativo”, tomo I, Ed. Acali, Mdeo. 1977, p. 125.

la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos”¹².

Tal postura se presenta *a priori* como la más acertada, por respetar adecuadamente los principios inherentes a un Estado de Derecho, liberal y humanista; pero tiene el inconveniente de no dar soluciones ante problemas concretos que se planteen. Por ello, aun cuando no compartamos el enfoque ostensiblemente político de Cerri, entendemos que las ideas de este autor encierran una gran dosis de verdad y sentido pragmático. Es obvio que el Estado, principal agente de los intereses de la comunidad, no puede verificar en cada acto que realiza, la conformidad de los intereses mayoritarios.

Es en este sentido que asiste razón a Cerri: el interés público encierra, en cierto sentido, un juicio de valor; aunque éste no estará dado a nuestro entender por los intereses de la clase dominante, sino por el sentir mayoritario y homogéneo de la población que expresa sus convicciones al concertar un texto constitucional.

Por lo dicho no aparecen como antagónicas las posiciones de Cerri y Escola, sino que aquélla –con la aclaración apuntada– sería la aplicación práctica de ésta. La tesis que estamos adoptando justificaría la presunción de legitimidad, de carácter relativo, de que gozan los actos del aparato estatal cuando éste se desempeña dentro del ámbito de sus atribuciones.

D) Solución de conflictos

Sabido es que en una sociedad plural, los diversos intereses en ella comprometidos entran constantemente en colisión. Ante este fenómeno inocultable, debe adoptarse un criterio coherente que haga prevalecer uno de ellos por sobre el otro, pues lo más común es que sea imposible mantener a ambos en plena vigencia efectiva.

1. Entre interés público e interés privado.

La cuestión a tratar en este apartado es de muy difícil dilucidación, y dependerá en definitiva del concepto que se tenga acerca de la existencia de derechos absolutos en nuestra Constitución, no susceptibles de limitación, ni aún en razón del interés general.

Nuestra Suprema Corte de Justicia ha demostrado en reiteradas ocasiones su respuesta negativa a la interrogante formulada. En opinión con la cual –como habrá de verse– discrepamos, el máximo órgano judicial del país ha establecido que, sin perjuicio de reconocer la existencia de derechos fundamentales, “ninguno de ellos –con excepción del derecho a la vida (art. 26)– tiene constitucionalmente carácter absoluto, pudiendo en consecuencia ser limitados por el legislador”¹³, invocando luego los artículos de la Carta Magna que respaldarían la tesis.

Tesis que en nuestra opinión es, siguiendo a Ochs, errada. En realidad el individuo tiene ante el Estado dos situaciones jurídicas perfectamente distinguibles: una es el interés legítimo y la otra el derecho subjetivo perfecto; en ésta última hipótesis, “el legislador ordinario no puede afectar ni un ápice los derechos constitucionales de los habitantes”¹⁴. Entendemos, en efecto, que el criterio correcto es ser lo más restrictivos que sea posible al momento de limitar los derechos fundamentales¹⁵. De manera que el legislador podrá hacerlo únicamente con mandato constitucional expreso; de no haberlo nos encontraremos ante un derecho subjetivo perfecto.

Además, percibimos una cierta inconsistencia en remarcar que sólo el derecho a la vida es absoluto por la interdicción de la pena de muerte edictada por el art. 26, porque se parte del supuesto que sólo puede retacearse tal derecho a título de pena. Ciñéndonos estrictamente al tenor literal de la norma, debería concluirse que una ley contraria a ese bien supremo que es la vida, pero que no sea a través de la imposición de una pena, será rigurosamente constitucional. Lo cual es a nuestro juicio un grave error.

12. Escola, op. cit., ps. 249 y 250.

13. LJU c. 14297 (SCJ Sent. 525/2000).

14. Ochs, op. cit., p. 160.

15. Esta posición tendrá su influencia en el punto que se tratará más adelante en relación con los contratos administrativos, pues entendemos que uno de los derechos en los que debemos ser estrictos en la limitación por vía legal es el del debido proceso que proclama el art. 12 de la Constitución. Este artículo, pese a su redacción de tinte penal, evidentemente debe ser extensible a todas las ramas jurídicas (véase *infra*, III, 2.1 y 2.4).

Y es incorrecta la posición de la Corte, por otra parte, porque ignora la filosofía que impregna el texto constitucional, pues es justamente este punto el que permite distinguir un sistema liberal y personalista como el nuestro de otro autoritario y transpersonalista.

En efecto, planteado un conflicto entre interés público e interés individual, dos maneras habrá de dilucidar el problema. La solución en un sistema de corte autoritario será el sacrificio y extinción lisa y llana del derecho del particular afectado. Pero en un Estado liberal y democrático de derecho, y adoptando las ideas vertidas por Escola, los intereses en pugna tienen una idéntica entidad sustancial, siendo cualitativamente semejantes y distinguiéndose sólo cuantitativamente como se estableció líneas arriba (*supra*, 3).

Como corolario, lo que ocurrirá es la prevalencia del interés público, pero no al precio del sacrificio, sino simplemente del desplazamiento o sustitución del interés del particular, teniendo éste en su virtud “el derecho a ser adecuadamente compensado por la pérdida o la merma de sus derechos y de su interés, de manera que su interés privado, de esa forma, quede salvaguardado”¹⁶.

Es que la redacción que el constituyente dio, entre otros, al art. 7 de la Carta Magna, debe interpretarse como una garantía para los derechos del individuo, y jamás como una postergación de los mismos. Porque como bien se encarga de señalarlo Risso Ferrand (citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos), “de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Constitución o la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real. Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los intereses en juego”¹⁷. Lo cual, como hubo oportunidad de ver, lamentablemente no ocurre, puesto que el juez constitucional (en nuestro sistema, la Suprema Corte de Justicia) sustenta un concepto a nuestro juicio demasiado amplio de lo que debe reputarse interés general.

2. Entre más de un interés público.

Considera Moor que, pese a la aparente unidad que la expresión en singular “interés público” brinda, en realidad a poco de estudiarse el tema lo que llama más la atención es precisamente lo contrario, es decir, la diversidad. No encontraremos por lo general *un* interés público sino simplemente intereses sectoriales, fragmentarios¹⁸.

Diversidad que, según continúa el autor, se aprecia no sólo en la finalidad de los intereses en juego (pone el ejemplo de una comunidad cuya economía está empobrecida y debe decidirse sobre el ensanchamiento del terreno para practicar esquí en detrimento de los bosques allí existentes); también se percibe entre otros en los sectores sociales involucrados (ya que rara vez estaremos ante el interés de la sociedad en general), en los órganos estatales (no se descarta la existencia de conflictos entre más de uno ellos atribuyéndose el interés de la sociedad) y hasta en el territorio¹⁹.

Tal pareció ser la posición del Consejo de Estado francés, el cual fallando en el caso “Ville nouvelle-est”²⁰ entendió que una operación no puede ser declarada de utilidad pública sino en los casos en que los retaceos a la propiedad privada, el costo financiero y los inconvenientes sociales que dicha operación lleva consigo no sean excesivos en relación al interés que representa.

Con esta tesitura discrepa Ochs, quien juzga errónea la idea de que existan diversos intereses generales al mismo tiempo, en virtud de que el mismo será “el cuantitativamente mayoritario con dos modalidades: ora reúne la totalidad de los intereses individuales ora reúne la mayoría de dichos intereses”²¹.

Por nuestra parte entendemos que no sólo puede darse este tipo de conflicto, sino que se presenta con frecuencia; porque en definitiva no resulta sencillo determinar el designio mayoritario cuando el impacto, verbigracia, de una obra, tiene incidencia en cierto sector de la población únicamente. ¿Cómo delimitar la circunscripción territorial dentro de la cual sopesar los intereses? ¿Un barrio, una ciudad, un país?

El dilema al que nos enfrentamos tiene una particular trascendencia en materia tributaria. Como enseña Valdés Costa, “sucede generalmente que cuando el Estado realiza una obra pública o presta un servicio público, éstos, además de beneficiar a la colectividad, benefician preferentemente a un grupo que obtiene provechos directos e inmediatos de esa actividad. El Estado satisface necesidades colectivas, pero simultá-

16. *Escola*, op. cit., p. 244.

17. *Risso Ferrand*, “Derecho Constitucional”, tomo I, Ed. FCU, Mdeo. 2005, p. 469.

18. *Moor*, “Intérêts publics et intérêts privés”, en *La pesée globale des intérêts*, Ed. Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1996, p. 24.

19. *Moor*, op. cit., ps. 25 y 26.

20. Consejo de Estado, Sent. 78825 de 28/V/71 (www.legifrance.gouv.fr).

21. *Ochs*, op. cit., p. 163, nota 9.

neamente beneficia más a algún grupo de componentes de la sociedad, y para este grupo crea una contribución o un impuesto especial"; concluyendo luego que "si bien es justo que los directamente beneficiados paguen más, es efectivamente así cuando las obras o la actividad del Estado favorece a un grupo pequeño de los componentes de la sociedad; pero cuando los beneficiados son todos los habitantes del país, llegamos a una organización compleja en la que no se justifica el distinguo, porque las obras públicas, de vialidad, etc., benefician a todas las personas"²². Por nuestra parte entendemos que el ejemplo mencionado es por demás elocuente de que, detrás de la decisión que toma el Estado entre poner una obra a cargo de toda la población, o hacerla a expensas de un grupo específico a través de tributos especiales, lo que subyace no es otra cosa que una opción política en favor de un interés público respecto de otro que colide con él.

Los inconvenientes de determinación expuestos líneas arriba nos muestran con claridad que el conflicto entre dos o más intereses públicos, por su idéntica naturaleza, implica una necesaria elección entre uno de los que se encuentran en pugna. De manera que no podemos, como sí lo hicimos al balancear intereses de distinta entidad (*supra*, 4.1), ensayar una solución aplicable sin más a toda circunstancia. De todos modos, se trata de un tema en el que ciertamente valdría la pena indagar.

III. INEXISTENCIA DE UNA POTESTAD DE PRINCIPIO PARA RESCINDIR UNILATERALMENTE LOS CONTRATOS

La relevancia que el interés público o general presenta en la contratación administrativa está fuera de discusión, y excede notoriamente la órbita meramente rescisoria de los contratos, para proyectarse hacia la ejecución de los mismos (por ejemplo, los poderes que la doctrina denomina de dirección y control, sancionatorio y modificativo). Sin embargo, prescindiremos de esto último y sólo nos dedicaremos aquí a la vicisitud extintiva de los vínculos contractuales.

A) La teoría de las potestades exorbitantes. Sus falencias.

El principal argumento esgrimido para otorgar a la Administración la potestad bajo análisis consiste en que, en los contratos que ella celebra, habría implícita una "cláusula exorbitante del derecho común", cuya existencia se justificaría por el interés público que en ellos hay en juego.

Esta teoría ha sido adoptada por el Consejo de Estado francés en sentencia del 31/VII/1912²³, y desde entonces ha sido aceptada casi unánimemente, contando con el recibo (directo o implícito) de nuestra doctrina²⁴.

De la misma forma, nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha hecho caudal de esta tesis, afirmando que la Administración "dispone de ciertos poderes de los que son propios del régimen común y que derivan de la propia esencia de los intereses públicos involucrados"²⁵; que la rescisión "responde al ejercicio de facultades inmanentes que (...) constituyen una cláusula exorbitante 'virtual' del derecho privado"²⁶; y que "tal supremacía en cuanto a la potestad rescisoria (voluntad unilateral de la Administración), no puede entonces discutirse"²⁷. De la misma forma se ha dicho que el interés público "no estaría suficientemente protegido, si a igualdad de potestades rescisorias de ambos contratantes, para proceder a la rescisión, fuera necesario acudir antes a la Justicia para que sea ella quien declare el incumplimiento"²⁸.

Como se observa, la posición de nuestro máximo tribunal de la jurisdicción administrativa es de aceptación pacífica de tal doctrina. No obstante ello, se han elevado voces disonantes, con argumentos a nuestro juicio muy convincentes.

Así, Durán Martínez ha señalado que en primer lugar la idea de las prerrogativas exorbitantes se basa en una errónea identificación derecho civil-derecho común: el régimen jurídico será distinto, sí, pero no puede afirmarse que uno de los sistemas (público o privado) sea el común respecto del otro. Pero fundamentalmen-

22. Valdés Costa, "Instituciones de Derecho Tributario", Ed. Depalma, Bs. As. 1996, ps. 444 y 445.

23. Cfme. De Laubadère, "Les difficultés actuelles de l'identification du contrat administratif en droit français", en Estudios de Derecho Administrativo, tomo I, Mdeo. 1979, p. 70.

24. Sayagués Laso, "Tratado de Derecho Administrativo", tomo I, Ed. FCU, Mdeo. 1988, p. 578; Prat, "Derecho Administrativo", tomo III vol. 2, Ed. Acali, Mdeo. 1979, p. 319.

25. ADA VI, 261 (TCA Sent. 538 de 7/VI/1993).

26. ADA IV, 232 (TCA Sent. 339 de 23/VII/1990).

27. ADA IV, 231 (TCA Sent. 294 de 24/VII/1989); X, 196 (TCA Sent. 201 de 4/IV/2001).

28. ADA III, 194 (TCA Sent. 620 de 26/X/1988); X, 195 (TCA Sent. 3 de 1/II/2001).

te el concepto falla por cuanto en realidad, lejos de constituir un régimen exorbitante, el de los contratos administrativos se presenta como un régimen de equilibrio y colaboración, en el que si bien las partes perseguirán fines diversos, ellos no serán opuestos, porque el fin privado coadyuva con el público²⁹.

Es que las prerrogativas exorbitantes, en definitiva, son enteramente incompatibles con el propio concepto de contrato, que ontológicamente lleva consigo los principios de la fuerza vinculante (art. 1291 del Código Civil) y de que la ejecución de los mismos no puede quedar librado al arbitrio de uno de los contrayentes (art. 1253 del cuerpo legal citado). Si la Administración opta por celebrar contratos y no actuar unilateralmente, no puede sustraerles luego a aquellos los elementos que precisamente forman parte inextirpable de su esencia.

Descartada esta potestad de principio en virtud de la pretendida cláusula exorbitante, corresponde analizar por separado las soluciones que juzgamos convenientes para las dos causales en que puede basarse la resolución unilateral (o rescisión, según se trate o no de contratos de ejecución continuada): el incumplimiento por un lado y la inconveniencia para satisfacer el interés público por otro.

Indudablemente, la incidencia del concepto que estudiamos es mucho más notoria en el segundo caso que en el primero. Aún así, no es extraño a la resolución por incumplimiento, pues es precisamente en el interés público que se basa la supuesta potestad administrativa para escamotear el proceso judicial correspondiente.

B) Resolución por incumplimiento.

En su mayoría, como se estableció *supra*, la doctrina y jurisprudencia entienden que el acudir a los órganos judiciales –o mejor dicho, las demoras que ello acarrea– es incompatible con la satisfacción del interés público, cuya urgencia reclama soluciones rápidas y efectivas. Y como corolario de ello, deben otorgarse a la Administración los mecanismos idóneos para rescindir ella misma los contratos que celebra. Sin embargo, este razonamiento adolece de numerosas fallas que detallaremos acto seguido.

1. El problema de la competencia orgánica

Entendemos siguiendo a Cajarville que la concepción que se objeta es violatoria de la atribución de competencias establecida por la normativa constitucional. En efecto, “interpretando la expresión ‘Poder Judicial’ como función jurisdiccional en sentido material, el art. 233 de la Constitución significa que la actividad que consiste en la resolución de conflictos intersubjetivos concretos de intereses por un tercero ajeno a los mismos, corresponde al Poder Judicial en sentido orgánico (...) salvo excepción constitucional expresa, y no puede ser atribuida por la ley a otros órganos”³⁰.

En el caso que nos encontramos analizando –la extinción de un contrato por incumplimiento– estamos sin duda alguna ante un conflicto de intereses entre las partes contratantes. Los partidarios de la potestad de principio, conscientes de las arbitrariedades que su postura puede llegar a encubrir admiten, a los efectos de salvaguardar los derechos del cocontratante, el sometimiento de esa decisión (acto administrativo unilateral) a los distintos recursos administrativos.

Pero como sostiene con buen tino Cajarville, planteada la cuestión desde la perspectiva de la teoría de los actos administrativos (pues no otra cosa que un acto administrativo es aquella decisión que declara resuelto el contrato), uno de los presupuestos de validez de todo acto es la competencia de quien lo dicta. Y si se tiene presente lo subrayado líneas arriba sobre las normas atributivas de competencia, no puede menos que concluirse no sólo en la nulidad del acto, sino también en el error en que incurre la tesis combatida. Porque ésta será cierta “en tanto no se la considere un postulado *a priori* del cual deducir poderes, sino en cuanto sea una comprobación inductiva, *a posteriori*”³¹. El error consiste en tomar como punto de partida lo que precisamente debe demostrarse: se trata de un típico ejemplo de *petitio principii*.

29. Durán Martínez, “Ejecución de los contratos administrativos”, en Contratación Administrativa – Curso para graduados 1988, Ed. FCU, Mdeo. 1989, ps. 61 y 62. En el mismo sentido –destacando la tendencia de la doctrina moderna a acentuar el régimen de cooperación– puede verse Delpiasso, “Contratación Administrativa”, Ed. UM, Mdeo. 1999, p. 16.

30. Cajarville, “Apuntes sobre ‘funciones’ y ‘cometidos’ del Estado”, en Rev. Urug. de Der. Constitucional y Político, v. 3, n.º 18, Mdeo. 1987, ps. 361 y 362.

31. Cajarville, “Extinción de los contratos de la Administración”, en Contratación Administrativa cit., ps. 123 y 124.

2. Mecanismos de los que dispone la Administración para defenderse

Es que si lo que se pretende es proteger el interés público ínsito en los contratos administrativos, “la solución respetuosa de la distribución de funciones entre los Poderes no conduce a excluir la intervención judicial, sino a consagrar procedimientos abreviados, sin mengua del debido proceso”³², puesto que indudablemente no es lo mismo someter una controversia a la decisión de un tercero que impugnar una resolución ya tomada *inaudita altera pars*.

Y aun ante la ausencia de tales procesos acotados, la Administración dispone de diversos caminos (los mismos que tienen a su alcance los particulares) para hacer valer con eficacia razonable sus derechos, como ser las medidas cautelares o incluso la acción de amparo (el art. 1º de la Ley 16.011 faculta su promoción por personas públicas), y no necesita potestad exorbitante alguna. Debe recordarse que el respeto de los derechos individuales es también (y con creces) cuestión en la que la comunidad está claramente interesada³³.

No se postula en estas líneas una concepción de igualdad absoluta entre individuo y Administración. Reconócese en efecto que ésta puede, como es sabido y en razón de sus poderes de imperio y coacción, imponer comportamientos a sus administrados sin su asenso, a través de la amplia gama de actos unilaterales para los cuales está legitimada. Lo que sí se subraya es que no se justifica el establecimiento de mecanismos diversos de rescisión contractual, *so pretexto* de un interés cuya precisión para el caso concreto resulta, en la mayoría de los casos, dificultosa; y que se trata de una solución que –bueno es reiterarlo– se da de bruces con la esencia misma del contrato y su fuerza vinculante.

3. La coincidencia en un solo sujeto de las calidades de juez y parte

Es un valor compartido por la cultura jurídica contemporánea, la inconveniencia de que un mismo sujeto sea simultáneamente juez y parte en un conflicto jurídico determinado (*nemo iudex in causa sua*).

Y es precisamente aquí donde aparece otra defección de la tesis mayoritaria: la arbitrariedad estaría salvada –se dice por la mayoría de la doctrina–, porque no en cualquier caso podrá la Administración rescindir sus contratos, sino únicamente cuando el incumplimiento revista el carácter de cierta gravedad. Pero ocurre que quien juzga acerca de la entidad no será un tercero imparcial y ajeno al conflicto –como sería lógico que ocurriera–, sino justamente una de las partes contratantes; lo cual –no hace falta decirlo– constituye una verdadera vía libre a la arbitrariedad.

Es claro que cualquier decisión que un sujeto tome para resolver un problema que lo vincula con otro (por más estatal que sea aquel sujeto), debería razonablemente teñirse por lo menos de un manto de sospecha.

4. Fundamento económico

Pero entendemos que la postura que intentamos rebatir, además de violatoria de normas constitucionales (no sólo, pues, las que otorgan competencias, sino el art. 12 referido al debido proceso), es patrimonialmente inconveniente para la Administración. En efecto, si el acto se impugnara y el particular resultara tener razón, se le deberán resarcir los perjuicios causados –que en muchos casos pueden ser cuantiosos–.

Como sostuviera hace muchos años Teissier, “un acto administrativo, aun siendo legal y regular, puede originar a cargo del Estado, serias responsabilidades financieras, todas las veces que él modifique los fundamentos de un contrato, es decir, las condiciones en consideración a las cuales él ha sido celebrado y considerado por las partes”³⁴.

Todo lo cual se evitaría si, en lugar de dictarse un acto unilateral, se sometiera el diferendo a la Justicia competente para que sea ella quien determine si se verificó el incumplimiento: de ese modo, cualquiera sea el sentido del fallo, el particular no sufrirá perjuicio alguno y, por ende, no será necesario resarcirlo.

5. La tutela judicial de los intereses difusos

Obsérvese por otro lado que el Código General del Proceso previó en sus arts. 42 (en sede de postulación) y 220 (en materia de eficacia de la cosa juzgada) la promoción de procesos en representación de “intereses

32. Cajarville, op. cit., p. 127.

33. Durán Martínez, op. cit., p. 67.

34. Citado en Lapoujade, “El Estado ante los Tribunales”, Ed. García, Mdeo. 1927, p. 9.

difusos". Esta idea ha sido implícitamente catalogada como híbrida, entendiendo que "ya no se trata del interés individual tutelado a través del proceso, ni tampoco del interés público, sino de otro grupo de intereses que pertenece a una pluralidad de personas"³⁵. No obstante la autorizada opinión doctrinal, no creemos que se trate en esencia de un concepto tan diverso al de interés público, pues éste se caracteriza precisamente por pertenecer a un grupo indeterminado de personas (el ejemplo del medio ambiente, que menciona el art. 42, es paradigmático en este sentido).

En todo caso, entendemos que los dos conceptos constituirían (para expresarlo gráficamente) dos círculos secantes, de manera que buena parte de los intereses difusos quedarán comprendidos por el interés público, mientras que otros –cuya titularidad detenta un ínfimo grupo de personas– se mantendrán por fuera.

El tratamiento de la normativa en cuestión presenta su importancia, ya que es una demostración palmaria de que, en buen romance, el legislador no considera incompatible el desarrollo de un proceso judicial con la satisfacción del interés general, en la medida en que quien accione sea un ciudadano común, o un grupo de ellos. Es por ello que Barrios de Ángelis, al analizar el objeto del proceso y los intereses en él contenidos, señala que "en principio, es interés público todo el que corresponde al Estado, pero hay intereses que no se le atribuyen y se consideran públicos: todos los que aun no pertenecientes al Estado importan a la comunidad", nombrando entre ellos el mantenimiento de la cultura en general³⁶, que el CGP señala a su turno como difuso.

Sucede que la teoría combatida se basa en la –a nuestro juicio– equivocada idea de que sólo el Estado (o más propiamente la organización administrativa) está legitimado activamente para accionar en tutela del bien común: aquél, como dice Brito, "no es el único, si bien el más calificado y eminente protagonista del interés general"³⁷.

6. El régimen vigente en materia de recursos durante el período de contratación.

A mayor abundamiento, no deja de llamar la atención que se tenga tanto apremio a la hora de extinguir un contrato en razón de la inmediatez temporal de satisfacción que caracteriza a la noción de interés público, y este apuro merme cuando se trata de celebrarlo. Nos referimos específicamente al art. 62 inc. 4° del TOCAF que regula el efecto con que se otorgan los recursos.

Si bien se permite a la Administración, por razón fundada, disponer lo contrario, la mencionada disposición consagra como principio general el efecto suspensivo de tales recursos. Solución que se presenta como incongruente con la urgencia que la doctrina mayoritaria reclama a la hora de complacer al interés general a costa del particular contratante.

La idea detrás de todo esto sería que, aunque esté en juego el interés público –pues es de Perogrullo que las necesidades de la población existen antes del contrato–, la Administración puede tomarse su tiempo para resolver impugnaciones. Ello a diferencia de cuanto respecta al particular, a quien sí se le exige eficiencia *so pena* de la extinción de lo convenido.

7. Defensas del particular ante el acto rescisorio

Pese a todo lo manifestado en los apartados anteriores, se observa cotidianamente, como señala Delpiazzo, la práctica de la rescisión unilateral por incumplimiento. Ante este acto –a nuestro juicio, reiteramos, ilegítimo– el particular contratante tiene diversas maneras de accionar a efectos de no quedar desprotegido.

Puede en primer lugar solicitar la anulación del acto y la reparación correspondiente; también se le permite la acción de cumplimiento ante la justicia ordinaria, la que no podrá anular el acto administrativo (pues ello es competencia del TCA), pero sí hacer ejecutar el contrato, incluso aplicando astreintes; y por último dispone el particular de la acción de resolución³⁸.

35. Vescovi y otros, "Código General del Proceso comentado, anotado y concordado", t. II, Ed. Ábaco, Mdeo. 1993, p. 74.

36. Barrios de Ángelis, op. y loc. cit. en nota 9.

37. Brito, "Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo", en LJU tomo XC (febrero 1985), p. 16.

38. Cfme. Delpiazzo, op. cit., p. 252.

C) Resolución por mérito o conveniencia.

Bajo estas dos denominaciones la doctrina refiere a las hipótesis en que la Administración rescinde sus contratos en virtud de que su ejecución ya no es compatible con el interés público que en ellos está en juego. Como se observa, aquí la solución es menos diáfana que en el caso analizado en el numeral anterior, ya que no estamos ante un hecho perceptible por un tercero ajeno al conflicto –vale decir, el incumplimiento– sino ante una apreciación subjetiva que efectúa la Administración.

El riesgo de arbitrariedad es, según puede advertirse, mucho más pronunciado, debiendo la Administración realizar un cuidadoso balance de los valores que hay en juego³⁹. Sayagués Laso se percató de ello, señalando que si bien acepta una potestad implícita cuando el cumplimiento del contrato ya no responde a las necesidades generales (pagándose por supuesto indemnización), niega la posibilidad de rescisión por *mera* conveniencia, “estimándose que violaría los derechos del particular contratante y que si fuera admisible nadie querría contratar con la administración”⁴⁰.

Nos encontramos, según se advierte, ante el mismo problema que se planteó antes (*supra*, 2.3): quien decide si es o no *mera* conveniencia es simultáneamente juez y parte. Sin embargo, se nos presenta una dificultad adicional innegable respecto a lo que sucedía en la hipótesis anterior, subrayada por Brito en oportunidad de criticar la postura de Delpiazzo al respecto: “no es posible ni procede acudir al juez porque no necesariamente se trata de un incumplimiento del cocontratante, sino de que la concesión ya no responde al interés público, (y) el poder de rescindir originariamente –ante la ausencia de incumplimiento y por la razón de interés público– no aparece conferido a otro órgano del Estado diverso del concedente”⁴¹.

Por su parte Waline, en oportunidad de su análisis sobre las potestades discrecionales, realiza una serie de reflexiones de interés que resultan aplicables a nuestro tema.

Plantea el doctrino el inconveniente de establecer hasta dónde el juez puede (o debe) volver a hacer, luego del administrador, las apreciaciones que éste hizo: cuando el juez pretende controlar la oportunidad de la decisión, podemos preguntarnos si está o no sobrepasando su rol⁴². La solución estaría para este autor en permitir al juez la revisión del acto administrativo sólo en cuanto haya un error manifiesto del administrador al apreciar lo que el interés público demanda.

Esta conclusión aparece como la más acertada en una situación como la que nos encontramos analizando, por cuanto balancea en forma adecuada las prerrogativas de la Administración y los intereses del particular contratante en no ser avasallado por el poder público, accediendo a un proceso justo en casos de abuso.

No mediando en este caso el impedimento competencial del caso anterior (incumplimiento, *supra*, 2.1), normas como el art. 63 del TOCAF, que prevé aumentos y disminuciones en las prestaciones, se presentan como perfectamente ajustadas a derecho. Es atribución propia de la función administrativa y no de la jurisdiccional el determinar el alcance del interés público⁴³, no obstante lo cual es requisito que entendemos imprescindible, que la potestad de la Administración derive en forma explícita de una regla de derecho, pues como ya hemos analizado (y la conclusión no cambia en esta modalidad de resolución), jamás habrá una potestad implícita de extinguir vínculos negociales.

Es preciso destacar, aquí más que en ningún otro sitio, la suma importancia que el control jurisdiccional de la actividad administrativa tiene en nuestro tiempo, y que también tiene amplio alcance en esta modalidad de resolución por el solo motivo del interés público. En efecto, la previsión expresa de tal potestad –única forma, reiteramos, de que ella pueda operar en este caso– no exime al poder administrador de utilizar-

39. Hacemos nuestras las palabras de *Gordillo*: “es necesario advertir que el interés público estatal está constituido por una serie de valores diversos; y que entre éstos, el valor justicia debe siempre anteceder al valor conveniencia. Lo que ‘conviene’ a la Administración o al Estado, en caso de ser ‘injusto’, no es un auténtico ‘interés público’; el interés público–conveniencia, cuando es antepuesto erróneamente al interés público–justicia, lleva en sí el germen de la destrucción de todos los intereses comunitarios; incluso la misma conveniencia material” (véase “Tratado de Derecho Administrativo”, t. II, Ed. Macchi, Bs. As. 1986, ps. XIV-44 y XIV-45).

40. *Sayagués Laso*, op. cit., ps. 576 y 577.

41. *Brito*, “Extinción de la concesión”, en Aspectos administrativos en las leyes de urgencia y de presupuesto, Mdeo. 2002, p. 230 y 231.

42. *Waline*, “Plaidoyer pour le pouvoir discretionnaire”, en Estudios de Derecho Administrativo cit., p. 525.

43. Esta aseveración, si bien es válida como principio general, no debería establecerse como regla absoluta: ya hemos visto la competencia judicial en materia de intereses difusos (*supra*, 2.5). Por otra parte, no otra cosa que determinar el alcance del interés general hace el Poder Judicial –Suprema Corte de Justicia– al juzgar en los procesos de inconstitucionalidad de la ley: “la Corte está habilitada para apreciar –en ese caso respecto a los artículos 7 y 32– si la ley cumple con la exigencia de fin: ser dictada por razones de interés general” (Sentencia citada por *Risso Ferrand*, op. cit., p. 455).

lo dentro de los límites que la razonabilidad impone, siendo decisivo el contralor de la arbitrariedad por parte de una función estatal distinta de la administrativa.

Detrás de la habitual renuencia a someter los actos administrativos al control jurisdiccional, se esconde por cierto una honda raíz cultural que valdría la pena revisar. Es parte de lo que, en España, Tomás-Ramón Fernández describió como “la pesada herencia de la separación de poderes”: para la cultura europea occidental (en la que nos incluimos), la división de poderes se entendió, desde la Asamblea Constituyente francesa de agosto de 1790, como una separación radical, abiertamente favorable a una exención judicial del Poder Ejecutivo. Exención que, “paliada a medias por una justicia administrativa nacida y desarrollada a contramano”, como sugiere el referido autor, ha propiciado una cultura jurídica, la latina, diferente a la anglosajona, así como un modo distinto de valorar el papel del Estado y el Derecho en el seno de la sociedad. En ésta, donde la separación de poderes se interpreta en su sentido primigenio, las sociedades no están absorbidas por el Estado, sino que se autorregulan por vía contractual, en el marco de leyes que sólo se limitan a prohibir lo manifiestamente indeseable, siendo por ende sociedades más espontáneas y plurales⁴⁴.

Por el contrario, en nuestra cultura, concluye Fernández que “el Estado monopoliza [incluso] la propia definición del interés general y hace de esa definición algo jurídicamente indiscutible. Todo lo que no coincida con esa definición apriorística que las autoridades estatales se reservan es puro interés particular, cualquiera que sea la intensidad o la extensión con la que se presente o sea sentido, pues, incluso cuando una y otra son grandes, todavía se dispone de una expresión que sea suficiente para descalificarles y negarle toda posibilidad de competir con el interés previamente definido de forma oficial como general: puro corporativismo”⁴⁵.

En consecuencia: no habrá jamás una prerrogativa de la Administración para extinguir vínculos contractuales derivada de supuestas cláusulas exorbitantes. Sí existirá tal potestad en la medida en que una regla de derecho se la atribuya en forma expresa (por lo que puede figurar en el propio contrato, art. 23 lit. a del decreto-ley 15524), y siempre y cuando esa norma no vulnere principios constitucionales establecidos en materia de competencia, como acontece en materia de resolución por incumplimiento.

IV. CONCLUSIONES

Las opiniones vertidas en este sucinto trabajo pretenden ser una reflexión sobre conceptos clave en el derecho administrativo, cuya precisión juzgamos de vital importancia pues, según la postura que se adopte, estará en juego la visión misma que el jurista tenga en lo que respecta al papel que debe desempeñar la Administración en las sociedades modernas.

No se nos escapa que tal vez no hayamos llegado a cumplir satisfactoriamente, como hubiéramos deseado, el designio trazado al comienzo de este trabajo (*supra*, I), esto es, llegar a un concepto acabado de lo que debe entenderse por “interés público” o sus diversas variantes. Pero si bien no se llegó a una solución, entendemos útil de todos modos haber planteado al menos el problema, sin perjuicio de ulteriores reflexiones que al respecto puedan hacerse.

Nos consta, por otra parte, que muchas de las ideas expuestas en las líneas precedentes no cuentan con el recibo doctrinal ni jurisprudencial mayoritario. Pero juzgamos con Jaime Rodríguez-Arana que quizás “la perspectiva iluminista del interés público, de fuerte sabor revolucionario (...), hoy ya no es compatible con un sistema sustancialmente democrático en el que la Administración pública, y quien la compone, lejos de plantear grandes o pequeñas batallas por afianzar su ‘status quo’, debe estar plena y exclusivamente a disposición de los ciudadanos, pues no otra es la justificación constitucional de la existencia de la entera Administración pública”⁴⁶.

Por ello entendemos que nuestra posición constituye la forma de lograr realmente que la organización administrativa esté al servicio de los administrados, como bastión garantista de sus derechos imperecederos, y no como estructura arbitraria que responda, bajo los ropajes del interés público, a las conveniencias del gobernante de turno.

44. Véase Fernández, “Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional”, Ed. Palestra, Lima 2006, ps. 333, 334 y 341.

45. Fernández, op. cit., p. 341.

46. Rodríguez-Arana, “La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado y lo público)”, en Rev. de Derecho de la UM, año IV (2005), n° 7, p. 90.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS SINDICATOS

PEDRO BELLOCQ
DIEGO SLINGER

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. RELACIONES DE PODER. III. DELIMITACIÓN DEL TEMA.
IV. ¿SON SUJETOS PASIBLES DE RESPONSABILIDAD? V. TIPOS DE RESPONSABILIDAD. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo afronta el delicado problema de la responsabilidad del sindicato por el ejercicio de actividades que el ordenamiento jurídico le reconoce como sujeto específico, pero llevadas a cabo de manera contraria a ese ordenamiento y por tanto devenidas ilícitas. El estudio abarca desde la fundamentación jurídica de dicha responsabilidad hasta su imputación y distribución, sin olvidar ni las distintas parcelas de la actividad sindical, ni los correspondientes tipos de responsabilidad que se pueden originar en cada una de aquéllas.

II. RELACIONES DE PODER

Este capítulo intentará detallar brevemente el fenómeno que se da con el surgimiento de los sindicatos y cómo ellos repercuten en las relaciones laborales, en las que anteriormente solo se encontraban empleadores por un lado y trabajadores aisladamente por el otro.

El sindicalismo podría ser definido como el movimiento de trabajadores tendiente a agruparse en asociaciones estables distribuidas profesionalmente y dirigidas a defender los intereses, reivindicar los derechos y luchar por las aspiraciones colectivas de los mismos.¹

De tal definición se desprende que el surgimiento de los sindicatos trajo consigo una equiparación de anteriores desigualdades en la relación empleador - trabajador, que obedecía obviamente al poderío económico que tenía el primero por sobre el segundo. Los sindicatos, y su manera de actuar, lograron en un primer momento que dicho poder no fuera utilizado con fines desviados y lentamente se fueron logrando reivindicaciones a favor del sector "débil" de la relación laboral, logrando el objetivo principal de acercar a las partes y disminuir las diferencias.

Así fue que con el correr de los años, y fruto del legítimo actuar de las organizaciones sindicales, se fueron consiguiendo modificaciones e innovaciones muy positivas para la legislación laboral.

Pero una variación en esta situación de equilibrio es lo que hoy en día nos inspira a la realización de este trabajo. Entendemos que, en la actualidad, algunas organizaciones sindicales toman decisiones sin medir las consecuencias que las mismas pueden ocasionar al empleador porque son conscientes de que gozan de cierta inmunidad patrimonial. Teniendo en cuenta que los conflictos colectivos son luchas de poder, creemos que esta inmunidad patrimonial puede romper el equilibrio que debe regir la relación laboral.

Esta situación desvirtúa las bondades que el correcto funcionamiento de los sindicatos brinda, tanto a trabajadores como a empleadores y a la sociedad en su conjunto.

1. Plá Rodríguez, Américo. Curso de Derecho Laboral, Tomo VI, Volumen I. Editorial Idea, Montevideo, 1999. Pg 23 y ss.

III. DELIMITACIÓN DEL TEMA

A) Personería Jurídica

Lo que buscamos no es determinar la necesidad o no de que una organización de trabajadores deba tener personería jurídica.²

En nuestro derecho positivo no existe una norma específica que exija que los sindicatos deban tenerla, mientras que en la doctrina se han manejado ambas posturas.

Resulta sí interesante determinar, si en caso de no existir personería jurídica de la organización de trabajadores, de todas formas se podría hacer responsable a la misma.

En este sentido MANGARELLI dice que la asociación profesional, cuando tiene personalidad jurídica, responde con su patrimonio como toda asociación. Si no tiene personería jurídica, podría sostenerse que responden los asociados con su patrimonio. Sin embargo la doctrina laboral ha precisado que la responsabilidad puede limitarse contractualmente, o en los estatutos, al patrimonio de la asociación, y que aún cuando dicha limitación no surja en forma expresa, debe interpretarse como tácitamente convenida.³

Entendemos que previo a atacar el patrimonio personal de los miembros integrantes de una organización sindical habría que admitir y aplicar la responsabilidad patrimonial de los sindicatos.

B) Aplicación Práctica: Sindicatos con Patrimonio

Antes de iniciar una acción de responsabilidad el actor no solo debe constatar que la organización sindical posea personería jurídica, sino también verificar que la misma tenga un patrimonio solvente, pasible de ser atacado.

De nada serviría probar que una organización sindical incurrió en un ilícito y causó un daño a una empresa si luego, constatada dicha responsabilidad, el sindicato no tiene bienes para hacer frente a una reclamación.

IV. ¿SON SUJETOS PASIBLES DE RESPONSABILIDAD?

En nuestro país no es frecuente ver que empresas que fueron dañadas por el actuar ilícito de un sindicato inicien una acción de responsabilidad patrimonial contra el mismo para resarcirse de los daños que le fueron ocasionados.

Antes de analizar los argumentos a favor y en contra hay que aclarar que no existe en materia del derecho laboral una norma de derecho positivo que prevea la condenación por responsabilidad patrimonial a los sindicatos.

Estamos entonces ante un caso de vacío legal que debe ser colmado por los operadores jurídicos basándose en el derecho común. MANGARELLI sostiene en referencia a este punto, que para aplicar una norma o un instituto del Derecho Civil, es necesario que exista un vacío en la norma laboral.⁴

A) Vacío Legal

En primer lugar podría argumentarse que los sindicatos no son sujetos pasibles de responsabilidad, porque dicho instituto no se encuentra previsto por la normativa laboral en el derecho positivo.

Pensamos que el hecho de que la responsabilidad no esté prevista específicamente por la normativa laboral no quita la posibilidad de que pueda invocársela.

Por el contrario, la práctica judicial nos indica que las partes, en reiteradas oportunidades, recurren a las normas del derecho común para fundamentar sus reclamos. Pueden citarse entre otros casos por ejemplo los institutos del despido abusivo o de la reparación del daño moral.

2. La nueva ley 17940 referida a la protección de la libertad sindical no exige que los sindicatos tengan personería jurídica para iniciar sus reclamaciones judiciales.

3. Mangarelli, Cristina. Incumplimiento del Convenio Colectivo en Veintitrés estudios sobre Convenios Colectivos, Montevideo, 1988, pg. 364.

4. Mangarelli, Cristina. Aplicación Supletoria del Derecho Civil en el Derecho del Trabajo, F.C.U., Montevideo, 2000. Pg. 17.

En tal sentido MANGARELLI recuerda que el concepto de autonomía de una rama del derecho no supone el apartamiento total del resto del ordenamiento jurídico⁵ y que el formar parte de un sistema jurídico, regido por principios comunes y generales, determina que en caso de vacío en la normativa laboral, sea necesario recurrir a las normas e institutos del derecho común o de otras ramas del derecho, los que serán de aplicación supletoria en el Derecho del Trabajo.⁶

A nuestro juicio el derecho que tiene toda persona -física o jurídica- a ser reparado por el daño causado a su patrimonio se encuentra regulado en el derecho positivo.

1. Recepción constitucional

El artículo 7º del citado cuerpo dice: **“Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general”**.

Entendemos que un aspecto del derecho de propiedad que menciona este artículo es el de la posibilidad de ser indemnizado por daños ocasionados al patrimonio de una empresa.

Teniendo como cierto lo mencionado en el párrafo anterior se debe analizar si el mismo puede ser ejercido por personas jurídicas o si se restringe exclusivamente a las personas físicas. En tal sentido, CASINELLI dice que además, la propiedad sobre bienes determinados puede ser ejercida, y puede ser titular de ella, una persona jurídica y no solo los seres humanos.⁷

Por otro lado el artículo dice que para poder limitar estos derechos se requiere una ley sancionada por razones de interés general. Dicha ley no existe en nuestro ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, el artículo 8º establece: **“Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes”**. A nuestro entender, dicho artículo está consagrando la igualdad que existe entre las distintas personas físicas y jurídicas. Por ende, y como una empresa puede ser responsabilizada por el daño que ocasiona a los trabajadores, consideramos que una organización sindical también podrá ser responsable por los daños causados.⁸

En última instancia debemos tener presente que el artículo 72º prevé que: **“La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”**.

En nuestra opinión el derecho a reclamar podría incluirse dentro de las dos categorías; es decir que es inherente a la persona humana y deriva de la forma republicana de gobierno. El citado constitucionalista menciona también que se entiende pues, que hay derechos que son inherentes a la calidad de persona humana, que no resultan de una atribución del ordenamiento jurídico sino de la propia naturaleza de la personalidad humana. Si el contribuyente se olvidó de enunciar alguno de estos derechos en los artículos precedentes donde se habla en concreto de cada uno de ellos, no significa que no existan, existirán aún cuando el constituyente no los nombre expresamente.⁹

2. Recepción a nivel legal

El artículo 1319 del Código Civil, en sede de Responsabilidad Extracontractual, en su inciso primero dispone: **“Todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquél por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo”**.

Cuando el hecho ilícito se ha cumplido con dolo esto es, con intención de dañar constituye un delito; cuando falta esa intención de dañar, el hecho ilícito constituye un cuasidelito.

En uno y otro caso, el hecho ilícito puede ser negativo o positivo, según que el deber infringido consista en hacer o no hacer”.

Al respecto GAMARRA sostiene que el artículo 1319 podría leerse a la luz de este entendimiento: el autor del hecho ilícito culposo, que causa un daño a otro, está obligado a repararlo: al comportamiento violatorio del

5. Mangarelli, Cristina. Aplicación Supletoria del Derecho Civil en el Derecho del Trabajo, F.C.U., Montevideo, 2000. Pg. 15.

6. Mangarelli, Cristina. Op. Cit. Pg. 16.

7. Casinelli Muñoz, Horacio. Derecho Público, F.C.U., Montevideo, 1999. Pg. 118.

8. Basándose en este artículo, el Tribunal de los Contencioso Administrativo ha anulado numerosos actos administrativos que hacían referencia a personas jurídicas y que atentaban contra el principio de igualdad.

9. Casinelli Muñoz, Horacio. Op. Cit. Pg. 85

precepto se conecta una sanción. Tres ejes, por tanto, enmarcan la definición de responsabilidad: a) la autoría; b) del hecho ilícito culposo; c) la sanción (obligación de reparar el daño causado por el hecho ilícito).¹⁰

En sede de Responsabilidad Contractual el artículo 1342 establece que: **“El deudor es condenado al resarcimiento de daños y perjuicios, sea en razón de la falta de cumplimiento de la obligación o de la demora en la ejecución aunque no haya mala fe de su parte, siempre que no justifique que la falta de cumplimiento proviene de causa extraña que no le es imputable”**.

No es una novedad del derecho uruguayo el recurrir al derecho civil a este respecto. Por ejemplo en el derecho español GOÑI SEIN dice que la responsabilidad que adquiere el ente es por otra parte la regulada por el derecho común, lo que determina que la responsabilidad quede circunscrita por las normas que en esta materia contiene el Código Civil.¹¹ En el mismo sentido en el derecho brasileño, MASCARO NASCIMENTO dice que las organizaciones sindicales, por los excesos cometidos en el ejercicio de las actividades inherentes a la vida sindical que ocasionen perjuicios resultantes de acciones ilícitas o caracterizadas por el abuso del derecho, se sujetan a las reparaciones civiles previstas en el Código Civil, consustanciadas en la regla de que quien causa daño a otro tendrá que repararlo.¹² Concluyendo esta idea MANGARELLI entiende que, cuando se integra el derecho del trabajo con normas provenientes del derecho común o del derecho civil, dichas normas pasan a pertenecer al ordenamiento jurídico laboral.¹³

Estos artículos están consagrando en el derecho positivo, y a la luz de lo que establece la constitución, la obligación que tienen todos los sujetos de derecho de reparar el daño que causen a terceros.

Por lo tanto, de las normas constitucionales y de las prescripciones del derecho civil analizado, se puede inferir que se encuentra plasmado en nuestro derecho positivo la posibilidad de iniciar reclamaciones patrimoniales para lograr la reparación del daño. Este es el principio general que rige nuestro derecho y no vemos que exista motivo alguno para dejarlo de lado.

B) Atentado contra la Libertad Sindical

Otro argumento para negar la responsabilidad patrimonial de las organizaciones sindicales es el hecho de que una acción de esta naturaleza atentaría contra la libertad sindical, prevista y promovida por nuestra Carta.¹⁴

PLÁ RODRIGUEZ define a la libertad sindical como el derecho de unirse para la defensa y el mejoramiento de las condiciones del trabajo y de la economía.¹⁵

Quines defienden ésto lo hacen pensando en una situación en que la actuación sindical se ve limitada, o incluso anulada, porque dicha organización de trabajadores carece de los medios necesarios para cumplir con sus tareas. En este sentido GOÑI SEIN dice: qué duda cabe que mediante la puesta en marcha de una eventual generalización de los procesos de responsabilidad civil y penal se puede llegar a disuadir a los huelguistas y, a sus sindicatos de intervenir en las huelgas, haciendo vano el reconocimiento constitucional del derecho de huelga.¹⁶

Consideramos que el hecho de que se pueda iniciar acciones de responsabilidad civil contra un sindicato no atenta contra la libertad sindical por los siguientes motivos:

1. Concepto de Libertad Sindical.

Del concepto de libertad sindical definido *ut supra* no se desprende que una organización sindical esté legitimada para realizar actos ilícitos. En efecto, la definición habla del derecho que tienen los trabajadores

10. Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XIX. F.C.U..Montevideo, 1991. Pg 10 y ss.

11. Goñi Sein, José Luis. La responsabilidad civil de los sindicatos por huelga. En Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo, N° 43, Madrid 1990, Págs. 415 y ss.

12. Mascaro Nascimento, Amauri. Directo Sindical. Editora Saraiva, San Pablo 1991, Brasil. Pág 431 y ss.

13. Mangarelli, Cristina. Competencia Material de la Justicia del Trabajo, Pág. 124 en Veinte Estudios Laborales en memoria de Ricardo Mantero Álvarez.

14. Artículo 57.- La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica.

Promoverá, asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje.

Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad.

15. Plá Rodríguez, Américo. Curso de Derecho Laboral, Tomo VI, Volumen I. Editorial Idea, Montevideo, 1999.Pg 42 y ss.

16. Goñi Sein, José Luis. Op.Cit. Pág. 437.

de unirse para la defensa y mejoramiento de las condiciones de trabajo y de la economía. Este es el fin último de las organizaciones sindicales pero esto no justifica la utilización de medios ilícitos.

2. Convenio Internacional 87 de la Organización Internacional del Trabajo.¹⁷

Coincidiendo con lo recién mencionado, el artículo 8° del citado Convenio referente a la Libertad Sindical, en su inciso primero establece que: **“Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad”**.¹⁸

3. Aspectos Prácticos

Recordemos que el derecho colectivo se basa más en un conflicto de hecho que de derecho. Como mencionamos anteriormente podría definirse como un verdadero juego de poderes.

Si a la hora de ejercer la acción sindical las organizaciones de trabajadores tienen presente que gozan de cierta inmunidad se altera el equilibrio logrado en la relación laboral con la creación de los sindicatos.

Si por el contrario son conocidos de antemano los daños que un actuar desproporcionado puede causar a la organización sindical, se estaría fomentando una actuación deseable y amparada en las reglas de derecho. Entendemos que, de esta forma no se desvirtuaría el trascendente papel que deben jugar los sindicatos en una sociedad.

V. TIPOS DE RESPONSABILIDAD

Los sindicatos pueden ser pasibles de acciones de responsabilidad contractual (por la violación de acuerdos convencionales) y extracontractual (por la violación del deber genérico de no dañar a otros).

A) Responsabilidad Contractual:

Como sujetos de derecho, los sindicatos tienen derechos y asumen obligaciones. Muchas veces lo hacen a través de la negociación colectiva. El producto típico de la negociación colectiva es el convenio colectivo. Para determinar cuándo existe responsabilidad contractual conviene tener presente que los convenios colectivos tienen dos tipos de cláusulas:

i) Cláusulas normativas: son aquellas que establecen las condiciones de trabajo a las que se deberán ajustar los contratos individuales; son normas laborales objetivas que constituyen verdaderas normas jurídicas¹⁹.

Las acciones por incumplimiento de este tipo de cláusulas tienen por objeto lograr que se apliquen dichas disposiciones y estarán dirigidas contra los sujetos comprendidos en el convenio colectivo que a título individual lo violen.

Por ejemplo, un empleador puede ser objeto de este tipo de acciones porque no respetó un aumento salarial pactado en un convenio colectivo. Los trabajadores también pueden ser objeto de responsabilidad por la violación de cláusulas normativas. Pero dicha acción no se dirigirá contra el sindicato, porque los obligados son los trabajadores individualmente. Por lo tanto, el patrimonio de una organización sindical no se puede ver comprometida por la violación de estas cláusulas.

ii) Cláusulas obligacionales: son aquellas que asumen las partes pactantes de un convenio colectivo para contribuir a la ejecución y cumplimiento de aquel. A diferencia de las cláusulas normativas que obligan a los trabajadores y empleadores individualmente considerados, estas cláusulas obligan a las partes de un convenio colectivo.

17. Ratificado por la ley n° 12.030 de 27/11/1953

18. El texto del artículo mencionado del presente convenio también fue incorporado al ordenamiento jurídico nacional por el Decreto 93/968 de 3/2/1968.

19. Kaskel- Dersch. Derecho del Trabajo, Buenos Aires, 1961, pg. 119. Cit por Mangarelli en Incumplimiento del Convenio Colectivo, Montevideo, 1988, pg. 357.

Este tipo de cláusulas sí puede comprometer el patrimonio de un sindicato. Por ejemplo, un sindicato puede incumplir la cláusula de paz pactada en un convenio colectivo y provocar graves daños a la producción de una empresa. En este caso, el empleador o la organización profesional podrán entablar una acción de daños y perjuicios contra el sindicato.

Como son muy pocos los aspectos de los convenios colectivos regulados por la ley laboral, la normativa contenida en el Código Civil, es la que en la práctica, aporta la solución en cuestiones importantes, como por ejemplo, la denuncia, el incumplimiento, la interpretación, etc.²⁰

Como dicen CASTELLO y GARMENDIA al comentar una sentencia que trata este tema, al menos en apariencia, estas cláusulas no exhiben rasgos que permitan sustraerlas de las reglas del derecho común²¹. En consecuencia -dice el magistrado- el incumplimiento de las obligaciones que asumieron las partes de la convención colectiva, acarrea como toda obligación emergente de un contrato, responsabilidad civil, debiéndose aplicar los artículos 1291, 1341 y ss y 1336 del Código Civil²².

Para tentar esta acción debe verse involucrada la voluntad sindical. En este sentido, hay que definir cuándo puede imputarse un acto al sindicato. Este problema se resuelve a través de las normas de derecho común en sede de representación. La regla es que los sindicatos no responden por los actos individuales de sus afiliados, salvo que aquellos se produzcan en el ejercicio regular de sus funciones representativas o se pruebe que dichos afiliados actuaban por cuenta de él²³. Por ende, en cada caso habrá que analizar a quién se le imputa el incumplimiento contractual. Para ello habrá que estudiar los estatutos del sindicato y la forma de representación del mismo.

Para que el acto de representación comprometa la voluntad de la organización, debe ser ejercido en el ejercicio regular de sus funciones: las actuaciones irregulares no vinculan al sindicato, en principio²⁴. Con referencia a este tema MASCARO dice que los dirigentes sindicales, como personas físicas, están sometidas a las mismas reglas que el resto de las personas según las leyes civiles y penales. Su responsabilidad es como persona física, en los mismos términos fijados en función de cada uno y de todos los miembros de la sociedad²⁵.

PÉREZ DEL CASTILLO afirma que el sindicato no siempre es responsable de la quiebra de la paz. El sindicato se obliga a no hacer nada contra el convenio colectivo, a no proclamar él la huelga, y a influir sobre sus afiliados para que cumplan la cláusula. Pero no puede garantizar una paz efectiva porque no tiene el control de hecho ni el poder de derecho para sujetar a todos los individuos a la unidad.^{26 27}

Para MANGARELLI no existiría violación del convenio en el caso de la huelga de solidaridad o de la huelga política, ya que en estas situaciones las medidas de lucha no se refieren a desavenencias entre los sujetos que pactaron el convenio²⁸.

En definitiva, deberá probarse que hubo un incumplimiento de un convenio colectivo, que el mismo se le atribuye a un sindicato, y que produce un daño²⁹.

B) Responsabilidad extracontractual:

Pero los sindicatos, como sujetos de derecho, también se encuentran constreñidos por el deber genérico de no causar daño a terceros por actos ilícitos. Para que se configure la responsabilidad aquiliana habrá que probar todos los requisitos exigidos por las normas del derecho común.

En primer lugar debe haber un **hecho ilícito**, es decir un acto contrario a una regla de derecho positivo. Habrá que estudiar en cada caso si los actos sindicales se ajustaron a las normas sustantivas y formales

20. Mangarelli, Cristina y Ameglio, Eduardo. Los Agentes de la Negociación Colectiva. Pág.404. Revista de Derecho Laboral Número 211.

21. Garmendia y Castello. Las relaciones colectivas de trabajo ante la jurisdicción civil. La responsabilidad del sindicato por el incumplimiento de un convenio colectivo, en Revista de Derecho Laboral N° 189, Enero-Marzo 1998, pg. 145.

22. Garmendia y Castello. Ob. Cit. Pg. 146.

23. Cfr. Ojeda, Antonio. Derecho Sindical, Madrid, 1988, pg. 185.

24. Ojeda, Antonio. Ob. Cit., pg. 185.

25. Mascaro Nascimento, Amauri. Directo sindical, San Pablo, 1991, pg. 432.

26. Pérez del Castillo, Santiago. El derecho de Huelga, Montevideo 1992, Ed., F.C.U. pg. 305.

27. Puede darse el caso en que un convenio colectivo involucre a varios sindicatos. En estos casos, la responsabilidad en caso de incumplimiento es individual (responde la organización que incumplió) y no solidaria. Krotoshin, Instituciones del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, 1948, pg. 251.

28. Mangarelli, Cristina. Ob. Cit., pg. 372.

29. Mangarelli señala los posibles caminos que puede recorrer un empleador ante la violación de una cláusula obligacional de un convenio colectivo: la acción de resolución y la correspondiente responsabilidad patrimonial, la ejecución forzada o la excepción de contrato no cumplido. Aclaro que en estos casos habrá que hacer las adaptaciones pertinentes. Cfr. Mangarelli, Ob. Cit. Pg. 370 y ss.

exigidas. Si dichos requisitos no se cumplen, se puede concluir que la acción sindical fue *contra legem*, y por lo tanto configura un hecho ilícito.

Por más que la actuación sindical cuenta con la protección constitucional, no hay que olvidar que, como dice PLÁ RODRIGUEZ, no existe ningún derecho que no tenga límites.³⁰ Los sindicatos deben respetar esos límites. En el mismo sentido CALAMANDREI dice que el derecho es por naturaleza fijación de límites.³¹

Como concluye RUPRECHT, si la huelga es decretada por el sindicato, evidentemente existe una responsabilidad de éste, si aquel hecho no es legal o legítimo³².

En segundo lugar debe probarse la existencia de una conducta culpable por parte del sindicato a título de **culpa** o dolo. Sin ella no puede pretenderse la reparación del daño ocasionado³³.

A propósito de este requisito, (...) GOÑI SEIN dice que un sector de la doctrina (...) partiendo de que el derecho de huelga pertenece a los trabajadores y no a los sindicatos, se considera que el sindicato no puede incurrir nunca en responsabilidad por razón de que el sindicato no puede asumir las consecuencias de un acto libremente realizado por personas que no están subordinadas a su voluntad.

Pero no parece tampoco correcto –dice el mismo autor– declarar su inmunidad total sólo porque orgánicamente el derecho no pertenezca al sindicato. Ello sería tanto como negar cualquier intervención del sindicato en la huelga, lo que no es verdad³⁴.

MANGARELLI entiende que el sindicato no sólo responde cuando adoptan medidas de lucha, sino también cuando las organizaciones incitan a sus miembros a la realización de tales actos. También –sigue diciendo la autora– se podrá reclamar contra la organización, cuando ésta no ejerció su deber de influencia o no aplicó las sanciones estatutarias por desobediencia de un miembro³⁵.

Por otro lado, hay que tener presente que en ocasiones, el recurso de una medida sindical dañosa, ha de ser interpretada como una réplica a la pertinaz actitud beligerante del empresario. Y obviamente cuando tales circunstancias concurren la relación causal sufre una limitación a favor del sindicato³⁶. Aquí se ve como, a la hora de aplicar el derecho común, hay que adaptarlo a la realidad del derecho del trabajo.

Luego el titular de la acción de responsabilidad debe probar que la acción sindical ilícita y culposa causó un **daño** estimable numéricamente.

Pensemos en el caso de una huelga en que los trabajadores deciden quemar parte de la producción como forma de presionar al empleador.

Pero, no hay que olvidar –dice SIMI– que el daño es el elemento característico de la huelga y que constituye el modo con que se ejerce la presión por parte de los trabajadores. Quiere decir que no todo daño engendra una responsabilidad para el personal en huelga, sino que es preciso que él ostente el carácter de abusivo³⁷. Nuevamente vemos como las normas del derecho civil deben adaptarse a la realidad laboral.

Por último habrá que constatar que existe un **nexo causal** entre la conducta culpable del sindicato y el daño ocasionado.

El principio general es que la reparación, tanto para el caso de responsabilidad contractual como extracontractual, debe ser integral³⁸.

VI. CONCLUSIONES

1. Las acciones de responsabilidad patrimonial contra los actos ilícitos de los sindicatos son posibles.
2. Esa afirmación se fundamenta en los siguientes motivos:
 - a) El principio general por el cual todas las personas que causan daño ilícito deben repararlo, se encuentra consagrado en la Constitución en los artículos 7, 8, 72 y en los artículos 1319 y 1342 del Código Civil.

30. Plá Rodríguez, Américo. Curso de Derecho Laboral, Tomo VI, Volumen II. Editorial Idea, Montevideo, 1999, Pg 59.

31. Plá Rodríguez, Américo. Curso de Derecho Laboral, Tomo VI, Volumen II. Editorial Idea, Montevideo, 1999, Pg. 59.

32. Ruprecht, Alfredo. Conflictos Colectivos del Trabajo, Buenos Aires, 1967, pg. 205.

33. Goñi Sein, José Luis. Ob. Cit., pg. 446.

34. Goñi Sein, José Luis. Ob. Cit., pg. 447.

35. Mangarelli, Cristina. Incumplimiento del Convenio Colectivo en Veintitrés estudios sobre Convenios Colectivos, Montevideo, 1988, pg.371.

36. Goñi Sein, José Luis. Ob. Cit., pgs. 449 y 450.

37. Ruprecht, Alfredo. Ob. Cit. Pg. 201.

38. Goñi Sein, José Luis. Ob. Cit., Pg. 448. En este sentido –remarca el autor– hay jurisprudencia: véase STS de 28 de abril de 1955, Ar. 1555.

- b) El concepto de libertad sindical no habilita a la comisión de ilícitos. Esta afirmación se encuentra reforzada por lo que establece el artículo 8º del Convenio Internacional 87 ratificado por nuestro país.
 - c) Entendemos que el hecho de que exista en la realidad, esta inmunidad patrimonial, genera un desequilibrio a favor de los trabajadores, que termina injustificadamente con la paridad que se busca.
3. Es posible deducir acciones de responsabilidad patrimonial tanto en el campo de la responsabilidad contractual como en el campo de la extracontractual.
- a) Respecto del primer tipo de reclamación la mayor parte de las acciones se pueden tentar contra la violación de cláusulas obligacionales de los convenios colectivos. En caso de sancionarse una ley que regule la negociación colectiva entendemos que este punto debería ser abordado.
 - b) Respecto de la responsabilidad extracontractual, es aquí donde el derecho uruguayo debe realizar sus mayores esfuerzos.



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

- *“Un torneo de todos: Etica en la persona la empresa y el Estado”, de Nicolás Etcheverry Estrázulas (por Tomás Linn y Pablo da Silveira)*
- *“Propiedad intelectual” de Beatriz Bugallo (por Carlos Fernández Ballesteros)*
- *“Derecho Penal para Escribanos”, tomo II, de Miguel Langón (por Martín Pecoy)*
- *“Contencioso Administrativo”, de Augusto Durán Martínez (por Germán Pérez)*

UN TORNEO DE TODOS: Ética en la persona, la empresa y el Estado

Nicolás Etcheverry Estrázulas
Universidad de Montevideo
Montevideo, 2006, 205 págs.

I

La presentación de un libro sobre Ética en la persona, en la empresa y en el Estado, me plantea una situación algo peculiar.

Por lo general, soy de los que de solo escuchar la palabra Ética, me siento molesto, irritado, fastidiado.

Es que, como dice el propio Nicolás, hay una moda al respecto y la palabra al final conoce todo tipo de aplicación, y nunca la correcta.

Es que muchas veces la gente dice que algo es ético o no lo es, para defender una ideología o un interés muy particular, o para (y viene a cuento que Pablo esté acá) imponer un punto de vista y eludir su argumentación: "Esto es ético porque yo lo digo", (y además lo digo desde un pomposo moralismo que muchas veces linda en lo indecente.

Hasta como periodista lo digo, ya que muchas veces con el mote de que algo no es ético, se pretende acallar al periodista, evitar que informe algo que merece ser informado, y de ese modo amedrentarlo y perjudicar al público y su derecho a acceder a la información.

Sobre esto abundan muchos ejemplos nefastos para una sana libertad de prensa. Nicolás recuerda la frase referida a la libertad en su libro, lo mismo vale para la Ética: Muchas barbaridades se hacen en nombre de la Ética.

Esto me hace recordar una tesis que hizo una estudiante mía - 'hoy reconocida periodista en prensa que a Nicolás seguramente le gustara por el mecanismo elegido.

Esta joven vio un montón de películas, algunas muy populares y conocidas, donde el protagonista principal era un periodista y llegó a la conclusión que en la mayoría de ellas, cuando el periodista era el héroe de la película, como periodista era un desastre en el sentido de que pasaba por alto todo lo que esencialmente es un periodista. Y cuando el periodista era el villano de la película, en realidad estaba trabajando con el rigor, la independencia y el profesionalismo que corresponde a un periodista.

El ejemplo emblemático de todo esto era una película en que Nick Nolte trabajaba como reportero gráfico y cubría una guerra civil en un país de América Central.



Las fuerzas que combatían contra el dictador pierden en la lucha a su legendario líder y temen que esto tenga un efecto devastador en la moral de la gente.

Por lo tanto negocian un "secuestro" al fotógrafo que en el campamento oculto de los guerrilleros saca una foto al líder, que estando muerto lo hacen posar como vivo. Esto tiene un impacto impresionante y ayuda a que ganen los buenos y pierdan los malos. Todo el mundo se va de la sala contento con que Nick Nolte se haya jugado por los buenos.

Sin embargo, como periodista, mintió deliberadamente, engañó a su público, ocultó información y mas grave aun, en lugar de reflejar hechos reales, inventó uno. Nada de esto pareció molestarle a la cantidad de público que vio la película.

Por eso, con todos los prejuicios que me genera el uso de la palabra Ética, debo decir que acá me reencuentro con ella de otro modo.

Nicolás nos recuerda que hay una cierta moda al respecto y pretende ir a la esencia misma de la palabra, de su significado, de algo que vaya más allá de la moda, se remonta al fondo de la historia y tiene que ver ni mas ni menos, con lo que es correcto y lo que no lo es, con lo que está mal y no lo está.

Lo maneja en planos que nos son muy reconocibles: la vida cotidiana, la empresa, el lugar de trabajo, la profesión, el estado, la cultura y los comportamientos populares. Y la familia. Para Nicolás, la familia como entorno donde se desarro-

lla el concepto de Ética es muy importante y hace mucho insistencia en ello.

Nos reconocemos en estas situaciones, nos vemos en ellas. Para eso usa un lenguaje coloquial, ejemplos claros y visibles y recurre al cine, del que es un fan reconocido, como fuente y cantera de ejemplos y casos valiosos.

Hace reconocible los casos, son cosas que discutimos en la mesa de casa. Este es un libro que hay que leerlo con gente al lado, para ir comentando cada parte en voz alta. Y también se refiere a esos atajos tan cotidianos, tan parte de la naturaleza humana para eludir responsabilidades y no actuar como corresponde.

En esa cosa tan coloquial y familiar aparece también la reflexión de fondo a veces fundamentada por textos específicos, otras veces apoyada por citas de santos cosa que el Dr. Guzmán, al pasar, y hasta me atrevería a decir con un dejo de picardía, hace notar en su prólogo.

Este no es un asunto menor porque el trabajo de Nicolás tiene una clara e innegable impronta Cristiana. Esa visión define esencialmente su trabajo.

Lo que si hace es transmitir otro mensaje que Guzmán también capta y lo marca en su prólogo. De alguna manera el autor parece decir: Mi visión de la ética es Cristiana, sin duda, pero también apela al sentido común de la gente no creyente en la medida que hay cierta coincidencia sobre lo que está bien y lo que está mal. Y creo que ese objetivo lo logra.

Hablar de Ética es hablar de virtud y vicio, y Nicolás lo deja bien explicado en su libro, y es hablar de las muchas formas que encontramos para justificar como ético lo que no lo es.

En ese sentido, Nicolás muestra buena puntería y da ejemplos claros del tipo de razonamiento tramposo que está dominando en algunos lugares y ganando adeptos.

Nicolás es exigente en cuanto a la Ética y es comprensivo en cuanto a lo que somos: falibles, endebles, seres humanos en definitiva.

De todos modos, y esto lo digo por viejo, no se interna en esa dualidad que uno ha visto en tanta gente que quiero y respeto, que muestra una integridad a carta cabal en sus vidas profesionales, en sus empresas, como políticos, pero son más frágiles en cuestiones referidas a su vida personal.

Nicolás hace, sí, la reflexión contraria. El buen padre de familia que educa en valores a su hijo en un hogar donde hay respeto y amor en la pareja, pero luego en el escenario público (su empresa, la vida política) no es igual. ¿pero la inversa? Se lo dejo planteado.

Muchas veces las tensiones entre lo que esta bien y mal nos enfrentan a dilemas permanentes. A veces transamos y cedemos, a veces no.

En ese sentido siempre me impresionaron esos casos en que llegada la exigencia que desborda el vaso y que lleva a que la persona reniegue de quien es, allí la persona se juegue todo.

Nicolás cita varias veces una obra teatral de Robert Bolt referida a la vida de Tomas Moro. Una de esas citas, debo acotar, yo mismo la he usado varias veces en mis columnas.

Tomás Moro fue un personaje mundano, abogado prestigioso, intelectual que se codea con los mas grandes pensadores de Europa, culto, sociable, de casa abierta a sus amigos y político refinado (tanto que la Iglesia Catolica hace poco lo nombró patrono de los políticos, creo que con buen criterio).

Pero se niega al divorcio de Enrique VIII y a que este rompa con Roma, con la cual debe renunciar a su cargo de Canciller del Rey.

Buscando aunar aliados y decantar traidores, el Rey pide una jura de fidelidad que implica aceptar esos dos puntos. Los "éticos" a los que me referí al principio, enseguida suponen que Tomás se negará a firmar ese texto.

Sin embargo Tomás Moro, que ama la vida y no posa de mártir, pide calma Quiere leer el texto, leer sus entrelineados, la elección de palabras, la manera en que se redactan las oraciones, porque quizás en la forma en que el texto esté planteado, pueda encontrar la coartada para firmar sin renegar de si mismo y mantener la cabeza arriba de sus hombros.

Lo hace concienzudamente, pero el texto es demasiado preciso: no lo firma y es decapitado.

Es que le estaban pidiendo aquello que sin lo cual, Moro dejaba de ser quien era. Robert Bolt, el autor, llama a eso que le piden, el "self", el uno mismo.

No es el único caso recogido por la literatura. Marcos Aguinis cuenta en la Gesta del Marrano, la historia del hombre que descubre que sus ancestros fueron judíos obligados a convertirse en 1492 al cristianismo.

En la búsqueda de esas raíces, sabe que está la esencia de su identidad y si bien explora todas las formas posibles de complacer al tribunal de la inquisición en Lima, finalmente entiende que hay un punto en que no puede ceder.

Algo similar ocurre, y Nicolás lo cita en su libro, en las "Brujas de Salem" de Arthur Miller. El protagonista está dispuesto a ceder y conceder verbalmente, pero cuando le piden que firme, ahí se detiene.

La firma es su nombre y su nombre es todo lo que hace ue el sea quien es.

Si pierde su nombre, si lo entrega, deja de ser, deja de existir aun en vida. Por lo tanto el tribunal de religiosos puritanos lo manda a la hoguera.

Esto estaba explicado en un fascinante capitulo que me cautivó cuando lo leí por primera vez a los 19 años (y todavía hoy me conmueve) que es el referido al "requerimiento incondicional" de Jaspers.

Ese algo que le piden a un ser humano y que si se entrega y se cede el ser humano deja de ser y su vida ya no tiene sentido.

No es el martirio de la convicción por la Fe, del fanatismo detrás de una religión, de un caudillo, de una causa.

Es el martirio por no negarse a si mismo. Jaspers menciona a Sócrates y Moro enfrentados a ese requerimiento incondicional. No van alegremente al martirio por creer que el mundo que viene es mejor que este. Van porque saben que si ceden, el mundo que les queda acá, será un infierno.

Me importaba señalar esto, porque en los ejemplos literarios o de películas que señala Nicolás, vemos esa tensión en un mundo presionado entre el vicio y la virtud, que marca hasta donde cedemos y donde no. Siempre hay una línea que algunos cruzan y otros dicen: hasta aquí llego.

Esa misma discusión sobre la debilidad humana buscando la virtud, se plantea en lo político, en la defensa del derecho, en la libertad. Y si pongo más énfasis en estos aspectos del libro, es porque se refieren a los temas sobre los cuales suelo escribir.

Nicolás vuelve a citar a Robert Bolt, (esta es la cita que yo mismo he usado en el pasado) en un diálogo que enfrenta a Tomas Moro con un intransigente yerno que le dice que haría cualquier cosa con tal de perseguir y capturar al diablo, incluso pasar por encima de la ley. Moro entonces le pregunta que hará cuando el diablo, cansado de ser perseguido se de vuelta y sea el perseguidor, ¿detrás de que ley se esconderá si las ha talado todas? Y concluye "Sí, le daría al mismísimo diablo el beneficio de la ley".

Nicolás imagina que quizás ese razonamiento influyó a Artigas (o a Barreiro o a Monterroso, si es que algo tuvieron que ver) cuando plantea en su Oración de Abril el dilema de lograr con "las seguridades del contrato" controlar la veleidosa probidad de los hombres.

Creo que la comparación es válida aunque más bien pienso que esa reflexión artiguista está inspirada en James Madison, que a fin de cuentas se planteaba al igual que Moro y que Artigas, el mismo dilema: ¿Qué hacer en política cuando no todos los hombres son virtuosos ni actúan de acuerdo a la ética?

Madison no tenía dudas que en un gobierno ejercido por el pueblo eso ocurriría: habría buena gente, pero también los que actuarían según intereses sectarios, según intereses personales, despojados de toda virtud.

Por eso propone para el sistema constitucional que se forjó en su país e inspiró a otros, que haya equilibrios y controles, que un poder vigile al otro y que nadie concentre todo el poder.

De esa forma, al menos se neutraliza a quienes no tienen Virtudes (los de probidad veleidosa, diría Artigas) y la propia constitución actúa como regulador (las seguridades del contrato, diría Artigas).

Marco este hecho para señalar cuan importante ha sido siempre la discusión sobre la Ética y la Virtud en la política, algo que preocupa tanto a Nicolás y si elegí destacarla en esta presentación, es porque sobre ello escribo cada semana.

Cuán difícil ha sido superarlo y por lo tanto cuánto importa que las formas de un Estado de Derecho

cumplan un rol que no hará a la gente más virtuosa pero si frenará los vicios de quienes no tienen Ética.

Lo que buscaba Madison, lo que buscaba Artigas, a lo que se refiere Moro, en estas soluciones, era la felicidad de su gente, de los pueblos que diseñaban sus nuevas formas de gobierno.

Justamente con esa idea termina el libro de Nicolás, deseándonos a todos, de todo corazón, que seamos felices. Así que solo me resta para terminar, un deseo recíproco. Que Nicolás y su libro tengan éxito, y que el y su maravillosa familia sean felices.

Tomás Linn

II

El libro que se comenta tiene 4 virtudes importantes.

1) Una reflexión desde la convicción

Este es un libro claramente fundado en convicciones. Convicciones que el autor no oculta y sobre las que construye una reflexión con personalidad propia. Este gesto es algo importante en el contexto actual. Las mujeres y hombres de este principio del siglo XXI vivimos en sociedades caracterizadas por la coexistencia en la pluralidad. En nuestras sociedades conviven personas con diferentes religiones, diferentes tradiciones culturales, diferentes visiones antropológicas, diferentes concepciones de lo que es bueno, diferentes maneras de vivir. Esto no ocurría en la antigua Grecia ni en la Edad Media. Sí ocurría en la Europa del siglo XVI, pero en esa época la diversidad daba lugar a terribles conflictos. Lo propio de nuestra época es coexistir pacíficamente en la diversidad.

Mucha gente señala que esta manera de convivir, que es la nuestra, enfrenta una seria amenaza que es el fanatismo. Y eso es verdad. Los fanatismos y fundamentalismos de todo signo, el negarse a aceptar que el otro puede ser diferente pero tan respetable como nosotros mismos, es una amenaza terriblemente seria. Pero otra amenaza igualmente preocupante, de la que se habla menos, es el riesgo de hundirnos en el relativismo. Si cualquier decisión que tomemos o cualquier compromiso que asumamos se vuelve indiferente, si nada tiene valor, entonces no hay razones para vivir como vivimos. Sólo tiene sentido contar con instituciones que protegen nuestras libertades y nuestra independencia de juicio si nos tomamos en serio las convicciones, es decir, la búsqueda individual y colectiva de lo que es justo y lo que es bueno.

Este es un libro que, sin dejar nunca de respetar a los que piensan diferente, se construye a partir de las convicciones muy firmes del autor. Es un libro escrito desde una perspectiva cristiana y desde compromisos filosóficos muy claros. Y es muy importante que existan libros como este, porque sólo discutiendo

do respetuosamente a partir de nuestras convicciones vamos a poder conservar nuestras instituciones y nuestro estilo de vida.

2) Un libro enmarcado en la tensión entre virtudes y normas

El libro de Nicolás tiene un trasfondo filosófico muy sólido, pese a que no siempre sale a luz. Y ese trasfondo coloca a esta obra en el corazón mismo de lo que es la reflexión ética contemporánea.

La filosofía moral estuvo dominada durante muchos siglos por un paradigma que se conoce con el nombre de "ética de las virtudes". Esta manera de pensar la moral se centra en la pregunta acerca de lo que es bueno para el ser humano, es decir, acerca de lo que puede llevarlo a un estado de plenitud y de felicidad profunda y permanente. El concepto central de este paradigma es el de virtudes, esto es, un conjunto de capacidades naturales que se potencian y desarrollan mediante la práctica. La figura culminante de esta tradición es Aristóteles.

Este paradigma fue desafiado en tiempos de la Ilustración por un paradigma alternativo, que se conoce con el nombre de "ética de las normas". Esta manera de pensar la moral no se centra en lo que es bueno para el ser humano sino en lo que es justo, es decir, en aquello que nos debemos recíprocamente si queremos ser personas decentes. El concepto central de este paradigma es el concepto de norma, esto es, el de un imperativo de carácter general que debemos seguir independientemente de que favorezca o entorpezca el logro de nuestros objetivos inmediatos. La figura cumbre de este paradigma es Kant.

La ética de las virtudes dominó el pensamiento moral durante más de dos mil años, pero a partir de la Ilustración fue desplazada por la ética de la norma y se convirtió en una tradición relativamente marginal. Pero esto cambió hace 20 o 25 años, cuando un conjunto importante de pensadores rehabilitó la tradición de las virtudes y volvió a instalarla en el centro del debate.

Hoy estamos en una situación muy particular: sabemos que no podemos prescindir de ninguno de los dos paradigmas, pero no conseguimos articularlos. Como le pasa a los físicos con el modelo corpuscular y el modelo ondulatorio de la luz, los necesitamos a los dos pero no podemos unificarlos.

La ética de las virtudes es una ética mucho más humana, mucho más atenta a ese núcleo central de nuestra vida que es la búsqueda de la felicidad, mucho más capaz de proporcionar guías para nuestro propio crecimiento moral. Pero es una ética que tiene una insuficiencia grave y es que no incluye la exigencia de universalismo moral, es decir, esa exigencia de considerar a todos los demás como tan valiosos y tan dignos de respeto como nosotros mismos. Los *maffiosi* sicilianos tienen una fuerte ética de las virtudes (aprecian el coraje, la fidelidad personal, la solidaridad de grupo) pero están muy lejos de ser

universalistas. Por eso pueden asesinar a alguien ajeno al grupo para beneficiar a uno de sus miembros.

La ética de las normas está centrada en la idea misma de universalismo moral, y en eso reside su superioridad. Pero es una ética fría, abstracta, con serias dificultades para integrar nuestra búsqueda personal de la felicidad, y casi incapaz de dar guías para el crecimiento y la maduración moral de cada uno. Es la clase de ética a la que puede ajustarse un agente moral perfectamente desarrollado, pero no es la ética que nos ayude a convertirnos en eso.

Por eso no podemos prescindir de ninguna de ellas, aunque no podamos armonizarlas. Quien consiga esta armonización será la tercera gran figura de toda la historia del pensamiento moral, luego de Aristóteles y Kant.

El libro de Nicolás se ubica exactamente en este contexto de tensión entre dos paradigmas necesarios pero inconmensurables. Nicolás se identifica con la tradición aristotélico-tomista y, de acuerdo con ella, le da mucho espacio a la ética de las virtudes. Pero al mismo tiempo, por abogado y por cristiano, no puede ignorar la importancia de las normas y les da un lugar igualmente decisivo en su reflexión. Nicolás está pensando desde ese punto de tensión filosófica desde el que están pensando los filósofos contemporáneos.

3) Un método original

Mi comentario anterior refería al contenido del libro. Ahora quisiera hacer una observación sobre el método. Nicolás trabaja en el marco de una tradición muy antigua (la aristotélico-tomista) y por lo tanto desarrolla la clase de razonamiento general y de fuerte naturaleza deductiva que podemos esperar en ese caso. Pero al mismo tiempo combina esa reflexión con el análisis de casos que le permiten enfrentar la complejidad y las particularidades del mundo real. Para decirlo en una palabra, Nicolás combina el método de Santo Tomás con el método de la Escuela de Negocios de Harvard.

Es un enfoque original y productivo, y creo que le podemos pedir a Nicolás que siga avanzando en ese camino.

4) Un libro afable

Un último comentario que quiero hacer es el siguiente: todos los que conocemos a Nicolás sabemos que es un hombre afable. Y este libro, al igual que su autor, es un libro afable. Es una obra escrita en un tono amigable, que trata bien al lector e intenta llevarlo por la vía e un razonamiento complejo sin perder contacto con él y tratando de interesarlo.

Poe decía que el primer deber de un escritor es evitar que el libro se le caiga de las manos al lector. Creo que es una gran verdad, y una verdad frecuentemente olvidada en el mundo académico. Este también es un aspecto que debemos agradecerle a Nicolás y que hace su libro especialmente recomendable.

Dr. Pablo de Silveira

PROPIEDAD INTELECTUAL

Beatriz Bugallo Montaña
Fundación de Cultura Universitaria
Montevideo, 2006, 950 págs.

AGRADECIMIENTO *

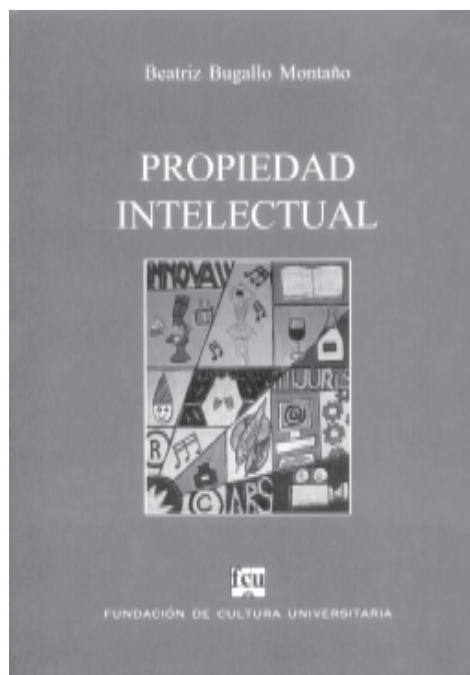
Quiero ante todo extender un sentido agradecimiento a mi amiga la Profesora Dra. Beatriz Bugallo Montaña, por haberme otorgado el privilegio de participar en este acto de presentación oficial de su libro "**Propiedad Intelectual**" y a la Fundación de Cultura Universitaria que lo ha consentido.

Ser uno de los presentadores de la que a partir de hoy constituye sin duda su obra cumbre, fruto de sus "ansias y desvelos y premio de su afán" al decir de nuestro Prócer - constituye para mí un halago, me confiere un gran honor y es, al mismo tiempo, motivo de legítimo orgullo, por la distinción que se me otorga, por las personalidades a las cuales acompaño en este estrado y por la abigarrada audiencia que asiste a este acto en la Biblioteca Nacional, donde universitarios, gentes de derecho y de la propiedad intelectual, han acudido a homenajear a una luchadora, una talentosa luchadora.

EL PRESENTADOR

Se reúnen hoy en mi persona varias calidades, que me acercan a la autora y a su libro:

- como Presidente del Instituto Uruguayo de Derecho de Autor, IUDA, y del Grupo ALAI/Uruguay, que la cuenta entre sus miembros más activos y que enfrenta el desafío de organizar el año próximo, conjuntamente con la Universidad de Montevideo, el Congreso ALAI 2007, que por primera vez en su larga historia tendrá lugar en América Latina;
- como profesional dedicado a los temas de la propiedad intelectual, consecuencia directa de mi actuación durante quince años en la OMPI;
- como fiel seguidor y contertulio del Grupo de Propiedad Intelectual (GPI) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, cuyos miembros son hoy legión en esta sala para acompañar a su gestora y coordinadora, su "faro y guía";



- en fin, como amigo de Beatriz y admirador de su carrera y de su obra, las cuales me correspondió en suerte seguir de cerca tras habernos conocido cuando ella cursaba el *Magister Lvcentinvs en Propiedad Intelectual* en la Universidad de Alicante en 1999.

LA AUTORA

Ya desde entonces, tal como inevitablemente le sucede a cuantos conocen a Beatriz Bugallo, nos asombró su espíritu de sacrificio, su tesón, sus ansias de superación y, sobre todo, **su sentido de compromiso:**

- ante todo, **con la Universidad**, a la cual prestigió aportándole el mejor de sus esfuerzos; su actividad docente en dos Universidades de nuestro medio y en varias del exterior, así lo acreditan. En el estudio que la ilustre profesora argentina Delia Lipszyc preparara recientemente - Agosto de 2006 - para el

* Texto de conferencia realizada por el autor durante la presentación del libro en la Biblioteca Nacional el 24 de octubre de 2006.

CERLALC, sobre la enseñanza de las disciplinas de la propiedad intelectual en las universidades de América Latina, Uruguay ocupa escasas dos páginas. Figuran allí cinco actividades docentes dedicadas a la propiedad intelectual, distribuidas una en la Universidad de la República (en el Centro de Diseño Industrial); tres en la Universidad de Montevideo (en la Facultad de Derecho, una a nivel de grado, otra a nivel de postgrado y una optativa); y una quinta en la Universidad Católica del Uruguay (en la Facultad de Ciencias Empresariales). En las cuatro primeras – es decir en cuatro de los cinco lugares donde se imparte enseñanza sobre propiedad intelectual a nivel universitario en este país - la Dra. Bugallo figura como Profesor responsable, Profesor a cargo o Docente coordinador (conste que el estudio no incluye, por no considerársele “curso” sino grupo de investigación, el GPI de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, del cual nuestra autora, docente y amiga es fundadora y coordinadora permanente, donde se llevan ya publicados tres Anuarios sobre Propiedad intelectual);

— **en segundo lugar, su compromiso con los que la alentaron y apoyaron**, aquellos que figuran destacados en sus sencillas pero sentidas “Palabras de la Autora”, que encabezan éste su nuevo libro: en el Uruguay, sus socios del estudio y sus colegas y compañeros del GPI de la Universidad de Montevideo, “*ámbito de discusión nacional de novedades sobre Propiedad Intelectual en el que tanto se aprende*” según sus propias palabras; fuera de fronteras los tres centros de estudio donde cobró dimensión internacional: el *Magister Lvcentinvs* de la Universidad de Alicante, el Profesorado de la Universidad de Los Andes en Mérida y el Doctorado en la de Santiago de Compostela;

— **el compromiso con su país**, al cual siempre volvió y devolvió con creces las oportunidades que alguna vez se le concedieron para formarse en el exterior; no fueron muchas por cierto, pues Beatriz Bugallo hizo su carrera internacional “a pulmón”, costeándose viajes y estadías con verdadero sacrificio; pero recordamos la ocasión en que fue becada al “Primer Curso Internacional de Postgrado en Derecho de autor y conexos para Profesores universitarios”, organizado por la OMPI con el Posgrado en Propiedad Intelectual de la Universidad de los Andes (Mérida, Venezuela), bajo la dirección del renombrado Prof. Ricardo Antequera Parilli.

En ese Curso se impuso a todos los participantes/becarios la hasta entonces utópica condición de comprometerse a retornar al país e instalar un curso en la materia en la respectiva Universidad que los había patrocinado. Tal como lo acredita el Profesor Antequera Parilli, Beatriz Bugallo no solamente fue la mejor alumna del Curso de Profesores de Mérida, sino la única que al regresar a su país cumplió la responsabilidad asumida: a su instancia y bajo su organización y dirección se instauró en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República – siendo Decana la merecidamente recordada Esc. Teresa Gnazzo - un Curso sobre Propiedad Intelectual - de ciento ochenta horas de duración - el último que en la materia se dictara en esa casa de estudios. De ese curso surgió la inspiración para crear luego el GPI en la Universidad de Montevideo, que dura hasta el día de hoy con la Dra. Bugallo como Coordinadora académica.

Nuestra homenajeada de hoy honró a su país, pues no hubo curso, seminario, reunión académica o Congreso en los cuales participara representando al Uruguay, donde no descollara. Era común en nuestros tiempos en la OMPI oír que en el curso tal o cual había “una uruguaya que era un fenómeno” y era apostar sobre seguro preguntar si su nombre era Beatriz Bugallo.

Finalmente, cumplió **su compromiso consigo misma**, superándose día a día, con dedicación y talento, con modestia pero también firme determinación, hasta convertirse en la prolífica autora que hoy nos deslumbra, en la académica por excelencia, en la docente de múltiples facetas a quien se la encuentra en muchas universidades de América Latina o de España dictando cursos sobre su especialidad, que puede recaer sobre cualquiera de los derechos atinentes a la propiedad intelectual. En julio pasado la encontramos en Santiago de Chile, dictando un curso sobre biotecnología en la imponente Universidad de los Andes, donde por cierto nos organizó un magnífico recibimiento y nos sirvió de chaperona, como si estuviera en su casa.

De ella dijo don Manuel Desantes Real, Vicepresidente/Director General de Asuntos Jurídicos Internacionales de la poderosa Oficina Europea de Patentes, entonces catedrático de la Universidad de Alicante y Director del “*Magister Lvcentinvs*” al prologar en el 2000 su libro sobre “*Internet, comercio electrónico y propiedad intelectual*”:

“Plenamente integrada en un numeroso equipo interdisciplinar, ... Beatriz Bugallo, (egresada del Magister Lvcentinvs de la Univ. de Alicante, donde dejó impronta imborrable) Profesora de la Universidad de la Rep. Oriental del Uruguay y de la Universidad de Montevideo, lidera una joven generación de juristas iberoamericanos que, pro-

venientes de diversas ramas del Derecho – la propiedad intelectual, el derecho comercial, el derecho internacional privado, entre otras – ajustan rigor científico, sentido práctico y, sobre todo, una sólida formación académica y un magnífico bagaje tecnológico, todo ello al servicio del estudio de la repercusión de las nuevas tecnologías en el mundo del Derecho...”

Hemos hablado mucho de la autora. Hablemos ahora de su nueva obra, que es al fin y al cabo lo que hemos venido a presentar

LA OBRA: “PROPIEDAD INTELECTUAL”

1. Oportunidad de su aparición

Ciertamente, Beatriz Bugallo no planeó con antelación la fecha ni la época de la publicación de ésta su obra magna. No se trata simplemente del libro “que sigue” a los suyos anteriores; no tuvo que “esperar” por la edición de éstos para su aparición en sociedad. Se fue gestando junto con la carrera docente y de investigación de su autora, dentro de lo cual se inscribe la publicación de sus obras sobre aspectos puntuales de la propiedad intelectual.

Ésta que presentamos hoy se trata de la obra que ha venido escribiendo a lo largo de su intensa vida académica - de 1998 a 2005 - donde recopiló estudios y experiencias que hoy vuelca en esta magnífica compilación, única en su género en cuanto a su alcance y sistematización, al menos en el Uruguay. Vemos allí un efecto similar al de la “*excepción del agricultor*” o “*privilegio del agricultor*”, que la propia autora describe en su interesante Capítulo sobre Biotecnología como la que “*implica reconocer la facultad de utilizar para la siembra en el propio campo las semillas de su propia cosecha, para la siguiente producción*”

Lo cierto es que nunca antes se había presentado en nuestro país un estudio de la Propiedad Intelectual omnicompreensivo como el que contiene esta obra cuyo lanzamiento oficial nos congrega aquí en la Biblioteca Nacional.

Faltaba decidir cuándo lanzarlo al conocimiento público, dilema que imaginamos angustiante dado lo cambiante de la materia que abarca, particularmente en tiempos que el torbellino provocado por el advenimiento de la era digital envuelve prácticamente todas las actividades que los seres humanos llevamos a cabo en la aldea global. La propia autora advierte en sus Palabras introductorias que

“El estudio de la Propiedad Intelectual ofrece constantemente cambios y desafíos, por lo que sabemos que pronto aparecerán temas o aspectos faltantes en el elenco de las cuestiones analizadas en este libro”. Ello se corresponde con las palabras de la Dra. Delia Lipszyc, cuando enfrentada al mismo dilema

en su último libro “*Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*”, (publicado por UNESCO, CERLALC y ZAVALÍA a fines del 2004), expresaba: “*en materia de difusión de obras y prestaciones tuteladas por el derecho de autor y conexos por Internet, donde los cambios se producen tan rápidamente, las conclusiones no pueden ser más que provisorias. Escribir sobre el tema es como hacer el mapa de un continente en continua formación*” (valga recordar que Lipszyc y Bugallo ejercen actual y respectivamente la Presidencia y la Secretaría General del Instituto Interamericano de Derecho de Autor, IIDA).

2. Para ilustrar el **Escenario internacional y el local** en que se inscribe la publicación del libro, sendos y muy frescos Comunicados de prensa de la OMPI, el N° 463 y el 465, ambos publicados el pasado 16 de octubre, vienen oportunamente en nuestra ayuda.

En el primero de ellos, referente al ámbito internacional, se pone de manifiesto que el sistema de patentes está integrado en las actividades económicas y presenta, como éstas, un carácter internacional cada vez más marcado; el aumento en el número de solicitudes de patente presentadas refleja claramente el crecimiento económico en todo el mundo. El Informe de la OMPI sobre Patentes correspondiente a 2006 evidencia que, cada vez más, las empresas utilizan el sistema de propiedad intelectual para proteger sus inversiones en los nuevos mercados. En el Informe se indica que en 2004, el año más reciente para el cual se dispone de estadísticas completas, estaban en vigor en todo el mundo 5,4 millones de patentes.

El Director General de la OMPI dijo que «el Informe pone de manifiesto un marcado aumento en el uso del sistema de patentes a escala internacional. También demuestra que el sistema de patentes se está utilizando para sus fines previstos, es decir, alentar la innovación y promover la actividad económica».

Dicho Informe, añadió, deja ver también un aumento en la aplicación del Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT). El PCT, que ha creado un sistema relativamente sencillo de presentación internacional de solicitudes de patente, se ha transformado en un importante instrumento para las empresas que desean obtener protección por patente en varios países. Entre 1990 y 2005, el número de solicitudes PCT ha aumentado según un índice anual medio del 16,8%, totalizando 134.000 solicitudes internacionales en 2005. El PCT se utiliza actualmente para presentar el 47% de las solicitudes internacionales de patente.

Pues bienvenidas sean estas noticias, decimos nosotros junto con la autora, quien en su nuevo libro (ver pág. 467) aboga por las ventajas del PCT y au-

gura que los inventores y las empresas nacionales puedan disfrutar de las mismas; las que les han sido negadas sistemáticamente pese a que en alguna oportunidad fue enviado por el Poder Ejecutivo al Parlamento el Mensaje correspondiente con la iniciativa de aprobación de dicho Tratado que administra la OMPI.

“Las ventajas más notorias (del PCT) – dice Bugallo en el Capítulo Patentes de Invención – son las económicas, en cuanto a gastos de tramitación; además, el solicitante tiene la posibilidad de evaluar el valor económico de la invención, de saber si realmente es posible lograr la protección deseada en todos los Estados en que tiene interés. Sobre la base de lo que pueda conocer en la Fase Internacional, tendrá opción por terminar el trámite o ingresar en la Fase Nacional de los Estados en los cuales ha solicitado la protección a través de la presentación internacional de la solicitud.

Lamentablemente – continúa diciendo nuestra homenajead – nuestro país no integra este sistema de protección,..... por lo cual un inventor nacional o una empresa nacional, por origen o por domiciliarse en nuestro país, no tienen facultad por sí para acceder a tales beneficios. Tendrán que pagar país por país tasas, gastos de traducción y dibujos, así como honorarios a Agentes de Propiedad Industrial. Es de hacer notar que Latinoamérica ha sido la región donde más oposiciones y opiniones contrarias se presentaron; sin embargo el PCT tiene hoy gran aceptación a nivel internacional (a mayo de 2006 contaba con 128 Estados miembros, de los cuales cabe destacar Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, México y Nicaragua).

Situación similar – pero más grave – se presenta con el Sistema de Madrid para el Registro Internacional de Marcas (conformado por el Arreglo de Madrid y su Protocolo), del cual también se ocupa – con valentía porqué no decirlo – nuestra autora en su libro (ver pág. 242)

El sistema – nos dice en el Capítulo correspondiente a Marcas – presenta evidentemente como gran ventaja la concentración de esfuerzos en una sola presentación de solicitud. Esto beneficia a las marcas que tienen vocación internacional, en tanto serán aplicadas en productos o servicios que circulan internacionalmente. Representa un ahorro para el solicitante en tasas, en honorarios de profesional registrador, en traducciones o dibujos. Con las ventajas que la tecnología concede actualmente, que permiten eficiencia a toda comunicación internacional como para implementar este registro internacional, no parece lógico – concluye nuestra admirada amiga – cuestionar tales sistemas.

Sin embargo lo ha sido y muy duramente, especialmente en América Latina, donde la hostilidad es

manifiesta por parte de los Agentes de Propiedad Industrial (la mayoría), mientras que Cuba ha sido el único país de la región que ha sabido aprovecharse de las ventajas del sistema de Madrid (es miembro del Arreglo desde 1989 y del Protocolo desde 1995).

Pero la gran novedad, esta vez en cuanto al contexto en que se ubica la aparición de la obra a nivel nacional, viene resumida en el segundo Comunicado de prensa de la OMPI al que aludíamos, el N° 465 publicado hace apenas diez días. Allí se da cuenta que en una reciente entrevista con el Vicepresidente del Uruguay, Sr. Rodolfo Nin Novoa, y una delegación del Parlamento uruguayo, celebrada en Ginebra el 16 de octubre pasado, el Director General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Dr. Kamil Idris, ha reafirmado el respaldo de la Organización al desarrollo del sistema de propiedad intelectual del Uruguay, elogiando los esfuerzos desplegados por el Uruguay para modernizar su estructura de propiedad intelectual así como otras iniciativas emprendidas para asegurar la mejor utilización posible del vasto capital humano de la nación en aras del crecimiento económico y el desarrollo. En ese contexto, se firmó un acuerdo que refuerza la cooperación ya establecida entre la OMPI y el Uruguay

El comunicado informa que la entrevista giró en torno a la importancia estratégica de la propiedad intelectual en el futuro desarrollo socioeconómico y cultural del Uruguay. El Dr. Idris manifestó satisfacción por el empeño del Gobierno uruguayo en fortalecer su sistema de propiedad intelectual, destacando que ese sistema reviste una importancia fundamental en el contexto de la decisión tomada por el Uruguay de convertir su potencial innovador en un activo económico tangible al servicio del desarrollo económico. Puso de relieve, además, la función central que desempeñan las industrias culturales en el rendimiento económico general del país, observando que representan casi el 6,5 por ciento del producto interno bruto (PIB) anual y emplean a cerca de 60.000 personas, es decir, el 4,9 por ciento de la población económicamente activa.

El Vicepresidente del Uruguay, por su parte, informó al Director General que el Parlamento uruguayo había aprobado la semana anterior la adhesión del Uruguay al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (el WCT o TODA aclaramos nosotros). El Director General se mostró complacido por el hecho y destacó la importancia de ese tratado para la protección de contenidos en el entorno digital, añadiendo que en el contexto económico actual, basado en los conocimientos, el sistema de propiedad intelectual constituye un instrumento clave de política que permite explotar el potencial creativo del país y fomentar su desarrollo económico y tecnológico. (Lás-

tima que por unos pocos días no se pudo informar que una ex becaria de la OMPI acaba de publicar una obra que seguramente será trascendental para el estudio y desarrollo de la propiedad intelectual en el Uruguay y en la región).

La cooperación de la OMPI con el Uruguay abarca actualmente una serie de actividades y programas de formación con objeto de modernizar el marco administrativo y jurídico del sistema de propiedad intelectual, y fortalecer la función de la propiedad intelectual en los ámbitos científico, tecnológico y económico. A resultas del acuerdo que se acaba de firmar en Ginebra, la OMPI centrará sus esfuerzos en dar impulso a la innovación mediante el uso estratégico de la propiedad intelectual y en consolidar los vínculos entre los centros de innovación y el sector industrial. Las actividades también tendrán como objetivo utilizar la propiedad intelectual como instrumento que permita el desarrollo de las industrias culturales, con especial atención en las pequeñas y medianas empresas.

Es por demás interesante enterarse que la Delegación uruguaya que acompañaba al Vicepresidente de la República estuvo integrada legisladores de todos los partidos y fuerzas políticas representados en el Parlamento nacional, lo cual justificaría celebrar que figuras por demás representativas de gobierno y oposición hayan concordado en un tema – nada menos que la propiedad intelectual – donde aparentemente y según el comunicado oficial de la OMPI no existirían disidencias. Esperemos que esa concordancia no se manifieste solamente cuando nuestros legisladores se encuentran en Ginebra y que pronto veamos concretarse iniciativas que permitan a los creadores en el Uruguay beneficiarse de las ventajas que la comunidad internacional ha puesto a su alcance para mejorar la protección y el goce efectivo de sus derechos.

En el sector del derecho de autor y los derechos conexos, el libro editado por la FCU llega en buena hora, para unirse a la lucha fatigante que autores, artistas y productores libran ante el advenimiento de la era digital, cuando obras y prestaciones han quedado expuestas a todo tipo de desmanes por parte de usuarios, inescrupulosos o no, que se lanzaron a un verdadero saqueo de bienes y derechos, alentados por la “divertida” sensación de “navegar” en Internet creyendo que había finalmente nacido la “tierra de nadie” y reinstalado el reino de la libre apropiación de todo lo creado por el intelecto humano.

Los Tratados Internet de la OMPI configuran una barrera de contención, gracias a la cual se han definido los derechos de autores, artistas y productores en el medio digital, delimitando su alcance. Nada nuevo bajo el sol, el derecho de autor ha recobrado

con ellos todo su vigor en las redes digitales y sus dos derechos fundamentales – reproducción y comunicación pública – cubren de manera irrestricta las utilidades en línea. Tal como sucede en el medio analógico. Por ello es de esperar que el gobierno uruguayo concrete la adhesión a ambos Tratados del 96 – el TODA y el TOIEF – como ansiosamente lo reclama la comunidad intelectual de nuestro país.

Estamos seguros que el libro de Bugallo servirá para concienciar acerca de la fuerte dicotomía planteada entre el derecho de los creadores y el acceso a la cultura y a la información; como también sobre la necesidad de promover el fortalecimiento de las organizaciones de gestión colectiva, como herramientas esenciales de desarrollo de la comunidad creativa. También se hace necesario promover el reconocimiento de la remuneración por copia privada (tal como lo hace notar la autora en la página 737), base de sustentación de las sociedades de gestión colectiva pequeñas y medianas, en particular de aquellas del género de las artes visuales.

El libro llega a tiempo también para ayudar a la consolidación de la gestión colectiva de derechos reprográficos, iniciada en el Uruguay por AUTOR, nacida a impulsos precisamente de la FCU y cuya directiva integra nuestra autora y amiga.

3. Estructura de la obra

Vayamos ante todo a su impecable presentación, por la cual caben a autora y editor nuestras felicitaciones. Nunca los elementos reunidos de la Propiedad Intelectual estuvieron contenidos en envoltorio tan elegante y ameno. Debe destacarse que en la carátula nuestra autora, la Dra. Beatriz Bugallo, ha extendido su maestría al género de las obras de artes visuales, pues es también la autora del diseño alegórico “*Divertimento PI*” que la ilustra (El reconocimiento a su derecho de paternidad sobre este nuevo género de obra figura en la solapa de la contratapa del libro).

La obra, que cubre más de novecientas páginas de extensión, se desarrolla a lo largo de doce capítulos que, junto al introductorio sobre Conceptos Generales, abarcan toda la problemática de la Propiedad intelectual. Tal como la propia autora nos lo hiciera ver, puede decirse que está organizada de manera de cubrir “tres libros en uno”, a saber: 1) los temas que se atribuyen a la hasta ahora llamada “propiedad industrial”, concepto que no se ajusta a muchos de los contenidos que allí se comprenden, de ahí su caída en desuso (Capítulos Primero a Noveño); 2) Derecho de Autor (Cap. Décimo) y Derechos Conexos (Cap. Undécimo); y 3) El novedoso capítulo final, donde la autora aborda todas las cuestiones sobre contratación en materia de Propiedad intelectual (Cap. Décimosegundo). No obstante esta distin-

ción ficticia, creemos acertada la decisión de la autora de no insistir en esta separación de sectores, siguiendo en cierta manera la modalidad iniciada por el Acuerdo sobre los ADPIC en el campo internacional, donde por ejemplo no se menciona en ningún momento el término “propiedad industrial”

4. Características salientes de la obra

Tal como acertadamente lo expresa el Dr. Ricardo Olivera García en el Prólogo, “Propiedad Intelectual” constituye “un estudio completo, sistemático y moderno de toda la problemática de la propiedad intelectual” Tal sistematización no se había dado hasta ahora a nivel nacional – seguramente – pero difícilmente en el ámbito internacional. Ello facilitará la comprensión global de la materia, hasta ahora fragmentada y víctima de un desconocimiento que, dada la pregonada calidad de país de elevado nivel de educación y cultura que se atribuye al Uruguay, causa verdadero asombro.

A pesar de la cobertura amplia de la materia de los derechos intelectuales, impresiona igualmente la profundización que Bugallo otorga a cada uno de ellos. Esto se nota claramente en los capítulos correspondientes a los temas tradicionales – Marcas y Patentes de Invención por ejemplo – donde la investigación bibliográfica llama realmente al asombro.

Pero también se destaca su valentía para incursionar en sectores poco aventurados, tales como los referentes a biotecnología – tema sobre el cual es a menudo invitada a exponer desde diversos países – el nombre comercial (al cual califica como “una de las figuras más enigmáticas, más complejas de la propiedad industrial”) o el clásico pero renovado de la protección jurídica de las indicaciones geográficas, de especial interés hoy en nuestro país, especialmente en el sector vitivinícola.

La novedad, representada fundamentalmente por el Capítulo final, está dedicada a la Contratación en materia de propiedad intelectual, a la cual añade la contratación tecnológica, por entender que con frecuencia en la práctica los contratos en ambos campos se complementan. (Para facilitar la consulta, los contratos se presentan en orden alfabético). Para la autora resulta un tema clave, dado que “implica la explotación consentida, autorizada, de tales creaciones, núcleo del aprovechamiento económico de estos bienes. Como en muchos otros casos, propiedad industrial y los derechos de autor presentan similitudes y diferencias. En general, con referencia a algunos contratos, hay uniformidad en todos los institutos de la propiedad intelectual, no obstante algunas particularidades

La vastedad de la bibliografía consultada, casi hasta el agotamiento, abarcando en cada tema la producción nacional, donde la autora rinde homenaje a

quienes en este país han dedicado gran parte o toda su vida profesional al estudio de los derechos intelectuales. En tal sentido, nos causa especial satisfacción ver desfilar en la bibliografía nacional consultada a calificados técnicos y juristas que revisten y han pasado por la DNDA, incluida su actual Directora, o por las entidades de gestión colectiva como AGADU, reconocidos quizás más a nivel internacional que intramuros. De esta manera, el libro resalta sin desmerecerlos los valiosos, sí que esporádicos, esfuerzos del pasado, dedicados a aspectos sectoriales dentro del espectro de los derechos intelectuales.

Su actualidad. En su globalidad, como en el detalle de cualquiera de sus capítulos, el libro de la Dra. Bugallo exuda una sensación de cobertura total, de estudio minucioso y actualizado. En tal sentido destaca el estudio que en cada capítulo se dedica a la influencia o impacto del medio digital sobre el derecho de que se trate, como puede verse en el estudio de “Marcas en Internet” o particularmente en los Capítulos dedicados al Derecho de autor y a los Derechos conexos, donde la utilización de obras y prestaciones en las redes digitales ha revolucionado el sistema de protección con riesgo de socavarlo.

Destaca asimismo su vocación universal, sin perjuicio de integrar y destacar la situación nacional. En ésta última se aprecia un manejo integrador de los diferentes elementos de la propiedad intelectual, tal como han sido regulados en el país, detectando la interconexión existente entre ellos y las soluciones jurídicas adoptadas. Así sucede con el “retroceso” que sobre la protección de los diseños industriales atribuye a la nueva ley de derecho de autor (la N° 17.616 de enero de 2003), al no permitir la acumulación de la protección por el derecho de autor a la marca, tal como existía en el régimen anterior.

La debida y atinada integración definitiva de los aspectos internacionales, tanto a nivel mundial, donde destaca una referencia permanente al Acuerdo sobre los ADPIC, en tanto primer cuerpo normativo internacional con carácter de globalidad para la propiedad intelectual; como regional, donde se acerca para cada tema el tratamiento que ha tenido en la CEE, en la Comunidad Andina de naciones o en nuestro MERCOSUR.

Su valor didáctico. El libro comparte calidad en el estudio que lo sustenta y sencillez en la manera de transmitirlo al lector, el cual se sorprenderá por el fácil manejo de temas que hasta ahora en nuestra sociedad vivían en un sorprendente desconocimiento (sólo explicable por las sabias palabras de un encumbrado abogado y jurista compatriota a quien pregunté por este fenómeno, cuando comenzaba yo a incursionar en el tema por razón de mi acercamiento a la OMPI, ocasión en que me contestó “Dejalo así, no avivés a los giles!).

Lo cierto es que el libro de Beatriz Bugallo abre caminos para que el Capítulo Uruguay, en el estudio sobre la enseñanza de los derechos intelectuales en América Latina, deje de ser el más pobre y desvalido de la región, pues seguramente alentará, a visa de instrumento potenciador, a las autoridades universitarias a incorporar definitivamente la materia en los cursos de grado de sus Facultades de Derecho. A ese compromiso las convocamos.

Finalmente, auguramos su trascendencia. Este nuevo libro permitirá informar en distintos círculos internacionales – como la OMPI, el CERLALC, la ALAI, el IIDA (Será un placer y un orgullo proceder a ello en aquellos en que nos corresponda hacerlo) - que la bibliografía sobre propiedad intelectual en el Uruguay, en todas sus facetas, se ha enriquecido a partir del día de hoy con un verdadero Tratado sobre la materia, acompañando lo que al respecto ha expresado el Dr. Olivera García.

Ésta es ya una gran deuda de gratitud que el país tiene con la Dra. Beatriz Bugallo.

Cerramos esta presentación con las palabras que le dedicara el Prof. José Antonio Gómez Segade (Catedrático de Derecho Mercantil. Director del Instituto de Derecho Industrial. Univ. de Santiago de Compostela), al prologar su libro anterior sobre el Eslogan Publicitario, porque no podríamos hacerlo mejor:

Los que las leyeron, deléitense al escucharlas una vez más; los que no lo hicieron, disfruten de la dulzura y la riqueza de un lenguaje inspirado en la

admiración de un ilustre profesor hacia su dilecta alumna.

“Afortunadamente hay pruebas de que todos seguiremos contando con la indomable voluntad, el talento y la capacidad de trabajo de la Doctora Beatriz Bugallo Montaña, Si además se añaden sus cualidades humanas de solidaridad, simpatía, fidelidad con los compromisos y sincera afectividad, sólo resta felicitar y envidiar a quienes pueden disfrutar de cerca (de) todas sus dotes profesionales, académicas y humanas. ... No ha sido una visitante más (de nuestro Instituto), sino que ha dejado huella y se ha convertido en uno de sus miembros. Y para el viejo profesor que esto escribe, la relación de estos años ha creado afectos que estoy seguro permanecerán para siempre más allá de los embates de cualquier efímero y eventual vendaval. Tengo la certeza de que la autora de esta obra todavía tiene muchas obras que ofrecernos. También espero que de vez en cuando nos traiga de nuevo personalmente el aroma y el acento rioplatense. Pero, ahora, desde esta tierra de sus ancestros, cuando ya quedan pocos “bugallos” en los robles y se han marchitado las camelias, pero comienzan a florecer las azaleas y rododendros, sólo me queda expresarle mi más profundo deseo de los éxitos personales y profesionales que merece.”

Marzo de 2005

Como son también – estoy seguro - los deseos que todos los aquí presentes le dedicamos hoy, junto con nuestro agradecimiento y admiración por la magnífica obra que nos entrega.

CARLOS A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS

Presidente del Instituto Uruguayo
de Derecho de Autor, IUDA;
Miembro de Honor del Instituto
Iberoamericano de Derecho de Autor, IIDA;
Ex Subdirector General de la OMPI

DERECHO PENAL PARA ESCRIBANOS

Miguel Langón Cuñarro
Universidad de Montevideo
Montevideo, 2006

Sabido es que actualmente se ha generado una corriente normativa que se traduce en transferir cada vez más responsabilidad a los profesionales, y no escapa a esa tendencia el Escribano, que en el Derecho Penal debe conocer muy bien sus caminos, para detectar esos tablonos flojos y asumir una posición preventiva en una realidad cambiante, que jurídicamente se traduce en nueva normativa siempre que el Estado asume compromisos a nivel internacional.

Pues bien, para conocer Derecho Penal es esencial manejar con solvencia la parte especial donde se edictan los Delitos en particular, que es el objeto de este Tomo II de la excelente obra del Dr. Miguel Langón Cuñarro: "Derecho Penal para Escribanos".

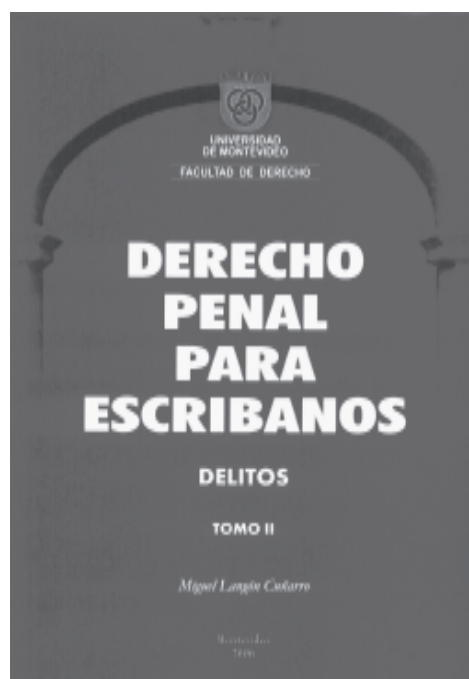
No me cansaré de expresar, así como en cada oportunidad en que se me honra para reseñar trabajos del Prof. Dr. Miguel Langón Cuñarro, que es una plena satisfacción presentar un libro de su autoría, editado por la Universidad de Montevideo, ya que al ser un eminente doctrino de la ciencia jurídico-penal se le suma la admiración y respeto al que mueve, inspirando en mí caso la pasión por la rama penal y la docencia.

Criminólogo destacadísimo y excelente doctrino del Derecho Penal, vuelca todo su tino y dilatada trayectoria profesional (Judicatura, Fiscal del Crimen, y Docencia -Profesor G 5 de Derecho Penal-) en este Tomo II, donde utiliza la función sistemático-valorativa para ordenar la exposición y análisis de cada delito (criterio que comparto y promuevo con énfasis).

Evidentemente no se abarca todo el compendio de delitos que regula el Libro II del Código Penal y las leyes especiales, pero sí se profundiza en las figuras donde el Notario puede intervenir como actor o víctima.

Esta tarea de brindar un Manual de Derecho Penal para los Escribanos constituye una loable pero dura tarea, que implica compactar la materia -por momentos inabarcable- que constituye la normativa penal, sin perder de vista que el nivel universitario, que por el contrario es potenciado.

Como decíamos arriba, la función sistemático-valorativa rectora la exposición en este libro, lo que significa que se exponen los delitos de acuerdo al bien jurídico protegido, sin descuidar la función interpretativa y de medición de la pena, que entroncan con la anterior.



Se trata de 120 páginas compendiando un material esencial para todo estudiante de Escribanía. Un análisis en lenguaje claro pero que sopesa muy bien la envergadura técnica de cada asunto, que hecha luz sobre los delitos que van desde aquellos que protegen la Soberanía del Estado hasta los que resguardan el bien jurídico Propiedad.

Para los profesionales Abogados o alumnos de esa carrera, significa fenomenal resumen de las cuestiones básicas que podrán revisarse y recordarse a fin de conocer los puntos básicos que podrán ampliarse en la bibliografía especializada.

Al igual que el Tomo I, se trata de trece capítulos, que se desglosan de la siguiente manera:

Primeramente, el Capítulo I (Introducción a la Parte Especial) explica el contenido de la parte especial y el criterio sistemático-valorativo que destacáramos más arriba, así como el análisis de los bienes jurídicos individuales y supraindividuales, sirviendo de primer paso y bienvenida a los estudiantes que viven su primera aproximación a lo Penal.

El Capítulo II (Delitos contra la Soberanía del Estado, Orden Político Interno y La Paz Pública) arriba al análisis de los tres primeros Títulos del Código Penal y leyes de prensa, así como de los delitos electorales, destacando un resumido pero no menos técnico estudio de los delitos de rebelión y sedición, que lamentablemente en estos tiempos han pasado a ser moneda corriente y conductas toleradas.

Al llegar al Capítulo IV (Delitos contra la Administración Pública), el estudio del Título IV del Cód-

go Penal lleva directamente al cerno de la cuestión: el concepto de funcionario público (sujeto activo de la mayor parte de las figuras típicas). A partir de allí se expone un cuidado y no recargado análisis estratificado de los delitos de cohecho y peculado, así como de las figuras protectoras del funcionario (atentado y desacato).

Una especie del género de los Delitos contra la Administración Pública, ocupan el centro del Capítulo V (Delitos contra la Administración de Justicia), en que se pretende con gran éxito brindar un completo panorama sobre los tipos edictados a fin de crear condiciones de garantía en la prestación de justicia. Figura principal de este capítulo es el Delito de Falso Testimonio (en sus diferentes modalidades que incluyen el artículo 180 del Código Penal, la declaración falsa ante la Caja de Profesionales y ante la Comisión Investigadora de la Dirección General de Aduanas).

Otro bien jurídico supra individual, cual es la "incolumidad pública" (en las palabras del propio autor) constituye la materia del Capítulo VI (Delitos contra la Seguridad Pública), donde resalta por su actualidad en detalle relativo a la protección penal del medio ambiente, así como también la descripción del paradigma de delito de peligro abstracto o presunto: el delito de Incendio.

La Seguridad Pública vuelve a ser el contenido analizado, esta vez en el Capítulo VII (Delitos contra la Salud Pública), donde la modalidad específica de la salud se traduce en un complemento del análisis medioambiental a nivel penal, sosteniendo el Dr. Langón que prima la visión antropocéntrica en desmedro del estudio como bien jurídico autónomo (apreciación que compartimos plenamente). Asimismo, el lavado de dinero se muestra con necesarios pormenores como el asunto que los Escribanos han de apreciar con mayor detenimiento.

Pilar de la preparación jurídico-penal del Escribano lo conforma el conocimiento acabado del alcance y consecuencias de la falsificación documentaria, que es objeto de una excelente aproximación del autor en el Capítulo VIII (Delitos contra la Fe Pública). El Escribano es protagonista del Título VIII de nuestro Código, y la confianza que merecen los documentos que emiten en ejercicio de sus funciones, le dan una relevancia mayúscula a esta parte de la obra, que Langón sabe destacar con los exhaustivos análisis de los tipos de documentos –página 47– y del expediente electrónico –página 51– (aspecto que los alumnos de notariado sabrán sopesar en toda su dimensión).

El Estado en su faz patrimonial es el objeto de estudio en el Capítulo IX (Delitos contra la Economía y la Hacienda Pública). La descripción que Langón realiza del Delito de Usura no tiene desperdicio, exployandose en cuatro páginas cargadas de

experiencia y dogmática. Resulta de orden mencionar al delito de contrabando como figura destacada en este capítulo que redondea un importantísimo aporte en la materia.

Delitos sexuales y protección de la familia comprenden al Capítulo X (Delitos contra las Buenas Costumbres y el Orden de Familia). A esta altura, otro mojón marca al Escribano la necesidad de especial atención, en este caso al momento de la expedición de certificados de ingresos que puedan ser utilizados por los sujetos activos de la estafa por ocultación de ingresos para frustrar el pago de una pensión alimenticia.

El sostén de nuestro régimen jurídico actual, la libertad, nos espera en el Capítulo XI (Delitos contra la Libertad), donde se ilustra sobre los distintos aspectos de la misma (individual, política, religiosa), y se hace hincapié en la protección del secreto, fundamentalmente el profesional, atinente a los Escribanos como profesionales.

La integridad personal y la vida dominan el Capítulo XII (Delitos contra la Personalidad Humana), siendo la vida como valor supremo y presupuesto de los demás derechos humanos el bien jurídico en el que se ahonda con la finalidad de echar luz sobre los delitos de aborto y homicidio, en sus distintas modalidades, que aunque se presentan como los delitos ancestrales (léase los cometidos en todas las épocas), siempre observan aristas problemáticas y dudas interpretativas motivadas por ejemplo en las nuevas tecnologías médicas para la valoración del delito de aborto.

Finalmente, el Capítulo XIII (Delitos contra la Propiedad) se destina a los bienes inmuebles, muebles, inmateriales y materiales que integren el peculio de las personas. Aquí vuelve a resaltar el carácter autónomo del Derecho Penal, ya que el concepto de propiedad penal, como es sabido, resulta más amplio que el civilista. El Hurto, la Rapiña, el Copiamiento y la Estafa reclaman su lugar de privilegio dentro de este capítulo, pero no menos importante es la atención prestada a la protección criminal en materia de propiedad incorporal (ya que por su actualidad e importancia económica han ganado un lugar de preferencia).

El Derecho Penal es calificado por Langón como un Derecho "hijo de la realidad", y con esas sencillas palabras puede claramente mostrarnos el autor que la parte especial –el análisis de cada delito del Código Penal y Leyes Especiales– es esencial para conocer Derecho Penal.

Resumiendo, el Tomo II del Derecho Penal para Escribanos sigue la línea del primer tomo, otorgando a los operadores del derecho una herramienta indispensable para la aproximación al fenómeno dogmático-penal, donde el caudal de práctica y conocimiento del autor, dejan traslucir un material de fácil comprensión y elevadísima calidad técnica.

Martín Pecoy

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Augusto Durán Martínez

Fundación de Cultura Universitaria, 2007, 599 págs.

El Dr. Duran Martínez ha realizado una obra rigurosa, detallada y amena sobre el amplio y complicado tema del Contencioso Administrativo.

Dentro sus obras mas reconocidas podemos mencionar:

Régimen Disciplinario en la Administración Central, O.N.S.C. 1975

Estudios de Derecho Constitucional, Ingranusi Ltda, Montevideo 1998

Estudios sobre Derechos Humanos, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo 1999

Estudios Jurídicos a Propósito del MERCOSUR, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo 1999.

Estudios de Derecho Administrativo. Parte General, Montevideo 1999

Estudios de Derecho Administrativo. Parte Especial, Montevideo 1999

Estudios de Derecho Público Volumen I Montevideo 2004

Casos de Derecho Administrativo Volúmenes I a IV, Ingranusi Ltda., Montevideo 1999 a 2005

El Profesor Durán Martínez ya venia trabajando en estos temas, a través de sus clases en la Universidad de la República como en la Universidad Católica del Uruguay, de la cual es Decano Emérito.

El autor traduce a un lenguaje sencillo y operativo los conceptos, procedimientos y estructuras del Contencioso Administrativo, haciendo un brillante trabajo de sistematización de toda la normativa vigente en la materia, junto con una constante referencia y análisis de las doctrinas nacionales y extranjeras mas recibidas, haciendo una permanente cita a referencias o fuentes, de modo que, junto con su opinión, aparece la del resto de la Doctrina y la Jurisprudencia, tan importantes en esta materia.

Se trata de una obra que recorre en forma ordenada y completa los Contenciosos de Derecho Público, analizando todos sus elementos, desde el Contencioso Anulatorio, el Agotamiento de la Vía Administrativa, las Peticiones de los Artículos 30 y 318 de la Constitución, los Recursos Administrativos, Contencioso Administrativo de Reparación Patrimonial. La relación entre la Acción Anulatoria y el Contencioso Administrativo de Reparación Patrimonial,



El Contencioso Interadministrativo y el Contencioso Administrativo Francés.

El libro empieza con el estudio de Los Contenciosos de Derecho Publico, haciendo un exhaustivo análisis del termino "Contencioso Administrativo", desde Maritain y Couture, hasta el presente, analizando también los términos de "Justicia Administrativa" y "Jurisdicción Administrativa".

Luego se introduce en el análisis del Contencioso Anulatorio, realizando un estudio minucioso que comprende El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el Procurador del Estado en los Contenciosos Administrativo, el Actor, el Demandado, el Tercerista y el Objeto del Proceso. Realiza un completo estudio del Acto Administrativo y de la Legitimación Activa, analizando todos los aspectos "procesales" en el ejercicio de dicha acción.

Es especialmente destacable la profundidad con la que se estudia el "Acto Administrativo" y el "Acto de Gobierno", donde el autor interpreta el Derecho positivo en forma cristalina, estudia la Jurisprudencia mas reciente del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Sentencia N° 137 de 1988) y analiza en forma detallada toda la doctrina nacional y extranjera.

A su vez, analiza profundamente el agotamiento de la "Vía Administrativa", estudiando todas la aristas del tema, desde las peticiones de los artículos 30 y 318 de la Constitución, los distintos tipos de recursos según el artículo 317 de la Carta, la legitimación

para recurrir, los plazos y las formas para la interposición de los recursos, las causales de impugnación, los efectos de la interposición de los recursos, las facultades de la Administración y sus plazos para resolver, hasta la situación de los terceros afectados por el acto que resuelve los recursos, con citas esclarecedoras de los doctrinos nacionales mas relevantes, como E. Sayagues Laso, H. Frugone, J. Prat, M. Brito, C. Delpiazzo J. Cajarville, F. Rotondo, J. Cagnoni y G. Roucco, entre otros.

En esta obra el profesor Durán Martínez vuelve sobre un tema del cual ya había escrito en forma brillante, como es el "Contencioso Administrativo de Reparación Patrimonial", trabajo publicado en *"La Justicia Uruguaya"*, desarrollando su evolución histórica, su contenido, sus plazos y la ejecución de la sentencia, y analizando el artículo 312 de la Carta Magna, junto con su opinión, la del resto de la doctrina y un excelente análisis de la jurisprudencia.

El Contencioso Interadministrativo se analiza desde su evolución histórica en la Constitución de 1934 hasta el actual artículo 313 de la reforma constitucional de 1967, siendo especialmente destacables en este capítulo, los análisis de la Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 144 del 18 de marzo de 1998 y del Decreto Ley 15.524.

El autor dedica un capítulo de su libro a realizar una evaluación del sistema Contencioso Administrativo, págs. 497 a 509, en el que nos brinda una visión global del mismo, recurriendo a autores nacionales como Daniel Hugo Martins y Juan Pablo Cajarville y extranjeros como J. González Pérez.

En ese capítulo, aborda las insuficiencias del Contencioso Administrativo, que son entre otras,

las razones que llevan a la implantación, como una institución universal, del *Ombudsman* (de origen escandinavo).

El profesor Durán Martínez aborda finalmente el estudio de "El Contencioso Administrativo Francés", analizando la Dualidad de Jurisdicción, el Consejo de Estado, el Tribunal de Conflictos, las Ramas del Contencioso Administrativo, el Contencioso de Anulación, el Contencioso de Plena Jurisdicción, el Contencioso de Interpretación, el Contencioso Represivo, Un "Avis" y Un "Arret" y el Dialogo entre la Jurisprudencia y la Doctrina.

En definitiva, estamos ante una obra de consulta obligada, no solo para los entendidos en la materia, ya que trata en forma integral y actualizada todas las normas que regulan estos institutos. El autor armoniza todas las disposiciones que regulan cada materia que trata, en un sistema coherente que resulta de la aplicación del Derecho positivo.

Además, el método de formularse preguntas, las que responde en forma precisa y con una meridiana claridad, como los esquemas que utiliza en el tema de los Recursos Administrativos, hacen que este libro, sea de muy ágil lectura.

Las referencias de Derecho positivo y Jurisprudencia contenidas en el cuerpo del libro, son complementadas por un índice de Bibliografía muy detallado (págs 568 a 592) El índice temático está bien organizado y permite la fácil búsqueda y ubicación de los temas.

Leer al Dr. Duran Martínez ha sido una aventura entretenida e instructiva, creyendo que es un libro que será, sin dudas, una obra de referencia.

Dr. Germán Pérez Malveira

ÍNDICES DE LOS TOMOS I A V (Nos. 1 a 10)

por Natalia Veloso y Alvaro Carrau

- *Índice de autores*
- *Índice de materias*
- *Índice de secciones*

ÍNDICE DE AUTORES

Aguilar Valdez, Oscar. *Sobre el control administrativo de los Entes reguladores de servicios públicos*. Tomo 5 año 2004. Pág. 5

Alfaro Borges, Jennifer. *La naturaleza jurídica del depósito bancario en cuenta corriente y el derecho a la información del depositante como consumidor*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 131.

Alterwain, Andrea. *Fideicomiso testamentario en Uruguay*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 127.

Altieri, Santiago. *Nota sobre "Modos de Adquirir" de Walter Howard*. Tomo 3 año 2003. Pág. 207.

Álvarez Martínez, Alicia. *Garantías y títulos valores cambiarios*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 135.

Amorín Pisa, Marcelo. *Convenios de sindicación en las sociedades comerciales*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 153.

Arcia, Sebastián. *Nota sobre "Introducción al Derecho Financiero y al Derecho Tributario" de Ramón Valdés Costa*. Tomo 1 año 2002. Pág. 209.

Battó, Damián; Berreta, Gabriel, Delpiazzi, Gabriel y Robaina Raggio, Andrés. *Rescate de las concesiones*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 7.

Beitler, Ady. *La conciliación previa en Uruguay a la luz de la teoría de la negociación legal*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 145.

Beltrán Sánchez, Emilio. *El derecho concursal español. La ley concursal de 9 de julio de 2003*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 91.

Blenzio Valdés, Mariana. *Derecho humano a un medio ambiente sano*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 5.

Bott, Ingo. *Los errores de tipo y los problemas correspondientes en el Derecho Penal de Alemania y Uruguay*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 173.

Brian Nougereres, Ana. *Nota sobre "Datos personales para informes comerciales y habeas data" de Juan Manuel Gutiérrez, Juan Martín Olivera y Carlos Loaiza*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 181.

Brito, Mariano. *Principios del procedimiento disciplinario*. Tomo 2 Año 2002. Pág. 5.

Brito, Mariano. *El derecho administrativo frente a los procesos de integración*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 7.

Brito, Mariano. *Constitución y Derecho público: cumplimiento de las promesas*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 101.

Bruognini, María Federica e Laventure, Isabel. *El concubinato en la jurisprudencia nacional*. Tomo 2. Año 2002. Pág. 183.

Bruno, José Luis. *Dos países árabes ante la Corte Internacional de Justicia: Qatar v. Bahrein y el principio de la equidad*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 17.

Bugallo, Beatriz. *Abuso de posición dominante: derecho comparado y derecho uruguayo vigente*. Tomo 1 Año 2002, Pág. 5.

Bugallo, Beatriz. *Nota sobre "Anteproyecto de Ley de Concursos" de Ricardo Olivera*. Tomo 1 año 2002. Pág. 203

Bugallo, Beatriz. *Nota sobre "Antecedentes, Fuentes y Concordantes de la Ley de Sociedades Comerciales" de Ricardo Olivera, Dante Barrios, Beatriz Bugallo, Mariela Castaño, Enrique Falco y Marcelo Lasowski*. Tomo 1 año 2002. Pág. 207.

Bugallo, Beatriz. *Nota Sobre "Las Sociedades Anónimas Deportivas en el Derecho Uruguayo" de Ricardo Olivera García*. Tomo 2 año 2002. Pág. 196.

Bugallo, Beatriz. *Nota Sobre "El nuevo Régimen de Derecho de la Competencia" de Ricardo Olivera García, Augusto Durán, Siegbert Rippe y Albérico Usieto*. Tomo 2 año 2002. Pág. 198

Bugallo, Beatriz. *Nota sobre "Ars Iuris N° 27/2002" de la Universidad Panamericana de Mexico*. Tomo 3 año 2003. Pág. 210.

Bugallo, Beatriz. *Nota sobre "Manual Teórico Práctico de Derecho Concursal" de Camilo Martínez*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 165.

Bugallo, Beatriz. *Nota sobre "Derecho de los Contratos. Cuadernos de Extensión Jurídica 6 (2002) Universidad de los Andes"*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 167.

Bugallo, Beatriz. *Nota sobre "Anuario de Derecho de la Universidad Austral N° 6"*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 171.

Bugallo, Beatriz. *Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno N° 127/02 de 14 de agosto de 2002. Dos temas frecuentes en el Derecho de marcas: responsabilidad de los directores de sociedades anónimas frente a los ilícitos marcarios y protección jurídica simultánea con el derecho de autor*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 111.

Cassinelli, Muñoz Horacio. *Derecho a la Información, Derecho al Honor y la Constitución de la República*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 75.

Castello, Alejandro. *El despido de la trabajadora gravida en la jurisprudencia uruguaya*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 103.

Chalking Majó, Carolina. *Legitimidad del Estado para reclamar por concepto de droit de suite como dominio público oneroso*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 125

Chaves, Gastón. *Sentencia N° 170 de la Suprema Corte de Justicia. Delimitación de la figura del cómplice en el concurso criminal*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 93.

Christopher, Merriam. *Aspectos prácticos de la aplicación de la legislación de propiedad intelectual de Cuestiones relacionadas con temas de derecho informático*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 85.

Cikato, Matías; Loaiza Keel, Carlos, Olazábal, Valentina y Otegui, Mercedes. *Culpa grave: análisis conceptual y contenido en la jurisprudencia nacional*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 197.

Cikato, Matías. *Nota sobre "El nuevo derecho de autor uruguayo"*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 211.

Comadira, Julio. *La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 5.

Cousillas Marcelo. *Régimen jurídico de las aguas y de los servicios de agua potable y saneamiento*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 23.

De Cores, Carlos. *Ley de prenda sin desplazamiento*. Tomo 2. Año 2002. Pág. 85.

Delpiano, Héctor. Recopilación jurisprudencial. Sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 621 de 16 de septiembre de 1991, N° 98 de 8 de marzo de 1999 y N° 497 de 14 de junio de 2000, y sentencias de la Suprema Corte de Justicia N° 42 de 30 de septiembre de 1993, N° 2 de 1° de febrero de 1996, N° 161 de 15 de agosto de 2001, N° 210 de 29 de julio de 2002 y N° 152 de 21 de marzo de 2003 *La razonabilidad como parámetro de decisión en los fallos jurisdiccionales*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 105.

Delpiazzo Antón, Gabriel. *Nota sobre "Marco regulatorio del Sector eléctrico en Uruguay" de Cristina Vázquez*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 171.

Delpiazzo Antón, Gabriel. *Nota sobre "Curso De Derecho de la Integración" de Jorge Fernandez Reyes*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 227

Delpiazzo Antón, José Miguel. *Nota sobre "Incapacidad e inhabilitación" de Walter Howard*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 177.

Delpiazzo Carlos. *Actividad administrativa y Derecho privado*. Tomo 1 Año 2002. Pág. 25.

Delpiazzo, Carlos. *Publicaciones Jurídicas del IEEM*. Tomo 1 año 2002. Pág. 196.

Delpiazzo Carlos E. Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno N° 20 de 4 de marzo de 2002. *De la publicidad a la transparencia en la gestión administrativa*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 113.

Delpiazzo, Carlos. *Nota sobre "Ius Publicum N°9/2002" de la Universidad de Santo Tomás de Santiago de Chile*. Tomo 3 año 2003. Pág. 212

Delpiazzo, Carlos. *Nota sobre "Revista Iberoamericana de Administración Pública N°9"*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 169.

Delpiazzo, Carlos. *Nota sobre "Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva" de Mariano Brito*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 215.

Delpiazzo Carlos.E. *Juridización de la ética pública*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 7.

Delpiazzo, Carlos. *Nota sobre "Ética, Poder y Estado" de Jaime Rodríguez Arana Muñoz*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 195.

Delpiazzo, Carlos E. y Robaina Raggio, Andrés. *Estado de derecho y ocupaciones*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 7.

Delpiazzo, Carlos. *Nota sobre "El Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica"*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 229

Días Sierra, María del Carmen. *Desde la autonomía de la voluntad a la institucionalización de la figura del sujeto débil. ¿La caída de la doxa?*. Tomo 2. Año 2002. Pág. 111.

Duhagon, Bautista. *La vida, principal bien jurídico a defender*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 5.

Durán Martínez, Augusto. *Responsabilidad del Estado por daños causados por la inscripción de una marca cuyo registro fue anulado por acto jurisdiccional*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 19.

Durán Martínez, Augusto. *Importancia política de la defensa nacional y la Fuerzas Armadas*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 19.

Echevarría Leúnda, Jorge. *El arbitraje y contratación administrativa*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 39.

Echevarría Petit, José Luis. Sentencia N° 594 de la Suprema Corte de Justicia del 21 de agosto de 1995. *Acerca de la adjudicación e la licitación pública*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 107.

Echevarría Petit, Jose Luis. *Nota sobre "Contratación Administrativa" de Carlos Delpiazzo*. Tomo 1 año 2002. Pág. 205

Echevarría, Jose Luis. *Nota sobre "Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones" de Carlos Delpiazzo*. Tomo 2 año 2002. Pág. 200

Echevarría Petit, José Luis. *Participación conjunta del sector público y del sector privado en proyectos de infraestructura en la experiencia canadiense*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 73.

Eirin, Álvaro. *Los nombres de dominio y el proceso cautelar*. Tomo 1 Año 2002. Pág. 31.

Eirin, Alvaro. *Nota sobre "Internet, comercio electrónico y propiedad intelectual" de Beatriz Bugallo*. Tomo 1 año 2002. Pág. 213

Esteva, Eduardo. *Los conflictos entre el Derecho a la Información y el derecho al Honor en el Derecho Comparado*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 89

Etcheverry Estrázulas, Nicolás. *Buceando en las profundidades de la anomia*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 25.

Etcheverry, Martina. *Nota sobre "Anuario de Propiedad intelectual 2003" del Grupo de Propiedad Intelectual de la Universidad de Montevideo*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 217.

Eula, Veigan. *Contratos concertados fuera del establecimiento comercial y títulos valores. Protección del consumidor vs. seguridad del tráfico jurídico en el Derecho uruguayo*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 143.

Femenías, Marcelo. *Competencia en materia de aumento de capital integrado por nuevos aportes en las sociedades anónimas*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 129.

Fernández Ballesteros, Carlos. *Nota sobre "La protección jurídica del eslogan publicitario en el Derecho comparado" de Beatriz Bugallo*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 173.

Fernández de Buján, Antonio. *La reforma de la jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 87.

Fernández Reyes Jorge. *Los procesos de integración y la agricultura*. Tomo 1 Año 2002. Pág. 37.

Fernández Reyes, Jorge. *Nota sobre "Estudios sobre los Derechos Humanos" de Adolfo Gelsi Bidart*. Tomo 1 año 2002. Pág. 211

Fernández Reyes, Jorge. *El orden jurídico del MERCOSUR*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 27.

Fischer, Gustavo. *Apuntes sobre el sistema anglosajón de control jurisdiccional de la Administración*. Tomo 5 año 2004. Pág. 25

Gavernet, Haroldo. *Nuestro tiempo, derecho y valores permanentes*. Tomo 2. Año 2002. Pág. 81.

Gesta Leal, Rogelio. *O controle jurisdiccional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 53.

Gros Espiell, Héctor. *El Uruguay y la Corte Penal Internacional. La iniciativa del Poder Ejecutivo en la ley aprobatoria de los tratados*. Tomo 2 Año 2002. Pág. 15.

Gros Espiell, Héctor. *La futura constitución de Europa y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Tomo 5 año 2004. Pág. 45.

Gros Espiell, Héctor. *Responsabilidad Internacional del Estado y responsabilidad penal individual en la protección internacional de los derechos humanos*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 13.

Gros Espiell, Héctor y Blengio Valdés, Mariana. *Impugnación de actos jurisdiccionales ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 15

Gros Espiell Héctor. *El derecho constitucional y la historiografía uruguaya*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 29.

Guariglia, Carlos. *Derecho público y Derecho privado. ¿Dicotomía o falsa antinomia?* Tomo 7. Año 2005. Pág. 21

Gutiérrez, Juan Manuel. *Nota sobre "Anuario de Propiedad Intelectual 2004 del Grupo de Propiedad Intelectual de la Universidad de Montevideo"*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 193.

Gutiérrez, Juan Manuel. *Nota sobre "Derecho de las Telecomunicaciones" de Carlos Delpiazzo*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 169.

Hermany, Ricardo, Da costa, Marli Marlene M. *El principio de subsidiariedad y el derecho social de Gurvitch: La ampliación de las competencias municipales y la interfaz con la sociedad*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 53.

Howard, Walter. *La legitimación adoptiva en el derecho uruguayo*. Tomo 2 Año 2002. Pág. 23.

Issacharoff, Samuel. *Los dos aspectos de la libertad de Expresión. (The two sides of the Freedom of Expresión)*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 79.

Jiménez de Aréchaga, Mercedes. *Los conflictos societarios y el arbitraje*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 45.

Klot, Sofía. *El constitucionalismo latinoamericano y la protección de los derechos indígenas*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 203.

Labandera, Pablo. Sentencia N° 181 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno, del 12 de septiembre de 2001. *Teoría de los actos propios y su aplicación en el derecho aduanero*. Tomo 2. Año 2002. Pág. 93.

Labandera, Pablo. *Nota sobre "El valor en Aduana" de Pablo González Bianchi*. Tomo 3 año 2003. Pág. 209

Labandera, Pablo. Sentencia N° 127 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno de 27 de septiembre de 2004. *Las normas de origen en el Derecho del Comercio Internacional. Su relevancia en el ámbito tributario e infraccional*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 99.

Langón Cuñarro, Miguel. *Lucha contra la corrupción en la Administración Pública en los países del MERCOSUR*. Tomo 1 Año 2002. Pág. 45.

Langón Cuñarro, Miguel. *Cumplimiento de la ley como causa de justificación: el uso de la fuerza y de las armas por parte de los funcionarios policiales*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 37.

Langón Cuñarro, Miguel. *Nueva Legislación penal y procesal penal del Uruguay*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 61.

Langón Cuñarro, Miguel. *¿Por qué es necesario aprender a resolver casos?* Tomo 7. Año 2005. Pág. 81.

Langón Cuñarro, Miguel. *Primeras reflexiones sobre la ley N° 17.897 de 14.9.05*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 17.

- Loaiza Keel, Carlos. *Estudio comparativo del régimen de sociedad legal de bienes en el Derecho Español y en el Uruguayo*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 173.
- Loaiza, Carlos. *Nota sobre "VII. Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo"*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 197.
- Loaiza Keel, Carlos. *Cambio de domicilio de las sociedades comerciales: consideraciones sobre su régimen jurídico*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 27.
- Loaiza Keel, Carlos. Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 467/004 de 11 de agosto de 2004. *La responsabilidad tributaria de los socios y Directores y su interpretación jurisprudencial políticamente orientada luego de la ley 17.930*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 119.
- Loaiza Keel, Carlos. *La jurisprudencia constitucional en materia tributaria y legitimidad del sistema democrático*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 123.
- Mangarelli, Cristina. *Acoso laboral, concepto y protecciones*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 67.
- Mantero, Elías. *Perfeccionamiento del contrato y responsabilidad estatal en el procedimiento licitatorio*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 125.
- Mantero, Elías. *La prohibición de compensación del inciso 2° del Art. 1612 del Código de Comercio*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 37.
- Marcos Sperati, Natalia. *Condiciones de la oferta en el ámbito del comercio electrónico según el Derecho uruguayo*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 165.
- Martínez, Carlos. E. *Acceso a los mercados internacionales de capital*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 95.
- Moglen, Eben. *Contra el honor y la Libertad de Prensa. (Against honor and Liberty of the Press)*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 95.
- Möller, Enrique. *Nota sobre "Código Penal, tomo II, volumen II" de Miguel Langón*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 179.
- Montano, Pedro. *La dignidad humana como bien jurídico protegido por el Derecho Penal*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 45.
- Montano, Pedro. *Nota sobre "Código Penal Anotado, tomo I" de Miguel Langón*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 213.
- Montano, Pedro. *Nota sobre "Código Penal Anotado, tomo II." De Miguel Cuñarro*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 227.
- Moreira, Rosario. *Utilización de signos distintivos por PYMES dedicadas a la producción orgánica*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 137.
- Ochs, Daniel. *La caducidad de los reclamos contra el Estado*. Tomo 9 Año 2006. Pág. 103.
- Olaso Francisco. *Nota sobre "A 200 años del Código Civil Francés"*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 201.
- Olazábal, Valentina. *Reducción de donaciones*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 185.
- Olivera Amato, Juan Martín. *La participación de paquetes accionarios: el aporte de la teoría de la valuación de acciones*. Tomo 3. Año 2002. Pág. 185.
- Olivera García, Jose Luis. *Valoración de la marca*. Tomo 2 Año 2002. Pág. 51.
- Olivera García, Ricardo "La Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo" Tomo 1 año 2002. Pág. 121
- Olivera García, Ricardo. *El nuevo régimen de liquidación de bancos en Uruguay*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 71.
- Olivera García, Ricardo. *El derecho de receso: cinco lustros después*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 55.
- Olivera García, Ricardo. *La formación del abogado*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 105.
- Ortells Ramos, Manuel. *Proceso y nuevas tecnologías en los países de la Unión Europea*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 85.
- Otegui, Mercedes. *Nota sobre "Manual del Sistema Legal de los Estados Unidos" de María Elena Blanco*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 183.
- Paolino, Manuel Javier "Nota sobre "El Derecho de la Integración del Mercosur" de Héctor Gross Espiell, Carlos Delpiazzo, Felipe Rotondo, Cristina Vázquez y Mariano Brito" Tomo 1 año 2002. Pág. 200.
- Paolino, Manuel Javier. *Nota sobre "El Proceso de constitucionalización de la Unión Europea" de Celso Cancela Outeda*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 229.
- Parodi, Gustavo. *La cláusula arbitral: efectos de la elección de la sede del arbitraje y el control judicial. Hacia un sistema de congruencias*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 49.
- Payseé, Marcos. *Sucesión de las acciones por responsabilidad extracontractual*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 157.
- Pecoy Taque, Martín. *Disposiciones y estipulaciones del plenamente capaz para regir en caso de la propia incapacidad*. Tomo 3. Año 2002. Pág. 191.
- Pecoy Taque, Martín. *Nota sobre "Código Penal comentado, sistematizado y anotado Tomo I, 2ª edición" de Miguel Langón*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 231.
- Pecoy Taque, Martín. *Testamento vital y Derecho penal*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 63.
- Pereira Campos, Santiago. *Autonomía de la cláusula arbitral y competencia del Tribunal Arbitral para resolver sobre su competencia en el arbitraje interno uruguayo*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 81.

Pérez del Castillo, Santiago. *La relación jurídica de Seguridad Social*. Tomo 2 Año 2002. Pág. 61.

Pérez del Castillo, Santiago. *La relación jurídica de seguridad social*. Tomo 5 año 2004. Pág. 61.

Rachetti, Fernando. *Empresas unipersonales: su realidad en el Derecho Uruguayo*. Tomo 1. Año 2002. Pág.155.

Redondo, Álvaro. *La aplicación de la multa por represión antisindical*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 209.

Rippe, Sigbert. *Licencias compulsorias y la negativa a tratar ("refusal to deal")* Tomo 1 Año 2002. Pág. 53.

Robaina Raggio, Andrés. *Nota sobre "Derecho Médico Uruguayo" de Pedro Montano, Juan José Puerto y Mauricio Iglesias*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 175.

Rodríguez Arana Muñoz, Jaime. *Espacio de centro, Constitución y libertadas*. Tomo 2 Año 2002. Pág. 71.

Rodríguez Arana, Jaime. *Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 29.

Rodríguez Arana Muñoz, Jaime. *La participación en la nueva Ley de Medidas para la Modernización del Gobierno Local*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 21.

Rodríguez Arana, Jaime. *La vuelta al derecho Administrativo (a vueltas con lo privado y lo público)*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 89.

Rodríguez Arana, Jaime. *Pluralismo y nacionalismo*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 109.

Rodríguez Arana, Jaime. *Ética política y urbanismo*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 107.

Rotondo, Felipe "Nota sobre "Derecho Administrativo de la Regulación Económica" de Mariano Brito y Carlos Delpiazzo" Tomo 1 año 2002. Pág.198

Rotondo Tornaría, Felipe con la colaboración de Flores, Ruben. *Consideraciones generales sobre organización administrativa*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 81.

Sandonato, Pablo. *Contribución al estudio del fundamento del Derecho Internacional Público: la escuela de la Paz*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 51.

Serna Pedro. *Sobre globalización de la razón*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 69.

Silva Romero, Eduardo. *La sede del arbitraje comercial internacional: la perspectiva de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 93.

Soto Kloss, Eduardo. *Nota sobre "Dignidad Humana y Derecho" de Carlos Delpiazzo*. Tomo 2 año 2002. Pág. 195

Torres Cazorla, María Isabel, María Isabel. *Las dificultades que la Comisión de Derecho Internacional encuentra para codificar un tema controvertido: los actos unilaterales de los Estados*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 71.

Travieso, Juan Antonio. *La experiencia argentina en materia de protección de datos personales: una visión institucional*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 85.

Trías López, Ana María. *Libertad y autoridad: el bien común como fundamento de la exigibilidad de los derechos humanos*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 215.

Van Rompey, Leslie. *El derecho y la justicia*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 87.

Vázquez Cristina. *La defensa de la competencia en sectores regulados*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 39.

Vazquez, Cristina. *Nota sobre "Derecho Administrativo Especial, volumen 1" de Carlos Delpiazzo*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 225.

Venturini, Beatriz. *¿Y si nos asomamos al problema de la contaminación acústica (Ley 15.852)?* Tomo 9. Año 2006. Pág. 75.

Vero, Ramón. *Tres aspectos en torno a las acciones de nulidad, reparatoria, de amparo e inconstitucionalidad: la legitimación activa, sus objetos y los efectos de la sentencia*. Tomo 3. Año 2002. Pág. 137.

Viera, María Beatriz. *Incentivos Tributarios*. Tomo 2. Año 2002. Pág. 151.

Wegbraut, Pablo. *La compartimentación de mercados en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual e industrial (derecho de comercialización, agotamiento e importaciones paralelas)*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 31.

ÍNDICE DE MATERIAS

ADMINISTRATIVO

Aguilar Valdez, Oscar. *Sobre el control administrativo de los Entes reguladores de servicios públicos*. Tomo 5 año 2004. Pág. 5

Battó, Damián; Berreta, Gabriel, Delpiazzo, Gabriel y Robaina Raggio, Andrés. *Rescate de las concesiones*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 7.

Brito, Mariano. *Principios del procedimiento disciplinario*. Tomo 2 Año 2002. Pág. 5.

Brito, Mariano. *El derecho administrativo frente a los procesos de integración*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 7.

Comadira, Julio. *La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 5.

Delpiazzo Antón, Gabriel. *Nota sobre "Marco regulatorio del Sector eléctrico en Uruguay" de Cristina Vázquez*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 171.

Delpiazzo Antón, Gabriel. *Nota sobre "Curso De Derecho de la Integración" de Jorge Fernandez Reyes*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 227

Delpiazzo Antón, José Miguel. *Nota sobre "Incapacidad e inhabilitación" de Walter Howard*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 177.

Delpiazzo Carlos. *Actividad administrativa y Derecho privado*. Tomo 1 Año 2002. Pág. 25.

Delpiazzo Carlos E. Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno N° 20 de 4 de marzo de 2002. *De la publicidad a la transparencia en la gestión administrativa*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 113.

Delpiazzo, Carlos. *Nota sobre "Ius Publicum N°9/2002" de la Universidad de Santo Tomás de Santiago de Chile*. Tomo 3 año 2003. Pág. 212

Delpiazzo, Carlos. *Nota sobre "Revista Iberoamericana de Administración Pública N°9"*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 169.

Delpiazzo, Carlos. *Nota sobre "Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva" de Mariano Brito*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 215.

Delpiazzo, Carlos. *Nota sobre "El Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica"*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 229

Durán Martínez, Augusto. *Responsabilidad del Estado por daños causados por la inscripción de una marca cuyo registro fue anulado por acto jurisdiccional*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 19.

Durán Martínez, Augusto. *Importancia política de la defensa nacional y la Fuerzas Armadas*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 19.

Echevarría Leúnda, Jorge. *El arbitraje y contratación administrativa*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 39.

Echevarría Petit, José Luis. Sentencia N° 594 de la Suprema Corte de Justicia del 21 de agosto de 1995. *Acerca de la adjudicación e la licitación pública*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 107.

Echevarría Petit, Jose Luis. *Nota sobre "Contratación Administrativa" de Carlos Delpiazzo*. Tomo 1 año 2002. Pág. 205

Echevarría Petit, José Luis. *Participación conjunta del sector público y del sector privado en proyectos de infraestructura en la experiencia canadiense*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 73.

Fischer, Gustavo. *Apuntes sobre el sistema anglosajón de control jurisdiccional de la Administración*. Tomo 5 año 2004. Pág. 25

Loaiza, Carlos. *Nota sobre "VII. Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo"*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 197.

Ochs, Daniel. *La caducidad de los reclamos contra el Estado*. Tomo 9 Año 2006. Pág. 103.

Rodríguez Arana, Jaime. *Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 29.

Rodríguez Arana Muñoz, Jaime. *La participación en la nueva Ley de Medidas para la Modernización del Gobierno Local*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 21.

Rotondo, Felipe. *Nota sobre "Derecho Administrativo de la Regulación Económica" de Mariano Brito y Carlos Delpiazzo* Tomo 1 año 2002. Pág. 198

Rotondo Tornaría, Felipe con la colaboración de Flores, Ruben. *Consideraciones generales sobre organización administrativa*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 81.

Rodríguez Arana, Jaime. *La vuelta al derecho Administrativo (a vueltas con lo privado y lo público)*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 89.

Vázquez, Cristina. *Nota sobre "Derecho Administrativo Especial, volumen 1" de Carlos Delpiazzo*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 225.

ADUANERO

Labandera, Pablo. Sentencia N° 181 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno, del 12 de septiembre de 2001. *Teoría de los actos propios y su aplicación en el derecho aduanero*. Tomo 2. Año 2002. Pág. 93.

Labandera, Pablo. *Nota sobre "El valor en Aduana" de Pablo González Bianchi*. Tomo 3 año 2003. Pág. 209

AMBIENTAL

Blenzio Valdés, Mariana. *Derecho humano a un medio ambiente sano*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 5.

Cousillas Marcelo. *Régimen jurídico de las aguas y de los servicios de agua potable y saneamiento*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 23.

Venturini, Beatriz. *¿Y si nos asomamos al problema de la contaminación acústica (Ley 15.852)?* Tomo 9. Año 2006. Pág. 75.

AGRARIO

Moreira, Rosario. *Utilización de signos distintivos por PYMES dedicadas a la producción orgánica*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 137.

Fernández Reyes Jorge. *Los procesos de integración y la agricultura*. Tomo 1 Año 2002. Pág. 37.

ARBITRAJE

Jiménez de Aréchaga, Mercedes. *Los conflictos societarios y el arbitraje*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 45.

Parodi, Gustavo. *La cláusula arbitral: efectos de la elección de la sede del arbitraje y el control judicial. Hacia un sistema de congruencias*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 49.

Pereira Campos, Santiago. *Autonomía de la cláusula arbitral y competencia del Tribunal Arbitral para resolver sobre su competencia en el arbitraje interno uruguayo*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 81.

Silva Romero, Eduardo. *La sede del arbitraje comercial internacional: la perspectiva de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 93.

BANCARIO

Alfaro Borges, Jennifer. *La naturaleza jurídica del depósito bancario en cuenta corriente y el derecho a la información del depositante como consumidor*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 131.

Martínez, Carlos. E. *Acceso a los mercados internacionales de capital*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 95.

CIVIL

Alterwain, Andrea. *Fideicomiso testamentario en Uruguay*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 127.

Altieri, Santiago. *Nota sobre "Modos de Adquirir" de Walter Howard*. Tomo 3 año 2003. Pág. 207.

Brugnini, María Federica e Laventure, Isabel. *El concubinato en la jurisprudencia nacional*. Tomo 2. Año 2002. Pág. 183.

De Cores, Carlos. *Ley de prenda sin desplazamiento*. Tomo 2. Año 2002. Pág. 85.

Delpiazzo, Carlos. *Publicaciones Jurídicas del IEEM*. Tomo 1 año 2002. Pág. 196.

Howard, Walter. *La legitimación adoptiva en el derecho uruguayo*. Tomo 2 Año 2002. Pág. 23.

Loaiza Keel, Carlos. *Estudio comparativo del régimen de sociedad legal de bienes en el Derecho Español y en el Uruguayo*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 173.

Mantero, Elías. *Perfeccionamiento del contrato y responsabilidad estatal en el procedimiento licitatorio*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 125.

Olaso Francisco. *Nota sobre "A 200 años del Código Civil Francés"*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 201.

Olazábal, Valentina. *Reducción de donaciones*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 185.

Payssé, Marcos. *Sucesión de las acciones por responsabilidad extracontractual*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 157.

Pecoy Taque, Martín. *Disposiciones y estipulaciones del plenamente capaz para regir en caso de la propia incapacidad*. Tomo 3. Año 2002. Pág. 191.

Robaina Raggio, Andrés. *Nota sobre "Derecho Médico Uruguayo" de Pedro Montano, Juan José Puereto y Mauricio Iglesias*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 175.

COMERCIAL

Álvarez Martínez, Alicia. *Garantías y títulos valores cambiarios*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 135.

Bugallo, Beatriz. *Abuso de posición dominante: derecho comparado y derecho uruguayo vigente*. Tomo 1 Año 2002, Pág. 5.

Bugallo, Beatriz. *Nota sobre "Anteproyecto de Ley de Concursos" de Ricardo Olivera*. Tomo 1 año 2002. Pág. 203

Bugallo, Beatriz. *Nota sobre "Antecedentes, Fuentes y Concordantes de la Ley de Sociedades Comerciales" de Ricardo Olivera, Dante Barrios, Beatriz Bugallo, Mariela Castaño, Enrique Falco y Marcelo Lasowski*. Tomo 1 año 2002. Pág. 207.

Bugallo, Beatriz. *Nota Sobre "Las Sociedades Anónimas Deportivas en el Derecho Uruguayo" de Ricardo Olivera García*. Tomo 2 año 2002. Pág. 196.

Bugallo, Beatriz. *Nota Sobre "El nuevo Régimen de Derecho de la Competencia" de Ricardo Olivera García, Augusto Durán, Siegbert Rippe y Albérico Usieto*. Tomo 2 año 2002. Pág. 198

Bugallo, Beatriz. *Nota sobre "Ars Iuris N° 27/2002" de la Universidad Panamericana de Mexico*. Tomo 3 año 2003. Pág. 210.

Bugallo, Beatriz. *Nota sobre "Manual Teórico Práctico de Derecho Concursal" de Camilo Martínez*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 165.

Bugallo, Beatriz. *Nota sobre "Anuario de Derecho de la Universidad Austral N° 6"*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 171.

Eula, Veigan. Contratos concertados fuera del establecimiento comercial y títulos valores. Protección del consumidor vs. Seguridad del tráfico jurídico en el Derecho uruguayo. Tomo 9. Año 2006. Pág. 143.

Fernández Ballesteros, Carlos. *Nota sobre "La protección jurídica del eslogan publicitario en el Derecho comparado" de Beatriz Bugallo*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 173.

Mantero, Elías. La prohibición de compensación del inciso 2° del Art. 1612 del Código de Comercio. Tomo 8. Año 2005. Pág. 37.

Rippe, Sigbert. *Licencias compulsorias y la negativa a tratar ("refusal to deal")* Tomo 1 Año 2002. Pág. 53.

COMERCIO EXTERIOR

Sentencia N° 127 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno de 27 de septiembre de 2004. Labandera, Pablo. *Las normas de origen en el Derecho del Comercio Internacional. Su relevancia en el ámbito tributario e infraccional*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 99.

CONCURSAL

Beltrán Sánchez, Emilio. *El derecho concursal español. La ley concursal de 9 de julio de 2003*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 91.

Bugallo, Beatriz. *Nota sobre "Manual Teórico Práctico de Derecho Concursal" de Camilo Martínez*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 165.

CONSTITUCIONAL

Brito, Mariano. *Constitución y Derecho público: cumplimiento de las promesas*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 101.

Cassinelli, Muñoz Horacio. *Derecho a la Información, Derecho al Honor y la Constitución de la República*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 75.

Chalking Majó, Carolina. *Legitimidad del Estado para reclamar por concepto de droit de suite como dominio público oneroso*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 125

Delpiazzo Carlos. *Juridización de la ética pública*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 7.

Delpiazzo, Carlos. *Nota sobre "El Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica"*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 229

Esteva, Eduardo. *Los conflictos entre el Derecho a la Información y el derecho al Honor en el Derecho Comparado*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 89

Gesta Leal, Rogelio. *O controle jurisdiccional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 53.

Gros Espiell Héctor. *El derecho constitucional y la historiografía uruguaya*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 29.

Guariglia, Carlos. *Derecho público y Derecho privado. ¿Dicotomía o falsa antinomia?* Tomo 7. Año 2005. Pág. 21

Hermany, Ricardo, Da costa, Marli Marlene M. *El principio de subsidiariedad y el derecho social de Gurvitch: la ampliación de las competencias municipales y la interfaz con la sociedad*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 53.

Moglen, Eben. *Contra el honor y la Libertad de Prensa. (Against honor and Liberty of the Press)*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 95.

Nota a "Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica". Tomo 10. Año 2006. Pág. 229

Paolino, Manuel Javier. *Nota sobre "El Proceso de constitucionalización de la Unión Europea" de Celso Cancela Outeda*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 229.

Rodríguez Arana Muñoz, Jaime. *Espacio de centro, Constitución y libertades*. Tomo 2 Año 2002. Pág. 71.

Vero, Ramón. *Tres aspectos en torno a las acciones de nulidad, reparatoria, de amparo e inconstitucionalidad: la legitimación activa, sus objetos y los efectos de la sentencia*. Tomo 3. Año 2002. Pág. 137.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Vázquez Cristina. *La defensa de la competencia en sectores regulados*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 39.

DERECHO COMPARADO

Otegui, Mercedes. *Nota sobre "Manual del Sistema Legal de los Estados Unidos" de María Elena Blanco*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 183.

DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

Fernández Reyes Jorge. *Los procesos de integración y la agricultura*. Tomo 1 Año 2002. Pág. 37.

Paolino, Manuel Javier "Nota sobre "El Derecho de la Integración del Mercosur" de Héctor Gross Espiell, Carlos Delpiazzo, Felipe Rotondo, Cristina Vázquez y Mariano Brito" Tomo 1 año 2002. Pág. 200.

DERECHO DEL CONSUMIDOR

Marcos Sperati, Natalia. *Condiciones de la oferta en el ámbito del comercio electrónico según el Derecho uruguayo*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 165.

DERECHO INFORMÁTICO

Eirin, Álvaro. *Los nombres de dominio y el proceso cautelar*. Tomo 1 Año 2002. Pág. 31.

Eirin, Alvaro. *Nota sobre "Internet, comercio electrónico y propiedad intelectual" de Beatriz Bugallo*. Tomo 1 año 2002. Pág. 213.

Marcos Sperati, Natalia. *Condiciones de la oferta en el ámbito del comercio electrónico según el Derecho uruguayo*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 165.

Travieso, Juan Antonio. *La experiencia argentina en materia de protección de datos personales: una visión institucional*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 85.

DERECHOS HUMANOS

Blengio Valdés, Mariana. *Derecho humano a un medio ambiente sano*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 5.

Brian Nougereres, Ana. *Nota sobre "Datos personales para informes comerciales y habeas data" de Juan Manuel Gutiérrez, Juan Martín Olivera y Carlos Loaiza*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 181.

Duhagón, Bautista. *La vida, principal bien jurídico a defender*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 5.

Fernández Reyes, Jorge. *Nota sobre "Estudios sobre los Derechos Humanos" de Adolfo Gelsi Bidart*. Tomo 1 año 2002. Pág. 211

Gros Espiell, Héctor. *Responsabilidad Internacional del Estado y responsabilidad penal individual en la protección internacional de los derechos humanos*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 13.

Gros Espiell Héctor y Blengio Valdés, Mariana. *Impugnación de actos jurisdiccionales ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 15

Issacharoff, Samuel. *Los dos aspectos de la libertad de Expresión. (The two sides of the Freedom of Expression)*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 79.

Klot, Sofía. *El constitucionalismo latinoamericano y la protección de los derechos indígenas*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 203.

Soto Kloss, Eduardo. *Nota sobre "Dignidad Humana y Derecho" de Carlos Delpiazzo*. Tomo 2 año 2002. Pág. 195

Trías López, Ana María. *Libertad y autoridad: el bien común como fundamento de la exigibilidad de los derechos humanos*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 215.

Nota a "Datos personales para informes comerciales y habeas data". Tomo 8. Año 2005. Pág. 181.

FILOSOFÍA DEL DERECHO

Delpiazzo, Carlos. *Nota sobre "Ética, Poder y Estado" de Jaime Rodríguez Arana Muñoz*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 195.

Etcheverry Estrázulas, Nicolás. *Buceando en las profundidades de la anomía*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 25.

Gavernet, Haroldo. *Nuestro tiempo, derecho y valores permanentes*. Tomo 2. Año 2002. Pág. 81.

Nota a "Ética, Poder y Estado". Tomo 7. Año 2005. Pág. 195.

RECOPIACIÓN JURISPRUDENCIAL. Sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 621 de 16 de septiembre de 1991, N° 98 de 8 de marzo de 1999 y N° 497 de 14 de junio de 2000, y sentencias de la Suprema Corte de Justicia N° 42 de 30 de septiembre de 1993, n° 2 de 1° de febrero de 1996, N° 161 de 15 de agosto de 2001, N° 210 de 29 de julio de 2002 y N° 152 de 21 de marzo de 2003. Delpiano, Héctor. *La razonabilidad como parámetro de decisión en los fallos jurisdiccionales*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 105.

Rodríguez Arana, Jaime. *Ética política y urbanismo*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 107.

Rodríguez Arana, Jaime. *Pluralismo y nacionalismo*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 109.

Serna Pedro. *Sobre globalización de la razón*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 69.

Soto Kloss, Eduardo. *Nota sobre "Dignidad Humana y Derecho" de Carlos Delpiazzo*. Tomo 2 año 2002. Pág. 195

Van Rompey, Leslie. *El derecho y la justicia*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 87.

INTERNACIONAL PRIVADO

Martínez, Carlos. E. *Acceso a los mercados internacionales de capital*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 95.

Silva Romero, Eduardo. *La sede del arbitraje comercial internacional: la perspectiva de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 93.

INTERNACIONAL PÚBLICO

Bruno, José Luis. *Dos países árabes ante la Corte Internacional de Justicia: Qatar v. Bahrein y el principio de la equidad*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 17.

Fernández Reyes, Jorge. *El orden jurídico del MERCOSUR*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 27.

Gros Espiell, Héctor. *El Uruguay y la Corte Penal Internacional. La iniciativa del Poder Ejecutivo en la ley aprobatoria de los tratados*. Tomo 2 Año 2002. Pág. 15.

Gros Espiell, Héctor. *La futura constitución de Europa y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Tomo 5 año 2004. Pág. 45.

Nota al Curso De Derecho de la Integración. Tomo 10. Año 2006. Pág. 227

Sandonato, Pablo. *Contribución al estudio del fundamento del Derecho Internacional Público: la escuela de la Paz*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 51.

Torres Cazorla, María Isabel, María Isabel. *Las dificultades que la Comisión de Derecho Internacional encuentra para codificar un tema controvertido: los actos unilaterales de los Estados*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 71.

LABORAL

Castello, Alejandro. *El despido de la trabajadora grávida en la jurisprudencia uruguaya*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 103.

Cikato, Matías; Loaiza Keel, Carlos, Olazábal, Valentina y Otegui, Mercedes. *Culpa grave: análisis conceptual y contenido en la jurisprudencia nacional*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 197.

Delpiazzo, Carlos E. y Robaina Raggio, Andrés. *Estado de derecho y ocupaciones*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 7.

Días Sierra, María del Carmen. *Desde la autonomía de la voluntad a la institucionalización de la figura del sujeto débil. ¿La caída de la doxa?*. Tomo 2. Año 2002. Pág. 111.

Mangarelli, Cristina. *Acoso laboral, concepto y protecciones*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 67.

Nota a "Normas laborales y de seguridad social". Tomo 9. Año 2006. Pág. 211.

Rachetti, Fernando. *Empresas unipersonales: su realidad en el Derecho Uruguayo*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 155.

Redondo, Álvaro. *La aplicación de la multa por represión antisindical*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 209.

PENAL

Bott, Ingo. *Los errores de tipo y los problemas correspondientes en el Derecho Penal de Alemania y Uruguay*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 173.

Möller, Enrique. *Nota sobre "Código Penal, tomo II, volumen II" de Miguel Langón*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 179.

Langón Cuñarro, Miguel. *Lucha contra la corrupción en la Administración Pública en los países del MERCOSUR*. Tomo 1 Año 2002. Pág. 45.

Langón Cuñarro, Miguel. *Cumplimiento de la ley como causa de justificación: el uso de la fuerza y de las armas por parte de los funcionarios policiales*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 37.

Langón Cuñarro, Miguel. *Nueva Legislación penal y procesal penal del Uruguay*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 61.

Langón Cuñarro, Miguel. *¿Por qué es necesario aprender a resolver casos?* Tomo 7. Año 2005. Pág. 81.

Langón Cuñarro, Miguel. *Primeras reflexiones sobre la ley N° 17.897 de 14.9.05*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 17.

Montano, Pedro. *Nota sobre "Código Penal Anotado, tomo II." De Miguel Cuñarro*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 227.

Montano, Pedro. *La dignidad humana como bien jurídico protegido por el Derecho Penal*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 45.

Montano, Pedro. *Nota sobre "Código Penal Anotado, tomo I" de Miguel Langón*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 213.

Nota a "Derecho Penal para Escribanos". Tomo 9. Año 2006. Pág. 209.

Pecoy Taque, Martín. *Nota sobre "Código Penal comentado, sistematizado y anotado Tomo I, 2ª edición" de Miguel Langón*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 231.

Pecoy Taque, Martín. *Testamento vital y Derecho penal*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 63.

Sentencia N° 170 de la Suprema Corte de Justicia. Chaves, Gastón. *Relimitación de la figura del cómplice en el concurso criminal*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 93.

PROCESAL

Beitler, Ady. *La conciliación previa en Uruguay a la luz de la teoría de la negociación legal*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 145.

Fernández de Buján, Antonio. *La reforma de la jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 87.

Ortells Ramos, Manuel. *Proceso y nuevas tecnologías en los países de la Unión Europea*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 85.

PROPIEDAD INTELECTUAL

Bugallo, Beatriz. Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno N° 127/02 de 14 de agosto de 2002. *Dos temas frecuentes en el Derecho de marcas: responsabilidad de los directores de sociedades anónimas frente a los ilícitos marcarios y protección jurídica simultánea con el derecho de autor*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 111.

Christopher, Merriam. *Aspectos prácticos de la aplicación de la legislación de propiedad intelectual de Cuestiones relacionadas con temas de derecho informático*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 85.

Cikato, Matías. *Nota sobre "El nuevo derecho de autor uruguayo"*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 211.

Etcheverry, Martina. *Nota sobre "Anuario de Propiedad intelectual 2003" del Grupo de Propiedad Intelectual de la Universidad de Montevideo*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 217.

Fernández Ballesteros, Carlos. *Nota sobre "La protección jurídica del eslogan publicitario en el Derecho comparado" de Beatriz Bugallo*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 173.

Gutiérrez, Juan Manuel. *Nota sobre "Anuario de Propiedad Intelectual 2004 del Grupo de Propiedad Intelectual de la Universidad de Montevideo"*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 193.

Olivera García, Jose Luis. *Valoración de la marca*. Tomo 2 Año 2002. Pág. 51.

Wegbraut, Pablo. *La compartimentación de mercados en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual e industrial (derecho de comercialización, agotamiento e importaciones paralelas)*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 31.

SEGURIDAD SOCIAL

Pérez del Castillo, Santiago. *La relación jurídica de seguridad social*. Tomo 5 año 2004. Pág. 61.

SOCIEDADES

Amorín Pisa, Marcelo. *Convenios de sindicación en las sociedades comerciales*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 153.

Femenías, Marcelo. *Competencia en materia de aumento de capital integrado por nuevos aportes en las sociedades anónimas*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 129.

Jiménez de Aréchaga, Mercedes. *Los conflictos societarios y el arbitraje*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 45.

Loaiza Keel, Carlos. *Cambio de domicilio de las sociedades comerciales: consideraciones sobre su régimen jurídico*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 27.

Olivera Amato, Juan Martín. *La participación de paquetes accionarios: el aporte de la teoría de la valuación de acciones*. Tomo 3. Año 2002. Pág. 185.

Olivera García, Ricardo. *El derecho de receso: cinco lustros después*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 55.

Nota a "Estudios de Derecho Societario". Tomo 9. Año 2006. Pág. 193.

TELECOMUNICACIONES

Echevarría, Jose Luis. *Nota sobre "Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones" de Carlos Delpiazzo*. Tomo 2 año 2002. Pág. 200

Gutiérrez, Juan Manuel. *Nota sobre "Derecho de las Telecomunicaciones" de Carlos Delpiazzo*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 169.

TRANSPORTE

Nota a "Derecho aplicable al transporte multimodal entre Uruguay y los demás países integrantes del MERCOSUR". Tomo 9. Año 2006. Pág. 213.

TRIBUTARIO

Arcia, Sebastián, *Nota sobre "Introducción al Derecho Financiero y al Derecho Tributario" de Ramón Valdés Costa*. Tomo 1 año 2002. Pág. 209.

Loaiza Keel, Carlos. *La jurisprudencia constitucional en materia tributaria y legitimidad del sistema democrático*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 123.

Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 467/004 de 11 de agosto de 2004. Loaiza Keel, Carlos. *La responsabilidad tributaria de los socios y Directores y su interpretación jurisprudencial políticamente orientada luego de la ley 17.930*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 119.

Viera, María Beatriz. *Incentivos Tributarios*. Tomo 2. Año 2002. Pág. 151.

ÍNDICE DE SECCIONES

DOCTRINA

Aguilar Valdez, Oscar. *Sobre el control administrativo de los Entes reguladores de servicios públicos*. Tomo 5 año 2004. Pág. 5

Battó, Damián; Berreta, Gabriel, Delpiazzo, Gabriel y Robaina Raggio, Andrés. *Rescate de las concesiones*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 7.

Blengio Valdés, Mariana. *Derecho humano a un medio ambiente sano*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 5.

Brito, Mariano. *Principios del procedimiento disciplinario*. Tomo 2 Año 2002. Pág. 5.

Brito, Mariano. *El derecho administrativo frente a los procesos de integración*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 7.

Bruno, José Luis. *Dos países árabes ante la Corte Internacional de Justicia: Qatar v. Bahrein y el principio de la equidad*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 17.

Bugallo, Beatriz. *Abuso de posición dominante: derecho comparado y derecho uruguayo vigente*. Tomo 1 Año 2002, Pág. 5.

Comadira, Julio. *La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 5.

Cousillas Marcelo. *Régimen jurídico de las aguas y de los servicios de agua potable y saneamiento*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 23.

Delpiazzo Carlos. *Actividad administrativa y Derecho privado*. Tomo 1 Año 2002. Pág. 25.

Delpiazzo Carlos.E. *Juridización de la ética pública*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 7.

Delpiazzo, Carlos E. y Robaina Raggio, Andrés. *Estado de Derecho y ocupaciones*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 7.

Duhagon, Bautista. *La vida, principal bien jurídico a defender*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 5.

Durán Martínez, Augusto. *Responsabilidad del Estado por daños causados por la inscripción de una marca cuyo registro fue anulado por acto jurisdiccional*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 19.

- Durán Martínez, Augusto. *Importancia política de la defensa nacional y la Fuerzas Armadas. Tomo 9.* Año 2006. Pág. 19.
- Eirin, Álvaro. *Los nombres de dominio y el proceso cautelar.* Tomo 1 Año 2002. Pág. 31.
- Etcheverry Estrázulas, Nicolás. *Buceando en las profundidades de la anomía.* Tomo 4. Año 2003. Pág. 25.
- Fernández Reyes Jorge. *Los procesos de integración y la agricultura.* Tomo 1 Año 2002. Pág. 37.
- Fernández Reyes, Jorge. *El orden jurídico del MERCOSUR.* Tomo 9. Año 2006. Pág. 27.
- Fischer, Gustavo. *Apuntes sobre el sistema anglosajón de control jurisdiccional de la Administración.* Tomo 5 año 2004. Pág. 25
- Gesta Leal, Rogelio. *O controle jurisdiccional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais.* Tomo 9. Año 2006. Pág. 53.
- Gros Espiell, Héctor. *El Uruguay y la Corte Penal Internacional. La iniciativa del Poder Ejecutivo en la ley aprobatoria de los tratados.* Tomo 2 Año 2002. Pág. 15.
- Gros Espiell, Héctor. *La futura constitución de Europa y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.* Tomo 5 año 2004. Pág. 45.
- Gros Espiell, Héctor. *Responsabilidad Internacional del Estado y responsabilidad penal individual en la protección internacional de los derechos humanos.* Tomo 6. Año 2004. Pág. 13.
- Gros Espiell, Héctor y Blengio Valdés, Mariana. *Impugnación de actos jurisdiccionales ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.* Tomo 7. Año 2005. Pág.15
- Gros Espiell Héctor. *El derecho constitucional y la historiografía uruguaya.* Tomo 10. Año 2006. Pág. 29.
- Guariglia, Carlos. *Derecho público y Derecho privado. ¿Dicotomía o falsa antinomia?* Tomo 7. Año 2005. Pág. 21
- Hermany, Ricardo, Da costa, Marli Marlene M. *El principio de subsidiariedad y el derecho social de Gurvitch: La ampliación de las competencias municipales y la interfaz con la sociedad.* Tomo 10. Año 2006. Pág. 53.
- Howard, Walter. *La legitimación adoptiva en el derecho uruguayo.* Tomo 2 Año 2002. Pág. 23.
- Langón Cuñarro, Miguel. *Lucha contra la corrupción en la Administración Pública en los países del MERCOSUR.* Tomo 1 Año 2002. Pág. 45.
- Langón Cuñarro, Miguel. *Primeras reflexiones sobre la ley N° 17.897 de 14.9.05.* Tomo 8. Año 2005. Pág.17.
- Langón Cuñarro, Miguel. *Cumplimiento de la ley como causa de justificación: el uso de la fuerza y de las armas por parte de los funcionarios policiales.* Tomo 3. Año 2003. Pág.37.
- Loaiza Keel, Carlos. *Cambio de domicilio de las sociedades comerciales: consideraciones sobre su régimen jurídico.* Tomo 8. Año 2005. Pág. 27.
- Mangarelli, Cristina. *Acoso laboral, concepto y protecciones.* Tomo 9. Año 2006. Pág. 67.
- Mantero, Elías. *La prohibición de compensación del inciso 2° del Art. 1612 del Código de Comercio.* Tomo 8. Año 2005. Pág. 37.
- Montano Gómez, Pedro. *La dignidad humana como bien jurídico protegido por el Derecho Penal.* Tomo 3. Año 2003. Pág. 45.
- Olivera García, Jorge Luis. *Valoración de la marca.* Tomo 2 Año 2002. Pág. 51.
- Olivera García, Ricardo. *El nuevo régimen de liquidación de bancos en Uruguay.* Tomo 5. Año 2004. Pág. 71.
- Olivera García, Ricardo. *El derecho de receso: cinco lustros después.* Tomo 3. Año 2003. Pág. 55.
- Pecoy Taque, Martín. *Testamento vital y Derecho penal.* Tomo 10. Año 2006. Pág. 63.
- Pérez del Castillo, Santiago. *La relación jurídica de Seguridad Social.* Tomo 2 Año 2002. Pág. 61.
- Pérez del Castillo, Santiago. *La relación jurídica de seguridad social.* Tomo 5 año 2004. Pág. 61.
- Rippe, Sigbert. *Licencias compulsorias y la negativa a tratar ("refusal to deal")* Tomo 1 Año 2002. Pág. 53.
- Rodríguez Arana Muñoz, Jaime. *Espacio de centro, Constitución y libertades.* Tomo 2 Año 2002. Pág. 71.
- Rodríguez Arana, Jaime. *Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.* Tomo 4. Año 2003. Pág. 29.
- Rodríguez Arana Muñoz, Jaime. *La participación en la nueva Ley de Medidas para la Modernización del Gobierno Local.* Tomo 6. Año 2004. Pág. 21.
- Rotondo Tornaría, Felipe con la colaboración de Flores, Ruben. *Consideraciones generales sobre organización administrativa.* Tomo 10. Año 2006. Pág. 81.
- Sandonato, Pablo. *Contribución al estudio del fundamento del Derecho Internacional Público: la escuela de la Paz.* Tomo 8. Año 2005. Pág. 51.
- Torres Cazorla, María Isabel, María Isabel. *Las dificultades que la Comisión de Derecho Internacional encuentra para codificar un tema controvertido: los actos unilaterales de los Estados.* Tomo 8. Año 2005. Pág. 71.
- Travieso, Juan Antonio. *La experiencia argentina en materia de protección de datos personales: una visión institucional.* Tomo 5. Año 2004. Pág. 85.
- Vázquez Cristina. *La defensa de la competencia en sectores regulados.* Tomo 6. Año 2004. Pág. 39.

Venturini, Beatriz. *¿Y si nos asomamos al problema de la contaminación acústica (Ley 15.852)?* Tomo 9. Año 2006. Pág. 75.

Wegbrait, Pablo. *La compartimentación de mercados en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual e industrial (derecho de comercialización, agotamiento e importaciones paralelas)*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 31.

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

Beltrán Sánchez, Emilio. *El derecho concursal español. La ley concursal de 9 de julio de 2003*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 91.

Brito, Mariano. *Constitución y Derecho público: cumplimiento de las promesas*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 101.

Cassinelli, Muñoz Horacio. *Derecho a la Información, Derecho al Honor y la Constitución de la República*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 75.

Christopher, Merriam. *Aspectos prácticos de la aplicación de la legislación de propiedad intelectual de Cuestiones relacionadas con temas de derecho informático*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 85.

De Cores, Carlos. *Ley de prenda sin desplazamiento*. Tomo 2. Año 2002. Pág. 85.

Echevarría Leúnda, Jorge. *El arbitraje y contratación administrativa*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 39.

Echevarría Petit, José Luis. *Participación conjunta del sector público y del sector privado en proyectos de infraestructura en la experiencia canadiense*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 73.

Esteva, Eduardo. *Los conflictos entre el Derecho a la Información y el derecho al Honor en el Derecho Comparado*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 89

Fernández de Buján, Antonio. *La reforma de la jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 87.

Gavernet, Haroldo. *Nuestro tiempo, derecho y valores permanentes*. Tomo 2. Año 2002. Pág. 81.

Issacharoff, Samuel. *Los dos aspectos de la libertad de Expresión. (The two sides of the Freedom of Expresión)*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 79.

Jiménez de Aréchaga, Mercedes. *Los conflictos societarios y el arbitraje*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 45.

Langón Cuñarro, Miguel. *Nueva Legislación penal y procesal penal del Uruguay*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 61.

Langón Cuñarro, Miguel. *¿Por qué es necesario aprender a resolver casos?* Tomo 7. Año 2005. Pág. 81.

Martínez, Carlos. E. *Acceso a los mercados internacionales de capital*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 95.

Moglen, Eben. *Contra el honor y la Libertad de Prensa. (Against honor and Liberty of the Press)*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 95.

Ochs, Daniel. *La caducidad de los reclamos contra el Estado*. Tomo 9 Año 2006. Pág. 103.

Olivera García, Ricardo. *La formación del abogado*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 105.

Ortells Ramos, Manuel. *Proceso y nuevas tecnologías en los países de la Unión Europea*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 85.

Parodi, Gustavo. *La cláusula arbitral: efectos de la elección de la sede del arbitraje y el control judicial. Hacia un sistema de congruencias*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 49.

Pereira Campos, Santiago. *Autonomía de la cláusula arbitral y competencia del Tribunal Arbitral para resolver sobre su competencia en el arbitraje interno uruguayo*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 81.

Rodríguez Arana, Jaime. *La vuelta al derecho Administrativo (a vueltas con lo privado y lo público)*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 89.

Rodríguez Arana, Jaime. *Pluralismo y nacionalismo*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 109.

Rodríguez Arana, Jaime. *Ética política y urbanismo*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 107.

Serna Pedro. *Sobre globalización de la razón*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 69.

Silva Romero, Eduardo. *La sede del arbitraje comercial internacional: la perspectiva de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 93.

Van Rompey, Leslie. *El derecho y la justicia*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 87.

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Bugallo, Beatriz. Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno N° 127/02 de 14 de agosto de 2002. *Dos temas frecuentes en el Derecho de marcas: responsabilidad de los directores de sociedades anónimas frente a los ilícitos marcarios y protección jurídica simultánea con el derecho de autor*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 111.

Castello, Alejandro. *El despido de la trabajadora gravida en la jurisprudencia uruguayo*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 103.

Chaves, Gastón. Sentencia N° 170 de la Suprema Corte de Justicia. *Delimitación de la figura del cómplice en el concurso criminal*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 93.

Delpiano, Héctor. Recopilación jurisprudencial. Sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 621 de 16 de septiembre de 1991, N° 98 de

8 de marzo de 1999 y N° 497 de 14 de junio de 2000, y sentencias de la Suprema Corte de Justicia N° 42 de 30 de septiembre de 1993, N° 2 de 1° de febrero de 1996, N° 161 de 15 de agosto de 2001, N° 210 de 29 de julio de 2002 y N° 152 de 21 de marzo de 2003 *La razonabilidad como parámetro de decisión en los fallos jurisdiccionales*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 105.

Delpiazzo Carlos E. Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno N° 20 de 4 de marzo de 2002. *De la publicidad a la transparencia en la gestión administrativa*. Tomo 3. Año 2003. Pág. 113.

Echevarría, José Luis. Sentencia N° 594 de la Suprema Corte de Justicia del 21 de agosto de 1995. *Acerca de la adjudicación e la licitación pública*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 107.

Labandera, Pablo. Sentencia N° 181 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno, del 12 de septiembre de 2001. *Teoría de los actos propios y su aplicación en el derecho aduanero*. Tomo 2. Año 2002. Pág. 93.

Labandera, Pablo. Sentencia N° 127 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno de 27 de septiembre de 2004. *Las normas de origen en el Derecho del Comercio Internacional. Su relevancia en el ámbito tributario e infraccional*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 99.

Loaiza Keel, Carlos. Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 467/004 de 11 de agosto de 2004. *La responsabilidad tributaria de los socios y Directores y su interpretación jurisprudencial políticamente orientada luego de la ley 17.930*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 119.

Loaiza Keel, Carlos. *La jurisprudencia constitucional en materia tributaria y legitimidad del sistema democrático*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 123.

TESINAS DE MÁSTERS

Alfaro Borges, Jennifer. *La naturaleza jurídica del depósito bancario en cuenta corriente y el derecho a la información del depositante como consumidor*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 131.

Alterwain, Andrea. *Fideicomiso testamentario en Uruguay*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 127.

Álvarez Martínez, Alicia. *Garantías y títulos valores cambiarios*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 135.

Amorín Pisa, Marcelo. *Convenios de sindicación en las sociedades comerciales*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 153.

Chalking Majó, Carolina. *Legitimidad del Estado para reclamar por concepto de droit de suite como dominio público oneroso*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 125

Días Sierra, María del Carmen. *Desde la autonomía de la voluntad a la institucionalización de la fi-*

gura del sujeto débil. ¿La caída de la doxa?. Tomo 2. Año 2002. Pág. 111.

Eula, Veigan. *Contratos concertados fuera del establecimiento comercial y títulos valores. Protección del consumidor vs. seguridad del tráfico jurídico en el Derecho uruguayo*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 143.

Femenías, Marcelo. *Competencia en materia de aumento de capital integrado por nuevos aportes en las sociedades anónimas*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 129.

Mantero, Elías. *Perfeccionamiento del contrato y responsabilidad estatal en el procedimiento licitatorio*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 125.

Marcos Sperati, Natalia. *Condiciones de la oferta en el ámbito del comercio electrónico según el Derecho uruguayo*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 165.

Moreira, Rosario. *Utilización de signos distintivos por PYMES dedicadas a la producción orgánica*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 137.

Rachetti, Fernando. *Empresas unipersonales: su realidad en el Derecho Uruguayo*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 155.

Vero, Ramón. *Tres aspectos en torno a las acciones de nulidad, reparatoria, de amparo e inconstitucionalidad: la legitimación activa, sus objetos y los efectos de la sentencia*. Tomo 3. Año 2002. Pág. 137.

Viera, María Beatriz. *Incentivos Tributarios*. Tomo 2. Año 2002. Pág. 151.

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

Beitler, Ady. *La conciliación previa en Uruguay a la luz de la teoría de la negociación legal*. Tomo 8. Año 2005. Pág. 145.

Bott, Ingo. *Los errores de tipo y los problemas correspondientes en el Derecho Penal de Alemania y Uruguay*. Tomo 9. Año 2006. Pág. 173.

Brugnini, María Federica e Lavature, Isabel. *El concubinato en la jurisprudencia nacional*. Tomo 2. Año 2002. Pág. 183.

Cikato, Matías; Loaiza Keel, Carlos, Olazábal, Valentina y Otegui, Mercedes. *Culpa grave: análisis conceptual y contenido en la jurisprudencia nacional*. Tomo 5. Año 2004. Pág. 197.

Klot, Sofía. *El constitucionalismo latinoamericano y la protección de los derechos indígenas*. Tomo 10. Año 2006. Pág. 203.

Loaiza, Carlos. *Estudio comparativo del régimen de sociedad legal de bienes en el Derecho Español y en el Uruguayo*. Tomo 1. Año 2002. Pág. 173.

Olazábal, Valentina. *Reducción de donaciones*. Tomo 7. Año 2005. Pág. 185.

Olivera Amato, Juan Martín. *La participación de paquetes accionarios: el aporte de la teoría de la valuación de acciones*. Tomo 3. Año 2002. Pág. 185.

Payseé, Marcos. *Sucesión de las acciones por responsabilidad extracontractual*. Tomo 4. Año 2003. Pág. 157.

Pecoy Taque, Martín. *Disposiciones y estipulaciones del plenamente capaz para regir en caso de la propia incapacidad*. Tomo 3. Año 2002. Pág. 191.

Redondo, Álvaro. *La aplicación de la multa por represión antisindical*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 209.

Trías López, Ana María. *Libertad y autoridad: el bien común como fundamento de la exigibilidad de los derechos humanos*. Tomo 6. Año 2004. Pág. 215.

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

A 200 años del Código Civil Francés. Tomo 7. Año 2005. Pág. 201.

Antecedentes, fuentes y concordancias de la Ley de Sociedades Comerciales. Tomo 1. Año 2002. Pág. 207.

Anteproyecto de Ley de Concursos. Tomo 1. Año 2002. Pág. 203

Anuario de Derecho de la Universidad Austral N° 6. Tomo 4. Año 2003. Pág. 171.

Anuario de Propiedad intelectual 2003. Tomo 5. Año 2004. Pág. 217.

Anuario de Propiedad Intelectual 2004. Tomo 7. Año 2005. Pág. 193.

Ars Juris N° 27/2002. Tomo 3. Año 2002. Pág. 210

Código Penal Anotado, tomo I. Tomo 5. Año 2004. Pág. 213.

Código Penal Anotado, tomo II. Tomo 6. Año 2004. Pág. 227.

Código Penal comentado, sistematizado y anotado. Tomo I, 2ª edición. Tomo 10. Año 2006. Pág. 231.

Código Penal, tomo II, volumen II. Tomo 8. Año 2005. Pág. 179.

Contratación Administrativa. Tomo 1. Año 2002. Pág. 205

Curso De Derecho de la Integración. Tomo 10. Año 2006. Pág. 227

Datos personales para informes comerciales y habeas data. Tomo 8. Año 2005. Pág. 181.

Derecho Administrativo Especial, volumen 1. Tomo 10. Año 2006. Pág. 225.

Derecho Administrativo de la Regulación Económica. Tomo 1. Año 2002. Pág. 198.

Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva. Tomo 5. Año 2004. Pág. 215.

Derecho aplicable al transporte multimodal entre Uruguay y los demás países integrantes del MERCOSUR. Tomo 9. Año 2006. Pág. 213.

Derecho de los Contratos. Cuadernos de Extensión Jurídica 6 (2002). Tomo 4. Año 2003. Pág. 167.

Derecho de las Telecomunicaciones. Tomo 8. Año 2005. Pág. 169.

Derecho Médico Uruguayo. Tomo 8. Año 2005. Pág. 175.

Derecho Penal para Escribanos. Tomo 9. Año 2006. Pág. 209.

Dignidad humana y Derecho. Tomo 2. Año 2002. Pág. 195.

El derecho de la integración del MERCOSUR. Tomo 1. Año 2002. Pág. 200.

El nuevo derecho de autor uruguayo. Tomo 5. Año 2004. Pág. 211.

El nuevo régimen del Derecho de la Competencia. Tomo 2. Año 2002. Pág. 198.

El valor en la Aduana. Tomo 3. Año 2002. Pág. 209

Estudios de Derecho Societario. Tomo 9. Año 2006. Pág. 193.

Estudios sobre Derechos Humanos. Tomo 1. Año 2002. Pág. 211.

Ética, Poder y Estado. Tomo 7. Año 2005. Pág. 195.

Incapacidad e inhabilitación. Tomo 8. Año 2005. Pág. 177.

Internet, comercio electrónico y propiedad intelectual. Tomo 1. Año 2002. Pág. 213.

Introducción al Derecho Financiero y al Derecho Tributario. Tomo 1. Año 2002. Pág. 209.

Ius Publicum 9/2002. Tomo 3. Año 2002. Pág. 212

La protección jurídica del eslogan publicitario en el Derecho comparado. Tomo 8. Año 2005. Pág. 173.

Las sociedades anónimas deportivas en el Derecho Uruguayo. Tomo 2. Año 2002. Pág. 196

Manual del Sistema Legal de los Estados Unidos. Tomo 8. Año 2005. Pág. 183.

Manual Teórico Práctico de Derecho Concursal. Tomo 4. Año 2003. Pág. 165.

Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica. Tomo 10. Año 2006. Pág. 229

Marco regulatorio del Sector eléctrico en Uruguay. Tomo 8. Año 2005. Pág. 171.

Modos de adquirir el dominio. Tomo 3. Año 2002. Pág. 207.

Normas laborales y de seguridad social. Tomo 9. Año 2006. Pág. 211.

Proceso de constitucionalización de la Unión Europea. Tomo 6. Año 2004. Pág. 229.

Publicaciones jurídicas del IEEM. Tomo 1. Año 2002. Pág. 196.

Régimen jurídico de las telecomunicaciones. Tomo 2. Año 2002. Pág. 200.

Revista Iberoamericana de Administración Pública N° 9. Tomo 4. Año 2003. Pág. 169.

Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 9. Año 2006. Pág. 195.

VII. Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Tomo 7. Año 2005. Pág. 197.

