



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Nuevas caras, viejos desafíos

DOCTRINA

DELPIAZZO, Carlos E.

Juridización de la ética pública

GROS ESPIELL, Héctor

Responsabilidad internacional del Estado y
responsabilidad penal individual en la protección
internacional de los derechos humanos

RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime

La participación en la nueva Ley de Medidas para la
Modernización del Gobierno Local

VÁZQUEZ, Cristina

La defensa de la competencia en sectores regulados

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

LANGÓN CUÑARRO, Miguel

Nueva legislación penal y procesal penal del Uruguay

MERRIAM, Christopher

Aspectos prácticos de la aplicación de la legislación
de propiedad intelectual Cuestiones relacionadas
con temas de derecho informático

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia N° 127 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno de 27 de setiembre de 2004.

LABANDERA, Pablo

Las normas de origen en el Derecho del Comercio
Internacional. Su relevancia en el ámbito tributario
e infraccional

INFORMACIONES

Grupo de Investigación en Derecho Administrativo

Abogado por un día

TESINAS DE MASTERS

ALTERWAIN, Andrea

Fideicomiso testamentario en Uruguay

AMORÍN PISA, Marcelo

Convenios de sindicación en las sociedades comerciales

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

REDONDO, Alvaro

La aplicación de multa por represión antisindical

TRÍAS LÓPEZ, Ana María

Libertad y autoridad: el bien común como
fundamento de la exigibilidad de los derechos humanos

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Nuevas caras, viejos desafíos 3

DOCTRINA

Delpiazzo, Carlos E.

Juridización de la ética pública 7

Gros Espiell, Héctor

Responsabilidad internacional del Estado
y responsabilidad penal individual en la protección
internacional de los derechos humanos 13

Rodríguez Arana Muñoz, Jaime

La participación en la nueva Ley de Medidas
para la Modernización del Gobierno Local 21

Vázquez, Cristina

La defensa de la competencia en sectores regulados 39

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

Langón Cuñarro, Miguel

Nueva legislación penal y procesal penal del Uruguay 61

Christopher Merriam

Aspectos prácticos de la aplicación de la legislación
de propiedad intelectual Cuestiones relacionadas
con temas de derecho informático 85

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia N° 127 del Tribunal de Apelaciones
en lo Civil de 5° Turno de 27 de setiembre de 2004.

Labandera, Pablo

Las normas de origen en el Derecho del
Comercio Internacional. Su relevancia en el
ámbito tributario e infraccional 99

INFORMACIONES

Grupo de Investigación en Derecho Administrativo 121

Abogado por un día 123

TESINAS DE MASTERS

Alterwain, Andrea

Fideicomiso testamentario en Uruguay 127

Amorín Pisa, Marcelo

Convenios de sindicación en las sociedades
comerciales 153

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

Redondo, Alvaro

La aplicación de multa por represión antisindical 209

Trías López, Ana María

Libertad y autoridad: el bien común
como fundamento de la exigibilidad
de los derechos humanos 215

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Código Penal Anotado, tomo II 227

Proceso de constitucionalización de la
Unión Europea 229

MENSAJE DEL DECANO

Nuevas caras, viejos desafíos

Honor y temor de no poder estar a la altura fueron los sentimientos encontrados que tuvimos cuando nos enteramos que la Universidad de Montevideo nos proponía la tarea de "tomar la posta" en el cargo de Decano de la Facultad de Derecho que tan altamente transmitía el Dr. Ricardo Olivera García. Pasados los primeros momentos y luego del debido agradecimiento, ha llegado el momento de la reflexión: ¿Qué país queremos? ¿A qué tipo de sociedad aspiramos de aquí a diez años?

Este es el tipo de preguntas que seguramente se plantearon hombres como el Dr. Ricardo Olivera cuando decidieron poner en marcha la Universidad de Montevideo, asumiendo la difícil, delicada y apasionante tarea de co-gobernarla desde el Decanato de su Facultad de Derecho. ¡Y vaya que lo han hecho bien! Por eso no resultará fácil tomar esa posta y mantener el ritmo y la profundidad de empeño que profesionales como el Dr. Olivera le imprimieron a esos primeros años fundacionales de la Universidad. Procuraremos seguir por el camino que ellos han trazado. Sin duda que con estilos diferentes – viva la libertad e irrepetibilidad de cada uno – pero sin perder de vista las motivaciones y finalidades que fueron y son los fundamentos de esta Universidad. Hace pocos meses Alejandro Llano, ex-Rector de la Universidad de Navarra, al inaugurar el curso 2002-2003, señalaba la diferencia entre una falsa y una verdadera tradición. La primera supone anquilosamiento, fosilización, ausencia de innovación y de proyectos. La segunda, respetando fielmente el espíritu fundacional, implica estar abiertos al diálogo constructivo y a la creatividad permanente, para no contentarse jamás con los progresos obtenidos. *"El amor por la tradición no es en modo alguno incompatible con el afán de progreso..."* Quien se detiene comienza a retroceder. Pues detenerse es olvidarse que somos proyecto y estamos proyectados. Hacia qué, es algo que cada uno debe buscar y responder por sí mismo, sin por ello desentenderse de los demás, pues no somos islas o burbujas aisladas, a pesar del mensaje individualista que nos transmite la posmodernidad globalizada, tan comunicada e incomunicada a la vez... Nos proyectamos y proyectamos permanentemente. Es más, sin proyectos, seríamos muertos vivientes. Y cuanto más nobles, difíciles y desafiantes sean esos proyectos, mayor vida por dentro nos darán. Personalmente creo que uno de esos proyectos permanentes y nunca del todo acabados es el de ir realizando y perfeccionando nuestra propia naturaleza de personas. Naturaleza que implica devenir, cambio, y al mismo tiempo permanencia e intemporalidad.

¿Y a qué tipo de personas seguiremos aspirando y apostando en esta Universidad?

A profesionales seguros y líderes, pero humildes y prudentes a la vez.

A personas que tengan convicción sin perder la tolerancia.

A que sean competentes sin dejar de ser solidarios y justos.

A personas que sean persuasivas y convincentes, sin dejar nunca de



Revista de DERECHO

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

*

Director

Dr. Carlos E. Delpiazzo

Redactor Responsable

Dra. Beatriz Bugallo
Jaime Zudáñez 2628 apto. 101

Consejo Editorial

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

Comisión de Publicaciones

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

*

Redacción y suscripciones

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

Impresión

Tradinco S.A.
Minas 1367
Teléfax: 409 44 63 - 409 55 89
Montevideo - Uruguay
E-mail: tradinco@adinet.com.uy

Deposito Legal 333.107 / 04
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 III (2004), N° 6

escuchar a los demás, pues muchas veces en el diálogo importan más los silencios que las palabras.

A ser coherentes en su decir y en su obrar.

A que vivan el respeto, respetándose ellos mismos y respetando a todos los demás sin acepciones de clase alguna.

La Universidad de Montevideo seguirá poniendo todo su empeño para ayudar a sus alumnos a que lleguen a ser ese tipo de personas, corrigiendo y rectificando (la rectificación es creación) las veces que sea necesario el rumbo.

Todo lo anterior puede resumirse en dos palabras: Ayudándonos recíprocamente a conocer y querer mejor, que no significa conocer y amar en abstracto y genéricamente, sino en concreto y con la especificidad de nuestra mente, nuestra voluntad y nuestro corazón.

Esa es precisamente la *“unidad de saber y de convivencia entre docentes y alumnos”* a la que hace referencia Llano y que debe ser el norte de toda Universidad que apunte a estar al servicio de las personas. Aprendiendo a conocer no tanto las cosas, sino su sentido.

Para continuar sirviendo a esta sociedad y a sus alumnos en particular debemos buscar y contar con la colaboración de muchos de Uds., pues no debe haber tarea más colectiva, interdisciplinaria y necesitada de complementación que la de **hacer** una Universidad. Sobre todo si pensamos en una Universidad abierta a los problemas acuciantes de nuestra época. Es decir, un centro de estudios, de investigación y de intercambio de información que apunte a algo más que promover profesionales capacitados. Esto sería algo, pero muy poco. Demasiados casos ya ha habido de boutiques académicas que año a año lanzan especialistas al mercado sin un mínimo de cultura general y sin una mínima formación para apreciar los valores fundamentales como son el bien, la verdad y la belleza. Si transitáramos por esa misma vía habríamos fracasado. Por eso preferimos menos pragmatismo utilitarista y mayor interés por los problemas éticos de las personas, las empresas y las economías. Por eso seguiremos apostando a formar profesionales que sepan Derecho siendo al mismo tiempo honestos y leales, pues si sólo obtenemos lo primero, insisto, habremos quedado a mitad del camino. En consecuencia, si nuestro objetivo común es promover el afán de descubrir las verdades ocultas, procurando hacer el bien a los demás y apreciando también la belleza manifiesta u oculta que nos rodea, entonces el conocer, el saber y la investigación deberán armonizarse con el obrar y el hacer cotidianos, todo ello afinado en un diálogo permanente y respetuoso. Los medios a nuestro alcance serán continuar con la promoción de seminarios, debates, talleres y actividades que estimulen la iniciativa y la creatividad tanto de alumnos como de profesores. Pues hablar y escuchar - al decir de Leonardo Polo - deben ser alternativos, nunca unidireccionales o unilaterales, pues esto sería lo propio de sociedades totalitarias y masificadas. *“La acción de gobernar no consiste en imprimir la propia impronta en los demás (lo cual sería despótico), sino en activar sus energías...Y se gobierna para mejorar la motivación y la finalidad de las acciones de los seres humanos...”*

A eso seguiremos apostando. A incentivar y ayudar a descubrir esas motivaciones y a colaborar en la búsqueda de esas finalidades que todos - por el pequeño y grandioso hecho de ser personas - llevamos dentro. Para buscar y descubrir la verdad haciendo el bien en lo cotidiano nos necesitamos mutuamente. Estudiantes, profesores y administrativos conformamos un sistema libre, proyectado a construir un país mejor. De eso se trata. De seguir pensando en qué Uruguay queremos de aquí a 5 y 50 años. Y una vez pensado, llevarlo a la práctica.

¡Qué bueno es saber que al intentarlo contamos con la cooperación de todos Uds.!

Montevideo, junio de 2004

Nicolás Etcheverry Estrázulas



DOCTRINA

- **Delpiazzo, Carlos E.** - *“Juridización de la ética pública”*
- **Gros Espiell, Héctor** - *“Responsabilidad internacional del Estado y responsabilidad penal individual en la protección internacional de los derechos humanos”*
- **Rodríguez Arana Muñoz, Jaime** - *“La participación en la nueva Ley de Medidas para la Modernización del Gobierno Local”*
- **Vázquez, Cristina** - *“La defensa de la competencia en sectores regulados”*

JURIDIZACION DE LA ETICA PÚBLICA A PROPÓSITO DEL DECRETO N° 30/003 DE 23 DE ENERO DE 2003

CARLOS E. DELPIAZZO

Profesor de Derecho Público II, Universidad de la República
Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Montevideo
Director de Master de Derecho Administrativo Económico, Universidad de Montevideo

SUMARIO:

- I. INTRODUCCION. ENCUADRAMIENTO JURÍDICO DEL DECRETO N° 30/003. II. GARANTIAS DEL COMPORTAMIENTO ETICO.
III. REGLAS DE CONDUCTA Y PODER DISCIPLINARIO. EXPANSIÓN DEL CONCEPTO DE FALTA ADMINISTRATIVA.
IV. CONCLUSION. HACIA EL «RESCATE DE LO ÉTICO» CON IMPLICACIÓN JURÍDICA.

I. INTRODUCCION

Con fecha 23 de enero de 2003, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto N° 30/003 en virtud de cuyo Título I se establece un pormenorizado conjunto de normas de conducta en la función pública explicitando principios generales en la materia (arts. 1 a 37), mientras que en su Título II se desarrollan normas para su aplicación (arts. 38 a 46).

Dicho reglamento se inscribe no sólo en una tendencia actual a la revalorización de la ética en la vida pública¹ sino en normas de superior rango a través de las cuales el Derecho administrativo procura constituirse en una «garantía del comportamiento ético»².

En tal sentido, **a nivel constitucional**, nuestra Carta política establece un conjunto de bases o principios éticos³, entre los que se destaca el consagrado en el art. 58, a cuyo tenor «los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política. En los lugares y las horas de trabajo, queda prohibida toda actividad ajena a la función, reputándose ilícita la dirigida a fines de proselitismo de cualquier especie. No podrán constituirse agrupaciones con fines proselitistas utilizándose las denominaciones de reparticiones públicas o invocándose el vínculo que la función determine entre sus integrantes». Asimismo, el art. 59 de la Constitución sienta «la base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario».

A partir de estos principios, **a nivel legislativo**, nuestro Derecho positivo ha desarrollado -con distinto alcance según se trate de titulares de altos cargos o no- diversas obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades, acompañadas en muchos casos de represión penal específica, sin perjuicio de la general responsabilidad disciplinaria y patrimonial⁴.

¹ Carlos E. DELPIAZZO - «Ética no exercício da função administrativa», en Rev. Informativo de Direito Administrativo e responsabilidade Fiscal» (Curitiba, 2001), N° 5, pág. 420 y sigtes.

² Jesús GONZALEZ PEREZ - «La ética en la Administración pública» (Civitas, Madrid, 1996), pág. 65 y sigtes.

³ Héctor GIORGI - «Las condicionantes jurídicas y éticas de la actividad del Estado», en Anuario de Derecho Administrativo (Montevideo, 1996), tomo V, pág. 45 y sigtes.

⁴ Carlos E. DELPIAZZO - «Responsabilidad de los funcionarios públicos y de los concesionarios de servicios públicos», en Rev. de Direito Administrativo & Constitucional (Curitiba, 2000), Año 1, N° 3, pág. 39 y sigtes.

Con la aprobación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (suscrita en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996 y aprobada por ley N° 17.008 de 25 de setiembre de 1998), entre otras medidas preventivas (art. III), se han propiciado las siguientes⁵:

- a) aprobación de «normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas» (num. 1°);
- b) creación de «mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta» (num. 2°); y
- c) fortalecimiento de «instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades» (num. 3°).

En esa línea, la denominada ley anticorrupción N° 17.060 de 23 de diciembre de 1998 ha puesto el énfasis en la formación de los funcionarios públicos⁶ en «aspectos referentes a la moral administrativa, incompatibilidades, prohibiciones y conflictos de intereses en la función administrativa» (art. 28), a la vez que ha tipificado como faltas y delitos comportamientos reputados contrarios a la probidad, entendida como «una conducta funcional honesta en el desempeño de su cargo con preeminencia del interés público sobre cualquier otro» (art. 20).

Asimismo, ha explicitado el carácter ético y servicial de la función pública en sentido amplio al establecer en el art. 21 de la ley N° 17.060 que «Los funcionarios públicos observarán los principios de respeto, imparcialidad, rectitud e idoneidad y evitarán toda conducta que importe un abuso, exceso o desviación de poder, y el uso indebido de su cargo o su intervención en asuntos que puedan beneficiarlos económicamente o beneficiar a personas directamente relacionadas con ellos».

Como reverso de la moneda, el art. 22 de la citada ley N° 17.060 reputa «conductas contrarias a la probidad en la función pública:

- a) negar información o documentación que haya sido solicitada en conformidad a la ley;
- b) valerse del cargo para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero;
- c) tomar en préstamo o bajo cualquier otra forma dinero o bienes de la institución, salvo que la ley expresamente lo autorice;
- d) intervenir en las decisiones en las que haya participado como técnico; y
- e) usar en beneficio propio o de terceros información reservada o privilegiada de la que se tenga conocimiento en ejercicio de su función».

A nivel administrativo, procurando codificar los principales deberes funcionales de contenido ético, en el año 1999, la Oficina Nacional del Servicio Civil propuso un Decálogo de Principios de Etica en la función pública⁷.

Años antes, con específica referencia a la conducta médica de los dependientes del Ministerio de Salud Pública, el Poder Ejecutivo había aprobado el Decreto N° 258/992 de 9 de junio de 1992, posteriormente extendido en su aplicación por el Decreto N° 204/001 de 23 de mayo de 2001.

II. GARANTIAS DEL COMPORTAMIENTO ETICO

A) Control social y transparencia

Bajo la denominación de «Control social», el capítulo III de la ya citada ley anticorrupción N° 17.060 contiene tres disposiciones jerarquizadoras del principio de transparencia en el obrar de los servidores públicos⁸.

En primer término, el art. 5° ordena que «Los organismos públicos darán amplia publicidad a sus adquisiciones de bienes y contrataciones de servicios».

A renglón seguido, establece el art. 6° que «El Poder Ejecutivo, a propuesta de la Junta (Asesora en Materia Económico Financiera del Estado creada en la misma ley), llevará a cabo periódicamente campañas de

⁵ Augusto DURAN MARTINEZ - «Corrupción y derechos humanos. Aspectos de Derecho administrativo en la Convención Interamericana contra la Corrupción», en Estudios sobre Derechos Humanos cit., pág. 125 y sigtes.

⁶ Carlos E. DELPIAZZO - «Profesionalización de la función pública en Uruguay», en La profesionalización de la función pública en Iberoamérica (INAP, Madrid, 2002), pág. 256 y sigtes.

⁷ Ruben CORREA FREITAS - «La Etica en la Función Pública», en Rev. de Administración Pública Uruguay (Montevideo, 1999), N° 25, pág. 5 y sigtes.

⁸ Carlos E. DELPIAZZO - «Desafíos actuales del control» (F.C.U., Montevideo, 2001), pág. 97 y sigtes.

difusión en materia de transparencia pública y responsabilidad de los funcionarios públicos, así como sobre los delitos contra la Administración Pública y los mecanismos de control ciudadano».

Finalmente, agrega el art. 7º que «Los actos, documentos y demás elementos relativos a la función pública pueden ser divulgados libremente, salvo que por su naturaleza deban permanecer reservados o secretos o hayan sido declarados tales por ley o resolución fundada. En todo caso, bajo la responsabilidad a que hubiere lugar por Derecho».

De acuerdo al art. 18 del Decreto N° 30/003 se explicita el alcance del principio de transparencia, con el cual «se quiere dar un paso más respecto a la publicidad... como que la publicidad implica mostrar pero la transparencia implica algo más que mostrar, implica dejar ver; simplemente que el actuar de la Administración se deje ver como a través de un cristal»⁹.

Se trata de subrayar cómo la sociedad quiere que sea la Administración: no sólo debe servir sino que debe mostrar cómo sirve, lo cual exige que sea abierta a la información, a la participación y al control democrático.

Por eso, bien se ha dicho que la transparencia «constituye una consecuencia de la muy elemental presunción de que el gobierno pertenece al pueblo, quien tiene derecho a saber qué hacen los servidores públicos, por qué y cómo lo hacen»¹⁰.

Por lo que refiere a la actividad empresarial del Estado, el art. 191 de la Constitución establece que «Los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todas las administraciones autónomas con patrimonio propio, cualquiera sea su naturaleza jurídica, publicarán periódicamente estados que reflejen claramente su vida financiera. La ley fijará la norma y número anual de los mismos y todos deberán llevar la visación del Tribunal de Cuentas».

Al decir de nuestra más calificada doctrina, se trata de una medida de buena administración, tendiente a mantener informada a la opinión pública sobre el desenvolvimiento de dichos entes, que constituye una forma de control popular sobre la actuación de los mismos¹¹.

En esa línea, deben inscribirse disposiciones legales recientes que apuntan al conocimiento real por la población de la actuación de los funcionarios públicos, especialmente en lo que refiere a la obtención y aplicación de los dineros del Estado.

Así, la ley N° 17.040 de 20 de noviembre de 1998 estableció que «las empresas públicas o de propiedad estatal, con actividad comercial e industrial, publicarán su balance general, expresado en los estados de situación patrimonial y de resultados, confeccionados conforme a lo dispuesto por los arts. 88 a 92 de la ley N° 16.060 de 4 de setiembre de 1989, antes de un año de vencido el ejercicio contable, previo dictamen de auditoría del Tribunal de Cuentas que se expresará y responsabilizará respecto de la razonabilidad y consistencia de los mismos. La publicación, que se realizará en al menos dos periódicos de circulación nacional, estará a disposición de los medios de comunicación que la soliciten» (art. 1º).

Respecto a esta ley, interesa destacar la amplitud de su alcance subjetivo y la preocupación de que la información a publicar sea fácilmente comprensible para los ciudadanos.

En efecto, la misma comprende a todas «las empresas públicas», es decir, tanto a las estatales como a las no estatales. Pero además se extiende a las empresas «de propiedad estatal», con lo cual incluye a todas las formas organizativas -aún de Derecho privado- que las Administraciones públicas puedan adoptar para su actuación¹².

Además, la ley no sólo detalla los aspectos que debe incluir la publicación (art. 2º) sino que comete a la reglamentación adoptar los medios necesarios «para que el usuario no especializado pueda formarse un juicio cabal del servicio y su tarifa» (art. 3º).

⁹ Carlos E. DELPIAZZO - «La regulación legal del control social y transparencia», en Rev. de Antiguos Alumnos del IEEM, Año 5, N° 1, pág. 29 y sigtes.

¹⁰ Richard S WERKSMAN y Carlos MAMFRONI - «La transparencia y la Convención Interamericana contra la Corrupción», en Rev. de Derecho Administrativo (Buenos Aires, 1996), Año 8, N° 21-23, pág. 346.

¹¹ Ver: Enrique SAYAGUES LASO - «Tratado de Derecho Administrativo» (Montevideo, 1959), tomo II, pág. 194; Horacio CASSINELLI MUÑOZ - «Derecho Público» (F.C.U., Montevideo, 1999), págs. 270 y 271; y Julio A. PRAT - «Los Entes Autónomos» (A.M.F., Montevideo, 1971), pág. 112.

¹² Ver: Mariano R. BRITO y Carlos E. DELPIAZZO - «Derecho Administrativo de la Regulación Económica» (U.M., Montevideo, 1998), pág. 53 y sigtes.

B) Virtudes y vicios en la función pública

Cuando reflexionamos acerca de la conducta funcional debida y de las normas que la direccionan, «hablamos (aunque no nos demos cuenta) de desarrollar virtudes humanas. A su vez, cada una de ellas tiene una contracara. Cada virtud tiene una contracara que es un defecto, que podemos llamar con mayor precisión, un vicio»¹³.

En el quehacer de la Administración, sabido es que «la idea de servicio de los intereses generales debe presidir la actuación de cualquiera que realiza una función pública. Autoridad o funcionario, político o empleado, debe hacer siempre lo que sea mejor para los intereses públicos»¹⁴.

En tal sentido, merece destacarse el acápite del art. 2º del reglamento de procedimiento administrativo aprobado por el Decreto Nº 500/991 de 27 de setiembre de 1991, a cuyo tenor «La Administración pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho». Precisamente, la corrupción se caracteriza como «la irrupción del interés privado, actuando por fuera de las normas, en el recinto de lo público»¹⁵, como la conducta de quienes, «en lugar de servir al interés general, se sirven de su ejercicio para su provecho»¹⁶. Nuestra ley Nº 17.060 la define como «el uso indebido del poder público o de la función pública para obtener un provecho económico para sí o para otro, se haya consumado o no un daño al Estado» (art. 3º).

«Pero -según se ha dicho¹⁷- la Etica en la Administración pública no se agota en la fidelidad a los intereses generales» sino que reclama el trabajo bien hecho. «Exige una entrega al servicio, un afán de perfeccionamiento en las técnicas, un esfuerzo en intentar la perfección». Para ello, se requiere cultivar las virtudes y luchar contra los defectos.

Según la enseñanza aristotélica, las virtudes son hábitos operativos buenos, por lo que nadie nace virtuoso sino que las virtudes se van alcanzando mediante esfuerzo, lucha y educación. Precisamente, la madurez humana a nivel natural es consecuencia del desarrollo armónico de las virtudes humanas¹⁸ y, en el ámbito de la función administrativa, son necesarias la generosidad, la fortaleza, el optimismo, la perseverancia, el orden, el respeto, la sinceridad, la lealtad, la laboriosidad, la paciencia, la justicia, la obediencia, la humildad y el patriotismo.

La conducta contraria a cada una de esas virtudes es un defecto, y es necesario no acostumbrarse a esos vicios sino luchar personal y colectivamente contra ellos; el tolerar la deshonestidad, la debilidad, el pesimismo, la falta de fijeza, el desorden, la falsedad, la deslealtad, la pereza, la injusticia, la desobediencia, la soberbia y la viveza criolla desembocan en la corrupción. Corrupción significa echar a perder o pudrir; «una sociedad y un país que se acostumbra a estas prácticas y actitudes y las toma como normales, es una sociedad y un país que terminan pudriéndose... No hay duda entonces que para evitar este tipo de acostumbramientos hay que desarrollar virtudes y tener ideas y principios claros en la cabeza. Ello implica formar la conciencia primero y no engañarla después»¹⁹.

Bajo tal perspectiva, es inocultable la importancia pedagógica del Decreto Nº 30/003 en análisis y, consecuentemente, la trascendencia de su divulgación y presunción de conocimiento (art. 7).

III. REGLAS DE CONDUCTA Y PODER DISCIPLINARIO

Lo antedicho podría inducir a pensar que la enunciación de principios, prohibiciones y reglas de conducta en el desenvolvimiento de la función pública tiene un carácter meramente indicativo de lo deseable, sin valor y fuerza jurídicos.

Sin embargo, nada más alejado de la verdad. Tal como lo preceptúa el art. 38 del Decreto, con base en el art. 21 de la ley Nº 16.070, «El incumplimiento de los deberes explicitados en este Decreto y la violación de las prohibiciones contenidas en él constituirán faltas disciplinarias. Como tales, serán objeto de sanción propor-

¹³ Nicolás ETCHEVERRY ESTRAZULAS - «Un torneo de nuestros tiempos. Etica profesional ¿por qué y para qué?» en Rev. de la Facultad de Derecho (Montevideo, 2000), Nº 17, pág. 74 y sigtes.

¹⁴ Jesús GONZALEZ PEREZ - «La ética en la Administración pública» cit., pág. 52.

¹⁵ Washington ABDALA y Guillermo MACIEL - «Manual de Ciencia Política» (F.C.U., Montevideo, 1996), tomo II, pág. 219.

¹⁶ José A. CAGNONI - «Justicia y sociedad: los fenómenos de la corrupción», en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 1997), Mº 11-12, pág. 15.

¹⁷ Jesús GONZALEZ PEREZ - «La ética en la Administración pública» cit., págs. 57 y 58.

¹⁸ David ISAACS - «La educación de las virtudes humanas» (Eunsa, Pamplona, 1988), pág. 40 y sigtes.

¹⁹ Nicolás ETCHEVERRY ESTRAZULAS - «Un torneo de nuestros tiempos. Etica profesional ¿por qué y para qué?» cit., pág. 78.

cionada a su gravedad, previa sustanciación del procedimiento disciplinario respectivo, en el que se asegurará la garantía de defensa. Ello sin perjuicio de la responsabilidad civil y/o penal prevista por la Constitución y las leyes».

Conforme al art. 169 del Decreto N° 500/991 de 27 de setiembre de 1991 -en línea con la mejor doctrina nacional²⁰ y con el antecedente del art. 181 del Decreto N° 640/973 de 8 de agosto de 1973- se establece que «la falta susceptible de sanción disciplinaria, es todo acto u omisión del funcionario, intencional o culposo, que viole los deberes funcionales».

Quiere decir que el apartarse del desempeño funcional presidido por el interés público, el no observar una conducta honesta, el no actuar de buena fe y con lealtad, el ser desobediente, irrespetuoso o parcial, implicando el interés personal con el público, el desenvolverse sin transparencia, eficacia y eficiencia, así como la violación de las prohibiciones relacionadas con implicancias, parentesco o usos indebidos, configuran faltas administrativas.

Consecuentemente, tales conductas obligan al jerarca al ejercicio del poder disciplinario, entendido como la facultad de aplicar medidas disciplinarias mediante un procedimiento especialmente establecido a esos efectos, con el objeto de la conservación del orden jurídico administrativo²¹.

IV. CONCLUSION

Es indudable que asistimos en nuestros días al «rescate de lo ético» ya que, hasta hace sólo unos años, el asunto de lo ético estaba relegado a la filosofía y a la religión que, lamentablemente, dentro del escalafón de los saberes del hombre, habían caído para muchos en desgracia, al punto que la Ética brillaba por su ausencia -y aún sigue brillando- en muchas carreras universitarias. Bienvenido sea que se hable de la Ética con tal que no se haga con ligereza o porque queda bien. Es que «los fraudes, las arbitrariedades políticas, las injusticias descaradas, las conductas insanas y tantos otros desmanes semejantes nos han obligado a romper el silencio... Lo que importa ahora es que no sea todo un juego de palabras sino un compromiso de conversión a la conducta ética»²².

En esa sintonía es que corresponde ubicar las normas de conducta edictadas en el Decreto N° 30/003. Su ponderada aplicación conducirá a una mejora de nuestra Administración pública volviendo a dibujar con trazo firme la separación entre lo que está bien y lo que está mal (que no se vuelve bueno porque muchos lo hagan).

Una de las características de la sociedad globalizada en la que vivimos es que «estamos saturados de información como nunca se lo ha estado... Lo que falta es el juicio, el discernimiento, la capacidad de decir qué está bien y qué está mal... Para eso, es necesario adquirir una sabiduría». Y esa sabiduría consiste en «la formación de uno mismo por la utilización de las virtudes: la justicia, la prudencia, la fortaleza y la templanza; la fe, la esperanza y la caridad que dan acceso a las tres virtudes según Platón: lo bueno, lo bello, lo verdadero»²³.

Que así sea.

²⁰ Enrique SAYAGUES LASO - «Tratado de Derecho Administrativo» cit., tomo I, pág. 326.

²¹ Augusto DURAN MARTINEZ - «El régimen disciplinario en la Administración Central» (ONSC, Montevideo, 1975), pág. 6.; y «Principios del procedimiento disciplinario», en A.A.V.V. - «Procedimiento Administrativo» (UCUDAL, Montevideo, 1991), pág. 81 y sigtes.

²² Luis Carlos BERNAL - «El cansancio de ser honrado» (Montevideo, 1999), págs. 103 y 104.

²³ Jean GUITTON - «Sabiduría cotidiana. El libro de las virtudes recuperadas» (Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 2002), págs. 12 y 164.

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO Y RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL EN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

HÉCTOR GROS ESPIELL.

Ex Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de la República
Ex Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Montevideo
Miembro Académico de la Universidad de Montevideo

I

El tema de la responsabilidad del Estado en relación con los sistemas existentes, tanto a nivel universal como regional¹, en materia de protección internacional de los derechos humanos, es una cuestión de trascendental importancia para comprender lo que han sido y son estos sistemas de protección, de su naturaleza, fundamentos, eficacia y limitaciones. Este asunto ha generado un interés muy grande en la doctrina², y la práctica internacional y la jurisprudencia han contribuido a precisar sus caracteres.

La aplicación de la teoría y de la práctica de la responsabilidad internacional a los casos violación de los derechos humanos, en especial como consecuencia del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, 1969) y de la elaboración jurisprudencial y doctrinaria basada en estos dos textos, significó una nueva conceptualización de muchos aspectos de la responsabilidad internacional, cambiando, para su aplicación al Derecho de los Derechos Humanos, criterios tradicionales, en cuanto a las obligaciones de los Estados, cuya violación apareja responsabilidad y las conductas de sus agentes de jure o de facto - de cualquier tipo o naturaleza - cuyos actos, imputables al Estado, generan responsabilidad³.

No es el objeto de este trabajo analizar los nuevos enfoques a la teoría de la responsabilidad del Estado que ha aportado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sólo queremos señalar el punto, sin duda de importancia capital.

¹ Héctor Gros Espiell, *Universalismo y Regionalismo en Materia de Protección Internacional de los Derechos Humanos*, en *Estudios de Derechos Humanos*, Vol. I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica de Venezuela, San José-Caracas, 1985.

² Hay que citar, desde el inicio, la obra de Asdrúbal Aguiar Aranguren, «Derechos Humanos y la Responsabilidad Internacional del Estado», Editorial Monte Avila, Caracas 1997, que había sido precedida de varios trabajos monográficos del autor sobre el tema, en especial el titulado «La Responsabilidad Internacional del Estado por Violación de Derechos Humanos» (Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, enero - febrero 1993 y Revista de Derecho Público, N° 53 - 54, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993). Hay que agregar la obra de Fernando Urioste Braga, *Responsabilidad Internacional de los Estados en los Derechos Humanos*, B de F, Montevideo, Buenos Aires, Faira Editor 2002. A la extensa bibliografía que ellos citan, y a los trabajos generales sobre la responsabilidad internacional del Estado, habría que agregar: Eduardo Jiménez de Aréchaga en el «Manual de Derecho Internacional Público» de Max Sorensen, FCE, México 1985; en el «Derecho Internacional Público», Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1991 y en su curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, publicado en español en Madrid en 1980 con el título «El Derecho Internacional Contemporáneo», Editorial Tecnos, Cap. X, «La Responsabilidad Internacional». En su evolución hasta llegar a la situación actual, con tantas diferencias con el Derecho Internacional Clásico, podrían agregarse los trabajos de Karl Zemanek, *Responsability of States*, en Bernhardt (ed) *Encyclopedia Of Public International Law*, 10, 1987, (cap. International Crimes); K. Marek, *Criminalizing State Responsibility*, *Revue Belge de Droit International*, Vol 14. (1978 - 1979); Theodor Meron (*On the Relationship between Settlement of Disputes Procedures and Remedies in Human Rights Treaties and other Procedures and Remedies*); Georges Perrin (*Le problème de la faute dans la responsabilité internationale de l'Etat*); Christians Tomuschat (*Some Reflection on the Consequences of a Breach of an Obligation under International Law*), en *Im Dienst an der Gemeinschaft*, Festschrift für Dietrich Schindler, Verlag Helbing & Lichtenhanhn, Basel/Frankfurt, 1989. Y con referencia a la violación de los Derechos Humanos: Rodolfo Mattarollo, *Responsabilidad por Violaciones de los Derechos Humanos y la Obligación de Indemnizar según el Derecho Internacional*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1991; Mónica Pinto, *Responsabilidad Internacional por la Violación de los Derechos Humanos y los Entes no Estatales*, Héctor Gros Espiell, *Amicorum Liber*, cit., Tomo II. Véase, asimismo, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996, Informe 47/96, págs. 151 y siguientes.

³ Véase, por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 170 - 173 (págs. 70-71)

Pero esta forma de encarar la protección internacional de los Derechos Humanos, que ha sido la manera de enfrentar la materia desde que se inició el proceso de su regulación convencional internacional con el Tratado de Roma en 1950, relativo a la cuestión en el marco del Consejo de Europa, con los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1966⁴, y con la Convención Americana de Derechos Humanos (pacto de San José) en 1969, y que ha tenido una significación enorme en el proceso abierto y progresivo para defender y garantizar internacionalmente los derechos de la persona humana, no agota las posibilidades y las formas a que puede recurrir el Derecho Internacional para asegurar, mejorar y ahondar esta protección.

En efecto, el actual sistema internacional de protección de los Derechos Humanos, coadyuvante, subsidiario, o complementario de la protección interna, se basa en la responsabilidad de los Estados por la violación de sus deberes de respetar estos derechos y de imponer y asegurar las condiciones que hagan posible ese respeto, de acuerdo con lo dispuesto con los tratados en vigor⁵. Es una responsabilidad que puede nacer de un hacer de cualquier autoridad, funcionario, agente o persona, integrante, de jure o de facto, del aparato estatal o de una omisión de cualquier naturaleza u origen, del deber del Estado de hacer respetar y asegurar las condiciones para que ese respeto sea efectivo, general y no discriminatorio⁶.

Esto sin perjuicio, en el caso de la Convención Americana, enunciado de manera expresa, de que cuando se decide que hubo violación de un derecho o libertad protegida, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la violación de esos derechos y el pago de una justa indemnización (art. 63)⁷.

Esta responsabilidad no es de naturaleza penal⁸. No busca la sanción y la penalización de las personas, de los individuos, que materialmente realizan la violación del o de los Derechos Humanos conculcados. Está dirigida, como dice claramente el artículo 63 de la Convención Americana de los Derechos Humanos: a garantizar el ejercicio de los derechos violados, y si ella fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización⁹.

Esta responsabilidad del Estado, por obvia aplicación de un principio general, no se individualiza sólo en el gobierno o respecto de las autoridades, agentes o ejecutores de hechos o actos jurídicos del gobierno durante cuyo ejercicio se cometió la violación¹⁰. Se imputa siempre al Estado, a la persona jurídica Estado, que continúa invariablemente en el tiempo, cualesquiera que sean los cambios gubernamentales, aunque el gobierno sea otro, distinto, incluso opuesto política o ideológicamente a aquel durante el que se conculcaron los Derechos Humanos, en virtud del principio fundamental de la continuidad del Estado y de la diferenciación de los conceptos de Estado y Gobierno.

⁴ Héctor Gros Espiell, La Adopción en 1966 de los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos y del Protocolo Facultativo al de Derechos Civiles y Políticos, Recuerdos y Reflexiones, en Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional, Tomo XIII, Madrid 1997.

⁵ Convención Americana Sobre Derechos Humanos, art. 1 y 2; Convención Europea, art. 1, Véase: Julio Barberis, Una Reflexión sobre el Art. 1, inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en Héctor Gros Espiell, *Amicorum Liber*, Vol I, Bruylant, Bruxelles, 1997.

⁶ Alejandro Montiel Argüello, Los Sujetos de las Violaciones de los Derechos Humanos, en Héctor Gros Espiell *Amicorum Liber*, cit., Tomo I, pág. 879.

⁷ Convención Americana, Art.2, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva Oc/6; Eduardo Jiménez de Aréchaga, La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno, en Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, FCU, Montevideo, 1988.

⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, dijo: "134. En efecto, la protección internacional de los Derechos Humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones" (pág. 51). En la Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, la Corte dijo: "56. En lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecida por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos. Toda violación de los derechos humanos por agentes o funcionarios de un Estado es, como ya lo dijo la Corte, responsabilidad de éste (Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 170; Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989, párrafo 179). Si constituyese, adicionalmente, un delito internacional generará, además, responsabilidad individual. Pero la Corte entiende que la Comisión no pretende que se le absuelvan las interrogantes que surgen de esta hipótesis." En otro párrafo reiteró el mismo concepto y agregó: "En lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecidos por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos" (El tema está encarado en los párrafos 53-56)

⁹ Convención Europea art. 50.

¹⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988: "184. Según el principio de Derecho Internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, consecuentemente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los Derechos Humanos aunque desde un punto de vista ético o político la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el gobierno en la época en que las violaciones se produjeron" (pags. 75-56).

II

El Derecho Penal Internacional ha tenido un proceso de lento desarrollo en el Siglo XX, caracterizado por la muy fuerte influencia de factores políticos, su carácter polémico y por la incapacidad de la Comunidad Internacional hasta hace muy poco tiempo, para crear un sistema jurídico general, justo y eficaz ¹¹.

Si tomamos como punto de partida los artículos 227-230 del Tratado de Versalles, relativos a la responsabilidad del Káiser Guillermo II por las violaciones delictivas del Derecho Internacional que estuvieron en el origen y en el desarrollo de la Primera Guerra Mundial, artículos que no pudieron ser aplicados por la negativa del Gobierno de los Países Bajos a conceder la extradición ¹², la etapa siguiente estuvo constituida por los juicios de Nuremberg y Tokio, luego de la Segunda Guerra Mundial, - ejemplo de justicia de los vencedores, - para hacer efectivas las responsabilidades penales de algunos dirigentes alemanes y japoneses por graves crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y crímenes contra la paz sin localización geográfica determinada ¹³.

Las Naciones Unidas iniciaron luego el largo y difícil proceso para instituir una Corte Penal Internacional y para elaborar un código de delitos contra la paz y contra la humanidad. Ese proceso, sumamente interesante desde el punto de vista teórico, no ha podido culminar plenamente aún ¹⁴, aunque ya ha logrado un significativo avance con el establecimiento de la Corte Penal Internacional según el Estatuto de Roma.

Los hechos políticos ocurridos en la ex Yugoslavia y en el Africa Central, particularmente en Ruanda, a partir de 1991, llevaron a la creación por las Naciones Unidas, no por vía convencional, sino por medio de resoluciones del Consejo de Seguridad - resoluciones 808 (1993) y 955 (1994) - adoptadas en virtud del Capítulo VII de la Carta, de sendos Tribunales Penales Internacionales para juzgar las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia y en el territorio de Ruanda ¹⁵.

A esto siguió la adopción del Estatuto de Roma de creación de un Tribunal Internacional General. Este Estatuto, cristalizado en un tratado multilateral firmado y ratificado por una gran mayoría de los miembros de la Comunidad Internacional, aunque no por Estados Unidos, China e Israel entre otros Estados, ya está en vigencia..

El Tribunal se ha constituido y comenzado a actuar.

III

La protección internacional de los Derechos Humanos se caracteriza por su progresividad.

Avanza lentamente en su esfuerzo para asegurar por medio de esa progresión la mejor protección internacional de los Derechos Humanos, para universalizarla, para que el Estado esté sometido al Derecho Internacional, y para superar nociones obsoletas relativas al dominio reservado y a la soberanía. Avanza para lograr la armónica coordinación de la protección internacional de tipo universal, según los diferentes regi-

¹¹ A pesar de diversas iniciativas, de los textos redactados por comisiones de las Naciones Unidas, en 1951 y 1954 y de los proyectos posteriores elaborados por la Comisión de Derecho Internacional, considerados por la Asamblea General en los últimos años, y en especial en 1997, no se ha logrado aún la adopción de ningún tratado creando una Corte Penal Internacional y estableciendo un Código de Delitos y Crímenes Internacionales. Sólo se han obtenido resultados parciales con la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda.

¹² S. Glueck, *War Criminals, Their Prosecution and Punishment*, 1948; H. Lauterpach, *The Law of Nations and Punishment of War Crimes*, *British Yearbook of International Law*, Vol. 21, 1944.

¹³ Declaración de Moscú sobre los Crímenes de Guerra (30/XI/43) y Tratado entre Gran Bretaña, Estados Unidos y la URSS del 8 de agosto de 1945; Hans - Heinrich Jescheck, *Nuremberg Trials*, in Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public Law*, Instalment 4, 1982; Bert V.A. Röling, *Tokyo Trial*, in Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public Law*, Instalment 4, 1982; Michel Dobkine, *Crimes et Humanité*. Romillat, París, 1992; Jean Marc Varaut, *Le Procès de Nuremberg*, Pluriel, París, 1992; Frederick Berg, *El Proceso de Nuremberg*, Buenos Aires 1947; Vicente Gimeno Sendia, *La Experiencia de los Juicios de Nuremberg y la Necesidad de Crear un Tribunal Penal Internacional*, *La Ley*, Revista Jurídica Española, Año XIX, N° 4457, 14 de enero de 1998.

¹⁴ Jean Graven, *Principes Fundamentaux d'un Code Représentatif des Crimes contre la Paix et la Sécurité de l'Humanité*, Genève, 1950; Vespasian Pella, *Une Cour Penale Internationale* (A/CM.4/39); Cherif Bassione, *International Criminal Law*, Sittthoff & Noordhoff, 1980; Héctor Gros Espiell, Gilberto Amado y la Jurisdicción Penal Internacional, *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Río, 1987; Edmundo Vargas Carreño, *Una Corte Penal Internacional*, Aproximación a un Proyecto de Estatuto Preparado por la Comisión de Derecho Internacional, en: *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., San José, 1994.

¹⁵ Bruna Molina, *The Establishment of an International Criminal Tribunal*, en Héctor Gros Espiell, *Amicorum Liber*, Bruylant, Bruxelles 1997, Vol I; María del Luján Flores, *La Corte Penal Internacional: Utopía o Realidad*, en Héctor Gros Espiell *Amicorum Liber*, cit., Vol. I; Michel Mercier, *Crimes sans Chatiment*, Ex Yugoslavia, 1991 -1993, Bruylant, Bruxelles, 1994; Jean -Francois Duparquier (ed), *La Justice Internationale face au Drame Rwandais*, Karthala, París 1996; Dai Tribunali Penali Internazionali ad hoc a una Corte Permanente, Università di Roma La Sapienza - Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, Editoriale Scientifica, Napoli, 1996.

menes existentes en la familia de las Naciones Unidas y la protección internacional regional, en los casos que ella exista, como en Europa, América y África.

Ha avanzado, asimismo, para profundizar y mejorar el sistema actual basado en la aplicación y adaptación a la cuestión de los Derechos Humanos, de los principios de la responsabilidad internacional del Estado.

Pero estos avances, - expresión de la progresividad que, repetimos, caracteriza la materia de los Derechos Humanos, su defensa y protección desde el punto de vista internacional -, no impiden que se busquen otros caminos u otras formas internacionales complementarias de protección. Por el contrario, impulsan a pensar en otras vías y en otros criterios.

La progresividad obliga a hacer un balance de los progresos y a evaluar si el camino recorrido es el único o si, por el contrario, puede ser útil buscar otras sendas distintas, que profundicen y hagan más eficaz la protección.

Es evidente que la manera tradicional de encarar la protección internacional de los Derechos Humanos, en base a la aplicación de los principios de la responsabilidad internacional, debe mantenerse. Es una forma correcta de enfrentar la cuestión. Ha producido resultados muy positivos y debe seguir siendo aplicada, ampliada y profundizada, es decir mejorada ¹⁶.

¿Pero es suficiente? ¿Puede decirse hoy, luego del ejemplo de lo ocurrido en Ruanda, en Burundi, en el Congo, en muchas partes de la ex Yugoslavia y también en otros continentes, que esta forma tradicional alcanza como respuesta internacional al tema de las violaciones de los Derechos Humanos?

Evidentemente no.

La creación de los Tribunales Internacionales, por el Consejo de Seguridad, para los casos de la ex Yugoslavia y Ruanda es ya una manifestación inicial, limitada, parcial, circunscripta y provisional, de la respuesta general que se impone y que todo hace pensar que habrá de venir en los próximos años, fundada en fórmulas de naturaleza convencional.

A este progreso inicial se ha sumado posteriormente la creación de la Corte Penal Internacional, cuyo carácter general y su fundamento convencional mejora y desarrolla las fórmulas iniciales elaboradas para los casos de la ex Yugoslavia y de Ruanda.

Pero, lamentablemente, aunque con vocación universal y general, el Estatuto de Roma no tiene todavía esa deseable vigencia realmente universal. La no ratificación, entre otros Estados, de los Estados Unidos, de China y de Israel, limita y relativiza su importancia.

IV

La responsabilidad del Estado debe ser complementada con la responsabilidad penal internacional, en ciertos casos, de los autores de determinadas violaciones, particularmente graves y trascendentes, de los derechos humanos.

La impunidad penal internacional de los criminales que han atentado contra los Derechos Humanos, como ejecutores materiales de las violaciones, no debe ni puede ser nunca un criterio y menos aún un principio internacional. Estos criminales, que naturalmente deberían, en principio, ser siempre castigados por el Derecho interno, no deben poder regocijarse si este castigo no se produce, si el Estado es omiso o reticente en cumplir su deber penal o si la autoridad estatal no existe, es inoperante o ineficaz. No deben esos criminales impunes, contemplar como la cuestión se reduce al pago de una indemnización a las víctimas por parte del Estado, cuando el asunto llegue a ser objeto de una decisión internacional.

Esta forma parcial, organizada sólo en base de la responsabilidad internacional del Estado, de encarar el tema de las consecuencias de las violaciones de los Derechos Humanos, fomenta además dichas violaciones, ya que los agentes, funcionarios o personas que las cometen -, a veces ejecutando órdenes, a veces por propia iniciativa, a veces como parte de una política - saben que si escapan, o si no se produce su juzgamiento interno - no siempre posible, fácil ni positivo -, no serán objeto de responsabilidad penal individual internacional y escapan así a todo castigo personal.

Naturalmente, pensar, elaborar y lograr la entrada en vigencia de este nuevo régimen internacional - que necesariamente deberá tener base convencional - no será fácil. Habrá que remover obstáculos políticos, jurídicos y mentales. El proceso ha comenzado, pero deberá ser culminado.

¹⁶ Antonio Cançado Trindade, *Consolidação e Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, en Héctor Gros Espiell *Amicorum Liber*, cit., Vol. I.

Será preciso adoptar, por un tratado multilateral, en el marco de las Naciones Unidas, un Código de Delitos contra la Paz y la Humanidad, capaz de encarar la situación general que planteamos.

La creación de la Corte Penal Internacional, por el Estatuto de Roma, con la tipificación de delitos que casi siempre constituyen violaciones de Derechos Humanos es un muy importante paso hacia adelante.

Pero además de luchar para lograr la verdadera y total universalidad de la aplicación de este Tratado, será necesario generalizar y sistematizar todo lo relativo a la responsabilidad penal internacional por violación de los Derechos Humanos.

V

En el actual Derecho de Gentes la protección internacional de los Derechos Humanos, fundada en la responsabilidad del Estado, es subsidiaria de la protección interna.

Si el Estado no respeta los Derechos de la persona humana y no garantiza su libre y pleno ejercicio, y, ante su violación, no ha actuado para que la conculcación cese y se reparen las consecuencias de los actos o hechos ilícitos cometidos, habiéndose agotado los recursos de jurisdicción interna (art. 41, 1, c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 26 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y art. 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)¹⁷, se abre la posibilidad de la protección internacional, sea de carácter universal o regional.

Este elemento de subsidiariedad de la protección internacional respecto de la protección interna es caracterizante de la situación actual del Derecho Internacional.

En el caso de la responsabilidad penal individual de carácter internacional, por los delitos tipificados en el Estatuto de Roma, la jurisdicción internacional será complementaria de la jurisdicción interna.

Estos mismos criterios, subsidiariedad o complementariedad, inteligentemente adoptados, habrán de ser recibidos y regulado, cuando se elaboren el o los instrumentos generales relativos a la responsabilidad penal internacional de carácter individual y personal por la violación de los Derechos Humanos. En efecto esta responsabilidad, por lo menos en su primera o inicial expresión, teniendo en cuenta la evolución progresiva que habrá de sufrir, tendrá que ser subsidiaria o complementaria y posterior del castigo penal por el Derecho Interno de los sujetos activos, de esas violaciones. Sólo si esa acción punitiva estatal no se realiza, y luego de haberse agotado los recursos de la jurisdicción interna para lograr el objetivo de la sanción penal, se habrá de poder recurrir a la jurisdicción penal internacional.

Naturalmente la experiencia que resulta de los más evolucionados y mejores instrumentos internacionales actuales en la materia (como es el caso, por ejemplo, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1.1 y 46), de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de la Corte Europea de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la doctrina más reciente, demuestra que hay que asegurar que la protección penal internacional no resulte una ficción y que sea capaz de actuar, cuando el Estado no ha podido o no ha querido sancionar penalmente a los responsables de las más graves violaciones de los derechos humanos, por incapacidad política, por complicidad, por retardo, por omisión o por la inexistencia de adecuadas normas internas.

VI

El Derecho Internacional conoce ya diversos instrumentos que han calificado o tipificado conductas o acciones que constituyen violaciones de derechos humanos como crímenes o delitos internacionales.

Tal es el caso de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 y en vigor desde 1951) y de la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas (adoptada en 1984 y en vigor desde 1987).

Existen asimismo instrumentos internacionales, en el ámbito de las Naciones Unidas, respecto de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (Convención de 1968, en vigor desde 1970) y a los principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad (Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General del 3 de diciembre de 1973).

¹⁷ Antonio Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, 1983 y los numerosos trabajos posteriores del autor sobre el tema, algunos de los cuales están citados en el trabajo referido en la nota 16 (págs. 160 - 166).

El Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional ha tipificado algunas conductas criminosas o delictivas que constituyen violaciones de los Derechos Humanos, como crímenes y delitos internacionales sometidos - sin perjuicio de las competencias sancionadoras del Derecho Interno - a una jurisdicción penal internacional.

Pero nada más. Es un avance muy importante, pero que debe ser complementado por un sistema general de responsabilidad penal internacional por la violación de Derechos Humanos.

En el sistema regional americano la situación es la siguiente.

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, abierta a la firma en 1985 y en vigor desde 1987, obliga a los Estados partes a prevenir y sancionar la tortura (arts. 1 y 6), califica a la tortura como delito (arts. 2, 3 y 13), que los Estados partes deben tipificar en su Derecho Interno (art. 9), regula todo lo relativo al régimen jurídico relativo a la tortura (arts. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10 y 11), a la jurisdicción punitiva (art. 12) y al funcionamiento de la extradición (arts. 13 y 14). Pero no se crea un órgano encargado de vigilar el cumplimiento de sus obligaciones por parte de los Estados partes y sólo existe un vago y genérico deber de informar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 17).

Esta Convención Interamericana no califica a la tortura como crimen o delito internacional y, naturalmente, no contiene nada relativo a la responsabilidad penal internacional, ante un órgano jurisdiccional internacional, de los torturadores.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, fue abierta a la firma en 1994 y entró en vigor en 1996.

El fenómeno de las desapariciones forzadas constituye «una forma compleja de violación de los derechos humanos». Estas desapariciones han sido calificadas «como un delito contra la humanidad», como «un crimen de lesa humanidad»¹⁸.

Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos usó estas expresiones, en 1986, la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas no había sido aún elaborada y ni siquiera proyectada. Sin duda, las sentencias de la Corte en los tres casos sobre Honduras mucho influyó para que la Convención se proyectara, se elaborara, se adoptara, se abriera a la firma y se ratificara.

La Convención califica la desaparición forzada de personas como «un crimen de lesa humanidad».

Pero la Convención somete la sanción de los autores, cómplices y encubridores de este delito a la jurisdicción del Estado (art. I, b), considerándose delitos en cualquier Estado parte (art. IV), enumerándose las medidas que los Estados partes deberán adoptar para establecer su jurisdicción (art. IV, a, b, c). Asimismo determina que no será considerado delito político y que en consecuencia cabe la extradición (arts. V y VI). La acción penal y la pena en este delito no estarán sujetas a prescripción (art. VII). No se admite la eximente de obediencia debida (art. VII) y los presuntos responsables sólo pueden ser juzgados por la jurisdicción común, con exclusión de los militares (art. IX). No procederá invocar circunstancias excepcionales como el estado de guerra, amenaza de guerra, o cualquier otra emergencia pública (art. X).

Las denuncias por desapariciones forzadas se procesarán ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. XIII y XIV).

Pero al igual que en el caso de la Convención sobre la Tortura, no hay ningún atisbo de una posible jurisdicción penal internacional para juzgar este «crimen de lesa humanidad». Y si en virtud del no ejercicio o ejercicio defectuoso de la jurisdicción interna, él o los criminales quedan impunes, sólo habrá la posibilidad de una petición ante la Comisión Interamericana que, en el mejor de los casos, canalizará el asunto por la vía que conduce a la responsabilidad internacional del Estado y que deja a los delincuentes al margen y libres de toda sanción penal.

Plantear la situación es comprender las terribles y negativas consecuencias del sistema interamericano actual.

VII

El Derecho Penal Internacional ha llegado ya, de una manera parcial y limitada, a calificar como crímenes o delitos generadores de responsabilidad penal internacional a ciertas conductas delictivas vinculadas con la paz, con las acciones bélicas y con actividades que afecten a los deberes ante la Humanidad.

Esta consideración tiene hoy una base convencional en cuanto al castigo de delitos y en cuanto al órgano internacional que ha de juzgarlos. Pero aún teniendo en cuenta que esas conductas se relacionan necesaria-

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velázquez Rodríguez, Sentencia 29 de julio de 1988, párrafos 149 - 158, págs. 60 - 66.

mente con violaciones de Derechos Humanos, es evidente que no toda violación tales Derechos, declarados y protegidos como tales por el Derecho Internacional, podrá dar origen actualmente a una responsabilidad penal internacional, individual y concreta, de quienes realizan o ejecutan esas violaciones

VIII

Es así que no toda violación de los Derechos Humanos está hoy en la base de una responsabilidad penal internacional. Hay que trabajar para lograr el objetivo de que se generalice y complete el sistema internacional penal respecto de las violaciones de los Derechos Humanos.

Pero eso, sin perjuicio de señalar desde ya la vinculación entre un sistema de protección internacional de los Derechos Humanos, basado en la responsabilidad internacional del Estado y otro fundado en la responsabilidad penal individual internacional de quienes realizan materialmente esas violaciones, es necesario tener conciencia de que es posible que coexistan en base a una superposición completa. No puede pensarse, que toda violación a los Derechos Humanos ha de dar origen a un caso de responsabilidad penal individual de carácter internacional. Pero a la inversa, es claro que muchas violaciones muy graves generarán una responsabilidad internacional del Estado y además una responsabilidad penal, también internacional, pero individual, respecto de las personas que como funcionarios, agentes o a cualquier título, de jure o de facto, las cometieron.

Lo que hay que estudiar desde ahora es la forma general de relacionar ambos sistemas, de distinguirlos y de armonizar su coexistencia, teniendo en cuenta el gran progreso y los aportes derivados de la entrada en vigencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Es un tema que planteará análogas, y posiblemente mayores, dificultades e interrogantes que los que en las décadas de los cuarenta y cincuenta generó la organización actual, existente a nivel universal como regional, para proteger los Derechos Humanos.

Este desafío, político, intelectual y jurídico, es necesario enfrentarlo para encarar el requerido progreso. Eso es lo que queremos provocar. Es un asunto difícil, tanto en lo jurídico como en lo político. Obligaré a pensar fórmulas nuevas e innovadoras y a proyectar nuevos textos, tanto en el ámbito universal como en los sistemas regionales.

La complementariedad, adecuadamente organizada por el Derecho Internacional, de la responsabilidad del Estado y de la responsabilidad penal internacional individual, es uno de los desafíos a que nos enfrentamos hoy, si queremos alentar y acelerar la progresividad y la mejor y creciente eficacia de la protección internacional de los Derechos Humanos, en base a ineludibles criterios de justicia.

Este nuevo enfoque ha de llegar. No sólo para complementar el sistema actual, sino para que la inmoral impunidad de los grandes violadores de los derechos humanos que es, en los hechos, una triste realidad, deje de existir.

El enfoque ético y la consideración del necesario efecto preventivo de la sanción penal internacional terminarán por imponerse.

Montevideo, diciembre de 2003.

LA PARTICIPACIÓN EN LA NUEVA LEY DE MEDIDAS PARA LA MODERNIZACIÓN DEL GOBIERNO LOCAL

JAI ME RODRÍGUEZ – ARANA MUÑOZ

Catedrático de Derecho Administrativo
Presidente de la Asociación Española de Ciencias Administrativas.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN II. LA LEY DE MEDIDAS PARA LA MODERNIZACIÓN LOCAL EN EL MARCO DE LA REFORMA ADMINISTRATIVA. III. REFORMISMO Y APERTURA A LA REALIDAD. IV. SOBRE LA PARTICIPACIÓN V. LA OCDE Y LA PARTICIPACIÓN VI. EL ESPACIO LOCAL: EL ESPACIO DE LA PARTICIPACIÓN VII. LA PARTICIPACIÓN EN LA LEY DE MEDIDAS PARA LA MODERNIZACIÓN DEL GOBIERNO LOCAL

I. INTRODUCCIÓN

La reforma del régimen local que estamos comentando constituye, estoy seguro, un paso adelante muy relevante en orden a dotar a la realidad local española del traje jurídico necesario que haga posible que, en efecto, el espacio local sea el espacio territorial llamado, de forma especial, a la mejora real de las condiciones de vida de los ciudadanos.

Es sabido que entre los objetivos de la ley se encuentra, junto a la necesidad de superar el rígido y uniforme modelo organizativo, racionalizando y modernizando los gobiernos y administraciones locales, la aspiración a mejorar e impulsar la participación vecinal. En este punto, objeto de nuestro estudio, es muy importante llamar la atención sobre la importancia de la participación real de los ciudadanos puesto que hoy por hoy, es el centro de todos los procesos y proyectos de reforma administrativa en curso en tantos y tantos países del mundo, y en tantas y tantas Administraciones para, efectivamente, abrir espacios y cauces anchos y andaderos por las que discurra la participación libre de los vecinos.

En todos los intentos por propiciar la participación, nos encontraremos con la necesidad de subrayar que el ciudadano ha superado ya, o debe superar, esa perspectiva pasiva desde la cual únicamente era receptor de bienes y servicios que el todopoderoso Estado de Bienestar le suministraba desde la cuna hasta la tumba. Hoy, a lo que se aspira en los modernos programas de reforma administrativa, es a que los vecinos, auténticos propietarios de las instituciones públicas locales, asuman su papel y se dedican a protagonizar, desde la posición que les es propia, la configuración, definición y ejecución de las más importantes políticas públicas locales. Para ello, claro está, el legislador debe facilitar el camino y abrir los cauces para que el interés general, también en el plano local, se abra a una nueva dimensión en la que los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario brillen con luz propia. Quiere esto decir, entre otras cosas, que siendo el espacio local es el espacio de la gestión por antonomasia es, en su seno, donde la participación libre o la libre participación puede producir los frutos deseados de luz y color en el conjunto de las políticas locales.

En esta tarea, la concreta regulación de la participación en la Ley de medidas para la modernización local, debe ir precedida del estudio de las nuevas políticas públicas y la participación; en concreto, del protagonismo que ocupa, por derecho propio, la participación en la reforma administrativa del tiempo presente.

II. LA LEY DE MEDIDAS PARA LA MODERNIZACIÓN DEL GOBIERNO LOCAL EN EL MARCO DE LA REFORMA ADMINISTRATIVA.

La ley que ahora analizamos se enmarca en las modernas tendencias de la reforma administrativa en lo que son los aspectos que vamos a estudiar a continuación. Hoy, no lo olvidemos, la posición del ciudadano, del vecino en los espacios locales, ha cambiado sustancialmente en la medida en que es el destinatario real de los servicios municipales y, sobre todo, porque en un entorno democrático como el que todos disfrutamos las instituciones públicas - Gobiernos y Administraciones -, son de la gente. Las estructuras y los empleados públicos que en ellas trabajan cobran sentido en la medida en que su actividad es presidida por la consideración de que el interés general está vinculado a la mejora de las condiciones de vida de la gente y a la promoción de todos y cada uno de sus derechos fundamentales.

Para ello, junto a la especial sensibilidad del legislador, que le ha llevado a ampliar el elemento de los derechos de los vecinos (artículo 18) y a facilitar la participación a través de los Distritos (artículo 128), del Consejo Social (artículo 131) o de la Comisión de sugerencias y Reclamaciones (artículo 132), debe subrayarse el acierto de articular un tratamiento jurídico - organizativo especial para el fenómeno urbano, la solución a la ausencia de cobertura legal para la potestad sancionadora, la nueva regulación de las formas de gestión de los servicios públicos locales...Aspectos, todos ellos, propios de la agenda de la reforma administrativa.

La preocupación por los distintos procesos de lo que ha venido a denominarse reforma o modernización administrativa es constante a lo largo de los últimos tiempos, en los que se han sucedido intentos y propuestas para buscar la adecuación estructural y funcional de Administraciones locales orientadas a la prestación de nuevos servicios públicos y a la realización de actividades públicas en consonancia con el dinamismo social.

En términos generales, las transformaciones observadas en los países desarrollados desde una perspectiva de la gestión pública son bastante similares. Todo un conjunto de fenómenos como la preocupación por la eficacia pública, la búsqueda de la calidad en la prestación de los servicios públicos con la consiguiente orientación al ciudadano, supuestos de descentralización territorial y funcional, mayor participación de los ciudadanos así como de las organizaciones no gubernamentales en la gestión de servicios, etc., son intentos de reducir el exceso de leyes y reglamentos y, al tiempo, fórmulas para generar instrumentos que fortalezcan la idea de servicio público, tan necesaria hoy en día.

La práctica totalidad de los procesos de reforma y modernización administrativa se declaran dirigidos a conseguir una Administración pública más eficaz, que cueste menos y que piense más en el ciudadano. De esta manera, se pone de manifiesto un dato de importancia capital: los modelos políticos y administrativos han de construirse a partir del ciudadano y en función de sus necesidades colectivas. Esto es, en mi opinión, el «*punctum dolems*» de cualquier proceso de reforma o modernización administrativa: que se tenga bien claro que el dueño, que el propietario de la Administración pública es el ciudadano, en el caso presente, el vecino. De ahí, pues, el empeño del legislador en potenciar, promover y facilitar la participación. Precisamente para que sea cada vez más consciente de su papel protagonista y de la necesidad de superar una tradicional inercia pasiva para implicarse en la definición, gestión y seguimiento de las políticas públicas locales.

La legitimación de la Administración pública, lo sabemos bien, ha de basarse en los resultados, en la capacidad de la acción pública para satisfacer las nuevas demandas sociales, lo cual implica inevitablemente dar prioridad a la producción y entrega de bienes y servicios a los ciudadanos considerados como destinatarios, siempre desde el contexto del principio de legalidad y sabiendo que la función de la Administración se justifica en la medida en que sirve con objetividad los intereses generales. Perder de vista esta dimensión de servicio a la ciudadanía supone una clara quiebra del sentido y significación de la Administración pública. Por tanto, el rígido y uniforme organizativo que ha encorsetado y anulado muchas de las potencialidades de los entes locales, debe ser reformado, tal y como se hace en la ley que glosamos.

El Estado, de acuerdo con nuestra Constitución, se ha convertido en un Estado Social y Democrático de Derecho, superando anteriores concepciones basadas en una Administración de autoridad, limitadora de los derechos fundamentales y libertades públicas. Aparece también en la Constitución la introducción del principio de eficacia como elemento rector de la actividad administrativa, al que es necesario unir, como derivación del Estado Social, el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de remoción de los obstáculos que impidan al individuo y los grupos en que se integra disfrutar real y efectivamente de la libertad y de la igualdad. La eficacia debe ir siempre acompañada del servicio efectivo a los intereses generales. Si la eficacia se convierte en el criterio único de la acción administrativa, es muy fácil, y ejemplos hay, que se

confundan los fines y los medios. Para que esto no ocurra, es menester abrir la eficacia a la realidad y, por ende, a la participación vecinal.

Insisto, los modelos políticos y administrativos deben construirse a partir del ciudadano y en función de sus necesidades colectivas, porque, como dispone nuestra Constitución, «la Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con el principio de eficacia y descentralización, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho»(Artículo 113.1 CE). Además, la programación y ejecución del gasto público ha de responder a los principios de eficiencia y economía (Artículo 31.2 CE). Preceptos, los citados, que se aplican a todas las Administraciones, también por supuesto a la local, y que tienen una fuerte carga reformista y modernizadora.

Todo ello permite pensar en la necesidad de potenciar un clima de transformación permanente en los Gobiernos y Administraciones locales, en sentido de establecer las condiciones necesarias para su adaptación a unas circunstancias cambiantes de manera sistemática y cotidiana, aprovechando las opiniones de los ciudadanos sobre lo que, a su juicio, sería deseable.

La configuración del Estado social y democrático de derecho supone una nueva funcionalidad de los Gobiernos y Administraciones locales. En efecto, los Gobiernos locales, al gestionar los intereses colectivos, no tienen que imponerse frente a los ciudadanos. Más bien deben propiciar fórmulas o medidas que impliquen la colaboración de la sociedad y, por tanto, de los vecinos en la elaboración de los criterios rectores que impulsen los intereses públicos locales. En otras palabras, el Gobierno y la Administración local ya no son dueños del interés público sino que están llamados, por su inserción en el Estado Social y Democrático de Derecho, a articular una adecuada intercomunicación con los agentes sociales locales para redefinir las políticas públicas. Quiere eso decir que los ciudadanos – los vecinos - no deben ser sólo sujetos pasivos de las potestades públicas, sino que deben aspirar a ser legítimos colaboradores y protagonistas de la propia Administración local para la gestión de los propios intereses que les afecten. Desde esta perspectiva puede entenderse mejor la función promocional de los Gobiernos y Administraciones locales del tiempo presente.

Conforme han ido avanzando los años noventa y entrábamos en el nuevo siglo, se ha ido perfilando con mayor claridad y se ha ido haciendo cada vez más explícita una idea que ha estado siempre presente de un modo u otro en el pensamiento democrático: el centro de la acción pública local reside en la dignidad de la persona, de cada vecina o de cada vecino.

La persona se constituye en el centro de la acción pública local. No la persona genérica o una universal naturaleza humana, sino la persona, cada individuo, cada vecino, revestido de sus peculiaridades irreductibles, de sus coordenadas vitales, existenciales, que lo convierten en algo irrepetible e intransferible, en persona.

Cada persona, cada vecino, es sujeto de una dignidad inalienable que se traduce en derechos también inalienables, los derechos humanos, que han ocupado, cada vez con mayor intensidad y extensión, la acción pública local.

En este contexto es donde se alumbran las nuevas políticas públicas locales que pretenden significar que es en la persona singular en donde se pone el foco de la atención pública, que son cada mujer y cada hombre, cada vecina y cada vecino.

Este cambio en el sentido de la vida pública y de sus instituciones, entre ellas las locales, se ha producido a la par que una reflexión sobre el sentido y las bases de la democracia misma. Esta reflexión ha venido obligada no sólo por los profundos cambios a los que venimos asistiendo en nuestro tiempo. Cambios de orden geoestratégico que han modificado parece que definitivamente el marco ideológico en que se venía desenvolviendo el orden político vigente para poblaciones muy numerosas. Cambios tecnológicos que han producido una variación sin precedentes en las posibilidades y vías de comunicación humana, y que han abierto expectativas increíbles hace muy poco tiempo. Cambios en la percepción de la realidad, en la conciencia de amplísimas capas de la población que permiten a algunos augurar, sin riesgo excesivo, que nos encontramos en las puertas de un cambio de civilización.

Es una reflexión obligada también por la insatisfacción que se aprecia en los países desarrollados de occidente ante los modos de vida, las expectativas existenciales, las vivencias personales de libertad y participación.

Y es una reflexión que nos conduce derechamente a replantearnos el sentido de la vida y del sistema democrático no para superarlo, sino para recuperarlo en su ser más genuino y despojarlo de las adherencias negativas con que determinados aspectos de las ideologías modernas lo han contaminado, contaminaciones que han estado en el origen de las lamentables experiencias totalitarias de este siglo, particularmente en Europa.

Recuperar el pulso democrático y fortalecerlo, significa entre otras cosas, recuperar para el Gobierno local los principios de su funcionalidad básica que se expresa adecuadamente -aunque no sólo- en aquellos

derechos primarios sobre los que se asienta nuestra posibilidad de ser como hombres. Entre ellos el derecho a la vida, a la seguridad de nuestra existencia, el derecho a la salud.

Las claves, pues, reside en potenciar la dignidad del hombre, de la persona, de cada vecino. Me gusta esta expresión "cada vecino", para subrayar la condición de realidad concreta del sujeto a que me estoy refiriendo. Ese individuo -cada varón, cada mujer, en cualquier etapa de su desarrollo- es el portador de la dignidad entera de la humanidad. Escribo -aún a riesgo de ser malinterpretado- que en el hombre concreto, en su dignidad, en su ser personal, encontramos la condición de absoluto, o de referente de cuanto hay, acontece y se produce en el universo. El pensamiento dinámico, nos lleva a comprender que la realidad -y más que ninguna la social, la humana; y especialmente la local - es dinámica, cambiante, abierta, y no sólo evolutiva, preñada de libertad. Por eso debemos superar la tendencia a definir estáticamente, o con un equilibrio puramente mecánico, lo real, que no resistiría tal encorsetamiento sin sufrir una grave tergiversación. Sobre la afirmación de su ser radical el hombre ha de desarrollar las virtualidades que allí se encierran, tanto en lo que se refiere a su autodesarrollo personal como en lo relativo a la realización de su ser social. Pensar el hombre, la sociedad o la historia, a plazo fijo, con un punto final, como un proceso cuyo cierre vislumbramos, viene a ser negar el ser mismo del hombre. Quizás pueda afirmarse que ese ha sido el más grave error de la modernidad, o el de más graves y trágicas consecuencias. Por otra parte, el pensamiento complementario nos enseña que es posible superar las disyuntivas absolutas y permanentes a que nos condujo el racionalismo radical y nos anima a apreciar que en la realidad se puede dar unido - y de hecho se da - lo que me una mentalidad racional "matemática" - llamémosla así - nos exigía ver como opuestos. Por ejemplo, que lo público no es contradictorio con lo privado, sino compatible y complementario.

La acción pública local debe estar centrada en la persona, ya que es el desarrollo personal del ser humano el objetivo último de toda acción pública. Ese desarrollo no podrá producirse de un modo forzado, obligado, ni siquiera -apurando la expresión- podemos propiciarlo, porque propiamente sólo en la libertad se produce el crecimiento y la realización personal del propio proyecto, indisociable de nuestra condición de seres con intimidad, con libertad de conciencia. Pero debemos insistir en que la condición personal mira tanto a la dimensión individual como a la dimensión social del ser humano, en una hibridación portentosa que hace del hombre un sujeto de derechos.

La aproximación al ciudadano que plantea la reforma actual se realiza adecuadamente como en su ámbito natural en la vida municipal. Se ha repetido hasta la saciedad que la Administración local es la Administración más próxima al ciudadano, y se ha repetido igualmente que la Administración debe acercarse al ciudadano, serle accesible. Como administrativista, no puedo hacer otra cosa que insistir en esas dos ideas, que sitúan la política municipal en su dimensión propia. Podríamos decir que la vida política se realiza primariamente, principalmente, en la política local. Es verdad que la espectacularidad corresponde a otros ámbitos, es verdad que las decisiones más graves pueden ser tomadas en otras instancias. Pero también es cierto que la frialdad jurídica y política del imperio de la ley toma acentos humanos en su aplicación. Alguien dijo "que dicten otros las leyes y que me dejen a mí los reglamentos", queriendo significar que lo verdaderamente resolutivo, lo que alcanza la vida real está en la ordenación más próxima a la vida práctica. Podríamos traducir semejante valoración al campo de nuestro discurso afirmando que en la política municipal se produce - o no - la humanización de la vida política.

Sin embargo debo destacar que tal proximidad no puede significar ahogamiento, encorsetamiento. La cercanía del Gobierno y de la Administración local al administrado no puede traducirse en un control rígido de su actividad y de su vida. Tal cercanía debe traducirse única y exclusivamente en la posibilidad de un servicio más real y efectivo. Si cercanía se tradujese en control opresivo, estaríamos socavando la condición básica y fundamental de toda vida política que pueda llamarse así, la libertad. Y la vida municipal debe entenderse antes que ninguna otra cosa como un ámbito de libertad. El utopismo, lo que podríamos llamar ingeniería social, un racionalismo desbordado tienen en la vida municipal el ámbito más tentador para la aplicación de sus recetas salvadoras y organizadoras. Tal tentación se ve agravada por la carga de "irresponsabilidad" de que se pueden ver aquejados ciertos políticos, derivada de la falta de una auténtica autonomía municipal.

Pero la pretensión de organizar la vida municipal desde arriba, contradice enteramente los supuestos sobre los que pretendemos asentar una vida política auténtica. Justamente es la libertad y la participación, un mayor grado de libertad y de participación lo que podemos considerar finalidad última de la acción pública local, y consecuentemente la tarea política, con todo lo que tenga de proyecto y de aportación de soluciones debe entenderse ante todo como un apoyo a las iniciativas sociales.

III. REFORMISMO Y APERTURA A LA REALIDAD.

El debate sobre la oportunidad de abordar una nueva Ley de régimen local que sustituyera a la vieja ley de 1985 es el típico de debate que suele plantearse cuando se trata de tomar decisiones en relación con la oportunidad o no de transformar radicalmente la realidad o de reformarla en lo que sea necesario. Está claro que desde los noventa del siglo pasado, existe un importante movimiento municipalizador que, por las razones que sean, se ha concretado especialmente en los últimos años con diferentes reformas de la Ley de bases, de la Ley electoral o de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional entre otras. Son manifestaciones de lo que se ha venido en llamar Pacto Local que, en mi opinión, trata de reflejar que la cuestión local está por encima de las banderías partidistas y requiere de entendimiento y acuerdo, como es lógico.

Probablemente, como ocurrió con la reforma de la Ley 30/1992 de régimen jurídico de la Administración pública y del procedimiento administrativo común, se planteó la reforma, la transformación radical o, incluso, su sustitución por normas antiguas. La solución adoptada me parece adecuada: trabajar sobre lo que no funciona, admitiendo que puede haber aspectos de la Ley de 1985 que sí pueden resultar todavía los operativos. Como se lee en la exposición de motivos de la ley que comentamos, "a los dieciocho años de vigencia, se han puesto de manifiesto determinadas carencias y disfuncionalidades en determinados aspectos de la Ley de bases, lo cual unido a la deseable consolidación de nuestras Entidades locales, aconseja acometer una serie de modificaciones de ámbitos concretos". El reformismo es, pues, una manera determinada de plantear la mejora permanente de las condiciones de vida, en este caso de los vecinos, en que debe consistir esencialmente la acción de los Gobiernos y las Administraciones locales.

Podría interpretarse, ahora que las aventuras revolucionarias han perdido todo su prestigio en nuestro entorno, al menos en lo que se refiere a sus dimensiones no románticas, que todas las posturas políticas han adaptado su discurso y su proyecto político a los ritmos y las características de las políticas reformistas. Esto es un derivado necesario de la realidad social, económica y cultural de nuestras sociedades. Sin embargo cabría, bajo estas apariencias, la proyección de políticas que pretendieran un cambio desde la raíz pero realizado a plazos. El reformismo auténtico, según mi parecer, parte de una aceptación sustancial de la realidad presente. En nuestra sociedad atesoramos hoy valores muy profundos que deben ser enriquecidos con nuestra aportación. El legado de nuestros mayores, es el mejor que supieron y pudieron dejarnos. Bien como producto de su saber o de su ignorancia, bien de su iniciativa o de su pasividad, de su rebeldía o de su conformismo. Pero ellos, al igual que nosotros, se vieron movidos indudablemente por la intención de dejar a sus hijos la mejor herencia posible.

Pero esta aceptación no es pasiva ni resignada. Lejos de actitudes nostálgicas o inmovilistas, percibimos las estructuras humanas como un cuadro de luces y sombras. De ahí que la acción política se dirija a la consecución de mejoras reales, siempre reconociendo la limitación de su alcance. Una política que pretenda la mejora global y definitiva de las estructuras y las realidades humanas sólo puede ser producto de proyectos visionarios, despegados de la realidad de la gente. Las políticas reformistas son ambiciosas, porque son políticas de mejora, pero se hacen contando con las iniciativas de la gente –que es plural- y con el dinamismo social.

El reformismo tiene una virtualidad semejante a la de la virtud aristotélica, en cuanto se opone igualmente a las actitudes revolucionarias y a las inmovilistas. No se trata de una mezcla extraña o arbitraria de ambas actitudes, es, en cierto modo, una posición intermedia, pero sólo en cierto modo, porque no se alinea con ellas, no es un punto a medio en el trayecto entre una y otra.

La política inmovilista se caracteriza, como es obvio, por el proyecto de conservación de las estructuras sociales, económicas y culturales. Pero las políticas inmovilistas admiten, o incluso reclaman cambios. Ahora bien, los cambios que se hacen, se hacen -de acuerdo con aquella conocida expresión- para que todo siga igual. El reformismo, en cambio, aún aceptando la riqueza de lo recibido, no entraña una plena conformidad, de ahí que desee mejorarlo efectivamente, no haciendo cambios para ganar una mayor estabilidad, sino haciendo cambios que representen o conduzcan a una mejora auténtica –por consiguiente, a una reforma real- de las estructuras sociales, o dicho en otros términos, a una mayor libertad, solidaridad y participación de los ciudadanos.

La política revolucionaria, pretende subvertir el orden establecido. Es decir, darle la vuelta, porque nada hay de aprovechable en la situación presente, hasta el punto que se interpreta que toda reforma es cambio aparente, es continuismo. Por eso puede considerarse que las políticas revolucionarias, aun las de apariencia reformista, parten de un supuesto radicalmente falso, el de la inutilidad plena o la perversión completa de lo recibido. Afirmar las injusticias, aun las graves y universales que afectan a los sistemas sociales imperantes,

no puede conducir a negar cualquier atisbo de justicia en ellos, y menos todavía cualquier posibilidad de justicia. Aquí radica una de las graves equivocaciones del análisis marxista, que si bien presenta la brillantez y coherencia global heredada de los sistemas racionalistas, conduce igualmente, en virtud de su lógica interna a la necesidad de una revolución absoluta –nunca mejor definida que en los términos marxistas– y por tanto a la destrucción radical, en todas sus facetas, de cualquier sistema vigente.

Hoy parece cada vez más evidente la afirmación que el camino del progreso es la vía de las reformas. Está abocada al fracaso la titánica –e imposible– empresa de construir la realidad humana desde cero, arrasando todo lo recibido, como los utopismos políticos de toda clase han pretendido. Las políticas de reformas suponen el reconocimiento de la complejidad de lo real, y en igual medida la constatación de la limitación humana en el diseño y en la proyección de la propia existencia.

En realidad, durante estos años, todos los Gobiernos se han planteado cómo mejorar la eficacia administrativa, como introducir reformas que modernicen la Administración local.

La sociedad está inmersa en un profundo y continuo cambio en prácticamente todos los campos: social, económico, político y tecnológico, lo que va a originar un constante esfuerzo de adaptación a la realidad por parte de las Administraciones públicas: la aparición de fenómenos como el de la inmigración, el continuo desarrollo de nuevas técnicas audiovisuales o remodelaciones estatales como la creación de las Autonomías en España obligan a respuestas en un plazo breve de tiempo y a profundas reestructuraciones en la Administración forzándolas a un continuo proceso de mejora y adaptación.

En el marco de la reforma administrativa actual, se tiene claro que los ciudadanos, la gente, los vecinos, son los auténticos dueños de la Administración pública, y se es consciente de que también la Constitución es el marco para la acción pública. Por eso, a partir de las elecciones de 1996 se comenzó un proceso de reformas presidido por la idea de construir una Administración que piense más en la gente y que sea más sensible a los derechos humanos de los ciudadanos en un contexto de mayor calidad en el ejercicio de los servicios públicos.

La constitución española de 1978, como ya he señalado, define la Administración como una organización que sirve con objetividad intereses generales (Artículo 103.1 CE), la Carta Magna nos recuerda que las reformas administrativas, así se está haciendo, deben levantarse en función de las personas y no en función de los intereses burocráticos. ¿Por qué?. Porque, como también señala la Constitución, corresponde a los poderes públicos –artículo 9.2 CE– promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impiden o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

La ingente tarea que supone este aspecto de la vida pública requiere profundizar en las ideas que lo sostiene: asegurar las libertades reales de la gente. En este aspecto el Gobierno y la Administración local aparecen como uno de los elementos clave para asegurar que las aspiraciones de los españoles puedan hacerse realidad, por lo tanto: ni nunca podrá ser un aparato que se cierra a la creatividad, o la impida con cualquier tipo de trabas, ni tampoco podrá dejar, especialmente a los más débiles, al arbitrio de intereses egoístas.

El modelo de las nuevas políticas en relación con la Administración pública, apuesta por la libertad, que es apostar por la sociedad, por confiar en el hombre, por confiar en la capacidad, en las energías, en la creatividad de las personas que ha tenido amplia cabida en la historia y no solamente no tiene por qué dejar de tenerla: es el momento histórico de potenciarla.

El pensamiento compatible, permite que al tiempo que se hace una política de impulso de la sociedad civil, que no haya compuertas que limiten una acción de la Administración que asegure la libertad de disfrutar, por ejemplo, de una justa y digna jubilación de nuestros mayores, que limiten la libertad de disponer de un sistema de salud para todos, que recorten la libertad de que todos tengan acceso a la educación en todos sus niveles, o acceso a un puesto de trabajo, o sencillamente a disfrutar de la paz.

Por eso, para mi, el Gobierno y la Administración local deben ser un entorno de entendimiento, y un marco de humanización de la realidad que fomente el objetivo constitucional central: “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás” (Artículo 10.1 CE).

Por tanto, el aparato administrativo local debe promover las condiciones para que todos los vecinos, sin excepción, podamos ejercer con mayor calidad nuestras libertades, teniendo también presente que la Administración también debe estar próxima, cercana a la gente en un ambiente de real descentralización (Artículo 103.1 CE) y teniendo presente que la programación y ejecución del gasto público debe responder a los criterios de eficiencia y eficacia (Artículo 31.2 CE).

Pues bien, las reformas administrativas puestas en marcha se encaminan en esta dirección. Es el caso de la redefinición de la Administración periférica del Estado como consecuencia de la LOFAGE, -Ley de Organización, Funcionamiento de la Administración General del Estado- con un contrastado ahorro en el gasto público. Es el supuesto del Pacto Local que apuesta definitivamente por el reforzamiento de los entes locales y por la autonomía local en un contexto de equilibrio de los diferentes poderes territoriales. Es el caso de la consolidación y estabilidad del Estado autonómico desde el acuerdo y la búsqueda del pacto. Es el caso de la reforma del procedimiento administrativo que por fin instaura un verdadero sistema de silencio administrativo positivo y un acortamiento real de los plazos que tiene la Administración para resolver los expedientes administrativos. Es el caso de la recepción del principio de lealtad institucional, de confianza legítima, y de transparencia como elementos vertebradores de la reforma administrativa. Y es el caso de la ley que ahora comentamos.

Por ello, una Administración Pública como la local que se ajuste adecuadamente a las demandas democráticas ha de responder a una rica gama de criterios que podríamos calificar de internos, por cuanto miran a su propia articulación interior, a los procesos de tramitación, a su transparencia, a la claridad y simplificación de sus estructuras, a la objetividad de su actuación, etc. Pero por encima de todos los de esta índole o, más bien, dotándolos de sentido, debe prevalecer la finalidad de servicio al ciudadano a que vengo haciendo alusión.

No puedo dejar de subrayar insistentemente la centralidad del individuo en mi entendimiento de lo que deben ser los intereses generales. El individuo real, la persona, el vecino, con el cúmulo de circunstancias que lo acompañan, en su entorno social, es el auténtico sujeto de los derechos y libertades que en la Constitución proclamamos. A ese hombre, a esa mujer, con su determinada edad, su grado de cultura y de formación, mayor o menor, con su procedencia concreta y sus intereses particulares, propios, legítimos, es a quien los gobiernos y las Administraciones locales sirven. Al servicio de esa persona concreta el aparato administrativo debe promover las condiciones para que ejerza con la mayor calidad y hondura sus libertades.

IV. SOBRE LA PARTICIPACIÓN

El principio de participación es un criterio constitucional (Artículos 9 y 23) central del Estado democrático. Aunque se discute sobre si es una verdadera directriz de alcance general, pienso que sí es un vector general que debe inspirar la acción pública, siendo, en cada momento el legislador quién deberá modular su alcance y operatividad. La participación la entiendo no sólo como un objetivo que debe conseguirse: mayores posibilidades de participación de los ciudadanos en la cosa pública, mayores cotas de participación de hecho, libremente asumida, en los asuntos públicos. La participación significa también, un método político. En el futuro inmediato, según la apreciación de muchos y salvando el esquematismo, se dirimirá la vida política entre la convocatoria de la ciudadanía a una participación cada vez más activa y responsable en las cosas de todos y un individualismo escapista avalado por políticas demagógicas que pretenderán un blando conformismo social. Pero entender la participación como método significa que es necesario llamar a la ciudadanía a la participación, y de hecho posibilitándola, haciendo real el método del entendimiento, entendiéndose con la gente, con los vecinos.

Pienso que el método del entendimiento trae consigo el ocaso de una ficción y la denuncia de una abdicación. Supone que la confrontación no es lo sustantivo del procedimiento democrático, ese lugar le corresponde al diálogo. La confrontación es un momento del diálogo, como el consenso, la transacción, el acuerdo, la negociación, el pacto o la refutación. Todos son pasajes, circunstancias, de un fluido que tiene como meta de su discurso el bien social, que es el bien de la gente, de las personas, de los individuos de carne y hueso.

A la habilidad, a la perspicacia, a la sabiduría, y a la prudencia política les corresponde la regulación de los ritmos e intensidades de ese proceso, pero queda como coordinada la necesidad de entendimiento -decir, explicar, aclarar, razonar, convencer...-, el carácter irrenunciable de este método, si es que queremos hacer una política de sustancia democrática.

Hablar de la participación como método es hablar de la apertura del ente local que la quiere practicar, hacia la sociedad. Una organización pública cerrada, vuelta sobre sí misma, no puede pretender captar, representar o servir los intereses propios de la gente, de los vecinos. La primera condición de esa apertura es una actitud, una disposición, alejada de la suficiencia y de la prepotencia, propias tanto de las formulaciones ideológicas como de las tecnocráticas. Pero las actitudes y las disposiciones necesitan instrumentarse, traducirse en procesos y en instrumentos que las hagan reales. Y la primera instrumentación que exige una disposición abierta es la comunicativa, la comunicación.

Para ello es necesaria una voluntad de recibir, de tener la sensibilidad suficiente para captar las preocupaciones e intereses de la sociedad en sus diversos sectores y grupos, en los individuos y colectividades que la integran. Pero no se trata simplemente de apreciaciones globales, de percepciones intuitivas, ni siquiera simplemente de estudios o conclusiones sociométricas. Todos esos elementos y otros posibles son recomendables y hasta precisos, pero la conexión real con los ciudadanos, con los vecinos, con la gente, exige diálogo real. Y diálogo real significa interlocutores reales, concretos, que son los que encarnan las preocupaciones y las ilusiones concretas, las reales, las que pretendemos servir.

En la libre participación encontramos un elemento central de la vida individual y social de los hombres y de las mujeres, un elemento que contribuye de forma inequívoca a definir el espacio público de que tratamos, que lo que hace es poner en el foco de su atención a las mismas personas.

La participación, en efecto, supone el reconocimiento de la dimensión social del individuo, la constatación de que sus intereses, sus aspiraciones, sus preocupaciones trascienden el ámbito individual o familiar y se extienden a toda la sociedad en su conjunto. Sólo un ser absolutamente deshumanizado sería capaz de buscar con absoluta exclusividad el interés individual. La universalidad de sentimientos tan básicos como la compasión, la rebelión ante la injusticia, o el carácter comunicativo de la alegría, por ejemplo, demuestran esta disposición del ser humano, derivada de su propia condición y constitución social.

Afirmar por tanto la participación como objetivo político de los Entes locales tiene la implicación de afirmar que el hombre, cada individuo, debe ser dueño de sí mismo, y no ver reducido el campo de su soberanía personal al ámbito de su intimidad. Una vida humana más rica, de mayor plenitud, exige de modo irrenunciable una participación real en todas las dimensiones de la vida social, también en la política.

Sin embargo, hay que resaltar que la vida humana, la de cada hombre, no se diluye en el todo social. Si resulta monstruoso un individuo movido por la absoluta exclusividad de sus intereses particulares, lo que resulta inimaginable e inconcebible es un individuo capaz de vivir exclusivamente en la esfera de lo colectivo, sin referencia alguna a su identidad personal, es decir, alienado, ajeno enteramente a su realidad individual.

Por este motivo la participación como un absoluto, tal como se pretende desde algunas concepciones organicistas de la sociedad, no es posible. De ahí que me resulte preferible hablar de libre participación. Porque la referencia a la libertad, además de centrarnos de nuevo en la condición personal del individuo, nos remite a una condición irrenunciable de su participación, su carácter libre, pues sin libertad no hay participación. La participación no es un suceso, ni un proceso mecánico, ni una fórmula para la organización de la vida social. La participación, aunque sea también todo eso, es más: significa la integración del individuo en la vida social, la dimensión activa de su presencia en la sociedad, la posibilidad de desarrollo de las dimensiones sociales del individuo, el protagonismo singularizado de todos los hombres y mujeres.

Aunque los factores socioeconómicos, por ejemplo, sean importantísimos para la cohesión social, ésta no se consigue solo con ellos, como puedan pensar los tecnócratas y algunos socialistas. Aunque los procedimientos electorales y consultivos sean llave para la vida democrática, ésta no tiene plenitud por el solo hecho de aplicarlos, como pueden pensar algunos liberales. La clave de la cohesión social, la clave de la vida democrática está en la participación de todos los ciudadanos en los asuntos públicos.

En este sentido la participación no puede regularse sólo con decretos ni únicamente con reglamentos. Sólo hay real participación -insisto- si hay participación libre. De la misma manera que la solidaridad no puede ser obligada. Esta relación de semejanza entre participación y solidaridad no es casual, por cuanto un modo efectivo de solidaridad, tal vez uno de los más efectivos, aunque no sea el más espectacular, sea la participación, entendida como la preocupación eficaz por los asuntos públicos, en cuanto son de todos y van más allá de nuestros exclusivos intereses individuales.

Ahora bien, al calificar la participación como libre, quiero referirme no sólo a que es optativa sino también a que, en los infinitos aspectos y modos que la participación es posible, es cada vecino quien libremente regula la intensidad, la duración, el campo y la extensión de su participación. En este sentido, la participación -al igual que la solidaridad- es resultado de una opción, de un compromiso, que tiene una clara dimensión ética, ya que supone la asunción del supuesto de que el bien de todos los demás es parte sustantiva del bien propio. Pero aquí nos encontramos en el terreno de los principios, en el que nadie puede ser impelido ni obligado.

De este modo, y aunque sea provisionalmente, cerramos el círculo, en cuanto que se vuelve la atención a la persona concreta, enfrentada a su quehacer público en toda su dimensión social. En esto parece consistir la concepción que se preconiza desde los nuevos espacios: son los hombres y mujeres singulares y concretos quienes reclaman nuestra atención, y para ellos es para quien reclamamos el protagonismo. Y por esto mismo la libre participación en la vida de la sociedad, en sus diversas dimensiones -económica, social, cultural,

política- puede erigirse como el objetivo político último, de los Entes locales, ya que una participación plenamente realizada significa la plenitud de la democracia.

La doble consideración de la participación, como objetivo y como método, podemos, pues, considerarla otro rasgo que define los nuevos espacios a que se abren en el terreno político de las democracias europeas. Constituye también otro paso -o es una consecuencia- en el proceso de desideologización de la vida política que parece vivirse en este momento. Además, me parece que es el inicio de una respuesta a la sentida necesidad de profundizar y reavivar la vida democrática. No obstante una cuestión sigue en pie, la de la articulación concreta, objetiva, real, de esa participación, tanto en el método como en el objetivo.

Suponer que la participación es un objetivo que sólo se puede alcanzar al final de un proceso de transformación política, sería caer en uno de los errores fundamentales del dogmatismo político implícito en las ideologías. El socialismo con la colectivización de los medios de producción; el fascismo con la nacionalización de la vida social, económica, cultural y política; el liberalismo doctrinario -aunque aquí serían necesarias ciertas matizaciones- con la libertad absoluta de mercado, pretenden alcanzar una libertad auténtica que despeje los sucedáneos presentes de la libertad, que no son sino espejismos, engañosas o cadenas que nos sujetan.

La libertad y la participación que se presentan como objetivos no son de naturaleza diferente a la libertad y participación de cada ciudadano. Si la libertad y la participación de que gozamos hoy en las sociedades democráticas occidentales no fueran reales y auténticas, poco importaría prescindir de ellas -como desde ciertas posiciones ideológicas se puede afirmar-, pero no es así. La raíz de la libertad está en los hombres y mujeres concretos, singulares, no en la vida y en el ser nacional, ni en la liberación de una clase social a la que se reduce toda la sociedad.

Por eso precisamente, porque no es necesario liberar una clase ni una nación para que haya en algún grado libertad auténtica, es por lo que se puede afirmar la autenticidad de la libertad -mejorable, pero auténtica- que en distinta forma y medida todos hemos alcanzado. Proponer la participación como objetivo de los Entes locales no significa otra cosa, pues, que desde el estadio presente de libertad y de participación caminar hacia cotas y formas de mayor alcance y profundidad que las actuales, pero contando con lo que tenemos y sin ponerlo frívolamente en juego.

Pretender recorrer este camino sin contar con las personas para quienes se reivindica el protagonismo participativo sería contradictorio, se incurriría en una incoherencia inaceptable. Y el rigor y la coherencia son valores de primer orden, cuya pérdida traería consigo la pérdida también de los valores de equilibrio y moderación que nos sitúan en el centro. Se trata, pues, de poner en juego todas las potenciales formas de participación que en este momento enriquecen los tejidos de nuestra sociedad, como condición metodológica para alcanzar no sólo grados de participación más altos, sino también nuevos modos de participación.

Los Entes locales deben, así, la permeabilidad de los que se desarrollan como organizaciones abiertas y sensibles a los intereses reales de la sociedad, que son los intereses legítimos de sus integrantes, tomados bien individualmente bien en sus múltiples y variadas dimensiones asociativas, bien en las diversas agrupaciones producto del dinamismo social.

Un Ente local quiere decir una Corporación local capaz de ponerse en sintonía con los grupos, sectores, segmentos sociales, y capaz, por tanto, de ejercer con eficacia y reconocimiento su representación.

Hablar de participación es hablar también de cooperación. La participación es siempre "participación con". De ahí que el protagonismo de cada individuo es en realidad coprotagonismo, que se traduce necesariamente en la conjugación de dos conceptos claves para la articulación de una política centrada en la persona: autonomía e integración, las dos patas sobre las que se aplica el principio de subsidiariedad. En ningún ámbito de la vida política debe ser absorbido por instancias superiores lo que las inferiores puedan realizar con eficacia y justicia.

Estos dos conceptos, por otra parte, están en correspondencia con la doble dimensión de la persona, la individual y la social, la de su intimidad y la de su exterioridad. Insistimos en que se trata de la doble dimensión de un mismo individuo, no de dos realidades diferenciadas y distantes, que puedan tener una atención diversa. Más bien, la una nunca actúa ni se entiende adecuadamente sin la otra.

Si la libertad -en el plano moral- es en última instancia una consecución, un logro personal; si la participación, el protagonismo en la vida pública -sea por el procedimiento y en el ámbito que sea- sólo puede ser consecuencia de una opción personalmente realizada; la solidaridad es constitutivamente una acción libre, sólo puede comprenderse como un acto de libre participación.

La diversificación de intereses, impulsados por un clima de participación y compromiso cada vez mayores con los asuntos públicos, sobre todo -aunque no exclusivamente-, por parte de los jóvenes, ha culminado en el establecimiento de un denso tejido asociativo, con intereses, sensibilidades e incluso planteamientos

políticos diversos. En ese tejido deben buscarse -sin exclusiones preestablecidas- a los interlocutores: asociaciones y colegios profesionales, asociaciones de padres de alumnos, asociaciones de amas de casa, de mujeres, grupos juveniles; entidades deportivas y culturales, organizaciones no gubernamentales, grupos, entidades y asociaciones de la tercera edad, asociaciones parroquiales, grupos y asociaciones ecologistas, sectores industriales y empresariales, consumidores, asociaciones y movimientos vecinales, entidades educativas, órganos de la administración particularmente dirigidos a la atención al público; comisiones de fiestas, medios de comunicación, sociedades gastronómicas, instituciones de recreo y tiempo libre, sociedades de caza y pesca; etc., etc., etc. La capacidad para establecer un diálogo con el más amplio número de representantes sociales será un indicativo de su apertura real a la sociedad.

En ese diálogo no debe olvidarse el objetivo principal que se persigue. No se trata de convencer, ni de transmitir, ni de comunicar algo, sino ante todo y sobre todo, en primer lugar, de escuchar. Y debe recordarse que en diálogo escuchar no comporta una disposición pasiva, sino al contrario, es una disposición activa, indagatoria, que busca el alcance de las palabras del interlocutor, comprender su manera de percibir la realidad, la conformación de sus preocupaciones y la proyección de sus ilusiones y objetivos. Por eso el punto de partida es la correcta disposición de apertura. Sin ella el diálogo será aparente, sólo oiremos lo que queremos oír e interpretaremos de modo sesgado lo que se nos dice. La pretensión de centrarse en los intereses de la gente será ilusoria.

Ese diálogo debe caracterizarse además por su flexibilidad. Es decir, no se trata de un intercambio rígido y formalista; no es una encuesta, está abierto, y han de ponerse en juego los factores personales y ambientales necesarios para hacerlo más confiado y fructífero. En ese mismo sentido ha de tenerse en cuenta el talante personal del interlocutor y contar también con el propio, para que la condición de los interlocutores no sea un elemento de distorsión en la comunicación. El diálogo debe conducirse sin limitación en los temas. También interesa conocer, cuando sea el caso el descontento que producimos, a quien y por qué. Y en medio de la multitud de propuestas de solución que se darán, habrá que resaltar que interesa considerarlas todas, pero de modo muy especial las que tengan como rasgo el equilibrio propio del centro, es decir, las que toman en consideración a todos los sectores afectados por el problema que se trate o la meta que se persiga, y no sólo al propio.

El diagnóstico que se pretende constituye un ejercicio público real, por su objetivo -comprender las aspiraciones de nuestra sociedad en su complejidad estructural-, por el procedimiento -comunicación-, por los juicios de valor que lleva aparejados -en cuanto a urgencia, importancia y precedencia de las cuestiones que se planteen-. Por otra parte, sustanciar un diálogo en estas condiciones comporta una mejora ética del político, porque sólo con un ejercicio de sinceridad y autenticidad podrá ponerse en el lugar de la gente a la que sirve.

No hay mejor modo de transmitir a la gente la importancia y la necesidad de su participación en los asuntos públicos, y el enriquecimiento político personal y social que comporta su ejercicio, que practicarla efectivamente.

V. LA OCDE Y LA PARTICIPACIÓN

Está claro que hoy la gente expresa sus necesidades colectivas e inquietudes públicas en el marco de unas sociedades cada vez más diversas, más plurales, más complejas y más fragmentadas. Y, por otra parte, no se debe olvidar que hoy, en términos generales, los ciudadanos disponen de más conocimientos que antes, lo cual plantea nuevas oportunidades y nuevas expectativas. Hoy, el ritmo de los cambios es permanente por lo que los Gobiernos y las Administraciones no pueden dormirse a partir de un cuadro fijo de soluciones. Hoy, es necesario que los Gobiernos y las Administraciones dispongan del hábito de la escucha continua de las siempre nuevas inquietudes sociales. Pero no solo es suficiente la tarea de la escucha o la consulta. Lo decisivo es adelantarse en la determinación y selección de políticas y, así, proponerlas en el momento adecuado. De ahí, pues, la necesidad de facilitar y promover cauces amplios para la participación.

Pues bien, exposición de la ley de modernización del Gobierno local señala que es necesario "evitar el alejamiento de los ciudadanos de la vida pública". Uno de los objetivos de las reformas de la gestión pública en marcha en tantos países del mundo es precisamente restablecer la confianza de los ciudadanos en la Administración y en el Gobierno. Es esta una cuestión compleja que no se resuelve sólo cuantitativamente sino que tiene una dimensión cualitativa esencial, pues el ejemplo de políticos y altos funcionarios es capital. Sobre todo, en lo que se refiere a la vertiente ética y en lo atinente a la cercanía de los responsables públicos en relación con las necesidades reales de la ciudadanía. En este sentido, además, como señala un informe del Comité de Gestión Pública de la OCDE (PUMA, Junio de 2001) que ahora glosamos, los Gobiernos deben adoptar un enfoque proactivo para la resolución de los problemas, anticipándose a las necesidades colectivas y mudando, cuando

sea necesario, la forma de negociar para resolver los asuntos de la ciudadanía. Es necesaria, pues, más democracia, más transparencia y más facilitar la libre elección de servicios a los ciudadanos.

El documento de la OCDE también nos advierte sobre la necesidad de que los Gobiernos comuniquen bien sus mensajes a los ciudadanos. Es más, el Gobierno, según la OCDE, debe aprovechar las oportunidades para comunicarse personalmente con los ciudadanos a través de las nuevas tecnologías y los nuevos foros de comunicación.

Como es sabido, los regímenes democráticos son regímenes de opinión. Los valores de transparencia, pluralidad e independencia informativa son componentes estructurales de las nuevas políticas. Las llamadas a la libertad, a la participación, a la cooperación, a la autonomía de los ciudadanos, de los individuos, como objetivos últimos de la acción política, serían vanas si no se estableciesen sobre el marco previo de las libertades formales que configuran los mecanismos o espacios democráticos de participación y libertad, y carecerían de sentido si no se fundamentasen en una información transparente, veraz, plural e independiente.

La madurez democrática de una sociedad, pasa necesariamente por la riqueza y pluralidad informativa. Las nuevas políticas se caracterizan por su estricta neutralidad informativa en lo que a condicionamiento de la independencia de los medios se refiere, y por la defensa y promoción de la pluralidad informativa real, velando por el mantenimiento de las condiciones de competencia. Sólo una sociedad informada puede ser libre. Y cuando en los tiempos presentes el acceso y el control de la información se perfila del modo más claro como un instrumento de poder, la democratización de la vida política exige el libre acceso a fuentes plurales de información.

Pero en otro orden de cosas, las nuevas políticas deben desempeñar una acción positiva de transmisión a la opinión pública, a los ciudadanos, de su discurso político, asumiendo una función pedagógica, como medio de enriquecer el discurso democrático. Cuando el escenario político ha estado dominado por los discursos de carácter ideológico, en muchas ocasiones reduccionistas, y siempre concibiendo las ideas prioritariamente como instrumentos de lucha política, desde las nuevas políticas deben concebirse las ideas como instrumentos para una mejor comprensión de nuestra propia realidad. Algunas reformas, precisamente las más profundas, las que afectan a la cultura democrática, sólo son posibles desde este presupuesto. Ciertamente que este modo de abordar la cuestión tiene una indudable dimensión política, ni más ni menos que la de promover condiciones que permitan a los ciudadanos un ejercicio más profundo y auténtico de su libertad.

Las nuevas políticas traen consigo una particular exigencia de pedagogía política. En el desarrollo de sus políticas, los Gobiernos deben atender de modo muy particular a la comunicación con el entorno social, con toda la sociedad.

No se trata de una labor de adoctrinamiento, de una conversión ideológica, sino de transmitir los valores de que aquí venimos tratando. El respeto a las posiciones ideológicas, a los valores que individualmente cada ciudadano defiende, debe conjugarse con la insistencia en la llamada a abrirse a la realidad de las cosas, y a su complejidad, haciendo ver que las soluciones simplistas no son soluciones, que la prudencia es una buena guía en las decisiones políticas, y que esta no está reñida –antes al contrario– con las metas sociales ambiciosas; que importa más el trabajo serio y consolidado que los gestos superficiales y sin fundamento, que bajo la apariencia de progreso esconden un progresivo deterioro de la vida económica y social e incluso de la ética, que nunca tardará demasiado en ponerse en evidencia.

Es cierto, como señala el documento de la OCDE que el papel del Gobierno en una sociedad en permanente transformación también está sometido a profundos cambios. Es cierto que hay evidentes pérdidas de situaciones de monopolio. Es cierto que la globalización es una realidad que trae consigo una mayor interdependencia. Todo esto es cierto. Pero no lo es menos que, en este contexto, el Gobierno sigue siendo la única instancia pública que puede seguir promoviendo el libre ejercicio de los derechos fundamentales para todos y cada uno de los ciudadanos. Y, para ello, es necesaria mentalidad abierta, metodología del entendimiento y sensibilidad social.

En otro orden de cuestiones, la OCDE, en el documento que ahora glosamos, se plantea las lecciones aprendidas de la reforma de la gestión pública. Y una de las lecciones más importantes que nos ofrece la experiencia es que es necesario conocer mejor las necesidades colectivas de los ciudadanos. Además, resulta que hoy en día la mayor parte de la reforma de la gestión pública no se desarrolla con la deseable anticipación, sino como respuesta a las crisis que surgen cuando estas necesidades no han sido satisfechas. Por eso, en este punto, el desafío de los Gobiernos es el alejamiento de las versiones oportunistas, y orientarse hacia reformas de mayor calado estratégico, con perspectivas de más largo alcance y estableciendo tácticas para obtener resultados a la vez que comunicando sus ideas y los resultados obtenidos. Es necesario, pues, elegir objetivos, y medir los resultados, pero sin que la eficacia elimine la dimensión social que necesariamente deben caracterizar a los Gobiernos.

Además de consultar con frecuencia a los ciudadanos, es necesario contar con el apoyo de los ciudadanos sobre los intereses y objetivos de la reforma de la gestión pública. Obtener el apoyo de la ciudadanía para la reforma, dice la OCDE, significa no sólo escoger una agenda que interese a la gente, sino también ganar la confianza de los ciudadanos para que las acciones del Gobierno lleven a resultados positivos.

Aplicando lo que he señalado sobre opinión pública y pedagogía política al tema de la reforma y modernización administrativa, habría que señalar que comunicar la necesidad de la reforma supone transmitir los valores y metas que presiden el entero proceso de la reforma. La transmisión de los valores ayuda a crear una conexión razonable con la gente y a superar las versiones burocráticas que, en ocasiones, caracterizan la actuación de los propios funcionarios. Transmitir y comunicar el proceso de la reforma o de la modernización ayuda igualmente a los funcionarios a entender su papel en el programa.

Para la comunicación, es necesario insistir en que debe utilizarse un lenguaje sencillo y llano que rehuya todos los términos excesivamente técnicos. El mensaje de la reforma, como dice la OCDE, debe ser claro, indicando los costes potenciales y los inconvenientes, sin excederse en las promesas y centrándose en los logros obtenidos.

VI. EL ESPACIO LOCAL: EL ESPACIO DE LA PARTICIPACIÓN

Los Estados compuestos como el español se caracterizan, entre otras cosas, por la existencia de determinados espacios territoriales que disfrutan de autogobierno y autoadministración en un marco de integración, cooperación y lealtad institucional. El gobierno de España, los gobiernos de las Comunidades Autónomas, y los gobiernos de los diferentes Entes locales son gobiernos democráticos, elegidos por los ciudadanos, que se caracterizan por su autonomía para la realización de políticas públicas propias en el ámbito de sus respectivas competencias.

Los gobiernos se legitiman, podríamos decir, en la medida en que asumen efectivamente un compromiso creciente con los problemas reales de la gente. Siendo esto así, como lo es, no es menos cierto que cada vez, según la común opinión de politólogos y administrativistas, los Gobiernos nacionales, y en cierta medida también los regionales o autonómicos, cada vez deben circunscribir sus políticas a la orientación general, a la planificación estratégica o, si se quiere, al establecimiento de las bases, o el común denominador, que hagan posible la igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos humanos por todos los españoles, con independencia del lugar de España en que residan.

Por otra parte, si bien, las Comunidades Autónomas están llamadas, por su inserción en el esquema descentralizador, a elaborar igualmente políticas públicas de ámbito supramunicipal, no debemos olvidar que deben, y así ocurre afortunadamente, dedicar una parte sustancial de sus recursos materiales y medios humanos a actividades de pura gestión o ejecución. Pero es, sin embargo, el espacio local el espacio de la gestión por autonomía. Además, por su cercanía a la gente, el espacio local se nos presenta también como un espacio muy adecuado para las experiencias participativas, así como para las reformas e innovaciones de determinadas políticas públicas. En este sentido, hasta podría decirse sin exageración alguna, que el espacio local es un permanente laboratorio democrático en el que el pluralismo y la participación, si hay voluntad política, resplandecerán permanentemente. Y no digamos la posibilidad de hacer buena esa reflexión tan atinada de que la Administración pública, en una democracia, es de la gente, de los vecinos.

A ello ayuda también la revalorización operativa de la vida local en el espacio europeo, en el cual se comprueba el paulatino aumento de la actuación externa de los entes locales, dirigida a los más diversos sectores materiales, con el objetivo de mejorar la calidad de vida. Las funciones que, en el ámbito europeo, son realizadas por los Entes locales afectan a materias tales como la seguridad pública, la prestación de nuevos servicios asistenciales, funciones de ordenación y planificación urbanística, de promoción y dinamización social, fijación de programas de medio ambiente, promoción económica del territorio y fomento de la ocupación. De lo que se trata, en definitiva, como ha señalado el Presidente del Gobierno José María AZNAR, es de la necesidad de que, en un país tan descentralizado como España en favor de Autonomías y Ayuntamientos, se alcancen mejores equilibrios territoriales, para lo que se considera razonable y conveniente la consecución del pacto local, una vez que, como es fácilmente comprobable, el Estado Autónomo ha entrado en fase de consolidación.

Hay un aspecto de la Carta Europea de la Autonomía local de interés para el tema que nos ocupa. Me refiero a la conexión de la autonomía local con el principio democrático. En efecto, el Preámbulo de la carta señala a los entes locales como un ámbito privilegiado de la participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos como cuna de la democracia: "La defensa y el fortalecimiento de la autonomía local en

los diferentes países de Europa representan una contribución esencial en la construcción de una Europa basada en los principios de democracia y descentralización”.

Esta reflexión parte esencialmente del principio democrático, desde la perspectiva de posibilitar que los ciudadanos se sientan representados con la máxima intensidad posible en las decisiones que les afectan. De aquí la preferencia por la autoridad representativa más próxima, que sólo debe quedar desplazada cuando los efectos benéficos de una autoridad superior compense la pérdida de integración democrática.

El local es el nivel de gobierno en relación al cual los ciudadanos expresan mayor interés político, lo cual no es extraño si se piensa que son las instituciones encargadas de velar por los intereses y los problemas del entorno más inmediato de los ciudadanos y aquellas que el ciudadano conoce más directamente. Además, esto responde seguramente a varios factores, entre los que destacan tanto la capacidad de gestión y respuesta innovadora a las demandas sociales como la receptividad y el trato cercano a los ciudadanos.

El nivel local es el que de modo cuantitativamente más importante enraíza las instituciones con el tejido social; de ahí la importancia de fomentar mecanismos de participación, la mejora de la información, la eficacia de la actuación pública y la atención a los criterios de los usuarios de los servicios públicos.

A este respecto, se trata de que los ayuntamientos se configuren como abiertos a la participación, ya que en el diseño institucional de los gobiernos locales cobra creciente importancia la institucionalización de mecanismos de participación y concertación ciudadanas, una de las funciones mediáticas más importantes para el gobierno local.

Ha de significarse además que la participación ciudadana no solamente se produce a través del voto, sino también a través de la presentación de candidatos, la provisión de numerosos cargos públicos de representación, la participación en un variado tipo de comisiones...etc. En definitiva, el nivel local es el que de modo cuantitativamente más importante enraíza las instituciones con el tejido social, ya que en este nivel, se fomentan los mecanismos dirigidos a la mejor información de la Administración, a la eficacia de una actuación pública sensible a las demandas populares y a los criterios de los usuarios de los servicios públicos.

Los municipios han de servir para incorporar fórmulas innovadoras de refuerzo de la participación política, a través de mecanismos consultivos, del derecho de petición, de consejos de participación, mecanismos todos ellos que acercan la Administración y el Gobierno a los ciudadanos.

Esto es así porque lo local constituye el contrapeso político necesario a la globalización a la que estamos asistiendo hoy en día. La conservación de la identidad local es una necesidad esencial en este mundo globalizado como contrapeso a los procesos de pérdida de identidad y de alejamiento de las instancias de decisión económicas y políticas de los ciudadanos.

Por otro lado, la participación ha de ser una forma de lograr una mayor integración y cohesión sociales y servir como escuela de ciudadanía, profundizando la democracia para hacerla no solo formal y representativa, sino también real y participativa, evitando la apatía y el individualismo.

El objetivo en este terreno ha de ser doble: acercar los poderes locales a los ciudadanos y utilizar la participación como vía para su legitimación, ya que, la legitimación de los gobiernos locales presenta hoy la necesidad de eficiencia y eficacia en su actuación así como evaluación participativa. La democracia representativa consiste no sólo, como acabo de mencionar, en participar en las elecciones a través del voto sino también en los procesos de deliberación y en la implementación, evaluación y gestión de las políticas públicas. La democracia, y más en el ámbito local, no es sólo votar, sino deliberar, discutir, valorar.

Este conjunto de realidades ha de conducirnos hacia un nuevo modo de funcionamiento de los gobiernos locales que podría ser caracterizado por las notas siguientes: posburocrático, descentralizado y desconcentrado, de calidad, flexible, responsable, eficaz, eficiente, orientado hacia los resultados y al servicio del público, considerado como ciudadano.

Esta potenciación de la vida local ha permitir entre otras cosas una mayor participación y representación sobre todo a través de nuevos cauces, destacándose especialmente que la participación es un estilo de gobernar diferente y que implica un desarrollo de la tarea educadora de la ciudadanía local y de su cultura cívica.

VII. LA PARTICIPACIÓN EN LA LEY DE MEDIDAS PARA LA MODERNIZACIÓN LOCAL.

Las consideraciones precedentes sobre la relevancia de la participación en la reforma administrativa, en el contexto de las nuevas políticas públicas y, especialmente en el espacio local, nos ayudan sobremedida a poner en suerte este último epígrafe, dedicado a analizar específicamente el tratamiento dado por el legislador de 2003 dedica a este tema.

Para empezar, nada mejor que leer con cierto detenimiento la exposición de motivos de la ley de medidas para la modernización del Gobierno local para conocer hasta que punto la participación está presente en la "mens legislatoris".

Pues bien, en el párrafo I, cuando el legislador censura el uniformismo organizativo del modelo de la Ley de 1985 y al recordar que uno de los objetivos del denominado Pacto Local era – y es – mejorar los mecanismos de control del Pleno sobre los Presidentes de las Entidades locales, señala que es necesario "responder a la exigencia de un debate político abierto y creativo sobre las principales políticas de la ciudad". Es decir, potenciar la función de control del Pleno está lógicamente relacionada con el robustecimiento de un espacio público deliberativo de mayor calidad y más representativo, por tanto, de las sensibilidades y opiniones representadas por los partidos políticos elegidos por los vecinos. Es esta una primera intención del legislador que se sitúa en una línea de continuidad con la reforma de la Ley de 1985 operada en virtud del Pacto Local.

Por otra parte, dentro de la voluntad reformista de esta Ley, nos encontramos precisamente con que en los últimos dieciocho años – señala su exposición de motivos – "se ha manifestado como insuficiente, por su carácter nuevamente declarativo, el tratamiento que de la participación se hace en la LBRL. En este tercer ámbito, existe una clara tendencia continental a reforzar las posibilidades de participación y de incidencia de los ciudadanos en el Gobierno local, para evitar o corregir, en el contexto de un mundo globalizado, el alejamiento de los ciudadanos de la vida pública. En esta materia, hay que destacar la procedencia de incrementar la participación y la implicación de los ciudadanos en la vida local, lo que no constituye en modo alguno un elemento contradictorio con los anteriores, sino que, por el contrario, los complementa y enriquece. Y si bien es cierto que en este ámbito hay que conceder amplios márgenes a la potestad de autoorganización de las Entidades locales, también lo es que la legislación básica estatal debe contener unos estándares mínimos concretos que permitan la efectividad de esa participación"

El legislador, como hemos señalado con anterioridad, se muestra preocupado por el progresivo alejamiento de los ciudadanos de la política y piensa, con razón, que en el espacio local es desde dónde se debe empezar a combatir este mal de nuestro tiempo. Mal que no es de exclusiva responsabilidad de quienes se inhiben sino que, también, los propios dirigentes públicos tienen su cuota de responsabilidad. En cualquier caso, siendo conscientes de que la participación real no depende sólo de normas y procedimientos sino que constituye una manifestación capital de la condición social del ser humano, un paso razonable lo constituye, en efecto, el establecimiento de "mínimos" que se remiten a la reserva reglamentaria. Insisto, como ya he comentado en este estudio, la participación es una expresión cívica que hoy, guste o no, no es que sea muy elevada. Por tanto, junto a la apertura de cauces normativos y procedimentales, es muy importante fomentar y facilitar una educación cívica de altura pues, de lo contrario, nos podríamos encontrar con la paradoja de que abrimos cauces y espacios, una participación, o bien dirigida desde el vértice o bien a la medida de los llamados profesionales de la participación ante la permanente inactividad de las mayorías.

En este sentido, pienso, debe entenderse otro parágrafo esencial de la exposición de motivos en materia de participación. Lo encontramos en el punto III: "En materia de participación ciudadana, se establecen unos estándares mínimos que constituyen los mecanismos necesarios para su potenciación: el establecimiento de la necesidad de reglamentos orgánicos en todos los municipios en materia de participación ciudadana, que determinen y regulen los procedimientos y mecanismos adecuados para hacerla efectiva; la aplicación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación con los vecinos, así como para facilitar la realización de trámites administrativos, y la introducción en la legislación básica sobre régimen local de las iniciativas ciudadanas, que pueden constituir un importante instrumento participativo, que puede dar lugar, incluso, a consultas populares".

En este punto, pues, hay que superar el posible efecto "taumatúrgico" de los reglamentos teniendo presente la relevancia de una educación cívica en los valores y cualidades democráticas. Lo mismo debe predicarse del sentido instrumental de las nuevas tecnologías. Por supuesto que sí los vecinos están en condiciones de entrar en la red o de dirigirse al Ayuntamiento a través de ordenadores propios, hemos avanzado notablemente. Así, las nuevas tecnologías son una oportunidad estupenda para la libertad y la participación. Pero siempre que, en efecto, los canales estén abiertos y con facilidad se puedan plantear iniciativas, quejas o sugerencias. Si resulta que, en realidad, ni resulta tan fácil, ni causa algún efecto la comunicación, entonces cundirá un cierto desánimo. No se debe olvidar, por otra parte, que es una media altamente positiva, la introducción de las iniciativas ciudadanas. Es una manifestación de la participación que puede enriquecer con la vitalidad de lo real las políticas públicas locales y, sobre todo, puede llevar a que se convoquen determinadas consultas populares.

En realidad, como se reconoce en la exposición de motivos "los diversos mecanismos participativos creados e impulsados por la ley, tanto de carácter general como los que más adelante se señalan para los

municipios a los que resulta de aplicación el Título X de la Ley, colocan a nuestro régimen local en la línea avanzada de promoción de la participación que está adquiriendo cuerpo en todo el continente, impulsada por el Consejo de Europa, y de la que es una importante manifestación la Recomendación de su Comité de Ministros Rec (2001) 19, que ha servido de fuente de inspiración para esta reforma". En realidad, en materia de participación, España se inscribe entre los países vanguardistas por mor, en efecto, de la introducción de numerosas iniciativas patrocinadas por el Consejo de Europa a través de su Comité de Ministros. Además de que, es verdad, los artículos 131 y 132 de la Ley de Bases, según la regulación de esta reforma, prevén la existencia obligatoria del Consejo Social y de la Comisión de Sugerencias y Reclamaciones para las "grandes ciudades", no veo inconveniente en que, en el resto de Entidades Locales en que así se decida, a través de la competencia que tiene el Pleno (artículo 22.1.d)) para aprobar el reglamento orgánico y las ordenanzas, puedan también establecerse órganos similares u análogos a los previstos en la Ley para las grandes ciudades. La autonomía local así lo permite y, como sabemos, si de lo que se trata en la Ley es de mejorar el régimen local general y atender a las especialidades del fenómeno urbano, resulta una manifestación de la autonomía local general la mejora de la participación en todos los Entes locales, sea cual sea su población o su condición institucional.

Dentro del régimen especial para las ciudades que reúnan los requisitos del nuevo Título X de la Ley de bases, el artículo 128 previene también la existencia obligatoria de Distritos, que según la exposición de motivos "constituyen un instrumento esencial para el desarrollo de políticas de proximidad y participación en los municipios altamente poblados, tanto desde la perspectiva de las desconcentración de funciones como desde la de la participación ciudadana". Igualmente, la exposición de motivos señala que "debe destacarse el establecimiento del Consejo social de la ciudad, como mecanismo participativo del carácter consultivo de las principales organizaciones económicas y sociales del municipio, centrado esencialmente en el campo del desarrollo local y de la planificación estratégica urbana, ámbitos éstos en las que están adquiriendo una importancia esencial en las políticas locales". Y, finalmente, el legislador nos confiesa que "otra novedad relevante en el ámbito organizativo es el establecimiento de un órgano para la participación de los vecinos y la defensa de sus derechos. La ley ha puesto el acento en este ámbito al prever la necesidad de que esta defensa mediante la creación de una Comisión de Sugerencias y Reclamaciones, que estará formada por miembros del Pleno, con participación de todos los vecinos". Bienvenidos sean los instrumentos de participación siempre que representen la vitalidad de la realidad y que permitan que los vecinos se sientan interpelados e implicados en las políticas públicas locales. Por eso, el Consejo Social de la ciudad, si representa la realidad, será un instrumento que posibilite un eficaz y abierto planteamiento del desarrollo municipal.

Una vez finalizado el comentario de los párrafos de la exposición de motivos de la ley en sede de participación, es momento de una glosa de aquellos preceptos en los que se hace referencia a la materia que estamos estudiando.

El nuevo artículo 18 se refiere a los derechos y deberes de los vecinos. En su párrafo 1 letra b) se señala que tiene esta consideración – derecho y deber – "la participación en la gestión municipal de acuerdo con las leyes y, en su caso, cuando la colaboración con carácter voluntario de los vecinos sea interesada por los órganos de gobierno y administración municipal". Es decir, con carácter general la participación en la gestión está limitada por lo establecido en las leyes. Nada nuevo en este punto. Y, con carácter especial, los vecinos pueden ser invitados a participar en la gestión municipal cuando así lo decidan las autoridades locales. Se deja, por tanto, la puerta abierta a lo que se determine, más en concreto, en los reglamentos de participación ciudadana. También establece el artículo 18.1.e) el derecho y deber de los vecinos a "ser informado, previa petición razonada, y dirigir solicitudes a la Administración municipal en relación a todos los expedientes y documentación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 de la Constitución". Se trata, pues, de regular el derecho a la información que tienen los ciudadanos. Para ello, es lógico, se obliga al vecino en cuestión a que su petición sea razonada y motivada pues no se debe olvidar que una de las nuevas tendencias administrativas en esta materia, introducida por la Ley 4/1999, es precisamente una mayor y mejor motivación de los actos administrativos. Por lo que se refiere a participar en los procedimientos administrativos municipales, debe recordarse aquí el régimen general, y que, obviamente, el vecino que acuda a esta vía debe encontrarse legitimado para hacerlo de acuerdo con lo dispuesto en la ley de régimen jurídico. Por supuesto, son de aplicación los límites del artículo 105 de la Constitución relativos a los supuestos de seguridad y defensa del Estado, así como el respeto a la intimidad y a la averiguación de delitos, deben ser tenidos en cuenta.

La ley que estudiamos, abre, en la nueva redacción que se da a los derechos y deberes del vecino, la posibilidad (artículo 18.1.f)) de "pedir la consulta popular en los términos previstos en la ley" de acuerdo con el nuevo artículo 70 bis de la Ley de 1985 y a tenor del procedimiento del artículo 71 de la Ley de bases.

Lógicamente, el artículo 18.1.h) hace referencia al derecho deber de “ejercer la iniciativa popular en los términos del artículo 70 bis”, iniciativa que, como veremos, puede dar lugar a una consulta popular.

Puede decirse que el precepto central en materia organizativa para promover la participación es el nuevo artículo 24, que prescribe: “1. Para facilitar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos locales y mejorar ésta, los Municipios podrán establecer órganos territoriales de gestión desconcentrada con la organización, funciones y competencias que cada Ayuntamiento les confiera, atendiendo a las características del asentamiento de la población en el término municipal, sin perjuicio de la unidad de Gobierno y gestión del Municipio. 2. En los Municipios señalados en el artículo 121 será de aplicación el régimen de gestión desconcentrada establecido en artículo 128”. Tenemos pues, traslado de competencias a órganos municipales más cercanos a los vecinos para así facilitar y mejorar la participación. En los supuestos de las denominadas “grandes ciudades” es obligatorio la constitución de Distritos, igualmente con la finalidad de propiciar la participación vecinal.

El nuevo artículo 70 bis de la Ley de bases, regulado según la reforma que estamos analizando, es el principio capital en materia de participación: remite a los reglamentos los procedimientos concretos para hacer efectiva la participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local tanto en el Municipio como en los Distritos, en caso de que existen (párrafo 1º). Serán, pues, los reglamentos orgánicos la sede adecuada para regular las formas concretas de la participación. Es muy importante llamar la atención de que el reglamento debe abrir cauces, espacios a la libre participación o participación libre, evitando lo que se ha denominado participación dirigida o vertical, tendencia que se aprecia en no pocas realidades administrativas y gubernamentales que se anticipan a la libre expresión de los intereses colectivos, encauzando sutilmente todas cuantas asociaciones aspiren a plantear legítimas reivindicaciones y aspiraciones.

En el párrafo segundo del artículo 70 bis se señala que “los vecinos que gocen del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales podrán ejercer la iniciativa popular, presentando propuestas de acuerdos o actuaciones o proyectos de reglamentos en materias de la competencia municipal. Dichas iniciativas deberán ir suscritas al menos por el siguiente porcentaje de vecinos del municipio:

- Hasta 5000 habitantes, el 20 por ciento.
- De 5000 a 20.000 habitantes, el 15 por ciento
- A partir de 20.000 habitantes, el 10 por ciento.

Tales iniciativas deberán ser sometidas a debate y votación en el Pleno, sin perjuicio de que sean resueltas por el órgano competente por razón de la materia. En todo caso, se requerirá el previo informe de legalidad del Secretario del Ayuntamiento, así como el Informe del interventor cuando la iniciativa afecta a derechos y obligaciones de contenido económico del Ayuntamiento. En el municipio a que se refiere el artículo 121 de esta ley, el informe será emitido por el Secretario General del Pleno y cuando la iniciativa afecta a derechos y obligaciones de contenido económico, el informe será emitido por el Interventor general municipal. Lo dispuesto en este apartado me entiende sin perjuicio de la legislación autonómica en esta materia. Tales iniciativas pueden llevar incorporada una propuesta de consulta popular local, que será tramitada en tal por el procedimiento y con los requisitos previstos en el artículo 71”.

En este párrafo 2, pues, se ha tenido presente que el espacio local es el mejor laboratorio democrático en el que poner en marcha experiencias de participación real. Así, se considera a los vecinos como sujetos activos de la vida pública local y se les permite que, con los quórum establecidos, puedan ejercer una iniciativa popular que va más allá de las simples propuestas llegando a poder expresarse en forma de proyectos de reglamentos. Este es un tema que conviene subrayar porque se abren espacios bien amplios en los que la realidad plural del Municipio se puede incorporar, nada más y nada menos, que a la elaboración de las normas locales de mayor trascendencia. Es una forma de enriquecer el interés público local con las libres aportaciones de la vida real del municipio, incluso, dando un paso más, se da entrada, vía iniciativa popular, a la consulta con los requisitos conocidos del artículo 71 de la Ley de bases. Hay que reconocer que se ha ampliado la posibilidad de la participación vecinal y que ahora lo relevante es que estos caminos sean transitados de forma coherente y plural por los vecinos.

En materia de participación, la exposición de motivos hacía una referencia a las tecnologías de la información como instrumentos para su facilitación y desarrollo. Por eso, el número tercero del artículo 70 bis señala: “Asimismo, las Entidades locales, y especialmente los Municipios, deberán impulsar la utilización interactiva de las tecnologías de la información y la comunicación para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos, para la presentación de documentos y para la realización de trámites administrativos, de encuestas y, en su caso, de consultas ciudadanas. Las Diputaciones provinciales, cabildos y consejos singulares colaborarán con los municipios que, por su insuficiente capacidad económica y de gestión, no puedan desarrollar en grado insuficiente el deber establecido en este apartado”.

Las nuevas tecnologías de la información pueden ser unos magníficos caminos para la participación siempre que los vecinos estén preparados para expresar sus legítimos intereses y aspiraciones y siempre que puedan, en número relevante, contribuir a las encuestas o consultas que se establezcan desde el Municipio. Son formas de democracia electrónica muy positivas pero que, insisto, deben contar con un mero creciente de participantes. Las Diputaciones, Cabildos y Consejos singulares tienen la obligación como consecuencia de su básica función de asistencia jurídica y técnica, de ayudar a los Municipios son escasos recursos económicos a poner en marcha meras tecnologías con el fin de fomentar y desarrollar la participación.

Hasta aquí, el régimen general de la participación tal y como lo ha establecido el legislador de 2003. Ya en materia de los municipios que la ley llama de “gran población”, son de destacar, para finalizar, los artículos 123, 128, 131 y 132.

En el artículo 123, en sede de atribuciones del Pleno, el legislador señala en el párrafo 1º letra c) que es competencia del Pleno la aprobación y modificación de los reglamentos de naturaleza orgánica. Tendrán en todo caso naturaleza orgánica: la regulación del Consejo Social de la ciudad, la regulación de la Comisión Especial de Sugerencias y Reclamaciones, la regulación de los órganos complementarios y de los procedimientos de participación ciudadana y, la división del Municipio en Distritos, y la determinación y regulación de los órganos de los Distritos y de las competencias de sus órganos representativos y participativos, sin perjuicio de las atribuciones del Alcalde para determinar la organización y las competencias de su administración ejecutiva. Es decir, será en el marco del Pleno como máxima expresión de la función deliberativa y de control municipal, donde se aprueben los reglamentos de participación y las normas orgánicas donde se regulen el Consejo Social, la Comisión Especial de Sugerencias y Reclamaciones, así como la división en los Distritos y sus funciones participativas.

En el artículo 128 se establece la obligación, para los Municipios de “gran población”, de constituir Distritos “como divisiones territoriales propias, dotadas de órganos de gestión desconcentrada, para impulsar y desarrollar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos municipales y su mejora”. En las grandes ciudades, parece lógico que se acerque la Administración a los vecinos y que estas estructuras desconcentradas propicien espacios de participación que permitan el afloramiento de la vital y plural realidad que rodea la vida de los Distritos. Se trata de generalizar una experiencia de probada eficacia en el Derecho Comparado, así como en Madrid y Barcelona.

El Consejo Social también proviene del Derecho Comparado Europeo y es un órgano de representación y participación de naturaleza consultiva de las principales organizaciones económicas y sociales de la ciudad en todo lo relativo al desarrollo local, planificación estratégica y grandes proyectos urbanos. Es, en definitiva, un órgano que, con sus informes y dictámenes, ayudará a los gestores municipales a la necesaria sensibilidad social que debe guiar las principales políticas públicas locales.

Y, finalmente, el artículo 132 establece, como un órgano para la defensa de los derechos de los vecinos, una Comisión especial de Sugerencias y Reclamaciones cuyo funcionamiento, de naturaleza orgánica, aprobará el Pleno. Es una especie de Defensor colegiado del Pueblo, al menos en lo que se refiere a sus principales funciones. La Comisión estará formada por representantes de todos los grupos que integran el Pleno de forma proporcional al número de miembros que tengan. La Comisión, artículo 132.2, podrá supervisar la actividad de la Administración municipal – como el Defensor del Pueblo – y deberá dar cuenta al Pleno, mediante un Informe anual, de las quejas presentadas y de las deficiencias observadas en el funcionamiento de los servicios municipales, con especificación de las sugerencias o recomendaciones no admitidas por la Administración municipal. Además, en circunstancias excepcionales de gravedad, podrá realizar informes de extraordinarios.

En fin, la regulación de la participación en la ley de medidas para la modernización del Gobierno local es una regulación que pone las bases para que, en función de la educación cívica, las políticas públicas locales sean más abiertas, plurales, dinámicas y complementarias. Esperemos que los reglamentos de participación ciudadana, que las nuevas tecnologías, que los Distritos, el Consejo Social y la Comisión de Sugerencias y Reclamaciones, éstas últimas para que las ciudades de “gran población”, colmen las expectativas con las que el legislador las ha establecido.

LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN SECTORES REGULADOS

CRISTINA VÁZQUEZ

Profesora de Derecho Administrativo, Universidad de la República
Profesora de Derecho Administrativo, Universidad de Montevideo

SUMARIO

- I. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO INSTRUMENTO DE ACCIÓN DEL ESTADO EN EL MERCADO.
II. MARCO NORMATIVO URUGUAYO. III. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO ALTERNATIVA DE LA REGULACIÓN; IV. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN SECTORES REGULADOS.

I. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO INSTRUMENTO DE ACCIÓN DEL ESTADO EN EL MERCADO

A) Introducción

La mayor parte de los autores señala a las normas de defensa de la competencia, como una forma de acción fundamental del Estado sobre el mercado¹.

Baena del Alcázar² distinguía, en la década del sesenta, tres grados de intervención administrativa en la economía: a) la presión sobre ella para devolverla a la normalidad; b) la intervención en la forma de asunción parcial de los medios de producción y cambio; y c) la planificación.

Más contemporáneamente, Cases Pallares³ analiza tres técnicas de actuación de los poderes públicos en la economía: la regulación, la desregulación y la defensa de la competencia. El autor cita lo expresado en la Exposición de Motivos de la Ley española N° 110/963 de Represión de prácticas restrictivas de la competencia, en cuanto señala que las diferentes técnicas se orientan a una misma finalidad: "la de conseguir el resultado que se obtendría de un nivel razonable de competencia, ya que lo que importa desde un punto de vista económico no es tanto la libre actividad como el resultado final de la misma."

B) La regulación

Siguiendo a Ariño Ortiz⁴, puede definirse a la regulación como "la actividad normativa en la que el Gobierno condiciona, corrige, altera los parámetros naturales y espontáneos del mercado, imponiendo determinadas exigencias o requisitos a la actuación de los agentes económicos."

Con un enfoque similar, Cases Pallares señala como una de las características de esta actividad, su objetivo de corregir las disfunciones del mercado. El autor agrega su naturaleza altamente especializada y técnica.

¹ Nazar Espeche, F., Defensa de la competencia, Buenos Aires, 2001; Cases Pallares, L., Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia, Madrid, 1995; López de Castro García-Morato, L. y Ariño Ortiz, G., Derecho de la competencia en sectores regulados, Granada, 2001

² Baena del Alcázar, M., Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía, Madrid, 1966

³ Cases Pallares, ob. cit., pag. 24

⁴ Ariño Ortiz, G., Economía y Estado, Madrid, 1993

Desde la doctrina económica, la regulación ha sido definida como el modo de influir sobre el mercado, mediante la creación de un sistema de incentivos que naturalmente debería crear la competencia, guiando o restringiendo las decisiones económicas para conformarlas al interés público⁵. Ante la existencia de fallas del mercado (externalidades, monopolios naturales, asimetrías informativas, competencia excesiva, desigual poder de negociación), el Estado debe subsanarlas mediante incentivos.

Las **externalidades** aparecen cuando el comportamiento racional de un agente económico –consumidor o productor– afecta directamente al bienestar de otros agentes en el mercado. Pueden ser positivas o negativas. Como ejemplo de externalidad positiva, puede mencionarse el caso en que un Estado invierte en la instalación de un servicio de ferrocarriles, de que se beneficia una empresa al transportar sus productos con menos costos de los que suponía su modo de transporte anterior. Uno de externalidad negativa, es el caso de la provocada por la contaminación que produce el desarrollo de una actividad económica, incrementando costos sociales. La regulación intervendrá normalmente cuando la solución a las externalidades sea compleja, con la finalidad de corregir o compensar el hecho de que el precio de producción de un bien no refleje los costos que dicha producción y el uso del bien imponen a la economía.

El **monopolio natural** tiene lugar en determinados sectores económicos en que la existencia de más de una empresa no resulta eficiente en términos económicos. En estos casos, la demanda entera en un mercado relevante puede ser satisfecha a un costo inferior por una sola empresa, que por dos o más de ellas. La regulación buscará, entonces, evitar que esa empresa monopólica incremente sus beneficios en perjuicio de los consumidores.

La **asimetría de información** suele traducirse en que los consumidores reciben información insuficiente para evaluar los productos. La regulación pretende corregir esa información inadecuada de los consumidores o reducir los costos que han de soportar para obtener una que sea correcta.

La **competencia excesiva** puede llevar a que los precios se reduzcan de forma desmesurada, conduciendo al cierre de algunas empresas, de manera que las sobrevivientes tendrán libertad para imponer precios por encima del de equilibrio. La regulación procurará evitar esa excesiva competencia en el mercado.

La regulación también puede intervenir para conseguir un mejor equilibrio, en los casos en que se da una situación de **desigualdad en el poder de negociación** de diferentes agentes económicos.

Destaca Nallar⁶, que el concepto económico de regulación refiere a los efectos de la actividad: creación de incentivos, suplencia de fallas; en tanto, el concepto jurídico identifica los instrumentos: dictado de reglas. Pero en ambos conceptos aparece el mismo objetivo final: protección de la actividad regulada y sus actores.

Los principales obstáculos que debe sortear la regulación con vistas a la obtención de sus objetivos, tienen que ver con las dificultades para la obtención de información, los riesgos de captura del regulador, y la fragilidad del apoyo del consumidor.

Las dificultades para la obtención de información se traducen muchas veces en lo que Landis⁷ denomina el “talón de Aquiles” de la regulación: la lentitud en la adopción de las decisiones reguladoras.

El riesgo de captura del regulador se explica por el gran poder e influencia que suelen desplegar las empresas reguladas, como grupo efectivo. En cambio, el apoyo que podrían proporcionar al regulador los consumidores, tiende a diluirse dada su naturaleza de grupo disperso.

La situación descrita se torna aún más compleja, ya que, como observa Cases Pallares⁸, “no estamos ante un proceso simple en el que grupos de productores bien organizados y dotados económicamente aumentan su riqueza a través de las normas a expensas de consumidores pobres y dispersos. No hay una contraposición única entre productores y consumidores, sino diversas relaciones de las que cada unidad pretende extraer su provecho o beneficio. Así los productores difícilmente formarán un grupo cohesionado con un único interés definido, sino que se dividirán entre ellos; por su lado, tampoco los distribuidores y los consumidores pueden agruparse en grupos unificados. Ello conducirá a que difícilmente un grupo consiga obtener una regulación que satisfaga plenamente sus intereses.”

Como consecuencia, la regulación tenderá a ser el resultado de una composición de los distintos intereses en juego, sin que un solo grupo logre capturar el proceso.

⁵ Conf. Vickers, J. y Yarrow, G., *Privatization: an economic analysis*, 1998, The MIT Press, cit. por Nallar, D., *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público*, Bs. As., 1999, p. 111.

⁶ Nallar, ob. cit., p. 118.

⁷ Landis, J., *Report on regulatory agency to the president-elected*, cit. por Cases Pallares, ob. cit., pag. 30

⁸ Cases Pallares, ob. cit. Pag. 31

C) La desregulación

Como expresara el Profesor Bidart Campos en una conferencia dictada en la República Argentina en agosto de 1989, sobre aspectos legales de la desregulación, cuando a las libertades se las rodea de condiciones y requisitos abrumadores y se las coloca bajo controles exorbitantes, sentimos al Estado como un aparato ortopédico y no como la piel sobre los huesos.

El concepto de desregulación que solemos manejar, nos viene de la Ciencia de la Administración, por lo que no contamos con nociones muy precisas desde el punto de vista jurídico.

En un intento de aproximación a una definición desde este punto de vista, puede decirse que la desregulación es un instrumento de carácter técnico, que consiste de modo predominante, en suprimir reglas que limitan la libertad de los particulares, con el fin de posibilitar el desenvolvimiento de las conductas que no perjudican la moral, el orden público y las buenas costumbres, y que los hombres o grupos pueden desarrollar con eficiencia igual o mayor que el Estado.

Martín Mateo⁹ señala que la noción de desregulación alude a medidas liberalizadoras que se aplican con el fin de dinamizar la vida económica, eliminando restricciones y constricciones que afectan a las decisiones empresariales.

Corresponde destacar que, sólo de modo predominante, consiste en suprimir reglas. No es ése su modo exclusivo de operar, porque no necesariamente la desregulación implica disminución normativa; muchas veces no opera mediante derogación, sino mediante modificación de disposiciones, y ello implica el dictado de una nueva norma y, por ende, el crecimiento del orden normativo.

D) La defensa de la competencia

Señala Olivera García¹⁰, que la **noción de competencia** ha sido elaborada en el ámbito de la economía, existiendo competencia en el mercado “cuando las personas se relacionan recíprocamente de manera que, con el empleo de ciertos medios, tienden a cumplir un fin que no podrán conseguir todas ellas a la vez. Es un fenómeno de confrontación entre los titulares de pretensiones coincidentes que no admiten satisfacción conjunta”. Agrega el autor, que ella responde a valores individuales como el desarrollo de la personalidad a través del ejercicio de la libertad en la actividad económica, y sociales como la búsqueda de la satisfacción de las necesidades de la sociedad.

Por su parte, López de Castro García-Morato y Ariño Ortiz¹¹ parten del significado etimológico del término “competencia”, que proviene del latín “cumpetito” (concurrencia múltiple de peticiones sobre una cosa a la que hay que adjudicar un dueño). El Diccionario de la Real Academia –señalan-, la define como “oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa”. En consecuencia –puntualizan citando a Termes et al-, “la competencia consiste en un proceso dinámico de rivalidad y no en el denominado “modelo de competencia perfecta”, en el que múltiples oferentes hacen lo mismo y venden todos al mismo precio, es decir, en el que paradójicamente nadie compite”.

Los autores mencionados explican que, tras la visión estática de la competencia, que se centra en el análisis de las condiciones del estado final de equilibrio, corresponde volver a la concepción dinámica, a los orígenes clásicos de la competencia como proceso de rivalidad, de forma tal que, tendencialmente al menos, los resultados sean competitivos. Esta concepción coincide con su significado etimológico y lingüístico, y plantea la necesidad de reglas de juego que garanticen la atacabilidad o impugnabilidad del mercado y potencial rivalidad entre los agentes económicos.

Los mercados contestables, desafiables o atacables (“*contestable markets*”) son aquellos en que las empresas que los componen son vulnerables a la entrada de otras empresas externas a los mismos, debido a la ausencia de barreras.

Las condiciones para que exista competencia en un mercado son, para la concepción dinámica: a) que los rivales actúen independientemente y no de acuerdo; b) que el número de rivales presentes y potenciales sea suficiente para eliminar los beneficios extraordinarios; c) que los que realizan transacciones en el mercado posean un cierto conocimiento de las oportunidades de negocio; d) que haya libertad para poner en práctica dicho conocimiento; y e) que haya tiempo suficiente para que los recursos se muevan hacia donde desean sus dueños¹².

⁹ Martín Mateo, R., Liberalización de la economía, cit. por Cases Pallares, ob. cit., pag. 33

¹⁰ Olivera García, R., Introducción al Derecho de la competencia, en El nuevo régimen del Derecho de la competencia, Mont., 2001

¹¹ López de Castro García-Morato y Ariño Ortiz, ob. cit., pag. 274

¹² Conf. el premio Nobel Stigler, cit. por López de Castro García-Morato y Ariño Ortiz cit., pag. 277

Son fundamentales, entonces, la libertad de entrada y la libertad de elección.

La necesidad de asegurar la competencia determina la necesidad de su regulación jurídica, dando lugar a la existencia del **Derecho de la competencia**.

Gómez Segade¹³ señala que el Derecho de la competencia se desdobra en dos ramas fundamentales: el Derecho contra las limitaciones de la competencia o Derecho "*antitrust*", y el Derecho contra la competencia desleal. El primero trata de garantizar la existencia y libertad de competencia en tanto que el segundo busca preservar la calidad de la competencia.

Resulta clara la distinción entre los dos sectores del Derecho de la competencia, a partir del ejemplo que proporciona Usieto-Blanco¹⁴: Si en un espectáculo de box, los boxeadores se ponen de acuerdo para no boxear o aparentar que boxean, estamos ante un supuesto en que no hay real competencia; si, en cambio, boxean pero se dan golpes bajos, estamos ante un supuesto de competencia desleal.

Inicialmente, la disciplina de la competencia desleal plantea una limitación de la libertad, que se justifica por la necesidad de proteger la propiedad. Al tutelar únicamente intereses privados, esta disciplina se mantiene separada de la normativa de defensa de la competencia, que admite una protección más comprensiva: del interés público e intereses empresarios y de los consumidores. Más tarde, sin embargo, ambas disciplinas se aproximan por la unificación de su objeto de protección, en la medida en que se fortalece la tendencia a identificar el interés público con el de los consumidores, en atención a que la mayoría de la población integra este grupo.

Menéndez¹⁵ señala que la ampliación de los intereses protegidos por la disciplina de la competencia desleal, da lugar a que ciertas actividades antes consideradas como desleales –como la publicidad comparativa– pasen a permitirse debido a los efectos beneficiosos que producen desde el punto de vista de los intereses de los consumidores y del interés público en el mantenimiento de un mercado competitivo. Concomitantemente comienzan a prohibirse prácticas antes permitidas como la venta agresiva o la publicidad engañosa.

Ariño Ortiz¹⁶ observa que el Derecho de defensa de la competencia, específicamente, tiene un componente fundamental de Derecho Público en cuanto defiende el mercado de todo ataque contrario al interés público.

Resulta interesante el análisis realizado por Robles Martín-Laborda¹⁷, en relación con los diferentes contenidos y alcances del Derecho de la competencia en el Estado Liberal y en el Estado Social de Derecho.

1. En el Estado Liberal de Derecho

El Estado Liberal, caracterizado por su no intervencionismo en materia económica, pone el énfasis en la salvaguarda de la libertad de industria y comercio, y de la propiedad. Estos derechos son vistos como derechos consagrados por el Derecho Natural, cuyas normas se creen anteriores y superiores a las positivas, y por ende no pueden ser limitadas por la intervención estatal.

Tal visión de la realidad económica no constituye campo fértil para el desarrollo y maduración de un Derecho de defensa de la competencia. Con este estado de pensamiento se corresponde la famosa idea de Adam Smith, según la cual el individuo, al buscar sus propios fines, como guiado por una "mano invisible", promueve el interés de la sociedad.

Avanzado el siglo XIX, sin embargo, se pone en evidencia que, a partir del libre juego de la oferta y la demanda, comienza a manifestarse una tendencia creciente hacia la concentración económica. Se advierte que, como observa Soriano García: "Es rigurosamente falso que el mercado se cuide a sí mismo. O el Estado se ocupa del mercado, cuidando de que exista y de que se perpetúe, o las propias fuerzas del mercado acabarán pronto con él"¹⁸.

En muchos casos, serán las propias empresas las que demandarán una regulación de la competencia que ponga fin a algunas de las disfunciones producidas por el sistema. Una de las primeras regulaciones en aparecer, es la que tiene que ver con el Derecho marcario, destinado a proteger la propiedad industrial.

¹³ Gómez Segade, Prólogo a Hernández, Precios predatorios y Derecho antitrust, Madrid, 1997, cit. por Robles Martín-Laborda, A., ob. cit., pag. 4, nota 5. En el mismo sentido: López de Castro García-Morato y Ariño Ortiz, Derecho de la competencia en sectores regulados cit., pag. 52, y Olivera García, ob. cit., pag. 15

¹⁴ Usieto-Blanco, A., La defensa de la competencia en la experiencia argentina, en El nuevo régimen del Derecho de la competencia, cit., pag. 87

¹⁵ Menéndez, La competencia desleal, cit. Por Robles Martín-Laborda, ob. cit., pag. 71

¹⁶ Ariño Ortiz, idem ant

¹⁷ Robles Martín-Laborda, ob. cit., pag. 14

¹⁸ Soriano García, J., La defensa de la competencia en España: una exposición de sus fundamentos políticos, La Ley, n° 249, Bs. As., 1992

2. En el Estado Social de Derecho

Una vez superado el ideal previsto por la escuela clásica, de que la competencia perfecta surgiría del libre juego de la oferta y la demanda, nuevas corrientes de pensamiento comienzan a apartarse del iusnaturalismo y a afirmar, desde el positivismo, que la libertad y la igualdad no se producen de manera espontánea, sino que constituyen un deber ser a construirse.

El Estado tiende a abandonar, entonces, su actitud abstencionista, disponiéndose a conformar la economía. Como señala Robles Martín-Laborda, “la mano invisible de la Ley Natural es sustituida por la muy visible de los poderes públicos.” En este contexto comienzan a afirmarse la función social de la propiedad y de la actividad empresarial, los derechos sociales, y muy particularmente relacionado con el tema que nos ocupa, el derecho de los consumidores.

La nueva perspectiva se recoge en la propuesta de Economía Social de Mercado, de la Escuela de Friburgo, para cuyos miembros, la libre competencia lleva a su contrario en su seno: la libertad para actuar en el mercado permite la realización de acuerdos que llevan a limitar o suprimir la competencia. Es por ello que es preciso dictar normas que establezcan las reglas de juego para la conformación del orden económico y social, y vigilar su cumplimiento.

3. Antecedentes en el Derecho comparado

Como expresa Nazar Espeche¹⁹, el Derecho comparado muestra diferentes esquemas para dotar al Estado de esos instrumentos de defensa de la competencia.

a) Estados Unidos

a) Ley Sherman

Vigente desde 1890, fue reformada en 1914. Esta ley declaraba ilegal cualquier contrato, combinación o conspiración que restringiera el tráfico o el comercio entre los Estados o con países extranjeros, castigando toda acción monopólica. Esta normativa permitía aplicar sanciones de multa y condena a cesar los actos ilegítimos, pudiendo llegar hasta la prisión además de la indemnización por los daños causados. En su marco, resultaban ilícitas las acciones conducentes a la fijación de precios en el mercado o a la exclusión de competidores.

También en su marco, una sentencia de la Corte Suprema, de 1911, instaura la llamada “rule of reason”, estableciendo el criterio de que resultan alcanzadas aquellas restricciones no razonables, según las circunstancias del caso.

b) Ley Clayton

Esta ley de 1914, complementaria de la anterior, prohibió fijar precios discriminatorios y celebrar contratos mediando cláusulas restrictivas, así como la actuación de sociedades holding y la intervención en otras sociedades mediante gestores comunes (hoy llamada conjunto económico). La prohibición de fijar precios discriminatorios es recogida también en la **Ley Robinson Patman** de 1936.

c) Ley Seller-Kefauver

Por esta norma de 1950 se ajusta la Ley Clayton, extendiendo la prohibición de adquisición de acciones a la de adquisición de patrimonios.

d) Ley Hart-Scott-Rodino

Esta ley de Desarrollo Antimonopolio, de 1976, estableció la notificación previa a la fusión.

Cabanellas²⁰ señala dos características importantes de la legislación *antitrust* norteamericana. La primera es que ésta considera que existe infracción “*per se*” cuando, demostrados los extremos que hacen a determinada conducta “*per se*”, no es necesario, para determinar la ilicitud, efectuar análisis adicional alguno sobre sus motivos, causas o efectos. La segunda es el carácter jurisprudencial de las infracciones, sujetas a la regla de la razón, de manera que, una vez probados ciertos extremos que permiten encuadrar la conducta en

¹⁹ Nazar Espeche, F., Defensa de la competencia, Buenos Aires, 2001

²⁰ Cabanellas de las Cuevas, G., Derecho antimonopolio y de defensa de la competencia, Buenos Aires, 1983, cit. por Nazar Espeche.

la norma, la ilicitud queda sujeta a la discreción judicial, que apreciará la razonabilidad, propósito y efectos de dicha conducta. Para definir si existe una restricción a la competencia es necesario observar los antecedentes jurisprudenciales.

b) Europa

Es ya clásica en el tema, la frase de Garrigues, en el sentido de que, “los principios americanos de la legislación *antitrust* penetran en Europa en la mochila de los soldados de los ejércitos de ocupación de Alemania”²¹.

De manera coincidente, observa Robles Martín-Laborda, que la legislación de defensa de la competencia no se generaliza en Europa hasta el final de la Segunda Guerra Mundial, y lo hace como consecuencia de las presiones de los Estados Unidos. Concretamente en el caso de España, el 23 de setiembre de 1953 se firmó un convenio entre ambos gobiernos, por cuyo artículo 2º España se comprometía a “desalentar” las prácticas y arreglos comerciales que tuvieran carácter de monopolio o cártel de los que pudiera resultar una restricción de la producción o un aumento de los precios. Dicho compromiso fue cumplido diez años después, ya celebrado el Tratado de Roma.

Por otra parte, puede decirse con Olivera García²² que, en Europa, el Derecho de defensa de la competencia se desarrolla fundamentalmente en relación con el Derecho de la competencia desleal, pudiendo distinguirse, según lo hacen la doctrina alemana y la española, tres etapas: la del modelo paleoliberal, la del modelo profesional, y la del modelo social.

El modelo paleoliberal, propio del siglo XIX, presenta las características que se han marcado en el Estado liberal de Derecho, con ausencia de normativa general sobre la materia y afirmación del principio de libertad de industria y comercio, considerándose negativa la intervención del Estado en la economía. Se cita como característica de este modelo, la ley alemana “*Markenschutzgesetz*” de 30 de noviembre de 1874.

El modelo profesional, de principios del siglo XX, así llamado por el protagonismo que en él tienen los profesionales del comercio, consagra el derecho subjetivo de los comerciantes a demandar del Estado una protección específica contra la competencia desleal, como forma de ilícito profesional, sancionable a través de acciones judiciales. Puede citarse como ejemplo, la ley alemana de 9 de junio de 1909, que prevé la posibilidad de demandar el cese de comportamientos competitivos en el tráfico económico, que sean contrarios a las buenas costumbres, así como la indemnización correspondiente. En España, este modelo se introduce a través del artículo 10 bis del Convenio de la Unión de París e, internamente, mediante el artículo 10 del Estatuto de Publicidad de 11 de junio de 1964, que culmina con los artículos 87 a 89 de la Ley de Marcas.

Señala Robles Marín-Laborda²³, que es con la consolidación del modelo profesional en España, que tiene lugar la emancipación de la disciplina de la competencia desleal. En este período, el bien jurídico tutelado por dicha disciplina es la propiedad de la empresa y los derechos exclusivos sobre bienes inmateriales relativos a la misma. En efecto, los primeros supuestos sobre competencia desleal aparecieron en las leyes sobre signos distintivos.

El modelo social, que se instaura con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, desplaza el objeto de tutela, desde los intereses individuales de los competidores a la protección del orden económico del mercado, que resulta de la composición de diversos intereses: el del Estado, el de los competidores, y el de los consumidores. Distintas normas se inspiran en este enfoque, como las leyes inglesa y española, de prácticas restrictivas de la competencia, de 1956 y 1963, respectivamente.

La perspectiva mencionada se relaciona con lo que Robles Martín-Laborda²⁴ denomina “concepción instrumental y funcional de la competencia”, deducida originariamente de los postulados del Estado Social en Alemania. Esta concepción se plantea como objetivos que integran la función económica de la competencia, entre otros, la ampliación de las posibilidades de elección de los consumidores y las oportunidades empresariales, la distribución de la renta, el progreso técnico, etc.

La ley española de 1963 prohibía las prácticas restrictivas resultantes de acuerdos entre empresas y las denominadas prácticas abusivas producto de la explotación de situaciones dominantes. Ya vigente la Constitución de 1978, en cuyo artículo 38 “*se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*”, se dicta una nueva ley que sustituye a la de 1963, adecuando sus disposiciones a las normas

²¹ Garrigues, J. La defensa de la competencia mercantil, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964, pag. 24

²² Olivera García, R., ob. cit., pag. 17

²³ Robles Martín-Laborda, ob. cit., pag. 59

²⁴ Robles Martín-Laborda, ob. cit., pag. 44

comunitarias. Desde la ley de 1963 está presente la idea de que, junto al interés público de proteger la libertad de mercado, debe tutelarse el interés de los perjudicados por las prácticas prohibidas. En la Exposición de Motivos de la norma, se afirmaba que su “ratio última” era “la protección al interés de los consumidores.”

En lo que tiene que ver con el **Derecho comunitario**, refieren a la defensa de la competencia, los artículos 85 a 94 del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Estas disposiciones se adoptaron a propuesta de la delegación alemana, compuesta por Ludwig Erhard y Alfred Müller-Armack, integrantes de la Escuela de Friburgo.

Los artículos 85 y 86 (actuales artículos 81 y 82 del Tratado de Ámsterdam)²⁵ prohíben:

a) *“Los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del Mercado Común”*. Expresa la norma que estos acuerdos o decisiones son “nulos de pleno derecho”, aunque la prohibición puede ser declarada inaplicable a acuerdos, decisiones de asociación, o prácticas concertadas que *“contribuyan a mejorar la producción o la distribución de productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, u ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.”*

b) *“En la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante”*.

c) MERCOSUR

La primera en la materia fue la **Ley brasileña** N° 4.137 de 1962, sobre abuso del poder económico.

En **Argentina**, la Ley N° 11.210 de 28 de agosto de 1923 regulaba los monopolios, contemplando la conducta que afecta la competencia como un delito tipificado en el Código Penal. Esta norma declaraba delito todo convenio, pacto, combinación, amalgama o fusión de capitales tendiente a sostener el monopolio y lucrar con él. Incluía también la prohibición de conductas restrictivas de la competencia o que implicaran la obtención de grandes ganancias sin proporción con el capital invertido.

En 1946 se dicta la Ley N° 12.906, que mantiene el concepto de monopolio como sancionable penalmente, y amplía los actos tendientes al establecimiento del monopolio o restricción de la competencia.

Ante el fracaso de la normativa mencionada, en virtud de las dificultades que determinaba el tratamiento de las conductas como ilícitos penales, se dictó en Argentina la Ley N° 22.262, que comenzó a tratar las figuras anticompetitivas bajo normas que reglamentaban propiamente la defensa de la competencia. A partir de ella se reprimieron los actos de limitación o distorsión de la competencia, de modo que pudiera resultar perjuicio para el interés económico general.

Finalmente, por la Ley N° 25.156 se prohíben los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyen abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

En **Paraguay** se aprobó, en 1996, un decreto reglamentario de las disposiciones del Tratado constitutivo de la Organización Mundial de Comercio, que hacen referencia a la libertad de competencia en el mercado, a las prácticas que implican abuso de posición dominante y al dumping.

En el **Derecho de la Integración** producido en el ámbito del MERCOSUR, corresponde destacar el Protocolo de Defensa de la Competencia suscrito en Fortaleza con fecha 17 de febrero de 1996.

El artículo 4° de dicho Protocolo define como infracción *“... independientemente de culpa, los actos individuales o concertados, de cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados Partes”*²⁶.

La norma se aplicará a los *“actos practicados por personas físicas o jurídicas, de Derecho público o privado u otras entidades, que tengan por objeto producir o que produzcan efectos sobre la competencia en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados Partes”* (artículo 2°).

²⁵ El Tratado de Ámsterdam entró en vigor el 1° de mayo de 1999.

²⁶ Corresponde tener en cuenta que, como observa Nazar Espeche, el mercado relevante se determina en función de los productos que en él se comercializan y del ámbito geográfico en el cual la empresa se desenvuelve.

De manera casuística, el artículo 6° formula un elenco de prácticas que, además de otras, en la medida que configuren hipótesis del artículo 4°, caracterizan prácticas restrictivas de la competencia.

El Protocolo prevé órganos de aplicación regionales: la Comisión de Comercio del MERCOSUR, en los términos del artículo 19 del Protocolo de Ouro Preto, y el Comité de Defensa de la Competencia que crea (artículo 8°). El Comité, órgano de naturaleza intergubernamental, se integra por los órganos nacionales de aplicación del Protocolo en cada Estado Parte. A su vez, el artículo 30 prevé, para asegurar la implementación del Protocolo, que los Estados partes, por medio de sus órganos nacionales de aplicación, adopten mecanismos de cooperación y consultas en el plano técnico.

Es interesante la previsión del artículo 32, en cuanto dispone que los Estados Partes se comprometen a elaborar normas y mecanismos comunes *“que disciplinen las ayudas de Estado que puedan limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia y sean susceptibles de afectar el comercio entre los Estados Partes”* (artículo 32).

El artículo 7°, por su parte, prevé que *“los Estados Partes adoptarán, para fines de incorporación a la normativa del MERCOSUR y dentro del plazo de dos años, normas comunes para el control de los actos y contratos, de cualquier forma manifestados, que puedan limitar o de cualquier forma perjudicar la libre competencia o resultar en dominio del mercado regional relevante de bienes y servicios, inclusive aquéllos que resulten en concentración económica, con vistas a prevenir sus posibles efectos anticompetitivos en el ámbito del MERCOSUR.”*

El artículo 3° reserva a la reglamentación de cada Estado Parte, los actos practicados en el territorio respectivo, cuyos efectos sobre la competencia, a él se restrinjan (artículo 3°).

El Capítulo VII establece un sistema de sanciones, que incluye multas (cuya cuantificación se determinó por la Decisión del Consejo de 18 de junio de 1997), la prohibición de participar en compras públicas en cualquiera de los Estados Partes por un plazo, y la de contratar con instituciones financieras públicas de cualquiera de los Estados Partes, también por un plazo.

El artículo 13 prevé *«la inmediata cesación de la práctica investigada...»* en caso de urgencia o amenaza de daño irreparable. En sentido similar, el artículo 22 dispone que *“en cualquier fase del procedimiento, el Comité de Defensa de la Competencia podrá homologar, ad referendum de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, compromiso de cesación de la práctica investigada”*.

II. MARCO NORMATIVO URUGUAYO

A) Antecedentes

A nivel constitucional, el artículo 36 consagra la libertad de comercio: *“Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes.”* A su vez, el artículo 50 dispone en su inciso segundo que *“Toda organización comercial o industrial trustificada estará bajo el contralor del Estado”*. La primera de estas disposiciones ingresa en la Constitución en 1934, y la segunda en 1942.

Como señala Olivera García²⁷, al no existir otras normas en el Derecho positivo, a partir de las cuales construir un Derecho de la competencia, la doctrina y la jurisprudencia apelaban a normas y principios de Derecho privado, como los referidos al abuso del derecho, en particular el artículo 1321 del Código Civil: *“El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no le es imputable.”*

El autor menciona como antecedentes normativos en el tema de la concurrencia desleal, el Decreto N° 588/967 de 7 de setiembre de 1967 (que declaró aplicables en nuestro país las normas del Convenio de París de 20 de mayo de 1883, para la protección de la propiedad industrial). También cita como antecedentes de normas en que se recoge el concepto de defensa de la competencia, la Ley N° 11.073 de 24 de junio de 1948 sobre sociedades financieras de inversión, el Decreto-ley N° 14.791 de 8 de junio de 1978 que creó la DINACOPRIN (Dirección Nacional de Costos, Precios e Ingresos), y las Leyes N° 17.188 de 20 de setiembre de 1999 (sobre establecimientos comerciales de grandes superficies) y 17.250 de 11 de agosto de 2000 (de relaciones de consumo).

Finalmente, se dicta la Ley N° 17.243 de 29 de junio de 2000, cuyo Capítulo IV – Normas sobre defensa de la competencia (artículos 13 a 15) regula específicamente la cuestión. Posteriormente, la Ley

²⁷ Olivera García, ob. cit., pag. 23

Nº 17.296 de 21 de febrero de 2001, en sus artículos 157 y 158, establece aspectos que debería recoger la reglamentación de la Ley Nº 17.243, la que finalmente se dicta por Decreto Nº 86/001 de 28 de febrero de 2001.

La Ley Nº 17.243 mencionada se sanciona por el procedimiento de urgente consideración, aspecto que fuera cuestionado durante su discusión parlamentaria. Así, por ejemplo, en el Informe en minoría de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores, se señaló que sólo se trataba de una única ley, en sentido formal, “ya que por su contenido constituye un conjunto de leyes (más de una docena) con objetos que nada tienen que ver entre sí. El mecanismo constitucional se halla, de esta forma, desvirtuado por la dispersión, variedad y cuantía de los temas abarcados”. Se afirmó entonces, que de esa forma no se respetaba el espíritu del constituyente en el sentido de la prohibición de remitir otro proyecto con carácter de urgente consideración hasta no haber concluido el trámite del anterior.

Específicamente, las normas sobre defensa de la competencia fueron calificadas en dicho Informe en minoría, como “de muy modestos alcances”. Al defender el proyecto, el senador Atchugarry señaló que, en todo caso, estas normas incluyen los principios centrales en la materia, exceptuando de las conductas prohibidas, a las limitaciones a la competencia que la ley haya establecido en razón del interés general o en virtud de un servicio público.

B) Las previsiones de la Ley Nº 17.243 y disposiciones concordantes y reglamentarias

1. Principio y excepciones consagrados en el artículo 13

El artículo 13 de la Ley Nº 17.243 consagra el principio de sujeción de las empresas a las reglas de la competencia, y prevé como excepciones, las limitaciones que se establecieron a dicho principio, por ley y por razones de interés general o las que resultaran del carácter de servicio público de la actividad.

En efecto, dispone el artículo: *“Las empresas que desarrollen actividades económicas, cualquiera fuere su naturaleza jurídica, están sujetas a las reglas de la competencia, sin perjuicio de las limitaciones que se establecieron por ley y por razones de interés general (artículos 7º y 36 de la Constitución de la República), o que resulten del carácter de servicio público de la actividad de que se trate.”*

Desde la doctrina se ha observado que la expresión “empresas” llega a la norma desde las Ciencias Económicas, en cuyo ámbito define la organización de factores productivos (capital y trabajo) aplicados al desarrollo de una actividad de producción de bienes o servicios. Se señala, asimismo, que el concepto no coincide con el de sujeto de derecho, y que el desarrollar una actividad económica está implícito en la noción de empresa, por lo que podría haberse obviado. En definitiva, puede decirse que el texto tiene tal amplitud subjetiva, que alcanza a cualquier empresa, unipersonal o no, con o sin personería jurídica, privada o pública, estatal o no, nacional o extranjera, cualquiera sea su naturaleza jurídica y su actividad de contenido económico.

Expresa Durán²⁸ que, al disponer que esas empresas están sujetas a las reglas de la competencia, sin perjuicio de las limitaciones que se establecieron por ley y por razones de interés general (artículos 7º y 36 de la Constitución) o que resulten del carácter de servicio público de la actividad, la norma deroga los monopolios estatales.

En su argumentación, las únicas limitaciones admitidas son las referidas, y ellas no incluyen el supuesto de monopolio.

Servicios públicos, en sentido sustantivo, son las “actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de Derecho público.”²⁹ En sentido normativo, el servicio público es el que la ley define como tal.

En las actividades que se desarrollan en régimen de servicio público, puede haber o no concurrencia. Puede no haberla porque la ley dispone la exclusividad en su prestación a cargo de entidades estatales. Si, en cambio, la ley admite la concesión, la concurrencia puede darse entre concesionarios o entre concesionarios y el Estado.

²⁸ Durán Martínez, A., Monopolios estatales y Derecho de la competencia, en *El nuevo régimen del Derecho de la competencia cit.*, págs. 43 y siguientes

²⁹ Sayagués Laso, E., *Tratado de Derecho administrativo*, Mont., 1974, pag. 65

A la luz de las consideraciones precedentes con relación a las nociones de servicio público y exclusividad, es claro que la referencia del artículo 13 a las limitaciones que resulten del carácter de servicio público de la actividad, no ampara las limitaciones propias de un monopolio, situación jurídicamente diversa.

La noción de monopolio no se relaciona con la de servicio público, con la que, según se explicó, se relaciona la de exclusividad, sino con las actividades que el Estado desarrolla en el campo de la actividad privada, tomando la terminología de Sayagués³⁰. En ellas también puede haber o no haber concurrencia. Para excluirla, se requiere el establecimiento de un monopolio por ley (artículo 85, numeral 17 de la Constitución).

Entiende Durán, en opinión que no tenemos el agrado de compartir, que la referencia del artículo 13 a las limitaciones que se establecieron por ley y por razones de interés general (artículos 7° y 36 de la Constitución), no incluye el supuesto de monopolio. El autor precisa que el monopolio no es una limitación sino una privación de la libertad de ejercer determinada actividad, y que la norma remite a los artículos 7° y 36, y no al artículo 85, numeral 17.

En nuestra opinión, el monopolio legal constituye una especie del género o situación particular de las limitaciones que se establecen a las reglas de la competencia, por ley y por razones de interés general.

2. Definición de conductas prohibidas

El artículo 14 prohíbe una serie de **conductas** que el legislador consideró contrarias a las reglas de la competencia aludidas en el artículo anterior.

Ellas son:

- a) los acuerdos y prácticas concertadas entre los agentes económicos;
- b) las decisiones de asociaciones de empresas;
- c) el abuso de la posición dominante de uno o más agentes económicos³¹.

A continuación la norma enumera algunas conductas que pueden constituir supuestos de las descriptas.

A su vez, para que la conducta pueda ser encuadrada en la prohibición, debe reunir dos **requisitos adicionales**:

- a) tener por efecto³² impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios, y
- b) generar perjuicio relevante al interés general.

En lo que tiene que ver con los **acuerdos y prácticas concertadas** entre los agentes económicos, observa Olivera García³³, en opinión que nos parece compartible, que se trata de comportamientos frecuentes y necesarios en el comercio (acuerdos de producción, comercialización, financiamiento, etc.). Pero si esos acuerdos cumplen las dos condiciones adicionales que tienen que ver con la afectación de la competencia y el libre acceso al mercado y con el perjuicio relevante al interés general, como ocurre cuando se acuerdan precios o distribución de mercado, por ejemplo, dejan de ser comportamientos permitidos.

Nazar Espeche³⁴ señala que los acuerdos pueden ser "horizontales" o "verticales". Los primeros son los convenios entre empresas que se encuentran en un mismo nivel del proceso productivo. Puede decirse que existe una relación horizontal entre empresas, según la define la resolución 40/01 de la Secretaría de la Competencia y del Consumidor argentina, cuando ellas actúan en un mismo mercado como oferentes o demandantes de bienes o servicios. Los acuerdos "horizontales" pueden referir a precios y condiciones de venta, reparto de zonas, mercados, clientes y fuentes de aprovisionamiento, etc.

Se llama acuerdos "verticales" a los celebrados entre quien suministra y aquel a quien se suministra. Constituyen ejemplos de ellos, los acuerdos de distribución o suministro exclusivos.

Con relación a las **decisiones de asociaciones de empresas**, Olivera García señala que se trata de acuerdos de carácter más permanente o estable que los anteriormente analizados, y que la hipótesis comprendería "los casos de fusión, escisión, transferencia de establecimiento comercial, *joint ventures*, constitución de una filial común u otros acuerdos de similar naturaleza".

³⁰ Idem ant., pag. 80. El uso de la expresión "exclusividad" en relación con el cometido de servicio público, y el de la expresión "monopolio" en relación con el cometido de actuación estatal en el campo de la actividad privada, constituye una convención de lenguaje adoptada por Sayagués y seguida por la doctrina más recibida.

³¹ En las conductas prohibidas no está prevista la restrictiva de la competencia, de un agente aislado, que no tenga posición dominante. Se entiende que podría entrar en la noción de competencia desleal, que puede ampararse en el artículo 1319 del Código Civil y en el artículo 10 bis del Convenio de París, ratificado por nuestro país en 1966.

³² La expresión "que tengan por efecto" no plantea la exigencia de una intencionalidad en el agente.

³³ Olivera García, ob. cit., pag. 28.

³⁴ Nazar Espeche, ob. cit., pags. 36 y siguientes

Respecto del **abuso de posición dominante**, otros ordenamientos jurídicos han sido mucho más minuciosos para la definición del concepto de posición dominante. Así, por ejemplo en el artículo 22 de la Ley alemana en la materia, se toma como elemento distintivo de esa posición el carecer de competidor o la ausencia de competencia sustancial; y el artículo 4º de la Ley argentina N° 25.156 dispone que. *“A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de una posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo, o cuando, sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de éstos.”* Adicionalmente, el artículo 5º de esta ley establece circunstancias que deben considerarse a fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, tales como:

- a) el grado en que el bien o servicio es sustituible, condiciones y tiempo para tal sustitución;
- b) el grado en que las restricciones normativas limitan el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado;
- c) el grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder.

Señala Nazar Espeche³⁵ que la posición dominante “es una posición de fuerza económica de la que se vale una empresa, que le da facultades para impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en un mercado relevante, posibilitándole un comportamiento independiente tanto de sus competidores como de sus clientes.”

Olivera García, por su parte, expresa que la posición dominante está dada por la circunstancia de que uno o varios operadores económicos, individualmente considerados, ocupan una posición de predominio en el mercado, por ser único oferente o demandante (monopolio o monopsonio) o por no estar sometido a una competencia sustancial (oligopolio u oligopsonio).

La ley uruguaya exige, además, que el comportamiento sea abusivo. En este sentido, se afilia a la posición de que la posición de dominio no es mala *“per se”*.

En general, suelen considerarse comportamientos abusivos, entre otros, los precios predatorios, los precios o condiciones discriminatorios (diferenciados de forma injustificada en la oferta o demanda de bienes y servicios), el rechazo parcial o total a tratar en términos comerciales acostumbrados, hacer depender la oferta de la aceptación de restricciones sobre la distribución o producción de bienes competitivos.

En lo que tiene que ver con la condición de **“impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado** de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios”, cabe acudir al sentido natural y obvio que estas expresiones tienen según el Diccionario de la Lengua.

Impedir es “estorbar, imposibilitar la ejecución de algo”. Restringir es “ceñir, circunscribir, reducir a menores límites; apretar, constreñir”. Y distorsionar es “torcer o desequilibrar, deformar de modo intencionado”. En síntesis, puede decirse que esta condición de las conductas prohibidas tiene que ver con afectar la competencia y el libre acceso al mercado, sea por imposibilitarlos, constreñirlos o de algún modo alterarlos.

Vale señalar que en esta parte la norma distingue la competencia -que puede definirse como se hizo *“supra”* con Olivera García, como fenómeno de confrontación entre los titulares de pretensiones coincidentes que no admiten satisfacción conjunta-, del libre acceso al mercado. Sin perjuicio de la posibilidad y pertinencia de efectuar tal distinción teórica, Nazar Espeche³⁶ señala, en opinión que compartimos, que, en definitiva, lo que impide el libre acceso al mercado también constituye un acto contrario a la sana competencia. Sin embargo, el propio autor precisa que el concepto de acceso al mercado hace referencia, específicamente, a los problemas que hallan las empresas para introducirse en determinado mercado.

Por último procede destacar en relación con el efecto distorsivo de la competencia o el libre acceso al mercado, que la norma considera su producción con criterio objetivo, prescindiendo de cualquier valoración de la conducta empresarial³⁷.

El análisis de la condición de **generar perjuicio relevante al interés general** convoca dos conceptos jurídicos indeterminados: el de “perjuicio relevante” y el de “interés general”.

Los conceptos jurídicos indeterminados fueron definidos por Barbé Pérez³⁸, citando a García de Enterría, como conceptos “cuya indeterminación conceptual resulta de la dificultad de precisar, en el proceso de cons-

³⁵ Nazar Espeche, ob. cit., pag. 22

³⁶ Nazar Espeche, ob. cit., pags. 24 y siguientes

³⁷ Conf. Olivera García, ob.cit., pag. 29

³⁸ Barbé Pérez, Adecuación de la administración conformadora del orden económico y social a las exigencias del Estado de Derecho

tatación, si se cumple la determinación realizada por la norma.³⁹ Se resuelven en una única solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta, como resultado de una operación de naturaleza intelectual y no volitiva. Se distinguen de la actividad discrecional, porque en ella puede elegirse entre múltiples soluciones justas.

El concepto jurídico indeterminado, ha dicho García de Enterría, tiene un núcleo de certeza y un halo de incertidumbre.

En cuanto a la noción de interés general, parece adecuada la propuesta por Vedel, quien lo define como la composición entre diversos intereses de los particulares, que se cumple cuantitativa y cualitativamente. En este sentido es preciso señalar que no es la mera suma de los intereses de los particulares; tampoco es exclusivamente el interés del mayor número, ya que debe armonizar los intereses de la mayoría (aspecto cuantitativo), con los intereses de minorías que se consideran dignos de protección jurídica en el estado actual de desarrollo de la conciencia humana (aspecto cualitativo).

Será el intérprete, quien decidirá si la distorsión en el mercado genera perjuicio relevante al interés general.

Es interesante señalar que en el proyecto remitido al Parlamento, se establecía que: *“La aplicación de estas normas procede sólo cuando la distorsión en el mercado genere perjuicio relevante al interés general”*. El vocablo “sólo” no aparece en el texto sancionado, lo que podría habilitar una interpretación piedeletrista en el sentido de que la aplicación de las normas procede, tanto cuando la distorsión genera dicho perjuicio como cuando no es así. Nuestra opinión, sin embargo, es que claramente se trata de un requisito adicional, ya que, de no serlo, su previsión carecería de sentido para la intelección de la norma.

Por otra parte, cabe también analizar el acierto de la afirmación de que toda distorsión en el mercado genera *“per se”*, al menos un perjuicio al interés general, cual es el de limitar la libertad de elección de los agentes económicos. De admitirse este criterio, únicamente quedaría al intérprete, la ponderación de la relevancia de tal perjuicio, el que sería de principio. Ésta parece ser la interpretación adoptada en Argentina, en fallo de la Cámara Nacional en lo Penal Económico, de 31 de mayo de 1988, en autos *“Arenera Puerto Nuevo S.A. y otros”*, en el que se expresó que el interés económico general está preservado cuando lo está el funcionamiento del mercado, ya que de este modo se obtienen los beneficios de la libre competencia.

En nuestra opinión, no todo fallo de la competencia genera, por sí, un perjuicio relevante al interés general, por lo que nos parece adecuada la solución legal de sancionar sólo a los que lo causan.

En lo que respecta a las conductas enumeradas por el artículo 14 de manera no taxativa, ellas tienen que ver con la imposición en forma permanente, directa o indirecta, de precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva para los consumidores; la restricción injustificada de la producción, la distribución y el desarrollo tecnológico, en perjuicio de empresas o consumidores; la aplicación injustificada a terceros contratantes, de condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalentes, colocándolos en desventaja importante frente a la competencia; la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de obligaciones complementarias o suplementarias que, por su naturaleza o los usos comerciales, no tengan relación con el objeto de esos contratos, en perjuicio de los consumidores; y, en forma sistemática, la venta de bienes o la prestación de servicios a precio inferior al costo, sin razones fundadas en los usos comerciales, incumpliendo obligaciones fiscales o comerciales.

3. Autoridades de aplicación

El artículo 157 de la Ley de Presupuesto Nacional N° 17.296 de 21 de febrero de 2001, comete a la reglamentación de las normas de defensa de la competencia de la Ley N° 17.243, la definición de la repartición del Estado a la que se asigna el control de los actos y conductas prohibidos. Adicionalmente establece las sanciones a aplicarse.

La reglamentación se dicta por Decreto N° 86/001 de 28 de febrero de 2001. Su artículo 1° dispone que la Dirección General de Comercio será la autoridad de aplicación de las normas sobre defensa de la competencia y tendrá competencia en el control de los actos y conductas prohibidos.

Esta Dirección General de Comercio es una dependencia desconcentrada del Ministerio de Economía y Finanzas, que surge a partir de la fusión de la Dirección Nacional de Zonas Francas y la Dirección General de Comercio Exterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 159 de la Ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996. En

³⁹ La indeterminación conceptual del interés general fue marcada en el Informe en minoría de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores, que analizó el proyecto de ley, en los términos siguientes: “Otro aspecto que nos parece discutible es el último inciso del artículo 14 que limita la aplicación de estas normas a casos de perjuicio relevante al interés general, expresión suficientemente imprecisa para generar dudas. Además, puede haber conductas que no afecten el interés general, pero sí intereses particulares que sea necesario o conveniente proteger.”

el artículo 163 de la misma ley se crean tres áreas funcionales en su ámbito: Área Zonas Francas, Área Comercio Exterior y Área Defensa del Consumidor. La norma de reformulación de su estructura organizativa es el Decreto N° 2/998 de 9 de setiembre de 1998. Este Decreto define sus objetivos estratégicos, estructura organizativa, estructura de puestos de trabajo y cometidos, entre los que, a la fecha de su dictado, aún no figuraba la materia de la defensa de la competencia.

Es el artículo 158 de la Ley N° 17.296, la norma que establece las funciones y facultades de la Dirección general de Comercio en dicha materia.

Corresponde a este órgano de aplicación:

a) “Requerir a las autoridades nacionales o municipales y a los particulares, la documentación, información y colaboración que juzgue necesarias a los efectos de cumplir con sus cometidos y en especial, con los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes.

b) Habilitar los centros especializados de arbitraje a que refiere el artículo 15 de la Ley N° 17.243, de 29 de junio de 2000.

c) Emitir opinión en los asuntos que se sometan a su consideración o analice en el marco de su competencia e informar y asesorar respecto de acuerdos, prácticas restrictivas, decisiones de empresas y demás cuestiones relativas a la defensa de la competencia.

d) Imponer las sanciones establecidas en la presente ley.

e) *Dispondrá de las más amplias facultades de investigación y fiscalización, pudiendo requerir de los organismos especializados la colaboración necesaria a los efectos de la realización de inspecciones, investigaciones, pericias, controles y comprobaciones. Podrá, asimismo, requerir la comparecencia de los investigados y de terceros a efectos de proporcionar información. Los datos e informaciones obtenidos solo podrán ser utilizados para las finalidades previstas en la ley.*

f) Solicitar en forma fundada, al Juez competente, las medidas cautelares que estime pertinentes, procedimiento en el que estará exonerado de prestar contracautela.

g) Proyectar y someter a la consideración del Poder Ejecutivo el procedimiento pertinente, a los efectos de la constatación de la realización de los actos o las prácticas prohibidos y la aplicación de sanciones, ya sea de oficio o por denuncia de parte interesada y legitimada al respecto, garantizándose al denunciado o investigado el ejercicio del derecho de defensa.

h) *Promover la celebración de acuerdos, conciliaciones o compromisos de cese, en los asuntos sometidos a su consideración.”*

En materia de servicios de energía y agua, compete a la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA), creada por la Ley N° 17.598 de 13 de diciembre de 2002, *“prevenir conductas anticompetitivas y de abuso de posición dominante en las actividades de la industria respectiva, según lo dispuesto en los artículos 13 y siguientes de la Ley N° 17.243 de junio de 2000, y 157 y siguientes de la Ley N° 17.296 de 21 de febrero de 2001, en materia de defensa de la competencia, respetando el principio de igualdad”* (artículo 14, literal O) de la Ley N° 17.598 citada).

En materia de servicios de comunicaciones, compete a la URSEC, *“prevenir conductas anticompetitivas y de abuso de posición dominante en las actividades referidas en el artículo 71 de la precitada ley -refiere a la ley N° 17.296, de creación de dicha Unidad Reguladora- sin perjuicio de lo dispuesto en las normas vigentes en materia de servicios públicos y monopolios legalmente establecidos”* (artículo 89 de la ley N° 17.556 de 18 de setiembre de 2002).

Adicionalmente, el artículo 2° de esta ley incluye entre los objetivos conforme a los cuales deben cumplirse las actividades reguladas por la URSEA, *“la promoción de la competencia en la prestación, sin perjuicio de los monopolios y exclusividades legalmente dispuestos”* (literal F). En esta disposición, puede advertirse que el legislador tuvo clara la distinción explicada *“supra”*, entre actividades monopólicas y actividades en régimen de servicio público respecto de las cuales pueden consagrarse exclusividades.

Idéntica previsión se encuentra contenida en el literal d) del artículo 72 de la Ley N° 17.296, aplicable en el ámbito de competencia de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC), creada por esta ley.

Ambas Unidades Reguladoras son órganos desconcentrados del Poder Ejecutivo, sin perjuicio de la facultad de avocación de éste, con funcionamiento en el ámbito de la Comisión de Planeamiento y Presupuesto, con autonomía técnica y atribuciones de regulación y control (artículos 1° y 3° de la Ley N° 17.598, y 70 y 74 de la Ley N° 17.296).

Corresponde analizar cómo se armonizan, a partir de las disposiciones mencionadas, las atribuciones en materia de defensa de la competencia, de la Dirección General de Comercio y cada una de estas Unidades Reguladoras.

Tomando las antes citadas normas atributivas de competencia a la URSEA en la materia, puede observarse que los verbos nucleares son: “prevenir” y “promover”.

En el Diccionario de la Academia, la locución “prevenir” tiene el significado de “preparar, aparejar y disponer con anticipación las cosas necesarias para un fin; prever, ver, conocer de antemano o con anticipación un daño o perjuicio”; pero también “precaer, evitar, estorbar o impedir una cosa”.

Por su parte, “promover” es, según dicho Diccionario, “iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro; tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo”.

Vale decir que la URSEA y la URSEC tienen el “poder-deber” –ya que las atribuciones orgánicas son poderes-deberes- de precaer, evitar o impedir las conductas anticompetitivas y de abuso de posición dominante en las actividades bajo su regulación y control (artículo 14, literal O) de la ley N° 17.598 y artículo 89 de la ley N° 17.556, respectivamente). Por otra parte, en dichas actividades debe cumplirse el objetivo de procurar el logro de la libre competencia en la prestación, sin perjuicio de los monopolios y exclusividades (artículo 2°, literal F de la misma ley, y literal d) del artículo 72 de la Ley N° 17.296).

A nuestro juicio, el tenor del literal O) del artículo 14 citado permite sostener que la autoridad de aplicación de las normas de defensa de la competencia es, en el ámbito de las actividades reguladas por la URSEA, la propia URSEA. En efecto, expresa la ley que su poder-deber de prevenir, esto es, precaer, evitar o impedir las conductas prohibidas, en las actividades reguladas, se cumplirá “según lo dispuesto en los artículos 13 y siguientes de la Ley N° 17.243, de 30 de junio de 2000, y 157 y siguientes de la Ley N° 17.296, de 21 de febrero de 2001.”

En el caso de las actividades de la industria eléctrica, ello surge de manera clara e indubitable, además, del artículo 18 del Reglamento del Mercado Mayorista aprobado por Decreto N° 360/002 de 11 de setiembre de 2002: *“El Regulador será la autoridad de aplicación en el ámbito del sector eléctrico, de las normas sobre defensa de la competencia contenidas en los artículos 13 a 15 de la Ley N° 17.243 de 29 de junio de 2000 y 157 y 158 de la Ley N° 17.296 de 21 de febrero de 2001, y tendrá competencia en el control de los actos y conductas prohibidos.”*

Normas de defensa de la competencia, concordantes con los artículos 14 y siguientes de la Ley N° 17.243 fueron incluidas, en el ámbito de competencia de la URSEA, también en el Capítulo IV de la reglamentación de actividades vinculadas al Gas Licuado de Petróleo (GLP), aprobado por Resolución de dicha Unidad N° 5/004 de 6 de febrero de 2004.

La atribución de competencia en la materia no es tan clara para la URSEC, en virtud de que el artículo 89 de la Ley N° 17.556 no incluye la remisión que aparece en el literal O) del artículo 14 de la Ley N° 17.598: *“según lo dispuesto en los artículos 13 y siguientes de la Ley N° 17.243 de junio de 2000, y 157 y siguientes de la Ley N° 17.296 de 21 de febrero de 2001, en materia de defensa de la competencia, respetando el principio de igualdad”*, remisión que refiere a las normas sustantivas de defensa de la competencia, así como a la potestad sancionatoria y a las funciones y facultades del órgano de aplicación.

4. Procedimiento

El procedimiento para la investigación y tramitación de los hechos presuntamente ilícitos en materia de defensa de la competencia se rige por lo dispuesto en los artículos 2° y siguientes del Decreto N° 86/001.

Se trata de un procedimiento particular en razón de la especialidad de su objeto, sin perjuicio de la aplicación supletoria del Decreto N° 500/991 de 27 de setiembre de 1991 (artículo 9° del Decreto N° 86/001).

Las **etapas** de este procedimiento son las siguientes:

a) Iniciación de oficio, o a instancia de parte (emitiéndose pronunciamiento sobre la pertinencia de la denuncia en diez días)

b) Vista al presunto responsable, con plazo de diez días

c) Resolución sobre la prosecución o clausura, con plazo de diez días

d) Notificación personal a las partes

e) Diligenciamiento de la prueba pendiente, en sesenta días

f) Vista a las partes, en un plazo común de quince días

g) Resolución en un plazo de sesenta días

El procedimiento puede iniciarse **de oficio o por denuncia de parte**: persona física o jurídica, pública o privada cuyos intereses resulten perjudicados (artículo 2° del Decreto N° 86/001). Para iniciar el procedimiento se requiere, entonces, la **titularidad** de un interés perjudicado. La norma no especifica que deba tratarse de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, por lo que cabe concluir que resulta suficiente la invocación de un interés simple.

El derecho subjetivo es la situación jurídica subjetiva, cuya titularidad determina que la satisfacción de la pretensión esté impuesta por una regla de Derecho. Esa satisfacción es jurídicamente necesaria, y el ordenamiento jurídico proporciona los medios para obtenerla. En cambio, cuando existe un interés legítimo, si bien la pretensión está basada en reglas de Derecho, la satisfacción no es jurídicamente necesaria, siendo legítimo el comportamiento satisfactorio, pero también otro u otros no satisfactorios de la misma. La pretensión puede legítimamente ser satisfecha o puede legítimamente ser insatisfecha. En consecuencia, la satisfacción depende del ejercicio de una potestad discrecional⁴⁰.

La norma tampoco exige que se trate de un interés directo o personal.

Si el procedimiento se iniciara de oficio, se hará una relación de los hechos y fundamentos que lo motiven.

Si se iniciara por denuncia, ésta deberá contener identificación del denunciante, domicilio, objeto de la denuncia, hechos y derecho en que se funda, acreditándose los extremos exigidos por la ley y acompañando medios probatorios (artículo 3º). El órgano de aplicación debe expedirse sobre la pertinencia de la denuncia en un plazo de diez días (que son hábiles y perentorios como los demás del Decreto, según lo dispuesto en su artículo 8º).

Si decidiera que la denuncia es pertinente, la Administración dispondrá una **vista** al presunto responsable por el plazo de diez días. También se conferirá vista de la relación de hechos y fundamentos, por igual plazo, si el procedimiento se iniciara de oficio.

Contestada la vista o vencido el plazo respectivo, se dictará **resolución** con plazo de diez días, sobre la prosecución del procedimiento o su clausura si no hubiera mérito suficiente, **notificándose** personalmente a las partes (artículo 4º).

Notificada la resolución de continuación de los procedimientos, se dispondrá el diligenciamiento de la **prueba pendiente** en el plazo de sesenta días, pudiendo rechazarse la manifiestamente inconducente y requerir de oficio otros medios probatorios (texto dado por el artículo 1º del Decreto N° 440/002).

Concluido el período de prueba se conferirá **vista** a las partes en un plazo común de quince días, dictándose **resolución** en un plazo máximo de sesenta días (artículo 6º).

En cualquier estado del procedimiento, la autoridad de aplicación podrá:

- a) convocar a audiencias, para promover la celebración de acuerdos o conciliaciones,
- b) ordenar el cese provisorio de la conducta presuntamente ilícita,
- c) y llegar a acuerdos de cese o modificación de conductas con el presunto responsable, suspendiéndose los procedimientos (artículo 7º).

5. Sanciones

Las sanciones a los incumplimientos de las normas de defensa de la competencia se encuentran previstas en el artículo 157 de la Ley N° 17.296. Ellas son:

- a) el apercibimiento,
- b) el apercibimiento con publicación a costa del infractor,
- c) la orden de cese definitivo de los actos o conductas prohibidos y la remoción de sus efectos,
- d) multa de 500 hasta 20.000 Unidades Reajustables según que la infracción se califique de leve, grave o muy grave.

Estas sanciones pueden aplicarse de manera independiente o conjunta según las circunstancias del caso.

Cuando la gravedad de la infracción lo amerite podrá ordenarse el cese provisorio de los actos o conductas prohibidos, sin perjuicio de la iniciación del proceso administrativo que corresponda.

Los criterios para la determinación de la gravedad serán el daño causado, la modalidad y alcance de la restricción, la participación del infractor en el mercado, la duración de la práctica prohibida y la reincidencia o antecedentes del infractor.

Creemos que, por otra parte, nada obsta a que se apliquen, cuando corresponda por hallarse involucrada la competencia de regulación, las demás sanciones previstas en los artículos 89 de la Ley N° 17.296 y en el literal M del artículo 14 de la Ley N° 17.598, las que se graduarán según su gravedad y considerando la existencia o no de reincidencia.

A las ya mencionadas, las normas citadas agregan las siguientes: observación; las establecidas en los actos jurídicos habilitantes de la prestación de la actividad; decomiso de los elementos utilizados para cometer la infracción o de los bienes detectados en infracción, sanción que podrá ser aplicada en forma exclusiva

⁴⁰ Vid. Cajarville, Juan P., Procedimiento administrativo, Mont., 1992, ps. 48 y siguientes

o accesoria a las demás previstas; suspensión de hasta noventa días en la prestación de la actividad; y revocación de la autorización o concesión.

En cuanto a las multas entendemos que, en los casos en que el regulador ejerza estrictamente atribuciones de defensa de la competencia, deberá aplicar la norma especial del artículo 157 de la Ley N° 17.296, literal D). En tal sentido, no sería aplicable el criterio establecido en las normas que establecen la potestad sancionatoria general del regulador, en cuanto a que el monto de las multas sea repartido entre los usuarios afectados.

6. Arbitraje

El artículo 15 de la Ley N° 17.243 establece que toda contienda que se suscite que refiera a la defensa de la competencia, podrá ser sometida por las partes a arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en el Título VIII del Libro II del Código General del Proceso. Agrega que la reglamentación promoverá la habilitación de centros especializados a tales efectos. Cabe destacar que, en esta norma, la prerrogativa de someter la contienda a arbitraje, es de las partes. A la autoridad de aplicación compete la habilitación de los centros especializados al efecto.

En cumplimiento de dicho mandato, el Capítulo III del Decreto reglamentario N° 86/001 prevé que las controversias suscitadas en razón de los actos lesivos de la competencia prohibidos por la ley podrán ser sometidos a la decisión de árbitros pertenecientes a los Centros Especializados de Arbitraje debidamente habilitados.

Dichos Centros Especializados estarán integrados por un mínimo de doce árbitros, que deberán ser personas de reconocida idoneidad en materia comercial, económica o jurídica.

En forma consistente con la solución legal, se dispone que el arbitraje se regulará por lo dispuesto en los artículos 472 y siguientes del Código General del Proceso.

Cabe agregar que también la URSEA tiene asignada la potestad de constituir, cuando corresponda, el Tribunal Arbitral que dirimirá en los conflictos entre partes, en el marco de lo establecido en los artículos 472 y siguientes del Código General del Proceso (artículo 14, literal J de la Ley N° 17.598). En el caso de la URSEC, el artículo 86 dispone en su literal u, la potestad de promover la solución arbitral de las diferencias que se susciten entre agentes del mercado.

III. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO ALTERNATIVA DE LA REGULACIÓN

Como señala Cases Pallares⁴¹, existen determinados ámbitos en que la operatividad exclusiva del Derecho de la competencia no resulta posible o suficiente. En ellos se ha considerado razonable la actuación de la regulación. Es lo que ocurre en las situaciones de monopolio natural, definido "*supra*", o en que la competencia no asegura determinadas finalidades sociales.

El autor cita la opinión de alguna doctrina, que considera a la prohibición de conductas anticompetitivas como un caso de regulación en la medida en que se actúa mediante agencias, una regulación menos restrictiva e invasora⁴². Otros, como Breyer⁴³, en cambio, estiman que el Derecho de la competencia difiere de la regulación, tanto en sus propósitos como en sus métodos. En cuanto a sus propósitos, el Derecho de la competencia procura conseguir las condiciones para crear o mantener los elementos de un mercado competitivo, más que repetir los resultados de la competencia o corregir sus defectos. En cuanto a sus métodos, es un Derecho que actúa negativamente, por la prohibición de determinados tipos de conducta, en tanto que la regulación ordena, de manera positiva, comportamientos determinados.

Cases Pallares coincide con la perspectiva de Breyer, concluyendo en que la defensa de la competencia no es otra forma de regulación, sino una alternativa a ella. Mientras que la defensa de la competencia se coloca en una posición vigilante, como instrumento de acción indirecta que opera corrigiendo "*ex post*" las conductas que afectan el mercado, la regulación es directa, definiendo las conductas de las empresas en el mercado "*ex ante*".

⁴¹ Cases Pallares, L., ob. cit., pags. 35 y siguientes

⁴² Majone y La Spina, *Lo Stato regolatore*, cit. por Cases Pallares, ob. cit., pag. 38

⁴³ Breyer, S., *Antitrust, deregulation and the newly liberated marketplace*, cit. por Cases Pallares, ob. cit., pag. 38

En sentido complementario de lo expresado, López de Castro García-Morato y Ariño Ortiz señalan que, en general, los reguladores imponen condiciones de comportamiento mientras las autoridades de competencia imponen condiciones estructurales; los reguladores intervienen con frecuencia y necesitan un flujo de información continuo, mientras las autoridades de competencia actúan tras denuncia y recogen la información para el caso concreto; los reguladores persiguen un conjunto de objetivos más amplio, que les permite realizar un “*trading off*” entre ellos, sacrificando el objetivo de competencia⁴⁴.

Por otro lado, estos autores afirman la necesidad de una regulación para la competencia en los sectores regulados.

Diferentes han sido las soluciones en el Derecho comparado, desde el punto de vista de atribución de cometidos y poderes jurídicos, a efectos de lograr consistencia entre regulación y defensa de la competencia. En algunos países, como es el caso de Nueva Zelanda, se ha conferido potestad regulatoria al órgano que tiene atribuida la defensa de la competencia. En otros, como el Reino Unido, se prevé que el regulador tenga potestad para tratar temas de defensa de la competencia y, finalmente, en países como Alemania o Francia, se establecen mecanismos de coordinación entre el órgano regulador y el de defensa de la competencia.

IV. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN SECTORES REGULADOS

Según se señaló “*supra*”, compartimos la visión de la competencia como un proceso dinámico de rivalidad. Al respecto, Fernández Ordóñez⁴⁵ afirma que hay competencia allí donde los agentes que venden sus servicios están en tensión, preocupados porque sus clientes puedan abandonarlos porque no quieran seguir con ellos o porque sus competidores se los quiten. “Hay competencia cuando hay rivalidad entre los productores, y esta rivalidad es posible si el consumidor tiene la posibilidad real de elegir.”

También compartimos el enfoque propuesto por López de Castro García-Morato y Ariño Ortiz en el sentido de que la competencia en sectores regulados reviste características singulares, que resultan consecuencia de las peculiaridades de las actividades en dichos sectores, y que plantean la necesidad de una reformulación de la teoría y el Derecho de la competencia. En el nuevo modelo, la regulación trata de promover la competencia donde ella es posible y se limita a proteger los intereses de los consumidores –con referencia a seguridad, calidad y precio– donde ella no lo es. En este sentido, la regulación complementa el mercado, no lo sustituye.

A) Características particulares de los mercados regulados

Las principales particularidades de los sectores sujetos a regulación, que justifican la necesidad de una reformulación de la teoría y el Derecho de la competencia son las siguientes⁴⁶:

- a) Las actividades se desenvuelven en mercados en transición hacia la competencia
- b) Esos mercados muestran una fuerte tendencia a su reestructuración
- c) Se trata de sectores basados en infraestructuras de red
- d) Muchas de sus actividades se cumplen en régimen de servicio público
- e) El desarrollo de esas actividades suele tener importante impacto ambiental
- f) En el desarrollo de las actividades se presenta un fuerte riesgo de colusión

Con respecto a la primera de las características señaladas, de ser **mercados en transición hacia la competencia** -como ocurre, por ejemplo, con la generación de energía eléctrica en nuestro país, a partir de la Ley de marco regulatorio del sistema eléctrico nacional N° 16.832 de 17 de junio de 1997, que descalificó dicha actividad como servicio público-, puede observarse que se presenta la necesidad de dictar disposiciones transitorias a efectos de contemplar derechos adquiridos o expectativas legítimas de los operadores instalados o de determinados usuarios. Tal es lo que ocurre en nuestro país con referencia a la determinación del consumo para poder acceder a la categoría de gran consumidor de energía eléctrica, el que deberá reducirse progresivamente a efectos de ampliar el número de quienes pueden adquirir energía directamente en el mercado mayorista. El artículo 11 de la Ley N° 16.832 y el literal f) del artículo 6° del Reglamento General aprobado por Decreto N° 376/002 de 28 de junio de 2002, aluden a que se creen las condiciones para que los distribuidores y grandes consumidores puedan comprar energía a diferentes generadores, en un régimen de competencia que permita mejores condiciones.

⁴⁴ López de Castro García-Morato y Ariño Ortiz, pags. 303 y 304

⁴⁵ Cit. por López de Castro García-Morato y Ariño Ortiz, pag. 275

⁴⁶ Seguiremos para este análisis, el trabajo de López de Castro y Ariño cit.

Como consecuencia de esta característica de mercados en transición, también suelen adoptarse medidas coyunturales que favorezcan la entrada de nuevos agentes, mediante lo que se ha dado en llamar “discriminación positiva”.

La segunda característica, de la **tendencia a la reestructuración de los mercados**, se manifiesta en fenómenos de globalización, concentración empresarial, e integración de servicios.

Los estudios en la materia analizan al aumento de tamaño de las empresas, dando lugar a la llamada “obsesión o fiebre por el tamaño”, a pesar de que ese aumento tiene límites (deseconomías de escala, agotamiento de sinergias, etc.) que se contraponen a sus ventajas, siendo difícil la determinación de su nivel óptimo, aspecto que concierne a la regulación para la competencia.

Muchas empresas procuran la expansión internacional, la concentración horizontal, o la integración vertical. Como señalan López de Castro y Ariño, las fusiones y adquisiciones empresariales están sometidas en todos los países al control de las autoridades de defensa de la competencia y autoridades reguladoras.

Al respecto, se cita como ejemplo la decisión del Gobierno español de 1999 -siguiendo la recomendación del Tribunal de Defensa de la Competencia- que declara improcedentes por limitar gravemente la competencia en los mercados españoles de distribución de gas natural a consumidores regulados, y en el de comercialización de gas natural, las operaciones de concentración notificadas por Endesa y Gas Natural, de las que resultaba la integración de sus redes de gas natural en Aragón y Andalucía.

Otro ejemplo lo constituye la resolución del Ente Nacional Regulador de la Energía argentino (ENRE), de 10 de agosto de 2000, que exige que el grupo Endesa reduzca su participación en el sector de la distribución de energía eléctrica, ya que dominaba el cuarenta por ciento de dicho mercado por medio de Edenor y Edesur.

Otra tendencia que puede observarse en el ambiente de reestructuración de los mercados, es la de integración en empresas multiservicios, multimedia o multienergías, buscando la complementariedad de ventajas y activos. Ello es muy patente entre los sectores de telecomunicaciones y audiovisual, entre electricidad, gas y petróleo, así como con el sector financiero (alianza entre Telefónica de España y el BBVA, por acuerdo de 11 de febrero de 2000). Señalan López de Castro y Ariño, que convertirse en empresa “*multiutility*” es una prioridad estratégica de las empresas europeas.

Que sean sectores basados en **infraestructuras en red** supone, en ocasiones, una barrera⁴⁷ a la entrada de nuevos operadores. A efectos de superar esa dificultad, la regulación utiliza como instrumentos, la separación de actividades, la consagración del derecho de acceso y la gestión independiente del sistema.

La separación de actividades (“*unbundling*” o desintegración vertical de las distintas fases o segmentos del negocio) se traduce en medidas que tienen que ver con su diferente régimen jurídico y la estructura de la empresa. En lo relativo a la estructura de la empresa, puede ir desde una mera separación contable, pasando por una separación contable y de gestión, hasta una separación jurídica que, a su vez, puede permitir grupos o *holdings* o exigir una total separación accionaria.

La separación contable aparece justificada por la necesidad de garantizar criterios de transparencia in cuanto a los costos y las utilidades generadas en las diferentes fases de la actividad. La jurídica tiene por objeto evitar la puesta en práctica de conductas discriminatorias o predatorias por los operadores dominantes, que podrían aprovechar su capacidad financiera y peso en el mercado para impedir el acceso y consolidación de nuevos operadores. La separación de actividades también tiene que ver con la definición de regímenes diversos para actividades competitivas y no competitivas.

En nuestro país, el artículo 5° del Reglamento General para el sector eléctrico dispone que los sujetos que realicen más de una actividad de la industria eléctrica deberán presentar al regulador, resultados económicos de gestión separados para cada una de ellas, de acuerdo con las normas que dicho regulador establezca. Este principio de separación contable tiene su base legal en el artículo 15 de la Ley N° 16.832. Solución similar se consagró para las actividades de comercialización mayorista, transporte, envasado, recarga y distribución de Gas Licuado de Petróleo (GLP, supergás), en el artículo 27 del Reglamento respectivo aprobado por Resolución de la URSEA N° 5/004 de 6 de febrero de 2004.

El derecho de acceso a las redes de energía eléctrica es recogido en nuestro ordenamiento por el artículo 11 de la Ley N° 16.832 y el literal e) del artículo 6° del Reglamento General, y aparece mencionado entre los objetivos de la Exposición de Motivos de la ley. Se alude en dicha Exposición, a que debe promoverse el libre acceso de los generadores a todas las instalaciones de transporte de energía eléctrica, en condiciones de igualdad y no discriminación, con las únicas limitaciones que señala el Decreto-Ley Nacional de Electricidad y el propio proyecto de ley de marco regulatorio. También se recoge en el artículo 34 del Reglamento de

⁴⁷ Las barreras a la entrada pueden ser de diferente naturaleza: financieras, tecnológicas, jurídicas

Trasmisión aprobado por Decreto N° 278/002 de 28 de junio de 2002, según el cual todo agente productor tiene derecho a conectarse a la red de interconexión.

En cuanto a la gestión independiente del sistema, el artículo 4° de la Ley N° 16.832 crea al efecto, la Administración del Mercado Eléctrico (ADME), como persona pública no estatal, con el cometido de administrar el mercado mayorista de energía eléctrica. Los artículos 19 y 20 del Reglamento del Mercado Mayorista de Energía Eléctrica enumeran los cometidos a cargo de la ADME, relacionados con el servicio de operación del sistema y con el servicio de administración del mercado.

También reviste importancia a los efectos de la adopción de decisiones de regulación para la competencia, la identificación de los mercados relevantes. Como observan López de Castro y Ariño, mientras las actividades de telecomunicaciones y petroleras actúan en un mercado global, las de las industrias eléctrica y del gas lo hacen en mercados de menor dimensión.

El **carácter de servicio público** de muchas de las actividades reguladas hace que deba tenerse en cuenta al regular, la necesidad de su continuidad y universalidad, aspectos que se traducen en las llamadas “cargas del servicio público”.

El fuerte componente de régimen de Derecho público de estas actividades se pone de manifiesto en los objetivos consagrados en las leyes de creación de la URSEC y la URSEA, especialmente “la extensión y universalización del acceso a los servicios que ellas implican”, “la protección del medio ambiente”, “la seguridad del suministro”, “la adecuada protección de los derechos de los usuarios y los consumidores”, y “la prestación igualitaria, con regularidad, continuidad y calidad de los servicios” (artículos 2° de la Ley N° 17.598 y 72 de la Ley N° 17.296).

El **impacto ambiental** de las actividades determina restricciones de ubicación y controles de entrada.

Finalmente, el generalmente reducido número de oferentes, la concentración, la relativa inelasticidad de la demanda, entre otros factores, facilitan los **comportamientos colusivos**, aspecto que también debe ser atendido por la regulación para la competencia.

Todos los fenómenos apuntados tienen lugar, además, en el contexto de una economía que se internacionaliza y se internetiza en un proceso retroalimentado⁴⁸, permanentemente impactada por los cambios tecnológicos.

Particularmente en lo que tiene que ver con los **nuevos mercados tecnológicos**, cabe señalar que se trata de ámbitos en los que, de manera constante, se lanzan nuevos productos y servicios, poniendo en jaque los conceptos tradicionales de posición de dominio y mercado relevante. En efecto, el producto nuevo en el mercado detentará por un tiempo esa dominancia, pero no sería adecuado considerarlo lesivo de la competencia, en la medida en que no existan barreras a la entrada de otras innovaciones.

B) Principios de una regulación para la competencia

Suelen indicarse como **objetivos de la regulación**:

- a) La protección de los derechos de los usuarios o consumidores.
- b) La sostenibilidad en el sentido de continuidad y seguridad del servicio en el largo plazo.
- c) La eficiencia tanto productiva (minimización de costos) como asignativa (igualación de costos y precios).
- d) La equidad.

El objetivo mencionado en primer lugar aparece como primario o principal. Los demás objetivos aparecen como secundarios o instrumentales al objetivo principal.

Según se anticipara, la regulación para la competencia, que también debe cumplirse para la prosecución del objetivo de protección de los derechos del consumidor, se propone establecer condiciones para que la competencia sea efectiva en los sectores en que ella es posible como proceso dinámico de rivalidad, lo que supone reglas de juego que aseguren la contestabilidad de esos mercados. Ellas son⁴⁹:

a) Libertad de entrada previa obtención de una autorización una vez verificado el cumplimiento de condiciones técnicas y económicas. Un ejemplo de ello lo constituye el régimen de autorizaciones previsto en las reglamentaciones para los sectores eléctrico, de GLP y de GNC en el ámbito de competencia de la URSEA.

b) Libertad de acceso (“*Third Party Access*” – ATR) a las infraestructuras (“*essential facilities*”), en el marco de estatutos claros y contra el pago del peaje o canon que corresponda. Como se anticipara, este principio se encuentra recogido en nuestro país, para el sector eléctrico.

⁴⁸ Conf. Petitbó A., El reto de la competencia en la era Internet, citado por López de Castro y Ariño, ob. cit., pag. 215

⁴⁹ Conf. López de Castro y Ariño, ob. cit., pags. 20 y siguientes

c) **Libertad de contratación y formación competitiva de precios**, correlativa de la libertad de elección del consumidor, principio éste, que consagra nuestro Derecho positivo en el artículo 2º, literal H de la Ley N° 17.598 de creación de la URSEA, y en el artículo 72, literal f de la Ley N° 17.296 de creación de la URSEC. Este principio no obsta a la existencia de un despacho central del sistema como ocurre en nuestro marco regulatorio para el sector eléctrico.

d) **Libertad de inversión**. Al respecto, nuestra reglamentación del sector eléctrico prevé la realización de ampliaciones de la red por requerimientos particulares, que son aquellas en que los solicitantes (que pueden ser, por ejemplo, generadores o comercializadores internacionales) se comprometen al pago de todos los costos asociados a la nueva instalación, percibiendo como contrapartida, de ser requerido su uso por terceros, un cargo de transmisión por el uso de las instalaciones adaptadas, cuando resulten beneficiosas para el sistema. Se prevé, asimismo, la posibilidad de realizar ampliaciones de uso exclusivo, que son aquellas en que los agentes (grandes consumidores, por ejemplo) asumen todos los costos de transmisión de instalaciones necesarias par su uso exclusivo.

En los sectores de **actividades no competitivas**, sea por la presencia de elementos de monopolio, sea por la prestación de servicios que deben cumplir con el objetivo de extensión y universalización del acceso (literal A del artículo 2º de la Ley N° 17.598 y literal A del artículo 2º de la Ley N° 17.296), la regulación se cumplirá igualmente orientada a proteger los derechos de los consumidores. En los sectores de actividades de servicio universal, la regulación supondrá la imposición de las llamadas “cargas del servicio público”, sin perjuicio de las compensaciones que ellas puedan hacer razonables.

Finalmente debe destacarse, a efectos de lograr una exitosa regulación, tanto en los sectores de actividades competitivas como en los de actividades que no lo son, la necesidad de asegurar la **separación de los roles** del Estado diseñador de políticas, regulador y prestador.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

- **Langón Cuñarro, Miguel** - *“Nueva legislación penal y procesal penal del Uruguay”*
- **Christopher Merriam** - *“Aspectos prácticos de la aplicación de la legislación de propiedad intelectual Cuestiones relacionadas con temas de derecho informático”*

NUEVA LEGISLACIÓN PENAL Y PROCESAL PENAL DEL URUGUAY (Análisis de la L. 17.726, de 26.12.03) *

MIGUEL LANGON CUÑARRO

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Montevideo

Capítulo I INTRODUCCIÓN

1. Queremos hacer un análisis eminentemente práctico de esta abigarrada y confusa normativa, que modifica o sustituye importantes institutos de derecho penal y procesal penal, tratando de clarificar cuál es el derecho positivo vigente y cómo se debe actuar por los operadores del sistema de justicia penal al respecto.

2. En primer lugar subrayamos que esta ley no deroga expresamente ninguna norma anterior, por lo que el asunto deriva, en buena medida, en determinar, caso a caso, si el sistema que de ella resulta provoca o no derogaciones tácitas o en qué forma modifica, si es que lo hace, institutos anteriores.

3. Para resolver este punto debe partirse, a mi juicio, del siguiente criterio de interpretación:

a) la derogación tácita como tal solo opera cuando el nuevo texto resulta totalmente incompatible con el anterior, por regular la misma materia de modo diferente, en cuyo caso corresponde aplicar la nueva norma en exclusividad

b) consecuentemente solo habrá sustitución de normas cuando no pueda encontrarse una interpretación que permita la sobre vivencia de ambas, la antigua y la actual,

c) por tanto, si existe una interpretación posible, de acuerdo con el tenor literal de la ley, que permita la compatibilidad de normas, debe preferirse siempre esta interpretación por sobre cualquiera otra que pretenda desaplicar una de ellas,

d) la derogación tácita es excepcional y de interpretación estricta y restricta.

4. La Ley en estudio es producto de un largo transitar en el marco de la cuestión de las penas y del sistema penitenciario nacional.

5. En general puede afirmarse que la pena privativa de libertad, que significó un progreso en la historia de la civilización, por infinidad de razones que

no vamos a estudiar en detalle ahora, ha entrado en crisis, notándose más bien sus disfunciones, postulándose por no pocos seguir ahora un camino de abolicionismo del encarcelamiento en forma paralela a los movimientos humanizadores que promueven la abolición de la pena capital y de la cadena perpetua.

6. Se trata de hacer del encarcelamiento un proveimiento de tipo verdaderamente excepcional, reservado sólo para aquellos casos que por su gravedad u otros motivos, no pueden ser tratados de manera diferente, evitando de tal modo el hacinamiento en las cárceles, especialmente de procesados sin condena que es una de las características más salientes y negativas del aprisionamiento latinoamericano.

7. El Uruguay asumió desde hace tiempo el compromiso internacional de legislar de conformidad, según la defensa de los derechos humanos, conforme al Modelo que ofrecen las Reglas de Tokio de 1990, que señalan un hito en el sentido que venimos señalando, al respecto en el caso de las medidas alternativas al aprisionamiento.

8. Estas medidas tienden a hacer realidad el concepto de una "cárcel residual" para "presos residuales", sustituyéndose la prisión por medidas según un eje diferenciador conforme sean éstas con o sin control de la autoridad.

9. La verdadera solución no vendrá, sin embargo, hasta que no haya un cambio cultural, en que verdaderamente se participe de la idea de que la privación de libertad debe ser un recurso siempre de naturaleza excepcional, y que el procesamiento no debe llevar consigo como regla la preventiva, debiendo ser lo normal, por el contrario, el procesamiento sin prisión, ya que rige el principio de inocencia, y es preciso estrechar los márgenes en que pueda darse la paradoja que señalaba CARNELUTTI, de que para saber si alguien debe ser privado de su libertad, primero lo privamos de su libertad, cuando todavía no sabemos si es culpables, por una mera sos-

* Conferencia dictada en la Universidad de Montevideo, el 29 de julio de 2004.

pecha que apenas habilita la indagación que constituye el sumario.

10. Debe tenerse cuidado por otra parte de que las medidas sustitutivas o alternativas al aprisionamiento (como preventiva y como pena), no se vengan a transformar en penas aditivas, que es el gran peligro que se corre al disponerlas, si los operadores no se compenetran de las razones y la filosofía libertaria que subyace a este instituto.

11. La ley 17.726/2003, en vigencia desde el 17.1.2004, es el resultado de un largo trámite parlamentario, cuyo antecedente más inmediato es un Proyecto del Poder Ejecutivo que terminó aprobándose en Diputados en 1966, sin continuidad luego en la otra cámara.

12. Tuvo fundamentalmente en cuenta las Reglas de Tokio, y los resultados de los Congresos sobre Tratamiento del Delincuente y Prevención del Delito, de las Naciones Unidas, celebrados en Milán (1985) y Cuba (1990), así como la moderna legislación española, argentina, alemana, chilena, peruana y brasilera, con la triple finalidad de a) evitar las penas cortas de prisión; b) proteger a las víctimas de los delitos, y c) a la sociedad toda, aspectos que por cierto es muy difícil conciliar, más allá de la mera declaración de intenciones.

13. Sobre un supuesto "vacío legal", según la Exposición de Motivos, se pretendió: a) evitar la prisión preventiva para casos de penas no privativas de la libertad, y para los primarios respecto de los cuales pudiera afirmarse que no serían luego castigados con pena de penitenciaría, y, b) disponer penas alternativas al reintegro a la cárcel para los condenados a penas de prisión a los que no se les concediere la suspensión condicional de la pena.

14. Las medidas previstas serían sustitutivas de la prisión preventiva (art. 3 de la ley), visualizándose por lo menos en teoría por los expositores, a la no custodia como una verdadera panacea, buscándose que el primario no peligroso no fuera a la cárcel en prisión preventiva, ni luego como condenado, por compartirse el criterio de la cárcel excepcional y residual de que hablamos antes.

15. La cárcel debería ser, en el sentir de los legisladores, el destino de los que han cometido delitos graves, quedando reducido el ámbito de aplicación de la ley, a los que cometan delitos no graves, entendiéndose en general que la normativa funciona sólo para delitos excarcelables (DÍAZ MAYNARD) o para "pequeños delitos" (FERNANDEZ CHAVES)

16. Eso motivó que se le considerara un proyecto "tímido" (ORRICO), "liviano", "suave" (CHIFFLET) y aún "innecesario" o "inútil" porque tal como está no se aplicaría a casi nadie (DÍAZ MAYNARD)

17. Por otra parte hubo también quien consideró que su amplitud "sorprendente" podría traer "efec-

tos absolutamente catastróficos para la tranquilidad pública" (PAIS)

18. El legislador consideró pero terminó desestimando, la exclusión de preventiva para ancianos mayores de 70 años, aún si fueran autores de delitos graves, en lo que incidió la insistencia de algunos en reclamar dureza extrema con los delitos denominados de cuello blanco, no atendiendo en el caso a las evidentes razones humanitarias que informan la conveniencia de legislar de ese modo, para evitar arrojarse personas de edad muy avanzada a las cárceles, lo que implica objetivamente un castigo adicional, y probablemente un trato cruel próximo a la mera venganza expiacionista.

19. Por lo demás debe decirse que en cuanto al articulado en cuestión, el debate fue poco esclarecedor, y cuando se votó, se hizo en general sin discusión, rápidamente, y demostrando un consenso obtenido con anterioridad, al punto de que muchas objeciones que nosotros formuláremos, fueron advertidas por los legisladores, como la necesidad de controlar las medidas, la falta de financiación de los costos que derivarán de ellas, la no previsión de aportes o su exoneración por el trabajo realizado al Banco de Previsión Social, etc., no obstante lo cual, por la necesidad de no modificar lo acordado, se terminó votando sin mayores modificaciones.

Capítulo II DEL PROCESAMIENTO, LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA LIBERTAD PROVISIONAL.

20. Las reglas que regulan la prisión preventiva son: el art. 27 de la Constitución; los arts. 71, 72, 73, 127, 138 y concordantes del C.P.P.; L. 15.859, de 31.3.987 y 16.058, de 27.8.989 y por supuesto la L. 17.726, de 26.12.2003, objeto de estudio en esta oportunidad.

El artículo 1 de la ley dice:

"No podrá disponerse la prisión preventiva cuando se imputen faltas o delitos sancionados con pena de multa, suspensión o inhabilitación. En tales casos de aplicará en lo pertinente el artículo 71 del Código del Proceso Penal y la Ley No. 15.859, de 31 de marzo de 1987, y su modificativa Ley No. 16.058, de 27 de agosto de 1989".

21. La L. 17.726 (art. 1) dispone preceptivamente que "no podrá" disponerse la preventiva, cuando se imputen faltas, o delitos sancionados con pena de multa, suspensión o inhabilitación, en cuyos casos determina que "se aplicará en lo pertinente" el art. 71 CPP y las Leyes 15.859 y 16.058 referidas anteriormente.

22. El legislador claramente quiso decir que en los casos en que la pena a recaer no fuera privativa

de la libertad, porque exclusivamente se retribuyen los delitos (art. 2 C.P.) con otro tipo de penas principales, no procede la prisión preventiva.

23. Ello se debe a que necesariamente es de otra naturaleza la posible pena a recaer, y es absurdo privar "preventivamente" de la libertad a alguien que jamás podrá ser castigado con privación de libertad (como en el caso paladino de las faltas)

24. La única interpretación posible de la norma es ésta que decimos. Cuando los límites mínimos y máximos de la pena no incluyan posibilidad de apriamiento, no puede haber prisión preventiva en ningún caso.

25. Por tanto si la pena establecida por la ley fuera alternativa o acumulativa, que incluyeran la posibilidad de sustituir la multa por prisión, o cuando se aplican simultáneamente penas de esta naturaleza y no privativas de la libertad, no rige la regla del procesamiento sin prisión.

26. De tal modo en los excepcionales casos en que la ley prevé penas alternativas, como en el de los delitos de porte de armas (art. 152 bis C.P.), falsificación y aprovechamiento de la falsificación de billetes de empresas de transportes (arts. 234 y 235C.P.), difamación o injurias (arts. 333, 334) o riña (art. 323); o cuando las penas resultan acumulativas (como en casi todos los delitos de funcionarios o delitos de corrupción y otros), no rige la obligación de procesar sin prisión preventiva.

27. Debe advertirse que, la modificación que la ley en estudio introduce al régimen del art. 337 del CPP, que eliminó la posibilidad de sustituir una pena de multa por una de prisión en caso de no pago, hace desaparecer la posibilidad de que, cuando la pena sea exclusivamente de multa pueda haber hipótesis de encarcelamiento provisional, toda vez que jamás recaerá, en esos casos, pena privativa de la libertad sustitutiva de la pecuniaria.

28. En este punto a mi juicio se ha derogado también el art. 84 del C.P. (y el 338 del CPP) en la parte que establece la sustitución de la pena de multa por la de prisión cuando el sentenciado "no tuviese bienes para satisfacerla", y consecuentemente la posibilidad de disponer la suspensión condicional de la pena para sujetos condenados a penas de multa por cuanto el requisito habilitante para ello, esto es "cuando por defecto de cumplimiento, deba ésta transformarse en pena de prisión".

29. Esa posibilidad ha dejado de existir, porque de ahora en adelante, por lo menos a mi entender, la pena de multa no podrá ser nunca sustituida por la de prisión, en mérito, precisamente, a la reforma introducida por esta ley al art. 337 CPP80.

30. Con esto se ha pretendido dar satisfacción a quienes sostienen que no es posible la tal sustitución, porque en definitiva el sujeto no iría a prisión por el

delito cometido (que por definición tiene fijada solo pena pecuniaria), sino por carecer de bienes para pagar la multa, lo que en buena medida viene a ser una prisión por deudas o una prisión por carecer de bienes o por ser indigente, según se quiera ver.

31. Queda, claro está, la pregunta de qué ocurre en tales casos, en que la pena establecida por sentencia ejecutoriada no se cumple (porque no se paga la multa) y no se puede sustituir por cárcel.

32. La solución es que corresponde intentar el cobro por vía de apremio, ejecutando el título ejecutivo constituido por la sentencia condenatoria firme.

33. Pero si el condenado fuere insolvente el delito queda en definitiva sin sanción, debiendo esperarse el plazo de la prescripción de la pena para cerrar la causa.

34. La L. reitera lo ya vigente en cuanto a las faltas y a la pena de suspensión, no diciendo nada de los delitos culposos (a los que sí refiere el art. 71 CPP), agregando a la lista de los casos de procesamiento sin prisión preventiva, los de pena de inhabilitación que no estaban contemplados a texto expreso por el CPP.

35. De todo ello, y conforme a las reglas de interpretación antes mencionadas concluimos, sin lugar a ninguna duda, que el régimen ha quedado configurado de la siguiente manera:

NO PROCEDE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Regla: cuando la naturaleza de la pena a recaer sea exclusivamente no privativa de la libertad.

Por tanto, es obligatorio procesar SIN prisión cuando se trate de:

- Faltas
- Delitos sancionados solo con penas de multa, suspensión o inhabilitación
- Delitos culposos

(todo ello conforme al art. 71 CPP y art. 1 L. 17.726)

36. Ahora bien, el art. 1 de la ley dice que en tales casos se aplicará en lo pertinente el art. 71 CPP y las leyes 15.859 y 16.058 por lo cual lejos de derogarse el régimen anterior, se le engarza en las nuevas disposiciones, claro que, en la medida de "lo pertinente", lo que obliga a considerar cual es el sentido de la disposición.

37. De esto resulta que el sujeto procesado sin prisión queda en régimen de libertad provisional y el juez, al disponer el procesamiento sin prisión; a) debe intimar al procesado, del mismo modo que lo venía haciendo hasta ahora, la constitución de domicilio dentro del radio del juzgado, o tener por tal, cuando corresponda, el constituido en autos por su Defensor (art. 71 CPP)

b) el procesado debe afianzar su libertad mediante constitución de la correspondiente caución, real, personal o juratoria (art. 2 L. 15.859)

38. A mi juicio es claro que en los casos en que no haya de recaer pena privativa de la libertad, porque las penas a recaer son solo de multa, suspensión o inhabilitación, no puede **nunca** disponerse la prisión preventiva, ni cuando se aplique estrictamente como medida cautelar, ni por tratarse de reincidente o individuo con causa anterior en trámite, ni en casos de grave alarma social, casos en que las dos leyes anteriores y el art. 72 del CPP permitían hacerlo hasta la entrada en vigencia de la nueva ley, y ello por las siguientes razones:

a) porque el art. 72 no está referido en el art. 1 de la ley;

b) porque los términos imperativos de la norma y la referencia que hace solo "en lo pertinente" al régimen anterior, no permiten extender a esos casos la preventiva;

c) porque ello iría contra la esencia de la regulación que impone el procesamiento sin prisión en los casos en que no recaerá pena por lo menos de prisión, y

e) porque los delitos castigados con pena no privativa de la libertad no pueden racionalmente causar "grave alarma social" en ningún caso.

39. El procesamiento debe ser, en estas hipótesis, dispuesto sin prisión, quedando el indiciado en régimen de libertad provisional bajo caución, como era lo habitual y sigue siéndolo para estas situaciones.

40. En estos casos estimo que no corresponde disponer medidas sustitutivas a la preventiva, porque no hay preventiva posible a aplicar, que deba por tanto ser sustituida, y por que la ley no establece expresamente que hayan de disponerse estas medidas en los casos del art. 1 de procesamiento sin prisión obligatoria.

41. Por consecuencia creemos que, en caso de violación de los deberes impuestos en estas hipótesis, conforme a los arts. 141 a 155 del CPP, (régimen de cauciones) el juez queda facultado para disponer la preventiva de la forma establecida en el inc. 2 del art. 2 de la L. 15.859, pudiendo en su caso tramitarse oportunamente la libertad provisional, que se decretará en la forma de estilo, sin aplicar tampoco en este caso medidas sustitutivas, sino nuevamente el régimen de cauciones tradicional.

42. Antes de estudiar y resolver el tema de la prisión preventiva en cuanto a sujetos respecto de los cuales vaya a recaer pena de prisión, creo que es necesario establecer los casos en que, contrariamente a lo dicho supra, sea obligatorio procesar con prisión.

CASOS EN QUE ES PRECEPTIVO EL PROCESAMIENTO CON PRISIÓN PREVENTIVA

Regla: se debe disponer **siempre** la prisión preventiva cuando la pena a recaer sea de penitenciaría.

- Cuando el delito tenga pena mínima de penitenciaría (art. 27 Constitución; 138 CPP)

- Cuando el Juez estima *prima facie* que va a recaer pena de penitenciaría (art. 138 CPP; art. 2 L. 17.726)

- Cuando, (fuera de los casos obligatorios de procesamiento sin prisión porque la pena a recaer no será de aprisionamiento), el hecho causare o pudiere causar, a juicio del juez, "grave alarma social" (art. 3 L. 15.859)

- Cuando, (en idénticos casos señalados en el punto anterior), se tratare de procesado reincidente o que tuviere causa anterior en trámite (art. 1 L. 15.859, según art. 1 L. 16.058)

43. Como puede verse, la L. 17.726 no ha modificado este sistema, salvo en cuanto a que, en los casos de exclusivas penas no privativas de la libertad, no puede decretarse nunca la preventiva, aunque se tratare de un reincidente o sujeto con causa abierta, (o reiterante), ni puede el Juez sostener que el hecho causa grave alarma social, porque no puede causarla una conducta que no se castiga con pena privativa de la libertad, y porque sería absurdo encarcelar a alguien (que es un mero sospechoso) en vía de preventiva, cuando es imposible privarlo de libertad cuando fuera condenado en vía de retribución, como pena.

El art. 2 de la ley dice:

"El Juez podrá no decretar la prisión preventiva de procesados primarios cuando "prima facie" entienda que no ha de recaer pena de penitenciaría. En ese caso podrá sustituir la prisión preventiva por alguna de las medidas reguladas en el siguiente artículo, siempre que el procesado así lo consienta. La sustitución de la prisión preventiva no se decretará cuando la gravedad del hecho o el daño causado por el delito así lo ameriten. En todos los casos se requerirá la opinión del Ministerio Público, que a tales efectos, además de las condiciones el imputado y su causa, tendrá en cuenta el no aumentar los riesgos de la población.

Estas medidas no podrán disponerse por un plazo mayor al establecido para las penas por los delitos imputados.

Toda medida alternativa deberá ser tomada respetando en su más amplia acepción los principios inherentes a la dignidad humana".

CASOS EN QUE EL JUEZ PUEDE PROCESAR SIN PRISIÓN

(o sea que puede no decretar la preventiva)

Regla: 1) cuando la pena a recaer fuera de prisión el Juez puede o no disponer la prisión preventiva (caso de discrecionalidad reglada)

Regla: 2) la L. 17.726 modificó el régimen anterior, del siguiente modo:

- Cuando el máximo de pena del delito fuera de prisión

- Cuando fuere presumible *prima facie* que no habrá de recaer pena de penitenciaría, sino de prisión (en delitos con mínimo de prisión y máximo de penitenciaría)

- En los casos de penas acumulativas, cuando la pena privativa de libertad a recaer no sea presumiblemente y *prima facie* de penitenciaría

- Siempre que se trate, en todos los casos referidos anteriormente, de un primario (un no reincidente)

44. Es en “estos casos” de procesados primarios en que el Juez “puede” sustituir la preventiva por alguna de las medidas sustitutivas que regula la nueva ley, de donde resulta que esto es una potestad del juez que eventualmente podría también disponer la libertad provisional, en la forma tradicional conforme al CPP, en sustitución de la prisión preventiva, que por cierto suponen un sistema de alternativas al aprisionamiento (como la constitución de domicilio, etc.) dado que la ley no lo prohíbe expresamente, sin perjuicio de lo que sostengo a continuación.

45. En efecto, parece evidente que, dado que las medidas sustitutivas suponen un cierto constreñimiento de la libertad ambulatoria del sujeto, bajo mayor control de la autoridad, difícilmente pueda justificarse un procesamiento sin prisión bajo el régimen tradicional, que es más benigno que el aquí estatuido, en la medida en que no se den por lo menos las condiciones que la ley exige para poder decretar las tales medidas.

46. Creo que si el juez no puede disponer medidas sustitutivas al encarcelamiento, con mayor razón no podrá disponer lisa y llanamente la libertad provisional en la forma clásica, si no se cumplen las condiciones que establece la nueva ley.

47. En definitiva creo que no debería disponerse el procesamiento sin prisión bajo cauciones (régimen anterior y no derogado) o con medidas sustitutivas (según la nueva ley), si no se cumplen los requisitos siguientes:

CONDICIONES PARA LA SUSTITUCIÓN DE LA PREVENTIVA POR MEDIDAS

(y para el procesamiento sin prisión bajo caución)

Regla: las medidas sustitutivas se aplican exclusivamente a primarios que van a ser retribuidos con pena de prisión

- Sólo si el procesado lo consiente,
- Cuando “la gravedad del hecho”,
- o “el daño causado”, lo ameriten (porque de lo contrario “no se decretará”)

- Previo dictamen obligatorio pero no vinculante del Ministerio Público (cuya opinión “en todos los casos se requerirá”)

- El cual al dictaminar deberá tener en cuenta:

- las condiciones del imputado

- las condiciones de la causa

- no aumentar los riesgos de la población

- Por un plazo no mayor al establecido para la pena del delio imputado

- Respetando los principios inherentes a la dignidad humana

- Procurándose que las medidas perjudiquen en la menor medida posible las actividades laborales o educativas del procesado

(arts. 2, 4 y 6 de la ley)

48. En primer lugar debo decir que, con esta norma, el legislador establece la regla del procesamiento con prisión, en todos los casos en que la pena a recaer sea privativa de la libertad, ya que sólo así tiene sentido el que en ciertos casos pueda no decretarla.

49. Como es muy obvio si en estos casos, muy acotados por cierto, “podrá no decretar la prisión preventiva”, es porque en todos los demás debe hacerlo.

50. Esto modifica *in peius*, y probablemente más allá de la intención del legislador, la regla establecida en las leyes anteriores, ratificadoras de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en el sentido de que la regla es la libertad y la excepción el encarcelamiento, volviendo al concepto que tradicionalmente se extraía de la viaja lectura del art. 27 de la Constitución.

51. Cuando vaya a recaer pena privativa de la libertad la regla es ahora el procesamiento con prisión preventiva, que puede no obstante ser sustituida por medidas alternativas en los casos que señala la ley.

52. Como efecto de ello y como puede verse, el legislador ha hecho una delegación mayúscula de potestades, otorgando al juez, un enorme poder discrecional que en definitiva lo coloca, casi, en posición de hacer lo que quiera, conforme a sus criterios personales.

53. En efecto, la “gravedad” del hecho ya ha sido considerada por la ley al establecer para el caso pena correccional, o por el juez al evaluar que la pena a recaer posiblemente sea de esa naturaleza (lo que implica la obligación de hacer un clásico prejuzgamiento al que nos tiene acostumbrada la ley), por lo que difícilmente pueda entenderse a qué cosa objetiva puede referirse el juzgador para considerar tal aspecto.

54. Si el hecho fuera realmente grave no sería una conducta castigada con pena de prisión. Esto supone desechar de un plumazo toda la construcción doctrinaria y jurisprudencial del concepto “delitos graves” (que merecerían por ello pena de penitenciaría), atento a que si se considera que el delito es

grave, no correspondería nunca sustituir la preventiva, ni disponer el procesamiento sin prisión.

55. La "gravedad del daño causado" toma en cuenta la materialidad del resultado, determinando una suerte de responsabilidad objetiva, muy difícil de discernir en supuestos en que, por definición, la pena nunca superará los veinticuatro meses de prisión.

56. La imposición de medidas sustitutivas exige el consentimiento del procesado. Ante esta realidad, la única alternativa al no consentimiento es el encarcelamiento, es decir, la prisión preventiva..

57. Los elementos que debe tomar obligatoriamente en cuenta el Fiscal, y por ende el mismo Juez, son igual de imprecisos, pues nadie podrá establecer baremos de objetividad y certeza en conceptos tales como las "condiciones del imputado", que parecen referir a un cierto derecho penal de autor, que remite a la conducción anterior de su vida o a criterios de peligrosidad, o las "condiciones de su causa" que realmente no se sabe a qué puede referir (tal vez a la duración del presumario, la multiplicidad de copartícipes, la complejidad de la misma)

58. Las expresiones contenidas en el art. 1 de la L. 16.058 pueden arrojar algo de luz sobre esto, y considerarse que no correspondería sustituir medidas (y tal vez tampoco procesar sin prisión), cuando fuera presumible: que el sujeto intentará sustraerse a la sujeción penal; a la acción de la justicia, u obstaculizará el desenvolvimiento del proceso, lo que pueden llevarlo a inferir que es posible que pueda volver a delinquir..

59. Colma verdaderamente la medida de lo razonable la referencia legal a la obligación de tener en cuenta "no aumentar los riesgos de la población", pues es evidente que parece considerar que toda medida sustitutiva, de no encarcelamiento, que significa que el procesado permanezca en libertad, por naturaleza es peligrosa para el conglomerado social, no obstante lo cual por un lado dispone que se apliquen y por otro advierte sobre los riesgos y peligros de esa aplicación.

60. Esto da la penosa impresión de que el legislador dispone una cosa que puede ser muy atractiva y moderna, pero no quiere hacerse responsable de sus consecuencias, tratando eventualmente de cargar sobre los operadores de la justicia (jueces y fiscales), las disfunciones o problemas que puedan surgir de la implementación del régimen establecido por el mismo legislador.

61. Obviamente que un fiscal que no quiera arriesgar tener problemas o ser criticado por sus decisiones en el futuro, y en defensa de la sociedad como está obligado, siempre podría negarse al procesamiento sin prisión y a la sustitución de la preventiva por medidas, alegando que con ello se pone en riesgo a la población.

62. Y ello porque es evidente que el sujeto beneficiado por su decisión, en lugar de estar puesto en situación de no ofender o de "incapacitación" para delinquir, por estar en preventiva, va a quedar libre, bajo medidas sustitutivas, pero gozando de libertad, con lo que se aumenta siempre objetivamente el riesgo de una recidiva en el crimen, lo que aumenta en todos los casos la probabilidad de que la población resulte ser víctima de uno de estos sujetos así beneficiados.

63. En definitiva el legislador no parece confiar en los operadores, a los que supuestamente ha dado tanto poder por un lado, mientras que por otro trata de encausar sus decisiones según modelos y criterios objetivos, que en realidad no son tales, por lo que hubiera sido mejor dejar todo librado a su leal saber y entender, en la medida en que se tratara de primarios, cuyo delitos por definición no son graves, hipótesis de base que no deberían ser olvidadas y desdibujadas por aditamentos que nada agregan a la levedad del asunto y que, por añadidura no encaran el tema crucial del derecho de los prevenidos a esperar su sentencia en libertad, y a la situación que se sigue consolidando de dar por bueno y aceptado que el sospechoso (un presunto inocente), debe ser tratado como un culpable, respecto del cual la preventiva y las medidas sustitutivas actúan como formas de penas anticipadas.

64. En suma creo que conscientemente o no, bajo bellas palabras y una prestigiosa institución (las medidas alternativas), lo que se ha hecho es legitimar una vez más los criterios empíricos con que siempre se ha manejado la justicia, en cuanto a considerar a la preventiva como un adelanto de la pena y una forma de control social y de satisfacción de los instintos primarios de la masa, en cuanto a la rapidez y contundencia de la respuesta punitiva al hecho criminal, solo que todo eso ocurre antes del juicio y la condena, en el proceso insoportable que todavía tenemos, y donde consideraciones sobre lo "prematureo" de la libertad provisional, por ejemplo, (o la inconveniencia del procesamiento sin prisión), solo incubren que en realidad lo que se está haciendo es un cálculo de proporcionalidad entre preventiva y pena, para calmar la angustia social o la alarma pública ante el crimen.

65. De todo esto probablemente lo que resulte es que, salvo en los casos de delitos castigados con penas no privativas de la libertad, en todos los demás, veremos un incremento de los procesamientos con prisión, o asistiremos al espectáculo de generalizados procesamientos con libertad restringida (con medidas sustitutivas), acabándose para siempre los procesamientos sin prisión lisos y llanos, tal como los conocimos hasta ahora.

66. Cuando se hubiere dispuesto prisión preventiva, en los casos en que se otorgue luego la excarce-

lación provisional, se podrán decretar, medidas sustitutivas “simultáneamente a la libertad provisional” (art. 4 y 8), lo cual, por un orden de razonamiento similar al formulado antes, llevará, nos parece, a que sean difíciles de concebir libertades provisionales que no vayan en el futuro acompañadas de este tipo de medidas, salvo que las mismas, por las dificultades de todo orden que presentan, y a las que referiremos más abajo, acaben por transformarse en letra muerta, lo que también es posible.

El art. 8 de la ley dice:

“(Disposición transitoria). Los procesados con prisión, en los casos en que sea presumible que no ha de recaer pena de penitenciaría, y que a la fecha de entrada en vigencia de esta ley no hayan sido excarcelados provisionalmente, pueden solicitar que la prisión preventiva les sea sustituida por alguna o algunas de las medidas previstas en la presente ley, lo que tramitará en la forma y plazos del incidente excarcelatorio, siendo la decisión pasible de los mismos recursos.

A efectos de la determinación de la gravedad de la medida se tomará en cuenta el lapso de prisión sufrido”.

67. Más allá de esta disposición transitoria, que el paso del tiempo llevará al olvido, lo permanente es que la sustitución de la preventiva por medidas, debería ser la regla, tomada casi por rutina, por cuanto ello es lo que quiso el legislador, y porque se supone que habrá un control suplementario sobre el excarcelado, con resultados positivos tanto para sí mismo en orden a su rehabilitación, cuanto para la satisfacción de las víctimas, como para la tranquilidad de la comunidad afectada por el crimen.

68. Aunque la ley no lo dice expresamente creo que está implícito *mutatis mutandi*, que no podrá decretarse la excarcelación provisional, ni bajo el régimen tradicional de las cauciones ni sustituyéndola por medidas, si no se dan las condiciones de los artículos 1 y 6, lo que plantea la difícil cuestión de si pueden de ahora en adelante liberarse provisionalmente a las personas no primarias (reincidentes o habituales), ya que parece una insidia jurídica que estas personas no puedan quedar sometidas a medidas alternativas (que suponen un mayor control social y un estreñimiento de su libertad ambulatoria) y puedan en cambio obtener su libertad bajo mera caución.

69. Mi respuesta es la siguiente: los no primarios deben ser procesados con prisión y no pueden ser luego liberados provisionalmente, ni bajo caución, ni con medidas sustitutivas al aprisionamiento, aunque la pena a recaer vaya a ser de prisión, debiendo permanecer en preventiva hasta que la sentencia de condena quede ejecutoriada, salvo que la misma alcance el guarismo de la posible pena a recaer, en cuyo caso corresponde la excarcelación

juratoria, por agotamiento de la probable pretensión punitiva del Estado.

70. Este es otro resultado directo de la recta interpretación de la ley, que muy probablemente no fue querido por el legislador, y que, quizás, escapó a su análisis, pues ¿cómo es posible excarcelar provisionalmente bajo caución a alguien al que no se puede excarcelar bajo medidas sustitutivas?.

71. Si esta interpretación es correcta, la única posibilidad de obtener la excarcelación que tienen estos prevenidos, es la libertad por gracia de la Suprema Corte de Justicia (art. 17 de la ley), cuya modificación parece haber previsto una extensión temporal de este instituto, que puede presentarse en cualquier momento a consideración de la Corporación.

72. La necesidad del consentimiento del procesado al régimen sustitutivo plantea innumerables problemas no resueltos por la ley, entre otros, la indeterminación en cuanto a la forma en que se realizará esta negociación del reo con el juez (situación que se repite en el art. 3 lit. J), que llega a permitir al indiciado “proponer” las medidas que le convengan, y la correlativa “aceptación” de la propuesta por el juez); cual es el rol de la defensa y el Ministerio Público en esto; qué ocurre en caso de no aceptación de ningún régimen; para algunos la sin razón que supone exigir el consentimiento del beneficiado, cuando naturalmente nadie se lo pide para la única alternativa posible a su disenso que es hacer efectiva la preventiva y mandarlo a la cárcel, además de la problemática si se quiere filosófica, de considerar que el sujeto procesado tiene “libertad” para otorgar este consentimiento poco menos que coacto, o viciado por la violencia institucional o implícita en que se encuentra aquel que supuestamente debe consentir... o ir preso.

Capítulo III

EL NUEVO RÉGIMEN DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

73. Como es sabido la suspensión condicional de la pena es un instituto de creación legislativa, que apareció en 1916, (L. 5.393, de 25.1.1916), siguiendo un modelo europeo que permitía al Juez, dadas determinadas condiciones en cuanto a la naturaleza de la pena impuesta y a la personalidad del autor, al decretar la sentencia de condena, suspender al mismo tiempo su ejecución efectiva, permitiendo al condenado cumplir el resto de la pena en libertad, extinguiendo con ello el delito, siempre que durante cinco años a partir del día del arresto, observare buena conducta y fundamentalmente, no volviere a delinquir..

74. Desde el principio se consideró que el instituto se creaba en beneficio del condenado, por lo cual se dejaba a su arbitrio el aceptar o no quedar sometido a vigilancia por cinco años, o cumplir la sentencia, con lo cual llegaría antes a la extinción y quedaría exento de control por parte de la autoridad.

75. La L. 7.371, de 8.6.921, extendió el beneficio para los condenados a pena de multa (que por lo tanto podía llegar a no abonarse nunca), quedando compurgada la pena de prisión o de multa con el vencimiento de la vigilancia, al cabo del cual, si no registraba mala conducta, se tenía por no pronunciada la condena y por sobreesido el proceso.

76. La L. 8.673, de 24.9.930, facultaba a la Alta Corte de Justicia para reducir la vigilancia de oficio o a petición de parte., lo que llevó a que, muchísimos años después, por Acordada 7.362, de 27.11.998, la Corporación redujera el plazo a dos años contados desde el cese del arresto o de la libertad provisional.

77. El C.P. de 1934 (L. 9.155, de 4.1.933) reguló la cuestión en el art. 126, como causa de extinción del delito, siguiendo la técnica imperfecta de no derogar expresamente lo anterior, dejándolo en parte subsistente, pero modificándolo en aspectos esenciales, lo que transforma la interpretación en un ejercicio dificultoso de armonización de normas, según las pautas dadas por el art. 2 de la L. 9.435, de 18.10.934, que dejó subsistentes las leyes anteriores en cuanto no estuvieran en oposición al C.P.

78. El CPP de 1980 por su parte se refiere al instituto en los arts. 248 y 331-333, por el cual la suspensión condicional de la pena debe disponerse en la propia sentencia de condena, por el juez de ejecución (o el de la última sentencia en caso de unificación de penas), teniendo como efecto que, si al cabo del plazo de vigilancia no cometiere nuevo delito y hubiere cumplido los deberes impuesto, se tendrá por no pronunciada la sentencia y por extinguido el delito, cancelándose la inscripción en el Registro de antecedentes.

79. Es sobre este abigarrado y ya confuso panorama que viene a insertarse ahora la L. 17.726/2003.

80. La vigilancia de la autoridad es una consecuencia de la condena condicional (art. 102 C.P.) y en ello consisten "las obligaciones impuestas por la ley" a que refiere el art. 126 C.P., mientras que las obligaciones que le fueran impuestas judicialmente, según el citado art. 126 del C.P., son conjunta o separadamente, la restitución de las cosas provenientes, del delito, el pago de las indemnizaciones civiles emanadas del mismo y el mandato de interdicción, de domiciliarse en ciertos sitios o de concurrir a otros.

El art. 11 de la ley dice:

"Cuando la sentencia definitiva imponga pena de prisión se concederá al encausado la suspensión condicional de la pena (artículo 126 del Código Pe-

nal), siempre que se tratare de un primario que haya sido procesado sin prisión o con las medidas sustitutivas previstas en esta ley y las haya cumplido, salvo la existencia de causa grave debidamente fundada.

Si la sentencia impusiere una pena de hasta tres años de penitenciaría el Juez podrá conceder la suspensión condicional de la pena, atendiendo los requisitos del inciso anterior y previo informe del Instituto Técnico Forense, fundando su decisión.

En ambos casos el plazo de vigilancia por la autoridad será de un año".

81. La disposición del art. 11 de la ley en estudio, a mi juicio viene a modificar el sistema, que queda estatuido del siguiente modo:

a. No procede la suspensión cuando la pena impuesta sea de multa, atento a que por un lado no refiere a ella la norma, y por otro no existe más la posibilidad de que una pena de multa vaya a ser sustituida por una de prisión, visto la reforma introducida al art. 337 del CPP, y tampoco procede en los casos en que la pena sea no privativa de la libertad (de inhabilitación o de suspensión)

b. Todas estas penas deben ser cumplidas en su integridad, y no pueden ser suspendidas en su ejecución, lo que plantea el arduo problema de qué resolver en los casos de penas conjuntas o múltiples, (de prisión, multa e inhabilitación por ejemplo), situación en que yo postulo, visto que la pena es inescindible, que son casos en que no puede disponerse la suspensión condicional (como en la mayoría de los llamados delitos de corrupción)

c. La regla es que la suspensión condicional "se concederá" (en principio es obligatorio disponerla), exclusivamente cuando se imponga "pena de prisión" (requisito objetivo derivado de la naturaleza de la pena impuesta);

d. Que se trate de un sujeto "primario" (es decir que no sea un reincidente en sentido estricto, art. 48 inc. 1, C.P., y art. 6 de esta ley), lo que constituye un requisito objetivo derivado de la condición personal del delincuente. Se podrá conceder a reiterantes, ya que el término "primario" es más estricto que el giro "delinquentes que no hayan cometido en el pasado otros delitos", establecido por el art. 126 del C.P., que queda en tal sentido modificado.

e. Que haya sido procesado "sin prisión", con lo que se descarta *in limine* toda posibilidad de otorgar el beneficio a alguien que se encuentre privado de su libertad en el momento de la sentencia;

f. O que haya sido "procesado con sustitución de la prisión preventiva por las medidas sustitutivas" previstas por la ley, y las hubiera "cumplido";

g. No creo que esté en la situación legal requerida, porque la ley no lo dice expresamente, el que hubiera sido procesado con prisión y luego hubiera

sido excarcelado bajo medidas sustitutivas “previstas en esta ley” (art. 4), y las hubiere cumplido, porque la norma establece claramente que debe tratarse de un sujeto o procesado sin prisión o procesado con las medidas sustitutivas al encarcelamiento que dispone la ley. O, dicho de otro modo, parece claro que un sujeto procesado con prisión y luego liberado con sustitución de preventiva por alternativas, no está en condiciones de ser beneficiado con la suspensión condicional.

h. Por excepción puede el juez no suspender la condena, aún dadas todas las circunstancias mencionadas, en mérito a la existencia de “causa grave” que deberá fundar debidamente, lo que torna la preceptividad aparente de la disposición, en una cuestión de discrecionalidad del juzgador, siendo muy difícil poder establecer pautas objetivas que determinen, frente a la objetividad de las condiciones exigidas por la ley para conceder la suspensión condicional, en qué pueden consistir esas supuestas “causas graves” a que refiere la ley.

i. La previsión de que no cometerá en el porvenir nuevos delitos (como dice el art. 126 del C.P.) es probablemente la razón grave que pueda argüirse con más seriedad, aunque no se ve cómo ni de qué manera puede el juez hacer esa prognosis previa.

j. Esta disposición demuestra que se trata de una ley timorata, que no termina de creer en los fundamentos de lo que establece, y que permanentemente deja abiertas ventanas a la discrecionalidad del Juez, (formas de “reaseguros” del sistema), como si temiera resolver de una vez y para siempre con criterio general y abstracto una cuestión en el fondo tan simple como la que presentamos.

k. Si la pena es de prisión (o sea si no es grave), si el sujeto está en libertad provisional (y por lo tanto se le supone no peligroso) y si ha cumplido a satisfacción con las medidas sustitutivas de control (lo que demostraría su recuperación), no se ve cual puede ser el motivo real del reaseguro, de permitir al juez no conceder aquello que supuestamente está obligado por la ley a conceder, arguyendo ignotas “causas graves”, que en definitiva no serán otras que el arbitrio personal de cada operador.

l. La ley introdujo por primera vez en la historia la posibilidad de conceder el beneficio (“podrá conceder”), cuando en la sentencia se impusiere una “pena de hasta tres años de penitenciaría”, cuando se hayan dado todos los “requisitos del inciso anterior” y se haya oído un informe (de obligatoria recepción pero no vinculante) del Instituto Técnico Forense.

m. La situación debe ser seguramente la de un delito con mínimo de prisión y máximo de penitenciaría, (un hurto, una estafa, un homicidio simple etc.), porque debe tratarse de un primario que ha sido

procesado sin prisión (y si la pena mínima fuera de penitenciaría jamás podría haber ocurrido tal extremo), y sometido a medidas sustitutivas, que hubiere cumplido a satisfacción, que se encontraba por tanto el libertad en el momento de la sentencia, la cual retribuyó su conducta, no obstante todo ello, con pena de penitenciaría hasta el máximo señalado, hipótesis en que el Juez está facultado ahora a suspender la ejecución.

n. La libertad del juez en este caso es absoluta, ya que ni siquiera está limitado en su decisión por la necesidad de encontrar “causas graves” para denegar el beneficio, lo que puede hacer por propia autoridad, naturalmente que, como en toda decisión judicial, mediando fundamento que explicita las razones que lo llevan a decir de un modo u otro.

o. Debe destacarse que no puede otorgarse el beneficio a un sujeto condenado a pena de entre dos y tres años de penitenciaría, si fue procesado con prisión, porque la ley exige que se den “los requisitos del inciso anterior”, o sea que debe tratarse de un primario procesado sin prisión, o procesado con medidas sustitutivas.

p. El informe del ITF es difícil de determinar en qué consiste, cuál es su contenido, por cuanto la primariedad (que resulta de sus planillas) debe estar ya acreditada, consistiendo tal vez, en la realización de informes sociales de recuperación, de vida familiar, laboral e incluso, si correspondiera, informes psicológicos o psiquiátricos que hagan pensar, como en definitiva establecía el C.P., que se pueda prever que no cometerá nuevos delitos en el porvenir, tarea para la cual, no creo esté capacitado materialmente el Instituto, no habiendo previsión de rubros, ni refuerzo de personal, ni tiempo efectivo real para hacer dichos estudios de personalidad con un mínimo de seriedad, sobre todo dado el carácter ambulatorio que los mismos necesariamente tendrán.

q. Esta es otra característica de la ley, establecer funciones a cargo de determinados organismos a los que no provee al mismo tiempo de un marco de actuación, ni de financiación, quedando todo en el recurso a un mágico apoyo de la “ciencia” a través del ITF, que permitirá supuestamente al Juez tomar una mejor decisión, por sobre lo que ya resulta objetivamente de autos, que no es otra cosa que la poca gravedad relativa del caso, visto la pena a recaer (de hasta tres años) y fundamentalmente al hecho de que el condenado ya goza de su libertad ambulatoria, y ya ha cumplido a satisfacción las medidas sustitutivas que se hubieren dispuesto respecto de su persona.

r. A mi criterio es claro que el Juez no puede otorgar la suspensión condicional de la pena a un procesado que en el momento de la sentencia se halle en prisión preventiva, precisamente porque uno de los requisitos básicos para que funcione el instituto, en

todos los casos, es que el prevenido esté procesado sin prisión o que lo haya sido, bajo medidas sustitutivas, y que las hubiera cumplido, lo que es imposible de darse en la hipótesis en consideración.

s. No puede por tanto, si el sujeto estuviere cumpliendo preventiva al tiempo de la condena, por ejemplo, condenarlo a dos años de penitenciaría, ponerlo en libertad provisional, imponer en sustitución medidas alternativas al aprisionamiento y suspenderle la ejecución, porque esto choca frontalmente con la letra clara de la ley;

t. La ley reduce el plazo de vigilancia a solo un año, modificando con ello la resolución de la Suprema Corte que había fijado en dos años dicho guarismo, que la ley anterior establecía en cinco.

u. Es dudoso a partir de cuándo se computa dicho plazo, porque la ley no lo determina en modo alguno.

v. Una posibilidad es considerar vigente la decisión de la Corporación de que este plazo se cuente no desde el día del arresto (como dice la ley anterior), sino desde el día en que el mismo cesó, desde que se dispuso la libertad provisional del implegado.

w. Pero ello lleva a que en los hechos la enorme mayoría de los procesos (o todos), arrojarán un resultado de plazo de vigilancia ya cumplido en el momento de la suspensión condicional, que quedaría absolutamente sin objeto, atento a que el lapso de duración de la causa, desde el inicio del sumario, probablemente insumiría todo el plazo de latencia.

x. No puede seguirse sosteniendo que el plazo comienza con el día del arresto, porque el instituto funciona ahora sobre la base de un procesamiento sin prisión, que coincide temporalmente con el inicio del sumario, esto es con el dictado del auto de procesamiento, en que se reproduce lo afirmado en el numeral anterior

y. Lo más razonable frente a esta modificación, sería computar el plazo del año a partir de la notificación de la sentencia de condena, en la forma que indicamos infra.

z. El condenado teóricamente puede renunciar al beneficio conforme al art. 7 de la ley 5.393, por cuanto le puede resultar más gravoso quedar sometido a vigilancia, por el lapso de latencia, que cumplir la pena en libertad condicional que se debería en tal caso tramitar (art. 131 B) C.P. art. 327 CPP). El acortamiento de dicho plazo tiende a desestimular las renunciaciones. Yo creo que en muchas situaciones el plazo estará extinguido con anterioridad o será de muy corta duración conforme a lo que hemos dicho anteriormente.

aa. El trámite sigue siendo el que regía con anterioridad, debiendo notarse que cuando se dispone la suspensión condicional se lo hace respecto de un

procesado, por cuanto todavía la sentencia no ha adquirido fuerza de cosa juzgada.

bb. Se debe por ello liquidar la pena (art. 320 CPP), se le notifica luego la sentencia haciéndosele saber con claridad el monto de la condena, recabándosele pronunciamiento sobre si opta o no por la suspensión, que se le explicará en qué consiste y las obligaciones que se le imponen (legales y judiciales), así como su plazo de duración, debiendo constituir domicilio en ese acto, a efectos de la vigilancia.

cc. El juez no puede imponer otras obligaciones que las que resultan del art. 126 C.P., especialmente no puede imponer medidas sustitutivas de las establecidas por la ley, pues aquí se trata de vigilancia de la autoridad (que tiene un contenido específico determinada por la ley) y no de alternativas ni a la preventiva ni a la pena.

dd. Si se ha establecido una pena sustitutiva a la de prisión (art. 9), no puede en este caso disponerse al mismo tiempo la suspensión condicional de la pena, sino que debe cumplirse la pena sustituta.

ee. En el caso de haberse otorgado la suspensión condicional y al cabo del año, desde que corre el plazo, no ha vuelto a delinquir, ni ha incumplido con las obligaciones a su cargo, el Juez de ejecución dispone tener por no pronunciada la sentencia, por extinguido el delito, y previa vista Fiscal, manda cancelar la inscripción en el Registro, librando la comunicación respectiva al ITF, el cual eliminará de sus planillas toda referencia al proceso del delito que se declara extinto (Art. 332 CPP)

ff. La extinción del delito no alcanza a los efectos civiles del mismo (art. 5 de la L. 5.393/916; art. 91 No. 6, 104 y 105 C.P.)

gg. La revocación del beneficio, cuando corresponda, sigue las reglas establecidas con anterioridad (art. 331 y 337 CPP), correspondiendo al juez de ejecución (o al de la causa más nueva si la causal es por comisión de un nuevo delito), dar trámite a la libertad condicional. Las oposiciones a estas decisiones se tramitan en vía incidental (art. 333 CPP)

Capítulo IV EL RÉGIMEN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

82. La libertad condicional es un mecanismo que permite al condenado extinguir el saldo de pena que le resta cumplir, en libertad, instituto que ha sido puesto en manos de la Suprema Corte de Justicia.

83. Parte de la idea básica de que, si el sujeto se encuentra en régimen de libertad provisional, o sea si no está en régimen de reclusión, al momento de quedar firme la sentencia de condena, no debe, de regla, ser reintegrado a la cárcel, permitiéndosele,

luego del trámite que expondremos, extinguir su pena en la libertad de que ya goza (art. 138 CPP), evitándose con ello el funesto efecto de las penas cortas de privación de libertad.

84. El requisito para que la Corte pueda otorgar la libertad condicional, por consiguiente, es que el sujeto se halle en libertad provisional al quedar ejecutoriada la sentencia de condena (art. 327 CPP).

85. Se otorga por tanto a los sujetos excarcelados provisoriamente por el juez de la causa, por el Tribunal si fuera del caso, e incluso por la propia Suprema Corte, si se otorgó la libertad graciosa o por gracia en su oportunidad.

86. También procede respecto de todos los sujetos procesados sin prisión que se encuentran, por definición, técnicamente en régimen de libertad provisional.

87. Una vez dictada la sentencia de condena, el juez de ejecución ordena a la oficina actuaria que “liquide” la pena (art. 320 CPP), la cual debe ser aprobada por el juez (con intervención de las partes), para lo cual rige el régimen incidental.

88. El magistrado entonces debe expedirse sobre el otorgamiento o no de la libertad condicional, con el alcance que vimos (lo que ocurre siempre que reste un saldo de pena a cumplir), o sea que no corresponde cuando el sujeto ha extinguido la pena, como en el caso de que la pena se diera por compurgada con la preventiva ya cumplida.

89. Ese pronunciamiento judicial debe ser precedido de informes del ITF (para saber si ha cometido nuevos delitos luego de su excarcelación y para descartar posibles unificaciones de penas), del INACRI y de la Jefatura de Policía que corresponda, sobre la personalidad, forma y condiciones de vida del condenado desde que recibió su libertad (art. 237 CPP), pues el magistrado se debe formar un juicio “sobre su recuperación moral”, que lo hicieran acreedor al beneficio que se concederá.

90. Eleva los autos a la Suprema Corte la cual, luego de oír al Fiscal de Corte, resuelve sobre si concede o no la libertad condicional, no necesitando fundar el fallo, si es que comparte la opinión del juez de la causa ya referido, quedando el condenado sujeto a vigilancia de la autoridad en los términos del art. 102 del C.P.

91. Este instituto es un derivado de la primitiva libertad anticipada, beneficio que se otorgaba a los penados que habían cumplido con buena conducta una parte sustantiva de la pena privativa de libertad, a los que podía permitirles seguir un régimen menos afflictivo de pena, extinguiendo el delito en libertad, revocable si dieran muestras de mala conducta posterior a la liberación (así era el sistema del CP antiguo de 1889, art. 93)

92. En sí misma, lo que nosotros conocemos como libertad condicional, es una típica medida sustitutiva de la pena de prisión, que se troca por una libertad vigilada hasta el cumplimiento del plazo de vigilancia.

93. Si la Corporación concede el beneficio los autos son remitidos al juez de ejecución, quien debe notificar al condenado, intimándole la constitución de domicilio y haciéndole saber el régimen de vigilancia a que queda sometido (art. 102 C.P., 327 CPP)

94. Se procede en ese momento a “liquidar la vigilancia”, esto es a determinar con exactitud hasta qué día exacto quedará el sujeto bajo vigilancia de la autoridad, plazo que comienza a acorrer a partir de la notificación referida, comunicándose al ITF y a la Policía, reservándose el expediente hasta el vencimiento.

95. Hasta aquí el régimen continúa siendo el mismo al que se había llegado luego de muchas leyes sucesivas que regularon el instituto, el que ha venido a ser conmovido parcialmente por la L. 17.726 en estudio.

96. En efecto, la reforma que introduce el art. 13 de la ley 17.726, no modifica todo el instituto, sino que parte de la hipótesis en la cual la Suprema Corte, luego de todo el trámite descrito, decide no otorgar la libertad condicional.

97. Cuando la Corporación otorga la libertad condicional, por lo tanto, sigue vigente en toda su extensión el régimen anterior, lo que acota bastante el alcance de la reforma.

El art. 13 de la ley dice:

“Si cumplido lo establecido en el artículo 327 del Código del Proceso Penal, no se resolviere otorgarle la libertad condicional, la pena se liquidará a razón de un día-multa por cada día de pena, descontándose los días de prisión efectivamente sufridos, o el cumplimiento de las medidas sustitutivas computadas como lo dispone el artículo 7 de esta ley, ejecutándose en la forma establecida en el artículo 337 del Código del Proceso Penal.

Si se trata de la pena sustitutiva del literal B) del artículo 3 de esta ley, se descontará el tiempo que hubiese estado privado de conducir durante el proceso”.

98. En el régimen anterior, en esta situación de negativa al otorgamiento del beneficio, los autos volvían al juez, el cual libraba orden de prisión a los efectos del reintegro a la cárcel del condenado, para el cumplimiento efectivo del saldo de pena en privación de libertad.

99. Hay que destacar no obstante, el alto grado de discrecionalidad que siempre tuvo y tiene la Corporación para otorgar o denegar el beneficio, pues no es obligatorio que conceda la libertad condicional, aún cuando los informes sean favorables y el

juez de la causa hubiere opinado favorablemente a su concesión, debiendo solo, en caso de negarla, fundar adecuadamente su fallo, por las razones que discrecionalmente viera.

100. Ahora, desde esta ley, el pensamiento que rige el instituto parte del no reintegro a la cárcel, ni siquiera cuando no se otorga el beneficio, de los condenados que al momento de quedar ejecutoriada la sentencia de condena, se hallaren en libertad provisional, los que deberán en vez de volver a la cárcel abonar, efectivamente el saldo de prisión, pero convertido en pena pecuniaria.

101. La Corte puede seguir otorgando o denegando el beneficio, pero si lo niega el sujeto no debe ser reintegrado a la cárcel automáticamente como ocurría antes, sino que debe sustituirse el saldo por una multa, con cuyo pago se extinguirá el delito.

102. En efecto: si el sujeto estuviere en libertad, el tramite puede tener solo dos desenlaces:

a. la Suprema Corte otorga el beneficio y el sujeto queda en vigilancia conforme al régimen anterior, pudiendo extinguir el delito con el vencimiento del plazo de la vigilancia, si mantiene durante el mismo buena conducta, o,

b. la Suprema Corte no otorga la libertad condicional (es decir cuando "no se resolviese otorgarle la libertad condicional"), según dispone el art. 13 de la ley, lo que obliga a liquidar la pena "a razón de un día-multa por cada día de pena", con descuento de la preventiva sufrida o de las medidas sustitutivas cumplidas conforme al art. 7 de la propia ley, el resultado de cuya suma deberá efectivamente hacerse efectivo, extinguendo el delito por el pago de la pena, transformada en multa a través del engorroso trámite fijado por la ley.

103. Como se ve en cierto sentido todo este largo trámite, que llega hasta la propia Suprema Corte de Justicia, se ha automatizado bastante, por lo menos en el resultado final que conlleva, y que consiste en el no reintegro a la cárcel de los sujetos condenados que gozaren al momento de quedar ejecutoriada la sentencia de libertad provisional, lo que se podría perfectamente realizar por el juez de instancia, con mucha economía procesal.

104. Estimo que el valor del día multa a esos efectos, debería ser fijado por la Suprema Corte en la Resolución por la que decide no conceder el beneficio de la libertad condicional, teniendo en cuenta los informes que tiene a la vista y los parámetros que indica el art. 12 de la ley (situación económica del obligado, bienes que posea, ingresos, aptitud para el trabajo y cargas familiares). Si la Corporación no lo determina lo debe hacer el juez de ejecución. El valor del día multa al día de hoy es aproximadamente, en el mínimo de 230, y en el máximo de 1.250 pesos.

El art. 12 dice:

"(Determinación del día-multa). El valor del día-multa será fijado por el Juez entre 0.10 UR (un décimo de unidad reajutable) y 5 UR (cinco unidades reajutables), teniendo en cuenta la situación económica del obligado, los bienes que posea, sus ingresos, su aptitud para el trabajo y sus cargas familiares".

105. El juez de ejecución liquidará la pena a razón de un día multa por cada día de pena, pero conforme a ese valor ya establecido por la Corte, si se sigue el criterio que propongo, (que será un monto de entre un décimo de unidad reajutable 0,10 UR a 5 UR) El descuento de los días de prisión preventiva sufridos (un día por uno de multa) no plantea problemas y los días de sustitución de preventiva por medidas, con todo lo engorroso que sea, se rige conforme a lo que estudiaremos al considerar el art. 7 de la ley.

106. La vigilancia de la autoridad solo ocurrirá cuando sea concedida la libertad condicional. Cuando no sea concedida la libertad condicional, debe hacerse efectivo el saldo de la pena transformado en multa, es decir, debe cumplirse la pena. En este caso, como es muy obvio, la pena se extingue con el pago de la multa.

El art. 15 de la ley dice:

"En los casos de libertad condicional (artículos 131 del Código Penal y 327 del Código del Proceso Penal), el término de vigilancia de la autoridad será de tres años y podrá ser reducido hasta dos por el Juez de ejecución, de oficio o a pedido del condenado.

Lo dispuesto precedentemente será aplicable a las condenas en que penda el término de vigilancia a la fecha de entrada en vigencia de esta ley".

107. Este art. 15 establece que, en la hipótesis en que se concede la libertad condicional (no en el caso del art. 13 en que por hipótesis tal libertad no se concedió y que lo que corresponde es exigir el pago de la multa, sustitutivo del reintegro a la cárcel por el saldo de pena), "el término de la vigilancia de la autoridad será de tres años", pudiendo ser reducido a dos por el juez de ejecución, sea de oficio o a petición de parte, para lo cual la ley no ha dado ningún criterio orientador y que deben por tanto resultar del sentido del instituto en cuestión.

108. El establecimiento de un término fijo (en principio de tres años) para la duración del plazo de vigilancia, estaría indicando que para el legislador la libertad condicional es un beneficio que se otorga al reo en forma potestativa por el máximo órgano de la justicia nacional, muy cercano a los institutos de clemencia soberana (amnistía, indulto y gracia), y sin duda representativo de una política criminal, puesta en manos precisamente de la cabeza del Poder del Estado que constituye el Judicial.

109. El condenado no tendría por tanto “un derecho subjetivo” a no ser reintegrado a la prisión y a extinguir su pena en libertad, sino que esto es un beneficio discrecional, sí que reglado, un alto exponente de la administración de la justicia del país, por lo cual nada impide considerar que ese plazo legal (que puede ser atemperado por el juez de ejecución conforme a situaciones circunstanciales), es perfectamente ajustado a la constitución y en nada viola los principios generales de derecho que sustentan el sistema.

110. En definitiva, lo que resulta es lo siguiente: en caso de concederse la libertad condicional (que es la única hipótesis en que opera el art. 15) es posible (esta es la única situación problemática) que el saldo de pena venza antes que el fin del término de la vigilancia, fijado en tres años.

111. Lo que ocurre en este caso es que el sujeto tiene cumplido el plazo de la pena, pero no puede darse por extinguido el delito hasta el vencimiento de la vigilancia que es posterior.

112. Si vencidos los tres (o dos) años el sujeto no ha vuelto a delinquir ni existen elementos que indiquen violación del régimen de vigilancia, se debe dar por extinguida la pena en la forma tradicional.

113. Pero, si en el plazo de vigilancia, no obstante haber vencido el plazo de la pena, el sujeto hubiere delinquido nuevamente o demostrado mala conducta, lo que corresponde es revocar el beneficio, como es lo habitual.

114. De alguna forma se ha compensado el criterio extremadamente liberal que resulta de la ley de que nadie será de regla reintegrado a cumplir la pena luego de haber sido liberado, con una prolongación del lapso de vigilancia, durante el cual la sociedad puede contar con que el sujeto estará estimulado a no delinquir por pender sobre él la amenaza de un cumplimiento, sí que remoto, de la pena impuesta.

115. Cuando el sujeto vuelva a delinquir dentro del plazo de la vigilancia, los autos deben elevarse a la Suprema Corte que es la autoridad competente para revocar el beneficio teniendo en cuenta, como dice la ley, que “en caso de revocación no se computará como pena el tiempo que el condenado estuviera en libertad bajo vigilancia”, (art. 330 CPP) por lo cual pierde todo posible cómputo del lapso pasado en libertad condicional, y debe cumplir lisa y llanamente el saldo.

116. O sea que hay dos sistemas posibles:

a) quebrantamiento de los deberes impuestos por parte del sujeto al que se le concedió la libertad condicional, y

b) no pago de la multa que corresponde por parte del sujeto al que no se le concedió la libertad condicional.

117. En el primer caso puede entenderse que corresponde reintegrar al sujeto a la cárcel para cumplir el saldo de la pena, y en el segundo, rige la reforma del art. 14 al art. 337 del CPP que permite: a) hacer efectivo el pago de la multa con las sumas que se hubieren depositado en garantía del pago de días multa; b) lo que puede hacerse hasta en 18 cuotas mensuales (y consecutivas), que podrán ser reducidas por el juez de ejecución “de acuerdo con las posibilidades económicas del condenado”, e incluso reducirse en su importe global “cuando el condenado acredite que ha empeorado de fortuna”, correspondiendo a la Oficina Actuarial controlar el pago e intimar al condenado al mismo toda vez que se atrase en más de una cuota.

118. La ley no aclara qué ocurre si el condenado no paga pese a todas estas facilidades, pero creo que debe disponerse el reintegro a la cárcel por el saldo de pena, por considerar incongruente que se reintegre al sujeto que fue beneficiado con la libertad condicional y violó la vigilancia y no se haga lo propio respecto de aquel al que no se le otorgó la libertad condicional y no cumplió con el saldo de pena que le correspondía, y porque de otro modo el castigo del delito quedaría exclusivamente en manos del infractor, lo que haría tristemente irrisorio el sistema todo de la justicia penal.

119. Contra este criterio podría sostenerse, y no me atrevo a decir que fuera equivocado, por su apego a la letra de la ley, que al haberse liquidado la pena en días multa no puede hacerse renacer el lapso originario de prisión que establecía la sentencia, y, al no poderse ahora sustituir la multa por prisión, todo lo que restaría es intentar la vía de apremio, tal como vimos en el caso de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Capítulo V ANÁLISIS DEL ART. 10

El art. 10 de la ley dice:

“(Aplicación).- Cuando en la sentencia no se resolviera otorgar la libertad (artículo 326 del Código del Proceso Penal) podrá imponerse la sustitutiva que corresponde siempre que la pena a recaer no supere los tres años de penitenciaría. No se sustituirá la pena a reincidentes o a habituales.

En tales casos el Juez, al determinar la pena, establecerá el valor del día-multa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 de esta ley.

Si al quedar ejecutoriada la sentencia el condenado no se hallase en prisión preventiva se suspenderá su reintegro a la cárcel, procediéndose como lo prescribe el artículo 327 del Código del Proceso Penal”.

120. Esta disposición es de las más oscuras dentro de esta tan complicada y poco afortunada ley que comentamos. En efecto, desde el arranque cuesta determinar a qué quiso referirse el legislador y a qué se refiere la ley, ya que de su tenor literal emergen absurdas e irracionales interpretaciones, que a mi juicio pueden llegar a hacer inaplicable esta norma carente de sentido.

121. La discusión parlamentaria no arroja luz alguna, ya que se aprobó de inmediato por 28 votos en 32, y prácticamente no se dijo nada al respecto.

122. El *nomen juris* es “aplicación” pero no se sabe de qué: a) por un lado puede referir a las medidas sustitutivas de la pena previstas en el art. 9, lo que carece de sentido, salvo que se entienda que lo único que hace la ley es extender el contenido del art. 9 además de a las penas de prisión, a aquellas de penitenciaría que no superen los 3 años de duración, y a que en la disposición se establece que “no se sustituirá la pena a reincidente o a habituales”; b) por otro, como todo hace pensar era la intención del legislador, la norma se refiere al régimen de la suspensión condicional de la pena; o, c) se refiere a la libertad condicional, posición que se robustece porque el inc. 3 establece un principio general referido específicamente a este instituto al decir que “si al quedar ejecutoriada la sentencia el condenado no se hallase en prisión preventiva se suspenderá su reintegro a la cárcel, procediéndose como lo prescribe el art. 327 del CPP”, expresión totalmente inútil porque no modifica en nada el régimen ya existente, que indica cuando puede tramitarse la libertad condicional.

123. Dice el comentado art. 10 de la ley que “cuando en la sentencia no se resolviera otorgar la libertad (art. 326 CPP) podrá imponerse la sustitutiva, siempre que la pena a recaer no supere los tres años de penitenciaría”.

124. Pues bien: lo primero que debe determinarse en a cuál sentencia se refiere la norma, por cuanto la única libertad que el juez de instancia puede disponer es la libertad provisional, y el art. 326 CPP no se refiere a ello, sino al aplazamiento excepcional de la pena privativa de libertad en el momento de la ejecución administrativa de la pena, dispuesta por el juez de ejecución, cuyo cumplimiento puede diferirse respecto de mujeres embarazadas o con hijos menores de dos años de edad, o cuando el condenado se halla afectado por una enfermedad grave, cuando su cumplimiento efectivo pueda poner en riesgo su vida, nada de lo cual parece tener sentido en esta ley.

125. Salvo que se entienda que su único objeto fue precisamente éste, es decir, que ha previsto, para el caso de que al sentenciar, el juez no otorgue la libertad provisional a las personas que se encuentran en la situación del art. 326 del CPP (mujeres embar-

zadas, etc.), la sustitución del encarcelamiento por medidas sustitutivas. Es decir no liberaría a esas personas, sino que les fijaría la pena sustitutiva en días multa, y como consecuencia de ello, las excarcelaría con medidas alternativas (o en libertad “vigilada”)

126. Tampoco tiene sentido a mi juicio el que se diga que no se otorga la libertad (que no sabemos cuál es), pero que podrá imponerse la sustitutiva, porque esta medidas sustituyen a la prisión preventiva, que se ha mantenido por definición, ya que lo lógico es disponer la libertad y sustituir la preventiva por medidas, y no mantener la prisión y disponer medidas alternativas imposibles de ejecutar porque el sujeto sigue preso, lo cual es un galimatías inexplicable y que deja perplejo al intérprete, y vacía de contenido a la norma.

127. La norma no puede referirse a la libertad condicional que expresamente está regulada, como vimos por el art. 13, por lo que habré de interrogarme ahora sobre si este art. 10 no puede estar referido a la suspensión condicional de la pena.

128. Es posible que ésta haya sido la intención del legislador, que por cierto no plasmó en el texto normativo (que como vimos refiere a la sustitución de la pena y a la libertad condicional), al punto de que para hacerlo posible habría que reescribir la norma.

129. Esta norma vendría a complementar el art. 11 de la ley y habría que entender que la remisión al art. 326 del Código del Proceso Penal, en realidad debió ser al 126 del Código Penal, lo que realmente creo que excede toda posible consideración de que se trató de un simple *lapsus calami*, porque no solo confunde el número de la norma sino el propio cuerpo del que emerge, lo que hace totalmente inaceptable tal interpretación.

130. Además habría que entender que cuando la ley se refiere al “otorgamiento de la libertad” en la sentencia, en realidad se quiso referir a la suspensión de la ejecución de la pena, y que cuando refiere a la “sustitución de la pena” en realidad quiso decir “suspensión” de su ejecución.

131. Todo esto es imposible de conceder con un mínimo de seriedad interpretativa, no obstante lo cual expondremos lo que consideramos que quiso hacer el legislador con esta norma del art. 10.

132. Parece que se pretendió que, en caso de no concederse la suspensión condicional de la ejecución de la pena conforme a lo dispuesto por el art. 126 C.P. y el art. 11 de esta ley, el juez de instancia, al dictar sentencia no superior a los tres años de penitenciaría, pudiese, cuando negare la suspensión condicional (conforme a su potestad según art. 11 inc. 2), impusiera medidas sustitutivas al sujeto que, hallándose en libertad provisional, fuera condenado a aquel guarismo, pena de penitenciaría que se susti-

tuiría por el sistema de días multa establecido en el art. 12 de la ley, suspendiéndose su reintegro a la cárcel, tramitándose una vez ejecutoriada la libertad condicional.

133. Así y todo creo que para imponer tal criterio, si fuera el caso, se necesitará una reforma legal, porque no puede sustituirse el texto de la ley, por ninguna interpretación, sobre todo cuando ello requiere una construcción tan alambicada, no autorizada en modo alguno por el tenor de la disposición.

134. En definitiva a mi criterio la norma del art. 10 de "aplicación", resulta inaplicable y carente de sentido por lo menos en el que supuestamente quiso darle el legislador.

135. Como no soy partidario de dar por no escritas las disposiciones legales, sino que antes bien el intérprete debe tratar de darles sentido conforme a su texto, creo que este artículo establece:

a. Límites a lo dispuesto por el art. 9 en cuanto a la sustitución de la pena por medidas, lo que no sería posible nunca respecto de reincidentes o habituales. .

b. La necesidad de establecer el valor del día multa al determinar la pena sustituida, para fijar la fecha exacta de cumplimiento de la sentencia.

c. Ratificación del principio de que si el sujeto se hallare en libertad provisional (si no estuviere en prisión preventiva), al quedar ejecutoriada la sentencia de condena, no debe ser reintegrado a la cárcel (se debe suspender su reintegro) y debe tramitarse su libertad condicional.

d. Tal vez, en forma excepcional, pudieran disponerse medidas sustitutivas a la privación de libertad, en situaciones de mujeres embarazadas o con hijos, o de enfermos graves conforme al art. 326 C.P.

136. Tal vez no haya sido éste el sentido exacto que el legislador quiso dar a la norma, pero es el que resulta inequívocamente de su texto, y por cierto que en sí mismo no carece de sentido, y se encuentra en la línea liberal que el texto quiso dar a estos problemas.

Capítulo VI EL RÉGIMEN DE LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA

137. Las medidas sustitutivas al encarcelamiento no son una novedad absoluta de esta ley.

138. En efecto, al establecer el régimen de vigilancia de la autoridad el art. 102 del C.P. determinaba cuales eran las obligaciones legales que venían impuestas con la liberación condicional y la condena condicional consistentes en: 1) constitución de

domicilio; 2) obligación de no variar de residencia sin conocimiento previo de la autoridad encargada de su vigilancia; 3) obligación de observar las reglas de inspección que se le ordenaran, y 4) de adoptar oficio, arte o profesión, es decir, de proveerse de un medio propio de subsistencia.

139. El juez tiene por su parte la potestad de imponerle obligaciones, que el art. 126 C.P., concretaba en las siguientes: a) restitución de las cosas provenientes del delito; b) pago de las indemnizaciones civiles emanadas del mismo y c) interdicciones varias, consistentes en la prohibición de domiciliarse en ciertos lugares o de concurrir a ciertos sitios, disposiciones que, en general debe decirse que no han sido empleadas con la intensidad que podía esperarse en vías de una mejor composición del conflicto generado entre el delincuente y su víctima, desaprovechándose así la oportunidad de servir a un derecho penal verdaderamente "compensatorio", lo que demuestra que es necesario no solo dictar los instrumentos legales correspondientes, sino también incorporar a la cultura judicial el motivo de esas reformas y sus objetivos.

140. La vigilancia de la autoridad se ha concretado hasta ahora en una mera constitución de domicilio, sin ulterioridades mayores, en la medida en que el sujeto se presentara a declarar al juzgado cuando se lo requiriera, activándose en todo caso el mecanismo de control cuando no se le hallaba en el lugar indicado, cosa bastante frecuente dada la movilidad de este tipo de población, porque el problema que existía antes y subsiste ahora es el del control. Porque el legislador ha establecido una serie de medidas sin preocuparse de los aspectos prácticos, ni de los costos, ni de la organización que la implementación de las mismas requiere, si es que se pretende que realmente tengan alguna efectividad.

El artículo 3 de la ley dice:

"Son medidas sustitutivas a la prisión preventiva:

A) Presentación periódica ante el Juzgado o Seccional Policial".

141. Esta es una de las medidas que más frecuentemente se venían imponiendo en la práctica, por lo que, en este aspecto, la ley solo confirma o legaliza lo que era una rutina judicial. Cabe preguntarse la utilidad que pueda tener tamaña disposición y los costos que significan para los tribunales y las institución policial. ¿Qué sentido puede tener obligarse a alguien a presentarse ante estas autoridades?. Saber que el sujeto no se fugó que está allí, que supuestamente mantienen el domicilio constituido. Si bien la ley establece que todas las medidas se deben aplicar en la forma que menos perjudiquen las actividades laborales o educativas del procesado (art. 4) lo cierto es que esto supone una pérdida de tiempo absurda, un ir a algún lugar para dar una especie de cuenta

de existencia, que implica abandono de otras tareas, molestias y eventualmente gastos por lo menos de locomoción.

142. Para estas medidas no se han impuesto cálculos conforme al art. 7, lo que significa que podrían violarse sin consecuencias apreciables. Se podría revocar por incumplimiento ya que esto claramente constituiría un caso grave de violación de los deberes impuestos, pero la ley no establece como se computarán las medidas sufridas. Y esto solo puede significar que, por violación de este deber absurdo de mera presentación, el sujeto puede volver a quedar privado de su libertad sin descuento de ninguna especie por el cumplimiento parcial que hubiera hecho si fuera del caso.

“B) Prohibición de conducir vehículos por un plazo de hasta dos años, cuando se hubiese cometido un delito culposo, en ocasión del tránsito vehicular, contra la vida, la integridad física o se hubiera provocado daño importante en la propiedad a criterio del Juez. Se procederá al retiro de la libreta de conducir y se efectuará la comunicación correspondiente a las Intendencias y sus Juntas Locales”.

143. Ya MENONI advirtió sobre el enorme trabajo de oficina que ello implica, por la multitud de Intendencias y Juntas de todo el país que deben ser notificadas. Supuestamente estas autoridades deberían controlar si el sujeto sigue conduciendo y lo mismo la policía caminera, a la que sin embargo no se le notifica de la resolución.

144. Cinco días de interdicción del permiso de conducir equivale a uno de prisión (art. 7)

145. Como puede apreciarse se modificó en un sentido más restrictivo, lo dispuesto por el art. 73 del CPP que permitía el retiro de la libreta, en caso de delitos culposos, por un plazo menor, de uno a doce meses.

146. La imputación por daño culposo, como advirtió el diputado SCAVARELLI, crece de sentido, ya que el delito de daño no admite la forma imprudente (art. 19 C.P.)

“C) Restitución de la situación jurídica anterior a la comisión del delito”.

147. Esta norma está en la línea de la reprivatización del conflicto, y del derecho penal reparatorio por lo que no hemos de criticarla. Sin embargo, vemos que en lo fundamental ya estaba dentro de las obligaciones que podía poder el juez por lo menos en el caso de la suspensión condicional de la pena (art. 126 C.P.), por lo que la reforma se caracteriza por el alcance mayor que tiene y por ser precisamente dispuesta por la ley, aunque siempre por decisión discrecional del juez.

148. Estrictamente es imposible restituir la situación jurídica anterior, por lo que debe verse en ello la efectiva reparación del mal, volviendo las cosas, en

la medida de lo posible, y casi siempre por equivalente, al estado anterior al delito, para lo que rigen las reglas generales.

149. El que esto hiciera no podrá violar los deberes impuestos (porque se requiere no una promesa de restitución, sino una restitución efectiva) y por lo tanto no existe para él posibilidad de revocación ni de reintegro a la cárcel.

150. Habría pagado anticipadamente su deuda con la sociedad, y en todo caso generaría derecho reparatorio en caso de absolución.

151. La ley no prevé en modo alguno, la forma de la negociación que debe preceder a esta solución, ni el rol que debe cumplir en ella el Ministerio Público, la Defensa y las víctimas, por lo que jamás podrá determinarse con precisión en qué consiste o cual es el alcance de esta restitución, quién la fija, por qué monto, que posibilidades de aceptación o de rechazo tienen las partes y etc.

“D) Interdicción: la prohibición de concurrir a determinados lugares, comercios o domicilios, incluido el propio, o la obligación de permanecer dentro de determinados límites territoriales”.

152. Este tipo de medidas pueden ser muy útiles, pero debería implantarse, y preverse el costo, un sistema de monitoreo electrónico de personas, único modo moderno y efectivo de hacer realidad las finalidades perseguidas por el legislador.

153. Cinco días de interdicción efectivos y cumplidos valen por uno de prisión (art. 7)

“E) Atención médica o psicológica de apoyo o rehabilitación: la obligación de someterse a determinado tratamiento por un plazo máximo de seis meses, si el tratamiento fuese ambulatorio y de dos meses si requiriese internación”.

154. ¿Cómo puede determinarse la duración de un tratamiento de este tipo en forma automática y previa al comienzo del mismo?; ¿dónde se realiza?; ¿quién lo paga?; ¿cómo se controla?, y todas las preguntas que puedan formularse al respecto no son contestadas por la ley.

155. El tratamiento ambulatorio se computa a razón de un día de prisión por el tratamiento semanal, independientemente de las horas que éste insuma (literal B) art. 7)

156. Va de suyo que el tratamiento continuado y bajo internación se computa día por día, aunque la ley no diga nada al respecto.

“F) Prestación de servicios comunitarios: la obligación de cumplir las tareas que se le asignen, teniendo en cuenta su aptitud o idoneidad, en organismos públicos o en organizaciones no gubernamentales, cuyos fines sean de evidente interés o utilidad social. Estas medidas no podrán sobrepasar las dos horas diarias o las doce semanales y su plazo máximo de duración será de diez meses.

La Suprema Corte de Justicia establecerá los criterios generales que deberán cumplir las instituciones a que refiere este literal, a efectos de determinar las remuneraciones que se pagarán por el trabajo cumplido por los procesados y que se depositarán en el fondo a que refiere el artículo 16 de esta ley, las que se reservarán y reintegrarán al procesado si se revocase el auto de procesamiento o recayese sentencia absolutoria (artículos 235, 238 y 241 del Código del Proceso Penal)

Podrán también los Jueces cometer el cumplimiento de esta medida al Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados o a comisiones departamentales con cometidos similares en el interior de la República”.

157. Esta prestación, que el miembro informante, el diputado BARRERA veía como “el corazón” del art. 3, se prevé con total amplitud, para ejecutarse tanto en organismos públicos como en organizaciones no gubernamentales con fines de interés o utilidad social, solo limitadas por el lapso de duración, de no más de dos horas diarias o de doce por semana, por plazo que no puede superar los diez meses.

158. Se pone a cargo de la Corte el establecimiento de los criterios generales que deberán cumplir esas instituciones, y a efectos de establecer las remuneraciones que se pagarán por el trabajo cumplido que se depositará en una cuenta a favor del Patronato de Encarcelados y Liberados (art. 16) que se reservarán no obstante, hasta el fin del proceso, por cuanto en caso de sentencia absolutoria o de revocación del procesamiento esas sumas se deben devolver al causante.

159. Este es uno de los casos en que más claramente se nota la ausencia de pautas claras en cuanto al control de toda esta situación, que se soluciona aparentemente con el recargo de la tarea en la Suprema Corte, no previéndose organización administrativa alguna de refuerzo (salvo la referencia al cometimiento del cumplimiento al Patronato o a comisiones departamentales, que se autoriza disponer)

160. Este trabajo debería de ser gratuito, y nos imaginamos que una de las razones para establecer el pago (de un monto de todos modos irrisorio), es la preconstitución de un fondo (de algún modo debe ser llamado) para reintegrarlo en caso de no confirmación de la sospecha de culpabilidad.

161. Porque todos los problemas surgen de que estamos limitando la libertad de personas que no han sido todavía condenadas, y a las que ampara el estado de inocencia que todos tienen, aún los sometidos a proceso.

162. Los servicios comunitarios se computan a razón de un día de prisión por cada día efectivamente trabajado (lit. C) art. 7)

163. La crítica más aguda formulada al trabajo comunitario proviene de OTTATI, que acertadamente

señaló que en realidad tiene naturaleza punitiva y no cautelar, como se supone que debe tener (conforme a su naturaleza jurídica), tanto la preventiva como las medidas que la sustituyen.

“G) Arresto domiciliario: la obligación de permanecer en su domicilio, sin salir de sus límites, por un plazo máximo de tres meses o de permanecer en él dentro de determinados días u horas por un plazo máximo de seis meses”.

164. El arresto domiciliario en todas sus formas no puede controlarse efectivamente, salvo que se ponga en funcionamiento un régimen de monitoreo electrónico, al que ya referimos, cuyos costos y complejidades no han sido considerados en el texto de la ley.

165. El arresto domiciliario “cerrado”, esto es con prohibición absoluta de salir de él, se computa día por día, si el arresto solo fuese parcial, se calcula un día de prisión por cada diez horas de arresto continuado (art. 7 lit. D)

“H) Arresto en horas de descanso: la obligación de permanecer los días laborables durante las horas de descanso bajo arresto por un plazo máximo de seis meses. El arresto deberá cumplirse en el Hogar del Liberado a cargo del Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados, o donde el Juez lo indique”.

166. A mi criterio debe entenderse por horas de descanso, aquellas nocturnas (o diurnas según el caso) al cabo de la jornada de ocho o de seis horas laborables, y no los intervalos durante la jornada de labor que sería locura exigir.

167. En efecto, no puede entenderse que sean horas de descanso aquellas dedicadas al almuerzo del mediodía, o las que correspondan según cada especialidad laboral, de una o dos horas de duración o de menor tiempo aún, en las que no es razonable exigir el traslado hasta el Hogar del Liberado, ni es posible imaginar que el Juez pueda estar en condiciones de exigir en cada caso particular un lugar apropiado para dicho arresto el que además, no podría controlarse efectivamente.

168. En la mayoría de los casos sería un arresto nocturno para cuyo control, salvo cuando se haga en el Hogar del Liberado, no se ve cómo se puede controlar efectivamente.

169. No se prevé por la ley aumento de la capacidad locativa del Hogar, ni cómo solventar los gastos, ni tampoco en qué forma habilitar otros locales, posiblemente en comisaría o seccionales, incluso por la necesidad de abatir gastos de traslado a los liberados desde el centro de arresto hasta el lugar de trabajo, dando por supuesto que el sujeto, en la actual situación, tenga un empleo del cual deba descansar.

170. Se computa un día de prisión por cada jornada de arresto de este tipo (art. 7 lit. E)

“I) Arresto de fin de semana o de descanso semanal: la obligación de permanecer un día y medio con-

tinuo bajo arresto que coincidirá con el lapso de descanso semanal del procesado, que se cumplirá en una Comisaría Seccional, por un plazo máximo de seis meses”.

142. Esta situación merece las mismas observaciones generales ya vistas, en cuanto a su implementación efectiva, aunque el registro del cumplimiento en este caso no será difícil de hacer.

143. Se computan dos días de prisión por cada oportunidad de cumplimiento de la medida (art. 7 lit. F)

“J) Cualquier otra obligación substitutiva propuesta por el procesado y aceptada por el Juez, que cumpla con las finalidades de esta ley o suponga una adecuada reparación del mal causado”.

144. La necesidad de que el procesado consienta las medidas (art. 2) y esta facultad de proposición, (así como las que resultan de la disposición transitoria del art. 8), abren un ámbito de negociación sobre cuyo desarrollo no aclara nada la ley.

145. No se sabe cuál será el rol, si es que tienen alguno, del Ministerio Público, ni de la Defensa, ni de las Víctimas y sus representantes legales, ni qué ocurre si no se llega al acuerdo, ni en qué plazo debe cumplirse, ni qué vía recursiva tienen los interesados ante esta situación, que puede llevar a un callejón sin salida, en ocasiones acotada por el vencimiento de los plazos constitucionales de la duración del arresto y del comienzo del sumario conforme al artículo 16 de la Constitución.

146. El cómputo correspondiente por estas medidas innominadas se efectuará conforme lo señala el literal G) del art. 7, según el caso.

“K) Si el procesado fuere solvente deberá garantizar adecuadamente el pago de los días multa a imponerse, en caso de no ser absuelto”.

147. Esta disposición también abre el flanco a la crítica. En primer lugar no se determina qué debe entenderse por ser “solvente”, ni por qué se hace una discriminación negativa en cuanto al solvente respecto del que no lo es, en algo que puede verse como un cierto derecho penal de clase, que prefigura casos en que los únicos que en definitiva pagarán por sus crímenes serán los supuestamente “ricos”, mientras que, respecto del resto, supuestamente los no pudientes o pobres, la pena de multa tendrá un mero carácter simbólico pues será incobrable y no podrá ser substituida por aprisionamiento, lo que elimina a todos los efectos la consecuencia principal del crimen que es la sanción, sin cuyo concurso no puede siquiera hablarse de que estemos ante una ley penal (art. 1 C.P.)

148. El delito del solvente, sea ello lo que fuere, no es más grave que el de los demás, por lo cual se viene a pagar más caro por lo que se tiene y no por lo que se hace, instituyendo una forma de derecho pe-

nal de autor de signo inverso, pero no menos criticable del que resulta de los hechos naturales de la división social existente en la comunidad.

149. Solvente, en el sentido de la norma, es aquél que puede pagar sus deudas o de cumplir con una obligación, para determinar lo cual el legislador no ha dado pauta alguna al Juez, quedando todo al arbitrio del operador.

150. El ámbito de discrecionalidad que esto deja para el juzgador es amplísimo y teñido de elementos subjetivos y emotivos, propios de la ideología y situación de cada cual, que es necesario advertir, y por lo menos recomendar extrema prudencia en la aplicación de este literal de la ley.

151. No es difícil comprender que la forma más “adecuada” de garantizar un pago es mediante una fianza abonada, que va constituyendo las bases del efectivo cumplimiento de la pena (ver art. 14 de la ley y la reforma que impone al art. 337 CPP que ya comentamos supra)

El art. 4 establece:

“(Oportunidad de imposición y cese) Podrán imponerse las medidas a que refiere el artículo anterior, en el auto de procesamiento, o posteriormente al mismo, en forma fundada, cuando estuviese cumpliendo prisión preventiva, decretándose simultáneamente la libertad provisional. Se procurará que las medidas substitutivas perjudiquen en la menor medida posible las actividades laborales o educativas del procesado.

El cese anticipado de las medidas o de alguna de ellas, o la substitución de la prisión preventiva por medidas alternativas, se tramitará en la misma forma y plazos que el incidente excarcelatorio (artículos 156 y 157 del Código del proceso Penal) y el fallo será pasible de los mismos recursos (artículo 158 del Código del Proceso Penal)”.

152. La imposición de las medidas substitutivas o alternativas a la prisión preventiva es una potestad del magistrado, ya que las mismas “podrán imponerse” (art. 4), lo que teóricamente permite sostener que sigue vigente el régimen anterior de libertad provisional bajo caución (real, personal o juratoria), lo que habilitaría un doble sistema, no demasiado coherente, si se entiende que podría liberarse provisionalmente a personas a las que la ley no admite otorgar el beneficio de la substitución de preventiva por medidas, como a los reincidentes y habituales (art. 6)

153. En efecto, la oportunidad para imponer estas medidas es: a) al dictarse el auto de procesamiento, o b) si el sujeto fue procesado con prisión, al dictarse el auto que le otorga la excarcelación provisional (debiendo decretarse simultáneamente la libertad provisional y las medidas substitutivas)

154. El cese anticipado de las medidas ya dispuestas o la substitución de prisión por medidas se

tramitará conforme a lo dispuesto para el incidente excarcelatorio y con idénticos recursos, formas y plazos (art. 4 inc. 2, 156-158 CPP)

El art. 5 dispone:

“En caso de imposibilidad del cumplimiento de la medida por causa no imputable al procesado, la misma se sustituirá por otra u otras sin aumentar su gravedad”.

155. En estos casos de imposibilidad de cumplimiento, y de sustitución de unas medidas por otras “sin aumentar su gravedad”, el trámite a seguir creemos que es, a falta de otra disposición, el mismo referido anteriormente, o, en su defecto la vía incidental.

156. Esta disposición ha sido criticada por consagrar no el reintegro a la cárcel para cumplir la preventiva, sino una verdadera sustitución de medidas sustitutivas, que puede llegar a crear un círculo imposible de romper, a lo que debe agregarse la dificultad resultante de que, como las medidas se instituyen con consentimiento del procesado, difícilmente puedan continuar si aquel consentimiento se retira, lo que replantea un inconveniente debate o negociación con el juez, y la posibilidad siempre latente de un reintegro a prisión.

157. Por otra parte, la comparación respecto de la “gravedad” de las medidas, es asunto librado al buen sentir de los operadores y de no fácil resolución. La ley no ha otorgado ningún baremo objetivo que permita discernir cuales son más graves que otras, asunto abierto a la opinión particular y por tanto contrario a la certeza y la seguridad.

El art. 6 dice:

“(Imprudencia). Las medidas sustitutivas a que refiere esta ley no proceden en los casos de reincidencia o habitualidad”.

158. De esta disposición resulta muy claramente a mi juicio, que no puede otorgarse racionalmente la libertad provisional a reincidentes o habituales, en la medida en que, si no pueden ser beneficiados por estas medidas, atento a su peligrosidad, no se ve cómo podrían ser dejados en libertad provisional (procesándolos sin prisión, o excarcelándolos luego) simplemente bajo caución, régimen más benigno y menos controlado que el que suponen este tipo de medidas que precisamente se crean para sustituir a la prisión preventiva o aplicarse como alternativa de ella.

El art. 7 de la ley dispone:

“Las medidas a que refiere el artículo 3 de esta ley, sólo se revocarán en los casos graves de violación de los deberes impuestos.

Se considerará caso grave la existencia de un procesamiento posterior.

La decisión será apelable con el solo efecto devolutivo.

En este caso las medidas cumplidas se computarán a efectos de la preventiva a sufrir de la siguiente manera:

A) Interdicción (literales B) y D) del artículo 3): un día de prisión por cada cinco días de la medida cumplida.

B) En caso de tratamiento ambulatorio: se computará un día de prisión por el tratamiento semanal, independientemente de las horas que éste insuma.

C) Servicios comunitarios: un día de prisión por cada día efectivamente trabajado.

D) En caso de arresto domiciliario con prohibición absoluta de ausentarse: un día de prisión por cada día de arresto; en caso que el arresto hubiese sido parcial: un día de prisión por cada diez horas de arresto continuado.

E) Arresto n horas de descanso: un día de prisión por cada jornada de arresto.

F) En caso de arresto de fin de semana o de descanso semanal: dos días de prisión por cada oportunidad de cumplimiento de la medida.

G) En caso de las demás medidas, si ellas supusiesen una privación de libertad ambulatoria o la obligación de permanecer en algún lugar: un día de prisión por cada diez horas continuas de cumplimiento de la medida, salvo que ella hubiese impuesto el cumplimiento de alguna actividad, en cuyo caso se acumulará el cómputo del literal C)“.

159. La revocación de las medidas “sólo” podrá disponerse por “casos graves” de violación de los deberes impuestos, lo que obliga al juez a considerar que pueden existir casos no graves de violación en que no se podrá llegar a la revocación.

160. La existencia de un procesamiento posterior es, por mandato de la ley, y por interpretación auténtica, no susceptible de matización alguna, un caso grave que obliga a revocar el beneficio concedido (art. 7)

161. Las demás situaciones que puedan presentarse quedan a la discrecionalidad del magistrado. El incumplimiento o desobediencia en estos casos no implica delito de desacato, lo que debilita la fuerza de coacción que se supone deben tener estas medidas, ya que la consecuencia de la desidia u olvido solo puede llevar, y exclusivamente cuando se considere incumplimiento “grave”, a la revocación del beneficio, lo que no impide tampoco que se vuelva a conceder la excarcelación nuevamente, otra vez bajo medidas, porque tampoco se estableció, lo que hubiera sido eficaz, la regla de que una vez revocada la medida no puede disponerse de nuevo, lo que hubiera tenido un alto efecto contenedor de inconductas del liberado provisionalmente.

162. La revocación implica, como es muy obvio y lo manda la ley (ésta habla de “la preventiva

a sufrir" art. 7 inc. 4), el reintegro del sujeto a la cárcel para seguir en prisión provisional, debiendo descontarse del cómputo de la pena (art. 321 CPP), todo el lapso pasado, tanto en prisión preventiva como en medidas sustitutivas, conforme a este sistema.

163. En caso de revocación del beneficio la ley establece un complejo sistema de cómputo de las medidas cumplidas a "efectos de la preventiva a sufrir", es decir a su duración, ya que luego como digo, se descontarán de la pena en esa cantidad.

164. En algunos casos, como ya lo hemos indicado, no corresponde hacer cálculo alguno (art. 3 lit. C), siendo la regla general para las medidas "innominadas" que pueden disponerse, la de computar los lapsos de privación de libertad ambulatoria, a razón de un día por cada diez horas, salvo cuando se impusiera alguna actividad, en que se computará un día por un día (lit G) art. 7), incluso en forma acumulativa

165. Todo este cálculo lo deberá hacer el juez al estudiar una posible nueva libertad provisional, para cuya concesión se tiene en cuenta el lapso sufrido de preventiva (el primero si lo hubo y el que resulta de la revocación del beneficio), a lo que debe agregarse el cómputo de la libertad vigilada que hubiera efectivamente cumplido durante el tiempo de su excarcelación.

166. Esto pone de manifiesto que todavía el legislador considera de algún modo a la preventiva (y la vigilancia de la autoridad que resulta de las medidas sustitutivas) como un adelanto de la pena a recaer, y como un índice importante en la consideración de la excarcelación provisional, que no puede ser otro que la relación de proporcionalidad entre la pena a recaer y el sufrimiento efectivo o la pérdida de libertad efectiva ya sufrida por vía de preventiva y de sustitución de ella.

167. A mi juicio es obvio que si el juez decide poner nuevamente en libertad al indiciado, también podrá hacerlo sustituyendo nuevamente a la preventiva por medidas sustitutivas, conforme a la ley.

Capítulo VII

MODIFICACIÓN AL RÉGIMEN DE LAS PENAS DEL CÓDIGO PENAL.

(Las penas sustitutivas a la prisión y pena de multa)

El art. 9 dispone:

"(Penas sustitutivas). Cuando la pena sea de prisión podrá sustituirse por alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 3°".

168. El art. 9 de la ley modificó sustancialmente el régimen de la pena de prisión al permitir su sustitución por medidas.

169. En primer lugar debe decirse que lo que se habilita es la sustitución de la prisión como tal, no habiéndose establecido nada respecto de las accesorias a ella, de modo que podría discutirse respecto de si la "suspensión de cargo u oficio público, profesiones académicas y derechos políticos" (art. 82 C.P.), deben cumplirse íntegramente o no.

170. A mi juicio se ha modificado en este aspecto la previsión del Código Penal, por cuanto no vemos cómo, si ha dejado de existir la pena de prisión, porque se sustituyó por medidas, pueda seguir teniendo accesorias algo que ya no tiene realidad, por lo que postulo la eliminación, en estos casos, incluso de las accesorias mencionadas. La pena de prisión ha dejado de existir y no puede por tanto tener accesorias.

171. En su mérito tampoco corresponde, en estas hipótesis de sustitución de pena, hacer las anotaciones, inscripciones y demás medidas requeridas por las accesorias, quedando modificado al respecto tanto el C.P. (arts. 81 y 82), como el CPP, (art. 339)

172. De esta forma se vienen a agregar de alguna manera, al catálogo de penas principales del art. 66 del C.P., las penas sustitutivas de la pena de prisión de que trata esta ley y que estudiamos antes detalladamente como alternativas a la preventiva.

173. No se previó expresamente la sustitución de la pena privativa de la libertad, por la pena pecuniaria que es la principal alternativa al aprisionamiento en derecho comparado, o sea la sustitución lisa y llana de la prisión por multa, que permitiría solucionar fácilmente muchos de los problemas que plantean otras alternativas.

174. Pero como se traslada *in totum* el régimen del art. 3 a la pena, es obvio que el condenado puede proponer el pago en sustitución (lit. J), lo que permitiría a los "solventes" pagar su pena, como en los tiempos de la vieja Roma, lo que podría dar positiva entrada a un derecho compensatorio, si todo esto se utiliza con criterio moderno que toma en cuenta el interés prevaleciente de la víctima en la solución de su problema causado por el delito.

El art. 14 de la ley dice:

"Sustitúyese el artículo 337 del Código del Proceso Penal por el siguiente:

ARTÍCULO 337. Si se condena el pago de una multa, esta podrá hacerse efectiva de las sumas que se hubiesen depositado en garantía de pago de días-multa, o ser abonada hasta en dieciocho cuotas mensuales, las que podrán reducirse, de acuerdo con las posibilidades económicas del condenado. Podrá el Juez, excepcionalmente, reducir su importe cuando

el condenado acredite que ha empeorado de fortuna, lo que se tramitará por vía incidental.

El control del pago será de cuenta de la Oficina Actuarial que, sin necesidad del mandato judicial, procederá a intimar al condenado al pago de lo adeudado siempre que se atrase en más de una cuota”.

175. Esta norma significa un cambio radical de la pena de multa del C.P., pues, como hemos visto más arriba, ya no rige la regla de la sustitución de multa por prisión del art. 84 del C.P. y del art. 338 del CPP, en caso de no pago, incluso por razones de carencia de bienes, sino que la regla es la no sustitución.

176. Como hemos dicho, esta norma debe verse en combinación con el literal K) del art. 3, lo que viene a significar que solo las personas “solventes”, que son aquellas que deben garantizar “adecuadamente” el pago de los días-multa, vendrán a pagar efectivamente las penas de multa impuestas por sentencia firme, atento a que son los únicos a los que se exige el depósito del que puede “hacerse efectiva” la pena pecuniaria establecida.

177. Para el resto de los casos no solo se habilita el pago en cuotas hasta de dieciocho meses (suponemos que consecutivos), sino que incluso se permite que, luego de haber cosa juzgada, por vía incidental se rebaje la pena, si se acreditare que el condenado “ha empeorado de fortuna”, lo que pone de manifiesto la delegación enorme que se ha hecho al arbitrio judicial.

178. El control del pago y la consecuente intimación por el atraso de por lo menos dos cuotas (“más de una”), lleva a que la pena pueda no ser cumplida, quedando solo habilitada la Sede para intentar el cobro por vía ejecutiva.

179. Si no se cumple la pena, es decir si no se paga voluntaria o forzosamente, deberá esperarse el plazo de la prescripción de la condena para extinguirla (art. 117 No. 2 y 129 C.P.)

El art. 16 establece:

“Las sumas que se recauden por el pago de penas así como por concepto de días –multa, se destinarán en la forma dispuesta por el artículo 121 de la Ley No. 16.320, de 1° de noviembre de 1992”.

178. Esta disposición, debida a una iniciativa del diputado BERGSTEIN, pasa el destino de los dineros producto de las multas, que según el Proyecto original irían a la Suprema Corte de Justicia, a los fondos del Patronato de Liberados y Encarcelados, (creado por L. 13.318), con cuyos fondos se piensa pueda mejorar su servicio y solventar en parte la puesta en marcha de las obligaciones que le impone esta misma ley.

Capítulo VIII MODIFICACIÓN AL RÉGIMEN DE LA LIBERTAD POR GRACIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

El art. 17 de la ley dispone:

“En cualquier estado de la causa, a solicitud presentada por escrito por la defensa, la Suprema Corte de Justicia, previo informe del Instituto Técnico Forense, podrá conceder la excarcelación provisional por gracia, atendiendo a la preventiva ya sufrida o a la excesiva prolongación del proceso”.

180. Este es un instituto de clemencia soberana, que conjuntamente con el sobreseimiento gracioso, ha sido puesto como es sabido, en manos del máximo tribunal jurisdiccional de la República, precisamente en la cabeza del Poder Judicial.

181. Es una forma excepcional de poner fin a la prisión preventiva dispuesta por los tribunales ordinarios competentes, que se otorgaba generalmente en acto de visita de causas o cárceles, de oficio o a petición de parte, que tiene su origen en el viejo Código de Instrucción Criminal (art. 370), pasando por L. 3.246, de 1907, de creación de la Alta Corte de Justicia, y teniendo como antecedentes inmediatos las reformas introducidas por leyes 15.737, de 8.3.85, y 17.272, ed3 24.10.2000.

182. Lo más destacable es que esta libertad provisional puede otorgarse aún respecto de procesados por delitos castigados con mínimo de penitenciaría, o respecto de delincuentes que *prima facie* van a ser retribuidos con una pena de tal naturaleza, lo que no resulta inconstitucional, a mi juicio, en la medida en que se concibiere tal acto como de naturaleza jurisdiccional y de clemencia soberana (por la contradicción aparente con el art. 27 de la Constitución)

183. Este artículo de la ley ha creado una nueva posibilidad de libertad provisional por parte de la Corte, que no deroga ni modifica el art. 20 de la L. 15.737 en su actual redacción, sino que agrega una nueva posibilidad excarcelatoria a cargo del máximo tribunal, fuera del acto de visita de cárceles y causas a que refiere la norma tradicional que mantiene inalterada entonces su vigencia.

184. La nueva disposición establece claramente que a pedido escrito del Defensor, en cualquier estado de la causa, desde el procesamiento hasta que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada, previo informe preceptivo del Instituto Técnico Forense (sin necesidad de vista obligatoria del Fiscal de Corte, porque no lo exige la ley, pero que obviamente nada impide que se recabe su opinión, a discrecionalidad de la Corporación), podrá concederse la libertad “pro-

visional por gracia", incluso en los casos en que la pena a recaer fuera de penitenciaría, lo que debe hacerse en Corte plena (no bastando que se otorgue por dos Ministros ya que la ley no lo previó expresamente en este caso), atendiendo a la preventiva sufrida o a la excesiva prolongación del proceso.

185. Hay por tanto a partir de la ley dos formas de otorgamiento de la libertad graciosa: a) la prevista en la ley de amnistía en acto de visitita de cárceles y causas, en la forma tradicional que señala la ley vigente y esbozada antes, y b) esta forma especial (que puede devenir la más habitual o normal), otorgada exclusivamente a pedido del Defensor y con requisitos propios.

186. La propia Suprema Corte debe determinar, con pautas que seguramente no diferirán de las que toman en cuenta todos los magistrados del país, en los miles de causas que procesan todos los días, cuándo la preventiva sufrida es excesiva, solo que en el caso se puede extender el beneficio a individuos procesados por delitos graves castigados aún con pena de penitenciaría.

187. Esto pone de manifiesto una vez más, el criterio del uso de la preventiva como adelanto de la pena, respecto de la cual se busca determinada proporción, que pauta la norma cultural tantas veces señalada que en los hechos el pedido de procesamiento del Fiscal equivale a la acusación, el auto de procesamiento a la sentencia y la preventiva a la pena.

188. También puede determinar en la forma habitual cuando resulta excesiva la duración del proceso, sobre lo que la doctrina y yo mismo ya hemos expuesto con anterioridad, permitiéndosele juzgar, conforme a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, si ha durado más de lo razonable, y debe hacerse efectivo para el justiciable el derecho que tiene de esperar el dictado de su sentencia en libertad, como indica el art. 9 No. 3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por L. 13.751, de 11.7.969. La Acordada 7.506, de 24.3.2004 reglamentó en forma transparente la propia actuación de la Corporación, dando pautas claras de su accionar en la materia de visitas de cárceles, lo que da seguridad, certeza, igualdad y uniformidad al sistema, en el sentido de que se trata siempre de un mecanismo excepcional, y que no debe ser usado por asuntos de coyuntura, para resolver problemas puntuales, tales como por ejemplo el hacinamiento carcelario, sino que debe expresar la política criminal del Estado a través de la obra jurídica del más alto tribunal del país.

Capítulo IX LA REFORMA AL TRATAMIENTO DEL HURTO AGRAVADO POR LA PENETRACIÓN DOMICILIARIA Y POR LA DESTREZA

El art. 18 y final de la ley dice:

"Agréguese al final del artículo 341 del Código Penal en la redacción dada por la Ley No. 17.243, de 27 de junio de 2000, el siguiente numeral:

3) Para lo previsto en los numerales 1º) y 2º) precedentes, la pena podrá ser reducida de un tercio a la mitad si al autor del delito le comprendiere la atenuante prevista en el numeral 7 del artículo 46 de este Código".

189. Esta disposición se introdujo sin discusión alguna y un poco sorpresivamente por el diputado Vener Carboni, con el único y confuso fundamento de que los primarios "no sean procesados con un año de cárcel", sino "sin prisión reduciendo la pena", aprobándose de inmediato.

190. Esta norma es un buen ejemplo de la falta de una política criminal coherente, que lleva al legislador a estar modificando casi permanentemente lo que hizo, al cabo de poco tiempo.

191. Con razón o sin ella, en 2000 la ley endureció la respuesta punitiva respecto de los hurtos agravados por la penetración domiciliaria, y por la utilización de destreza o sorpresa en su ejecución, para que en estas situaciones, y muy particularmente en los casos conocidos como de "pungas", los sujetos fueran castigados con penas de penitenciaría, lo que, como vimos *supra* obliga a procesar con prisión e impide luego la libertad provisional.

192. Probablemente esta disposición que se inscribía en una política de las llamadas de ley y orden, y que probablemente tuvo en cuenta el carácter profesional de este tipo de delinquentes, y las dificultades existentes para acumular prueba en su contra de dicha habitualidad, así como la alarma pública que tal tipo de actos provoca, contribuyó en buena medida a poblar las cárceles donde cada vez se hacían más y más presos, la mayoría sin condena.

193. Ahora el legislador ha considerado excesivo dicho tratamiento y lo ha dulcificado para los que tuvieren "buena conducta anterior", que es una de las atenuantes nominadas y que se construye con una planilla libre de antecedentes y con la deposición de por lo menos dos testigos de conducta que acrediten sus buenos antecedentes previos al crimen por el que se le juzga.

194. Cuando ello ocurra la ley dice ahora que "la pena podrá reducirse de un tercio a la mitad", lo que

permite al juez, si estima que *prima facie* en el caso concreto no habrá de recaer a este primario pena de penitenciaría, utilizar el siguiente abanico de opciones: a) procesar sin prisión y bajo medidas sustitutivas o, b) procesar con prisión y luego de un lapso excarcelarlo bajo dichas medidas, reproduciéndose aquí la cuestión de si puede o no el magistrado excarcelar bajo cauciones según el viejo régimen, lo que si bien teóricamente es posible, no creo tenga justificación alguna, y será muy difícil fundamentarlo debidamente en los casos reales, por el mayor control que se supone tienen las medidas establecidas en el art. 3 de esta ley.

195. La norma rige exclusivamente para primarios (lo que entronca en el sentido de la ley, según el art. 2), respecto de los cuales el juez estime que no recaerá pena de penitenciaría, cálculo que deberá hacerse con mesura, visto que el delito se castiga de regla con dos a ocho años de penitenciaría, y la postestad (la pena "podrá" reducirse) de rebaja oscila entre los ocho meses de prisión a los dos años y ocho meses de penitenciaría (en la hipótesis de la rebaja de un tercio) a los doce meses de prisión a los cuatro años de penitenciaría (en la hipótesis de la rebaja a la mitad)

196. Estos delitos siguen siendo hurtos agravados especialmente y con penas potenciadas, solo que, cuando los ejecuta un sujeto de buena conducta anterior, que en general será además un menor relativo, la pena se rebaja, quedando absurdamente, en el máximo, con menos pena que el hurto simple, que se castiga con hasta seis años en todos los casos, lo que demuestra la desprolijidad existente al momento de legislar, que arroja al cabo estos resultados paradójales.

197. Por último diré que si el sujeto no acredita plenamente su buena conducta, aún cuando se considere que está amparado por la circunstancia analógica del numeral 13 del art. 46 del C.P., no puede aplicarse la rebaja de pena aquí dispuesta, por no referir a ella la norma, que exige que la atenuante sea la del numeral 7 y no ninguna otra.

Capítulo X

GARANTÍAS A LOS INDAGADOS, RESERVA DE LA INSTRUCCIÓN E IGUALDAD DE LAS PARTES EN EL PRESUMARIO

(Análisis de la L. 17.773, de 20.4.2004)

El artículo Único de la L. establece:

""Sustitúyese el artículo 113 del Código del Proceso Penal, por el siguiente:

ARTÍCULO 113. (Garantías a los indagados, reserva de la instrucción e igualdad procesal)

Cuando una persona es conducida o citada a una sede judicial como indagada por la comisión de un presunto delito, antes de tomarle la primera declaración, se le intimará la designación de un defensor que lo patrocine y si no lo hiciera, se designará Defensor de Oficio.

Los indagados y sus defensores tendrán acceso al expediente durante todo el desarrollo del presumario, salvo resolución fundada del Juez basada en la posible frustración de las pruebas a diligenciar.

Asimismo, los defensores podrán proponer el diligenciamiento de pruebas e interrogar testigos.

El presumario tendrá carácter reservado.

Cesa el carácter reservado:

- 1) Porque se dictó el auto de procesamiento.
- 2) Porque se dispone el archivo de las actuaciones.
- 3) Porque ha transcurrido un año desde el inicio de las actuaciones presumariales.

Si transcurrido un año se optara por continuar las actuaciones presumariales, únicamente tendrán carácter reservado las subsiguientes al cumplimiento del plazo.

Ninguna actuación podrá tener carácter reservado por más de un año.

Bajo su más seria responsabilidad funcional, los Jueces velarán por la igualdad procesal entre fiscales y defensores en esta etapa del proceso".

198. El artículo ahora modificado fue introducido en el CPP de 1980 en los siguientes términos: "(Reserva de la instrucción) La referida etapa de instrucción tendrá carácter reservado mientras no se disponga el archivo de las actuaciones. No obstante, el Juez, por auto fundado, podrá mantener esa reserva cuando, en mérito a las resultancias del expediente, considerare probable que el presumario pudiere reabrirse en el futuro".

199. Esto se debió a la "legalización" de la etapa llamada presumarial, propia de los actos preliminares de que trata el Título I del Libro II sobre Proceso de Conocimiento del Código Procesal Penal.

200. Integra la parte más crudamente inquisitiva del tipo de proceso "mixto-moderno" que adopta nuestra envejecida legislación, que por esta norma que comentamos ahora se trata de modernizar y adaptar, modestamente, a los cánones más garantistas, que resultan de los múltiples Convenios Internacionales sobre derechos humanos y proceso penal democrático aprobados por el país.

201. La ley asegura la designación de defensor (privado o de oficio según el caso) que patrocine a todo "indagado" o sospechoso de haber incurrido en acto criminal, "antes de tomarle la primera decla-

ración”, a lo que se agrega como total novedad el hecho de que indagado y defensor “tendrán acceso al expediente durante todo el desarrollo del presumario”, como regla, y salvo resolución fundada del juez, exclusivamente en “la posible frustración de las pruebas a diligenciar”.

202. Los defensores por su parte también podrán “proponer el diligenciamiento de pruebas”, que deberán ser tramitadas en la forma corriente, e incluso “interrogar testigos”, lo que en buena medida viene a consagrar una práctica liberal que ya se había extendido en los tribunales, solo que ahora no será una potestad del juez dar cabida o no a dichos requerimientos, sino que debe tratarlos como los que son: un derecho de la defensa.

203. Todo ello se regirá por las normas del CPP y en su defecto por las complementarias del Código General del Proceso. El procedimiento en casos de controversias, será el incidental.

204. Es una forma de implementar el art. 16 de la Constitución que entre otras cosas, dispone que “la declaración del acusado deberá ser tomada en presencia de su defensor”, claro que desarrollando el concepto en el sentido de superar definitivamente la asistencia pasiva por una actuación pro-activa del defensor.

205. Estos derechos integran el debido proceso legal y derivan directamente de la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por L. 15.737, de 8.3.985, cuyo art. 8 literal f) establece, como una de las garantías mínimas, el “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos” (en igual sentido el Pacto de los

Derechos Civiles y Políticos, L. 13.751/969, art. 14 No. 3 literal e)

206. Se mantiene el “carácter reservado del presumario” pero se amplían las causas del cese de la reserva al inicio del sumario (con el dictado del auto de procesamiento); a la resolución de archivo (que no se limita a la posibilidad de una reapertura eventual), y al mero transcurso del tiempo de un año computado a partir del inicio de las actuaciones presumariales, que coincide con “la iniciación del procedimiento penal” (art. 112 CPP), o sea desde la toma de conocimiento por parte del juez.

207. La ley claramente establece que las reservas no pueden durar más de un año, al punto de que si pasado dicho lapso se optare por continuar el presumario, solo resultan reservadas las actuaciones posteriores al cumplimiento de ese plazo, determinándose también que las actuaciones individualmente consideradas no pueden mantenerse en reserva por más de un año.

208. La violación de este secreto por parte de los funcionarios públicos involucrados en el mismo, puede dar lugar a la configuración del delito de revelación de secretos previsto en el art. 163 C.P.

209. El inciso final del artículo en estudio señala la necesidad de preservar la figura del Juez como un tercero imparcial, frente a las partes encontradas que dirimen ante los estrados un conflicto (el Ministerio Público y el Defensor), tratando de terminar con una situación inconveniente, en perjuicio de la defensa, a que ha llevado progresivamente el tipo de proceso imperfecto que tenemos, que terminó por crear en los hechos una desigualdad, inclinando la balanza del lado del Fiscal, que la norma trata de revertir.

ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL CUESTIONES RELACIONADAS CON TEMAS DE DERECHO INFORMÁTICO *

CHRISTOPHER MERRIAM

Fiscal, Departamento de Justicia, Washington D.C.

En primer lugar quiero decirles que aprecio mucho la oportunidad de viajar a este hermoso país para hacer mi presentación. Esta presentación se basa sobre lo que es mi trabajo en los EEUU en este momento. Como se decía trabajo para el Departamento de Justicia en Washington D.C. y soy uno de los 50.000 abogados que trabajan en el mismo, en mi sección somos 40 y nos especializamos en delitos informáticos y en temas de propiedad intelectual, eso es un esfuerzo coordinado a nivel nacional.

Quiero compartir con ustedes algunas de las lecciones aprendidas y experiencia, y quiero que esta sea una discusión abierta; por lo tanto los invito a que me interrumpan con preguntas o aclaraciones que puedan necesitar en el transcurso de mi presentación. En primer lugar, antecedentes: la perspectiva que yo les planteo con respecto a la propiedad intelectual es la de un fiscal de delitos, alguien que tiene que ir ante la Corte, ante los Tribunales y presentar determinados casos.

El delito informático es un delito creciente, un delito importante que toca a un sector importante de nuestra economía. Algunas de las razones que llevaron esto a primer plano fueron el avance tecnológico y toda la información que puede ser depositada en forma digital y que puede ser pirateada. La demanda pública ha llevado a que hayan más formatos; puede ser también como material de hardware o puede ser como software, o como música o como material que puede ser transferido por Internet o medios electrónicos como los C.D.'s. Eso se ha convertido en una fuerza que trabaja de forma delictiva. Se han realizado actividades delictivas que son muy rentables, relativamente seguras si las comparamos con la venta de armas, el narcotráfico o el asalto a bancos, y hay un método que utilizan estos grupos delictivos cada vez más, para tener más rentabilidad cuando distribuye sus ganancias a nivel internacio-

nal, lo que les permite proseguir sus actividades delictivas.

Los problemas que hemos visto con el cumplimiento de la Ley son los típicos, por ejemplo, entramos en un mercado y vemos a alguien que vende en un pequeño puesto C.D.'s, que no parecen originales, son muy baratos. Es alguien que se está ganando la vida con eso, o sea que la percepción pública es que eso no es un grave delito, estamos castigando a alguien que sólo intenta ganarse la vida. Del mismo modo, si entramos en Internet y vemos la gente que baja música u otro tipo de medios, nuevamente una persona que es algo a nivel individual, que no está causando mucho daño, no lo vemos como una actividad delictiva, no lo vemos como algo que está mal siquiera.

Sin embargo los efectos generales están dañando mucho, tanto a quienes desarrollan el software como a la percepción pública de lo que está bien o lo que está mal.

Ahora bien, hemos visto en EEUU una gran reacción a nivel público con respecto a los grupos industriales. El verano pasado la industria de grabación de los EEUU presentó demandas contra individuos que estaban comerciando grandes cantidades de música a través de sus pares en redes informáticas. Había niños incluso que viven con sus padres o estudiantes universitarios, nadie que para nosotros fuera un delincuente. Por lo tanto el público reaccionó negativamente contra nosotros. A veces la gente confunde la naturaleza civil de estos delitos porque nosotros no vamos a encarcelar niños, entonces tuvimos que explicar al público que no íbamos a iniciar procesos y llevarlos ante la justicia con procesamientos penales, y vimos también que mermaba el comercio en cuanto a este tipo de música.

Hacia fines del año tuvimos un 30% menos de casos de demandas y procesamientos en este campo.

* Conferencia dictada en la Universidad de Montevideo, coorganizada con la Embajada de Estados Unidos de América, el 12 de mayo de 2004. Desgrabación de traducción simultánea al español.

Vimos la reacción del mercado por ejemplo a nivel del APO o de NAPSTER, al punto que ya se podían empezar a comprar los originales legítimos de manera más ordenada. Eso ayudó al mercado, sin duda. Como les dije antes y como ustedes saben el derecho penal sólo trabaja a nivel de casos más serios, más graves.

Otro problema que tuvimos a nivel de cumplimiento de la ley fue que los fiscales, los investigadores, los policías, los jueces a quienes llevábamos los casos desconocían la legislación, y cómo esta se aplicaba. A veces, por ejemplo, el juez sabe mucho de casos sobre drogas o fraudes financieros, pero quizás nunca había visto casos de este tipo, con registro de marcas en toda su carrera. Por eso tuvimos que trabajar también ayudando a actualizar a los jueces o a los agentes que estaban a cargo de este tipo de investigación de delito informático, compartiendo con ellos todo lo aprendido, realizando con ellos cursos como este en todo el mundo.

Como dije antes hay mucho valor si tratamos de ver al delito de propiedad intelectual como problema serio y vemos como va creciendo y desarrollándose y creciendo de alguna manera rápidamente, cosa que tenemos que detener. Muchas veces nos concentramos, como dije antes, en limitar el rol de las pandillas delictivas y el uso de la propiedad intelectual es otra arma que tenemos contra ellos.

Teniendo un régimen de cumplimiento sólido podemos crear el entorno adecuado para que los músicos, los creadores, los autores, los artistas, los que hacen software tengan incentivos para hacer su trabajo productivo en un país donde saben que pueden ganarse la vida de una manera honesta y justa.

He visto en otros países donde viajé que un 80% de la producción informática nacional, hecho en el país, se ha vendido como bien pirateado y es imposible que un músico pueda competir con quien vende sus copias baratas en la calle. Un régimen de cumplimiento que tenga en cuenta las personas que roban la música y distribuyen grandes cantidades de copias y que hacen una ganancia de esa venta les permita a los artistas florecer donde nacieron y donde producen su música. También estamos encarando esto como un tema nacional que la propiedad intelectual puede seguir siendo la base de nuestra economía, y de una economía que crece a nivel mundial. Yo sé que en Uruguay hay una industria floreciente de software. También ocurre a nivel de la música, del arte, de las publicaciones, todos estos son temas fundamentales que tienen que estar protegidos por legislación de propiedad intelectual sólida y un buen cumplimiento de estas leyes.

Quiero pasar por unos momentos a lo que es mi sección en el Departamento de Justicia, qué hacemos, cuál es nuestro modelo de trabajo y cómo intenta-

mos coordinar los esfuerzos del cumplimiento de la propiedad intelectual en todo EEUU, y el rol que desempeñamos en coordinar esfuerzos entre distintos países.

El delito de propiedad intelectual se está convirtiendo en un tema internacional que afecta a muchos países, que nos están pidiendo colaboración. Los delitos tecnológicos con los que trabajamos son de creación reciente. En el año 1976 las primeras sanciones se aplicaron, y en los últimos 10 años recién empezaron a ser evidentes muchas de estas modalidades del cumplimiento de la ley que tenemos, así que no nos sorprende que nuestra sección, que empezó en el año 1996, en ese entonces como una unidad muy pequeña del Departamento de Justicia, siga creciendo.

Desde ese entonces hemos desarrollado más actividades y somos un departamento de expertos en cyber delitos, y de 6 fiscales hemos pasado a ser 40 en nuestra sección, y también tenemos un grupo a nivel nacional que llamamos "grupo de coordinadores" de delitos informáticos a nivel nacional y tratamos distintos temas.

Nuestro enfoque sobre la propiedad intelectual es muy amplio, trabajamos en la capacitación de fiscales federales y estatales, así como agentes, y publicamos un manual que está disponible on line (en nuestra página web).

Con respecto a delitos informáticos, en los EEUU desde la primera publicación en el año 2001 se han hecho algunas revisiones y se va a hacer una revisión más completa en el próximo otoño. Allí tratamos muchos casos que se presentan ante la Corte y a nivel de los Distritos Federales, especialmente a casos de alcance nacional que tocan a más de una jurisdicción.

Tenemos que trabajar a nivel coordinado en esos aspectos y puesto que estamos en Washington D.C., estamos muy cerca del congreso y se nos solicita muchas veces que revisemos o que comentemos o que hagamos propuestas legislativas. En lo que tiene que ver con temas de propiedad intelectual, muchos de nuestros integrantes tienen gran experiencia, no sólo en cuanto a la sustancia de la ley sino que pueden determinar si un tipo de ley; va a ser práctica o no, y a veces el Congreso necesita este tipo de asesoramiento de nuestra parte. Nuestra experiencia en este sentido es muy útil porque nos permite prever lo que va a acontecer y qué tipo de cosas tenemos que trabajar o anticipar e informar y asesorar antes de que se promulgue una ley.

Por último, como estoy haciendo aquí, nos gusta discutir abiertamente con otros países que se están desarrollando. Sé que están siendo concientes del problema y queremos compartir con ellos y ayudarles, compartir nuestras experiencias de los últimos

10 años en el desarrollo de nuestra experiencia y esperamos poder compartir casos, poder trabajar juntos para abordar todas estas cuestiones.

Hay un creciente y gran número de casos, y los primeros que tienen que tratarlos son los oficiales de policía a nivel de la calle, que pueden ver algo, pueden darse cuenta que son artículos falsos, algo está pasando con un camión, por ejemplo que lleva C.D.'s o software que no están debidamente registrados. Pero si este agente no tiene capacitación o no cuenta con recursos no va a saber a quien plantear este caso, a quien informar, que posibilidades tienen de incautar esta mercadería. Por lo tanto, nuestros primeros pasos, es que esa gente que son los primeros que están en escena, los policías por ejemplo, sean concientes de sus recursos, sean concientes de que tienen que inspeccionar y tenemos que compartir la información con ellos.

Lo mismo ocurre a nivel de los fiscales en EEUU, el Sistema Federal tiene 93 distritos separados, cada uno tiene su propio fiscal en los EEUU y sus subordinados que deben ser concientes cuando están en contacto con algún caso de este tipo, tienen que saber qué leyes aplicar, qué recursos están disponibles, y parte de nuestra misión es compartir la información, tenerla disponible a través de nuestro manual avanzando directamente con las personas sobre los distintos casos, y junto con eso va nuestro deseo de actualizar a la gente con respecto a la legislación, a los nuevos casos. Cada año por ejemplo el Congreso tiene 2 ó 3 nuevos proyectos de ley que podrían traer cambios fundamentales, por ejemplo qué hacer con esta música que se baja de Internet y que tenemos que ser concientes de estas actualizaciones legislativas.

También tenemos una responsabilidad en Washington para hacer seguimiento de los casos que se llevan a la Justicia, especialmente si vemos el aspecto del delito organizado. Queremos ser concientes si se han hecho investigaciones múltiples o no, porque hay un componente de trabajo bajo cubierta. A veces, los agentes se hacen pasar por piratas o hackers y no queremos conflictos a ese nivel. Queremos saber cuáles son todos los casos que se están llevando a cabo para no meter la pata, por ejemplo, arrestar a un agente que es alguien que está haciendo un trabajo de defensa encubierto.

Las oficinas de fiscales de los EEUU son la base fundamental de este trabajo. Hay 93 distritos separados en todo el país y, como dije también, en cada uno de esos distritos hemos tratado de capacitar a los fiscales para que sean concientes de los temas tecnológicos y de propiedad intelectual, para que puedan dar asistencia completa.

Eso es parte de nuestra red de las telecomunicaciones en información de computación. Como han

crecido estos delitos, el fiscal general y el Congreso son concientes de que necesitamos más recursos en algunas áreas candentes. Así que ahora tenemos unidades que trabajan con una piratería informática y la propiedad intelectual en distintos distritos, donde hay gran cantidad de tecnología, por lo cual puede haber más incidencia de éstos delitos y tenemos muchos fiscales que tratan exclusivamente con éstos temas. Trabajan muy cerca nuestro y nos dan toda esa información y toda esa experiencia en las áreas donde se presentan los mayores conflictos.

También cada año hacemos una reunión de todo el grupo de toda la red y actualizamos a todo el mundo en aspectos legales. Son cientos de personas que vienen a la conferencia y explicamos con cambios a nivel de la legislación para tratar de actualizarnos, para conocer experiencias nuevas. Esto resulta una forma excepcional para que todos estén al tanto de las últimas tendencias y de los últimos casos y, por supuesto, hablamos con la gente, hablamos al público en general.

Otro tema que creemos es interesante es que a veces la gente no cuenta con fuente de información fehaciente. Por lo tanto, tenemos un sistema que llamamos duty attorney, cualquier persona cualquier punto del país, puede ser un fiscal, un agente, un ciudadano que quiere saber si lo que ve en la calle es ilegal o legal. Muchas veces recibimos alguna llamada de una cámara de jueces. Es decir, siempre hay fiscales que están de turno para que la gente los pueda llamar, están como de guardia para responder a estas consultas. Esto es muy útil, porque nos permite ser concientes de casos nuevos que pueden surgir, podemos ver qué nuevos casos se desarrollan. Quizás es más útil para el público porque es un asesoramiento coherente el que estamos dando permanentemente.

Publicamos un manual sobre propiedad intelectual que se actualiza en versión on line y allí damos información no sólo sobre casos relevantes sino también pautas a cerca de las mejoras, sobre la investigación que se realiza. A veces también hay personas de otros países que aportan perspectivas de su legislación que podrían ser relevantes o nos puede indicar que cosas evitar. Por ejemplo, algunas leyes se vuelven más difíciles de llevar a la práctica y nosotros podemos así hacer un rico intercambio.

Una de nuestras metas es llevar a hacer los procesamientos penales de los casos. Como tratamos con propiedad intelectual muchas veces nos involucramos en el procesamiento penal de estos casos en todo el mundo. Quien saca una copia de su canción favorita no es un delincuente en el sistema federal. Pero la gente que trabaja para un fin comercial o que hacen grandes cantidades puede si entrar en ese grupo, así que esta es una forma de proteger a

los ciudadanos pero también de no gastar mucho dinero en delitos muy pequeños.

Respecto de las marcas esto es un delito tradicional en los EEUU. No es un delito penal tener en posesión una cartera de Louis Vuitton, pero es un delito federal comerciar esas mismas carteras. También hacer copias de software y luego ponerle la marca comercial así como los documentos correspondientes a ese software y venderlos junto con ellos.

Quisiera mencionar brevemente una ley reciente que califican como delito apropiarse de los secretos de las empresas. Muy a menudo hay procesos industriales o comerciales o personas que trabajan con datos de clientes, lo que constituye una información muy valiosa que no puede ser patentada o protegida de una manera tradicional pero puede mantenerse en secreto. Si se viola esa información en muchos casos podemos hacer su procesamiento penal de una manera que no se puede hacer civilmente.

También mencioné las alternativas legislativas, quiero volver a este tema. Ha sido un área crítica en EEUU, es algo que todos los años hemos estudiado, en todas las leyes de propiedad intelectual: los esfuerzos por cambiar la ley para cubrir las nuevas tecnologías, las nuevas formas de distribución. Hay fuerzas sociales que compiten entre sí, gente que cree que la información debe ser libre y a disposición de todos, cree que se le da demasiada protección a los derechos de autor.

Además hay gente que está en el negocio de producir o crear propiedad intelectual, creen que las nuevas tecnologías están destruyendo el valor de su creación, así que hay una tensión. Hay ejemplos de casos recientes que hemos manejado, siendo importante ver lo que son las leyes en el contexto de su aplicación.

En primer lugar en EEUU hemos trabajado en forma diligente para asegurar que la aplicación de la ley sea un esfuerzo de equipo. He aquí algunas de las agencias que han asumido la responsabilidad del cumplimiento de esta legislación.

El FBI, por ejemplo, tiene jurisdicción general para ver a todos los delitos. Ha tomado un rol muy activo en capacitar a todos sus agentes para que conozcan estos temas y puedan trabajar con nosotros en estos delitos.

Al mismo tiempo el Servicio de Aduanas, que ahora se llama de Inmigración y Aduanas. Ha tenido un rol muy importante por su trabajo en las fronteras y tienen un nivel de pericia en estos temas bastante alto. Tienen agentes que son muy eficientes en la identificación de estos bienes pirateados y son muy competentes en los aspectos tecnológicos del lado del delito informático.

Estas agencias, IC y FBI han creado un centro de propiedad intelectual que trabaja como un clearing

internacional para víctimas y ciudadanos que ven delitos para que informen sobre estos. Están ubicados en Washington D.C., reciben correos electrónicos, también llamadas telefónicas informando, denunciando el robo de propiedad intelectual y pueden luego referir esos casos a las oficinas adecuadas competentes. Son a veces más capaces en ubicar a los funcionarios que pueden manejar estos casos por su particular pericia en el tema, pues ya llevan como 3 o 4 años trabajando como centro nacional donde pueden denunciar estos casos. Esto ha aumentado la eficiencia de nuestras posibilidades de procesar estos casos.

También está el Servicio de Inspecciones Postales. Sorprende saber que tienen varios agentes muy capacitados en esta área. Muchas veces vemos que los bienes pirateados se venden a través del correo y en ese caso su jurisdicción es de aplicación por eso están interesados en el tema.

Luego, también está el Servicio secreto que tiene algunos expertos capacitados en la piratería y que han tratado estos temas.

En el pasado mirábamos los casos en una sola jurisdicción, es decir un solo distrito. De pronto los policías encontraron un depósito lleno de bienes pirateados iban a hacer un allanamiento, confiscación, buscaban a la persona responsable y podían saber en un área bastante reducida cual era el problema y quien era el responsable y procesar en un solo distrito.

Cuando pasamos al presente eso casi nunca es el caso. Los bienes son pirateados por una persona que puede ser un experto técnico o un hacker de computación en Los Ángeles por ejemplo, y puede distribuir esos bienes a amigos en todo el país que tienen la pericia para remover la pericia del derecho de autor. Luego se pone a disposición en los sitios web en distintas jurisdicciones, ya sea bajando de esos archivos y pasándolos a cd o dvd. Podemos llegar a 10 distintas jurisdicciones durante una sola asociación para delinquir en torno a estos bienes, así que estamos viendo estos delitos en múltiples jurisdicciones. Pasamos en el pasado de delinquentes únicos que trabajan por su cuenta y ahora tenemos más asociaciones de delinquentes. Es mucho más parecido a una estructura de mafia no conocida por su violencia de este tipo de actividad, pero son muy conscientes de su seguridad, muy paranoicos sobre lo que está sucediendo en su alrededor y pueden ser muy lucrativos.

En el pasado, vemos que era una sola agencia que investigaba el delito. Yo mencionaba el FBI, la Aduana, que no siempre han trabajado juntos; ahora sí han desarrollado una relación estrecha en torno a estos temas.

En el pasado, teníamos casos que involucraban a tecnologías análogas la gente que hacía casetes una

por una, videos de VHC uno por vez. Estas tecnologías han sido reemplazadas con otras digitales e internet, donde por varios miles de dólares y, con copiadores de cd o dvd que pueden hacer miles de copias todo el día, un día tras otro con muy poca inversión, se puede hacer un enorme numero de copias perfectas.

Así que hemos visto un gran cambio en la posibilidad del pirata de provocar grandes daños y grandes lucros para ellos.

En EEUU había una larga lucha de compaginar las viejas leyes a la nueva tecnología. En el caso una persona con el producto original, lo distribuye a gente en textos y ellos los distribuyen en sitios web en New York. Bueno, antes en cada uno de esos pasos se apreciaba que nadie había hecho una ganancia. En esos casos si paramos ahí, con las viejas leyes, puede parecer que no haya habido delito porque no se ve un propósito comercial a esa altura del procedimiento.

Cuando en ese web site en New York el software o la música o la película se pone a disposición de público y se baja en miles de copias, aunque sea en forma gratuita, el daño para el músico o para el dueño de la película es enorme así que el Congreso tuvo que estudiar el efecto de la actividad además de las ganancias en la forma tradicional de estudiar un delito. A fines de los '90 el Congreso aprobó una ley que se llama N.E.T. quiere decir nada de robo electrónico, "no electronic theft". Se refiere a los casos en que se distribuye algo por internet: aunque sea sin ganancias puede constituir un delito por el perjuicio que provoca para la víctima. Esto ha hecho mucho más fácil procesar estos casos, seguir los pasos, porque no tenemos que esperar a la venta de los productos. Podemos pararlo antes que llegue a ese punto.

Entre otras de las leyes que mencioné encontramos la Ley de Espionaje Comercial que apareció en el '96, que penaliza el robo de secretos comerciales y también derechos de autor digital que también tiene sus críticos en EEUU. Sus opositores dicen que es el primer intento para darles penas civiles y penales a la gente que simplemente evade las protecciones que existen en el software y otros productos electrónicos. En algunos casos específicos la persona que roba el software en Los Angeles y lo manda a sus amigos expertos en otros Estados, realizando toda esa actividad de sacarle la protección de derecho de autor, todos son culpables de una infracción civil seguramente y puede ser también un delito penal. Están abriendo esa propiedad intelectual para que la robe todo el mundo, poniéndola a su disposición, sacándole la protección de derecho de autor que le había dado el titular.

No ha sido una ley muy aplicada en gran número de casos, pero le puedo dar unos ejemplos. Un

individuo importaba chips los entraba a EEUU desde Inglaterra y luego hacía un poco de trabajo sobre los chips. El valor de éstos para la gente que se los vendía era que si colocaba en la consola de juegos el expo de la caja x se podría usar cualquier juego nintendo o lo que fuera, pero más importante aun es que permitía a la gente usar juegos pirateados así que no tendrían que comprar los juegos legítimos. Podrían bajarlos de Internet en forma gratuita. Era una dinámica curiosa porque por un lado los productores de juegos estaban dañados por esta disponibilidad gratuita de los productos pero los fabricantes de las consolas no se preocupaban tanto: significaba que más gente iba a comprar esos aparatos para hacer más juegos en ellos. Era una dinámica curiosa, pero era alguien que entendimos que al modificar un chip específicamente para que se pudieran usar juegos pirateados merecía su persecución bajo esta ley. Así que nos pareció un paso adecuado llevarlo a procesamiento en EEUU.

Hablamos de alguna de las tendencias que vemos de actuación en grupo, les voy a dar un nombre ahora de estos grupos de alta tecnología: se llaman grupos Wers en EEUU o Reares. Estas son personas que obtienen los bienes, muchas veces antes de su puesta a disposición del público. Así que justo antes de la salida de una película ya se está dando en el Internet donde se puede sacar una copia a veces se hace a través de los estudios cinematográficos. El año pasado hubo un caso donde un actor que estaba en los Oscar recibió una copia de la película y lo pasó a un amigo que a su vez lo distribuyó en el internet. Es decir obtienen nuevas películas, nuevo software por todos los medios electrónicos y lo abren, le hacen el crackeo. Hay otros integrantes del grupo que pueden sacar materiales adicionales a los archivos y la gente tiene el poder de acceder a los programas en forma inmediata. Lo interesante acá es que son motivados por el desafío tecnológico. De pronto terminan gastando mucho dinero en estas actividades, compran equipos muy lindos, sofisticados, y hacen toda una serie de medidas de protección para mantener su secreto. No están en el asunto sólo por la ganancia. eso pasa mas adelante; pero a esta gente les encanta el desafío tecnológico y entonces uno de nuestros desafíos es conocerlos, de que usen su conocimiento, su pericia para otro caso que no sea tan dañino pero es muy difícil ligar estos grupos.

En Australia recientemente hemos estado tratando de extraditar una persona pero son personas que están vinculados en línea y a veces ni siquiera hablan el mismo idioma pero hablan el del internet. Es una tendencia que vemos en EEUU y ustedes, de pronto se preguntan: bueno, esta gente lo esta haciendo por el desafío, lo están haciendo por su cuenta, porque es importante. Nosotros también hemos

hecho esa pregunta. Lo que hemos logrado determinar es que esta gente hacen el "agujero en la represa", que termina en la enorme cantidad de estas obras protegidas que llegan a la Internet donde se terminan distribuyendo en todo el mundo y donde finalmente terminan en cd que se venden en la feria y se usan entre estas bandas internacionales para hacer ganancias. Así que nuestro enfoque ha sido tratar de frenar a estos grupos para frenar ese flujo hacia la Internet hacia esa disponibilidad en todo el mundo con la esperanza de que esto ayudara a frenar el problema en su inicio.

Nuestras actividades de cumplimiento en ese entorno en algunas otras áreas se nos va de las manos. Hay un caso muy famoso si bien no fue delictivo, fue el litigio de Napster que ocurrió hace unos años. Este caso fue una demanda civil de los que tenían el derecho de autor de la música en ese momento y veían que esa música se estaba distribuyendo por internet. Les pido disculpas si ustedes ya conocen este caso pero voy a repetir como funcionó esta situación, les voy a dar lo que ocurrió con esa versión mas light del sistema. El sistema Napster permitía que yo en mi computadora creara archivos disponibles para otra gente. Era una corporación que tenía también servidores en computadoras en un determinado lugar y esas computadoras tenían una lista de canciones que se hacían disponibles. Toda la gente del sistema estaba poniendo a disposición. Napster no ganaba dinero con esto ni estaba involucrada. Es decir, Napster tampoco colocaba las canciones ni las hacía disponibles, era alguien que estaba violando los derechos de autor. En la demanda civil la razón que plantearon los que ganaron al final fue que muchos de los servidores eran manejados por Napster y los jueces razonaron legalmente diciendo que Napster estaba contribuyendo al incumplimiento de la legislación porque Napster se podía haber dado cuenta que esto estaba ocurriendo simplemente porque tenía computadoras y servidores muy poderosos. Por eso se resolvió esta demanda y Napster desapareció hace algunos años. Ahora apareció en el mercado y sigue trabajando en forma legítima. Ese no fue un procesamiento penal porque no pudimos hacer una prueba mas allá de la evidencia razonable para demostrar que Napster estaba involucrada en este incumplimiento. Llegamos entonces a un nivel que no era de procesamiento penal y el juez determinó otro tipo de sanción. Por eso no cerró Napster.

Por un tiempo seguimos trabajando. Hubo cambios en la tecnología durante algunos años y los sistemas de peer to peer (P2P) se han vuelto más complejos, más difíciles como tema legal a abordar. Encontramos el sistema de redes distribuidoras. Yo hago mi archivo en mi computadora y otros miembros del

servicio hacen lo mismo que yo no hay un servidor central ni una sede central lo que ocurre es que cada comp. Se conecta con otras ven lo que hay disponible manda un pedido por una canción concreta y tenemos una pequeña porción de los miembros servidores y sus computadoras. No hay lugar concreto donde la empresa pueda saber lo que está ocurriendo entre los distintos usuarios de su servicio. Esto hace muy difícil el procesamiento porque ahora es muy difícil ubicar el lugar donde una persona pueda plantear una demanda civil para detener una actitud delictiva o decir esta parte de la computadora. Esta violando los derechos de autor entonces que nos presenta este panorama de fuerza de mercado extrañas que están a disposición del público y le permite a este cometer delitos muy aislados y muy específicos se complica el tema de hacer cumplir la ley esto nos lleva al estado actual del problema es una cuestión a nivel mundial que va a tener que resolverse de una manera u otra. Como les dije la industria discográfica ha experimentado problemas económicos con esto, cuando uno baja músicas de Internet muchas veces ni sabe que está recibiendo porque ha sido a través de los distintos usuarios que la tuvieron a través de los distintos piratas que han trabajado con este software modificado; también podemos ver cuando bajamos un archivo en especial y buscamos un título y lo bajamos de repente no recibimos lo que estábamos buscando porque esto puede deberse a una infección de virus o a algún otro tipo de problema informático. Los que usan este sistema ya saben el tipo de peligro con los que se enfrentan y por lo tanto mucha gente ha dejado de bajar música gratis para evitar estos problemas informáticos y tratar de obtener su música de manera mas natural. Espero que el mercado resuelva esta situación apartándose de las practicas ilegales y permitan que estas nuevas tecnologías tan fantásticas se usen de la mejor manera y que las personas que la crean y que invierten dinero en esto también puedan hacer algún margen de ganancia y que todo pueda funcionar progresivamente y legalmente. Todo esto son antecedentes de lo que estamos haciendo nosotros en la punta de la pirámide. Cuando miramos estos grupos tecnológicos, los wares, estos grupos de personas que toman café y se quedan toda la noche levantados frente al teclado rompiendo todas las protecciones de derechos de autor, haciendo cracking porque evitando el trabajo de estas personas evitamos el trabajo de par a par, y para ellos derechos de autor no significa nada.

Bueno, ese era nuestro enfoque. Yo les prometí hablar de algunos casos reales. Nuestro esfuerzo mas reciente fue el 21 de abril. Hace algunas semanas había unos 80 allanamientos que realizo la policía en todos los EEUU y en otros 10 países del mundo, las

autoridades de la ley detectaron unos 40 mas, hubo unos 120 allanamientos realizados al mismo tiempo. Los agentes entraban para incautar las computadoras que tenían una gran cantidad de artículos pirateados que habían bajado de Internet o que les habían violado los derechos de autor y los puesto a disposición de un publico mayor eso se notaba porque había mas de 10 países además de EEUU lo cual demuestra que el delito se hace más internacional, es decir, se globaliza. Por lo tanto hubo que coordinar esfuerzos con todos estos países y eso tuvo un gran impacto en la percepción publica esperamos que esto también tenga un impacto con respecto a o que esta disponible gratuitamente a través de la Internet, ese es nuestro enfoque esa es nuestra área de concentración y es lo que queremos avanzar en nuestra área. Del otro lado del espectro tenemos a las personas, no se involucran en esto simplemente porque le gustan las computadoras sino, las personas que toman estos bienes, estos productos, los colocan en un C.D. y los venden en la calle para hacer ganancias luego lavan el dinero o comparten sus ganancias con el crimen organizado. Este es un problema en los E. U., es un problema a nivel de todos lo mercados en la ciudad de México hay un mercado público donde se vende esto. En todos los países hay mercados o ferias donde se venden productos pirateados falsos y o de mañana cuando voy a tomar el tren para ir a mi ofician siempre veo algún kiosquito donde se vende C.D. y yo me doy cuenta por las cubiertas si son truchos como dirían en Uruguay. Los están vendiendo en mi propio barrio en Washigton D.C., así que se imaginan ese es el resultado, esa es la otra punta del canal de distribución. Hay motivos como una alta rentabilidad. Mucha gente lo hace por el motivo económico, también pueden estar vinculados al delito organizado. Esto es algo que uno podría hacer individualmente en casa pero por lo general lo típico es que haya una organización de distribución alguien tiene los equipos de C. D. O DVD para hacer las copias luego las distribuyen a través de otras personas. En algunos casos las copias del producto son mas realistas hay máquinas que imprimen la copia de las etiquetas originales hay redes de distribución que reciben el producto falso y lo llevan a los cursos. En otras situaciones yo he visto casos en los cuales podemos ver avisos en el diario llamamos a un teléfono le decimos lo que queremos que película que música y una hora después se presenta la persona en bicicleta, nos trae el producto y se va esa es la red e distribución todo el mundo va tener su margen de ganancia según los pedidos esto es una cadena quizás hasta el dinero llegue a manos de alguien en otro país. Es mucho más complicado que tener a alguien a nivel individual que hace todo. A diferencia de aquel grupo que le llama wares esos que roban soft-

ware y lo ponen a disposición no se requiere mucho conocimiento técnico para hacer una operación e este tipo yo mismo podría reproducir un C.D. o reproducir archivos no requiere demasiados conocimientos de computación hacer copias es simplemente saber que botón tocar y que archivos abrir pero la gente que se siente atraída a hacer esto es la que tiene más conocimiento de la actitud delictiva que del conocimiento informático.

Como dije antes vemos cada vez más que son organizaciones las que tratan en forma exclusiva o parcial con esta propiedad anti intelectual en los EEUU un modelo muy claro seria el del narcotráfico la gente que es responsable del transporte de dineros ilegales resultantes del narcotráfico y lo van lavando lo van moviendo de ciudad en ciudad. Por lo general la razón es que las redes de distribución son las mismas porque son las mismas personas que se dedican a diferentes negocios. Yo he hablado con agentes y oficiales de la ley en todo el mundo cuando nos enfrentamos es igual que si estuviéramos tratando con narcotraficantes o con otros grupos de crimen organizado el motivo es la ganancia hay redes de distribución en la producción hay partes que podemos seguir porque se repiten o sea no digan "voy a cerrarle el negocio a este hombre que tiene un kiosco en la calle le incauto todo y no puede vender más". Ese no es el objetivo. Hay que averiguar quien le da el material a quien le manda parte de su ganancia, quien importa los discos vírgenes sin número serial que ellos usan para vender el producto pirateado a donde va todo el dinero porque no hay impuestos entonces no es parte del sistema económico que otros negocios o que otras personas están involucradas. Ya no se trata de una empresa delictiva de alta tecnología. Esto es algo que se repite en todos los casos que procesamos. Hay algo familiar en todo el modus operandi, a diferencia de los medios tecnológicos electrónicos disponibles hoy en día hay un mercado creciente para las violaciones de las marcas la gente quiere comprarse zapatos NIKE la gente quiere comprarse trajes de diseñador o perfumes de marca y tiene que comprarse también medicamentos para tratar enfermedades todas estas cosas están protegidas por marcas para que el público sepa que es seguro tomar determinada medicina porque hay una marca que la respalda, que hay determinada calidad de perfume que es más caro porque está bueno, etc. Por lo tanto hay una protección que nos da esta marca pero también hay un mercado para quienes quieren falsificar estas marcas, o que vemos ahora es la combinación de ambos si tomamos las marcas por ejemplo MICROSOFT o el nombre de una marca de discos o grabaciones aquellos que va con un poco de software o si tomamos todo eso y lo comparamos con un C.D. para que parezca un producto legítimo

el público va a pagar más por el producto pirateado que parece original va a pagar mucho más que si es una caja en blanco porque se cree que esta comprando algo verdadero quizá se da cuenta que cuando lo coloca en su computadora no funciona o que es una película mal hecha que está mal grabada que no tiene calidad quizás no va a tener otros beneficios que la marca le ofrece esto sería mucho más serio en el caso de medicamentos o plaguicidas para la protección de un producto agrícola. No solo a veces el producto no va a funcionar como uno espera sino que además puede causar daños adicionales. El año pasado en EEUU tuvimos un caso en que una persona tomaba plaguicidas y muy cuidadosamente tomaba las etiquetas y todo el material de la marca que estaba aprobada por las autoridades nacionales y le ponía otros ingredientes químicos que no estaban aprobados. Usaba la misma etiqueta los vendía más baratos y al no pagar impuestos al no pagar los derechos de la marca, las licencias, ganaba mucho pero por otro lado permitía que sus productos no aprobados entraran en el suelo cuando los agricultores compraban sus productos. Vimos casos similares a nivel de los medicamentos parecían cajas originales pero era todo falso comencé a tocar este tema pero cuando vemos exitosos financieros y que tienen que hacer para que sigan funcionando como emprendimientos delictivos tienen que tener las materias primas es decir los C.D. vírgenes y DVD. Tiene que lograr algo que parezca una zapatilla NIKE. En la mayoría de los lugares del mundo no se producen localmente precisan un sistema de producción que pueda llevar los zapatos a una caja colocarles las etiquetas. En el caso de los C.D. y los DVD puede ser simplemente reproducir los materiales o puede tener que ver con el etiquetado o ponerlos en una caja en el caso de los software de pronto hay que incluir las instrucciones los acuerdo de licencia etc. Todas esas cosas agregan valor al producto pirateado: poder cobrar más poder obtener mayores ganancias. Luego está el sistema de distribución, obviamente se pueden vender las cosas desde el garage de uno o donde están produciendo pero van a tener mucho más ganancia si los pueden colocar en los distintos mercados. Así uno puede encontrar una tienda que los venda o en distintas ciudades pueden distribuirlos a lugares donde la policía no tiene el mismo interés de hacer cumplir la legislación. Habría una mayor posibilidad de ganancia, también tienen que llevar el dinero de las ganancias hay que mantenerlo fuera del sistema hacer que desaparezca y tenerlo dentro de un mercado en negro así que hay que lavar el producto del delito y con todo esto lo que quiero decir es que nosotros estamos estudiando estos delitos estos sistemas de producción y vemos que muchos de los pasos que se hacen no en Uruguay, no en

los EEUU sino en distintos países lo que dije antes pero realmente vale la pena repetirlo hay que mirar el gran escenario y ver lo que está sucediendo en nuestros países y compartir esa información para que podamos llevar la pista del transporte y estos bien el movimientos del dinero les puedo dar un ejemplo. Con los C.D. y los DVD en la inmensa mayoría de los suministros de C.D. y DVD viene del sudeste de Asia. Taiwán, China continental tienen fabricas que operan 24 horas al día produciendo millones de C.D. a la semana esto lo hacen en forma legítima con licencias de PHILLIPS que es la empresa titular del diseño del C.D. Están todos marcados correctamente con números de serie un C.D. van a ver en el anillo exterior estampado en el plástico o grabado el número de serie que uno puede saber donde fueron producidos o quien fue el fabricante lo que hemos visto sin embargo es que cuando saben que no va a haber una inspección en las horas tardías o cuando va a haber una merma en la producción hay otra máquina que se puede agregar a la línea de producción así que los CD legítimos se producen tal como deben ser y luego pasan a la máquina siguiente que con un dispositivo al cd le saca el número de serie, esos se colocan en otra caja así que tenemos una fabrica legítima que está produciendo muchos productos legítimos y el 10 por ciento se mueve hacia el producto ilegítimo que no tiene forma de seguirse. Esos cd. son fáciles de esconder, se puede hacer una pila se pueden colocar en un container enviarlos a donde quieran y una vez que se confirme que algunos son legítimos no vamos a ver a un agente de aduanas que va a mirar todos los CD. Para ver cuáles son auténticos y cuáles no así que es bastante fácil transportarlos. Segundo lugar: los cd que no llevan número de serie donde se les graba la película o la música y se les pone una etiqueta que los hace parecer auténticos. Estos son más fáciles de que los encuentren los agentes de aduana así que hay que mandarlos en forma oculta. Una de las cosas que la asociación de cinematógrafos encontró trabajando con los agentes de gobierno en Macao es una maniobra donde un barco legítimo los llevaría hasta un submarino y este submarino era un pilar de concreto de hormigón diseñado en una fabrica para hacer puentes. Tenía exactamente el tamaño y la forma de un pilar para puentes pero le hacían una cubierta, unas cámaras, donde se podía hacer entrar aire y se llenaba del producto pirateado hundido detrás del buque y amarrado atrás y cuando se descubrieron una vez que entraron a los puertos una vez que los agentes de aduana habían pasado revista al barco trataban de sacar las columnas de noche en otras versiones posteriores a veces soltaban el submarino antes de llegar a puerto y tenían un sistema de ubicación de la columna luego de noche iban los piratas y encon-

traban la columna y luego lo hundían de esta forma pudieron transportar enormes cantidades de bienes pirateados in ser detectados los CD y DVD se producen las materias primas en China y puede haber productos completos que pueden ser marcados para su transporte a EEUU desde un país que tenga un acuerdo favorable para que no tengan un impuesto importante pero cuando llegan a Los Angeles hemos visto estos cargamentos que se identifican y después son remarcados los códigos de barras y datos para hacer la pista para transportarse por ejemplo Paraguay. Hemos visto muchos en este país a veces llevado de Los Ángeles. Se dejan en Panamá durante un tiempo y luego lo llevan a Paraguay, donde se puede distribuir a través de Sudamérica con muy poca posibilidad de ser detectados el producto final pueden ser entrados como disco vírgenes y ser producido acá para su venta en el mercado local o también a Brasil. a veces hemos visto cosas que llevados al Paraguay fueron llevadas de vuelta a México simplemente por cuestiones de saber cuando pueden mandar grandes embarques del producto virgen o completo y ver cuando se precisa ese producto en otro lado por tercera vez voy a decir es importante estar al tanto de las tendencias saber que esta sucediendo localmente y también conocerlo en términos de la escena internacional ahora los detalles las cosas que están sucediendo en Uruguay es la tendencia de los transportes entrar embarques que podrían ir a otros países sin ser revisados que clase de carga es sabemos que en Paraguay por ejemplo: en algunos años importa diez veces la cantidad de CD que cada persona en el país podría usar jamás así que obviamente esos cd se están reproduciendo se están llevando a otros países ver esa tendencia es un paso importante (muestra foto) las autoridades pudieron obtener una orden de allanamiento y encontraron compartimientos secretos que tenían gran cantidad de CD sin número de serie ya partir de ahí pueden quien era el responsable de esos embarques de pronto no pueden hacer nada en Paraguay pero pueden empezar a estudiarlo porque saben que va a volver a Brasil y ver que posibilidad hay de hacer algo ahí para quienes entre Uds. tienen que comparecer ante el tribunal respecto a este tipo de delitos y una pregunta que ha surgido en los últimos años con el cambio de este tipo de delitos es cómo castigamos en estos casos. Ha habido demandas civiles y puede haber sanciones y multas, pero en el área penal estamos hablando en lo posible de mandar a alguien a la cárcel así que quiero hablar un poco de cómo funciona esto en los EEUU. No es necesariamente una sugerencia de cómo habría que hacerlo en otras partes del mundo, pero es nuestro intento por asegurar que los distintos estados y jurisdicciones tengan penas coherentes y justas para este tipo de delitos.

Voy a tomar unos momentos para hablar de nuestra guía de penas. Esto es tan solo un esfuerzo por lograr una coherencia en la sanción de los delitos. No tenemos a una persona que tiene arrestos domiciliarios y otra persona termina pasando varios años en la cárcel por el mismo delito solo por el hecho de estar en distintas jurisdicciones ante distintos jueces. El primer paso fue ver varios factores donde debería haber cierta coherencia. En primer lugar, vemos la categoría delictiva es decir qué antecedentes tiene la persona: si nunca cruzaron una luz en rojo puede ser otra pena frente a una persona que se pasó la vida cometiendo delitos, así que eso lo tomamos en cuenta. En segundo lugar, recorriendo por el lado izquierdo del delito y cada clase de delito federal ya sea robo a un banco o narcotráfico o violación de la propiedad intelectual hemos logrado lo que debe ser la base de cada uno de los delitos. Un homicidio va a tener un nivel mucho más alto que la venta de CD pirateados corresponde pero también incluir como factor el daño producido por la venta de los CD, así que estos son algunos de los casos que afectan el nivel del delito. Entonces hacemos una combinación de estos dos factores y podemos pasar lo que llamamos a zona. Es muy difícil verlo acá, pero estos son gamas de días y meses: una persona con pocos antecedentes y nivel bajo del delito pueden ser de 0 a 6 meses y alguien va subiendo en el otro extremo; vemos penas de cadena perpetua o treinta años, así que hay toda esa gama de penas posibles aquí hay un ejemplo rápido utilizando el software y la violación de los derechos de autor. La sección que trata con esto nos dice cual es el nivel base del delito. Es el nivel 8.

Tenemos algo hipotético de 50 mil dólares que requeriría un nivel más alto o sea un nivel 15. Si la persona fabrica los CD hay un aumento por fabricar o importar CD que llega a nivel 17 y si la persona tiene un factor agravante es decir que supervisa a otras personas tiene una especie de negocio si hay otro factor que hace que el caso sea más grave le agregamos 1 punto o sea 21.

En EEUU antes que un jurado declare a una persona culpable tenemos que ver cual es el delito y podemos ver si todo esto nos ayuda a reducir los costos de la administración de un juicio. Si la persona tiene antecedentes una categoría de historia personal le agregamos 2 puntos. Si tenemos categoría 2 con historia criminal nivel 19 al nivel del delito, los meses estarían entre 33 y 41 más o menos 3 años. En este caso, el juez es responsable de determinar cual es la pena adecuada y donde debe encontrarse esa persona en el tiempo asignado y cuales son las circunstancias extraordinarias. La idea, repito, es que ya sea en Alaska o Florida o California una persona que comete el mismo delito va a ser tratada de la

misma manera. Primero vemos cuál es su categoría y luego cual es su condena. En EEUU la pena máxima es de 10 años con una multa de 2 millones de dólares. Si hay un segundo delito, la pena sube a un máximo de 20 años, es decir, en el caso que podían llegar a un extremo de una multa de 5 millones de dólares.

Algunos de Uds. pueden preguntarse como se relaciona esto con las penas máximas. Si incumplimos los derechos de autor hay un máximo de 3 años por un primer delito de violación a un máximo de 5 años si el propósito fuera comercial. En mi ejemplo la persona tenía un claro propósito comercial porque importaba tenía un negocio. Quizás cabía en ese máximo de 5 años. En ese caso la pena guía sería menor a 5 años. Así que no habría problema, el juez plantearía su sentencia dentro de ese margen si la persona tuviera antecedentes criminales y la pena fuera de 120 meses. Eso es mucho más que los 5 años máximo. Por lo tanto, lo que se puede aplicar son los 5 años así que el máximo es la máxima pena que una persona puede recibir por ese tipo de delito.

Vamos a hablar de alguna de las cosas que aprendimos en casos reales en la corte. Primero, es que tenemos una relación con las industrias, con los poseedores de los derechos de propiedad que son claramente víctimas de todas estas situaciones. Además tienen una voz que se hace sentir a nivel de los legisladores: pueden hacer lobby, tienen muchas herramientas a su disposición, pueden hacer que la prensa esté conciente de la situación y pueden incluso resolver esta situación por sí mismos. No son como las víctimas comunes de otros delitos que pueden estar desamparadas sin otros recursos o no poder recurrir a la ley o a las autoridades. Al tratar con los grupos industriales tenemos que ser concientes de que como víctimas son los que tienen la información con respecto al delito. No hay suficientes agentes del FBI en el mundo como para sentarse en una computadora y ver quien esta vendiendo producto MICROSOFT en la web site. Podemos tener gente haciendo eso todo el día pero nunca vamos a poder detectar todo lo que esta ocurriendo. Sin embargo, nos enteramos de estos casos de la propia empresa MICROSOFT. Ellos han presentado un muy buen ejemplo, porque ellos tienen gente a la que le pagan para ver donde se venden los productos falsos. Como primera medida se le manda una carta a esa persona para que dejen de vender el producto no autorizado. Si siguen haciéndolo, esa práctica se los lleva ante una corte civil. El juez típicamente va a presentarles una orden para que dejen de vender el producto. Es recién en la tercera ocasión en que empezamos a actuar, cuando la empresa víctima dice hemos dado todos los pasos necesarios a nivel legal y esta persona sigue incumpliendo y no quiere rectificar la si-

tuación. Quizás este sea un caso típico para un procesamiento penal. En ese caso nosotros aceptamos lo que dicen y actuamos independientemente. No asumimos que todo lo que ellos nos proporcionan es evidencia sólida, nosotros tenemos que hacer una investigación, podemos tener un agente que compre algo de MICROSOFT ilegal o quizá podemos dar pasos adicionales para convencernos de que se trata de un caso legítimo que requiere procesamiento penal.

Hemos tenido muchos casos exitosos en ese sentido. Hemos descubierto gente que trae desde el sudeste de Asia software de muy alta calidad, tienen licencia legítima y los consumidores creen que están comprando productos originales cuando es todo falsificado. Estas empresas estaban haciendo mucho dinero con este producto y nos llevó al siguiente paso en nuestra relación con la industria. Voy a usar el ejemplo de MICROSOFT otra vez. Si ustedes se fijan cuidadosamente en un disco legítimo de MICROSOFT, si uno lo pone a la luz hay un holograma hay códigos de barra hay un diseño bastante complejo sobre el disco. Hay como 20 marcas separadas identificaciones que les permiten a los expertos identificar que es un producto real de MICROSOFT. Puede ser la manera en que las letras con el nombre MICROSOFT están presentadas o podrían ser los números de código de barras que hacen el número serial es decir toda esta información que nos dice que MICROSOFT está generando medidas de seguridad, por lo tanto, es necesario es imprescindible que confiemos en MICROSOFT para que nos digan esto es falso, esto es legítimo. Es falso porque tiene por ejemplo 6 dígitos y nosotros nunca ponemos 6 ponemos 8, por ejemplo. En EEUU esto significa lo siguiente: verificamos confirmamos con la industria si los discos son legítimos o no y hay cosas que nos indican que esto es incorrecto. A veces hay cosas que ni siquiera nos revela la industria, quieren mantenerlo como secreto profesional y puede llegar el caso si llegamos a un juicio en que la industria tenga que presentar una declaración como testigo para demostrar que esto es falso y que esto el legítimo para que el jurado pueda tomar la decisión de si a persona es culpable o no por vender artículos ilegítimos. Por todas estas razones tenemos necesidad de relacionarnos con la industria y con los representantes de la industria sería imposible para nosotros generar o formar expertos del gobierno que fueran independientes que supieran todos los tipos de medios que están disponibles agentes que pudieran reconocer una película falsa de una verdadera o música o camisetas Adidas falsas o verdaderas. No podemos hacer todo eso, tenemos que traer a los expertos de la industria para que colaboren con nosotros en determinar estas cosas. Por eso nuestra relación con

ellos es indispensable. Un punto que se refiere a esto también no es solo el de las marcas de seguridad en los discos o en los C. En la medida que miramos las que usan, que métodos de distribución usan, eso nos va a permitir distinguir los procedimientos legales de los ilegales.

En EEUU nos gusta estar actualizados con lo que ocurre. Yo les conté de los cursos de capacitación de fiscales en todo el país. Generalmente invitamos a representantes de la industria para que hagan presentaciones sobre las tendencias que ellos ven a nivel de la distribución de productos delictivos y así sabemos donde mirar como buscar y como hacer las preguntas correctas. Sé que para las industrias de propiedad intelectual sus representantes en todo el mundo estarían dispuestos a darles el mismo tipo de apoyo a la capacitación del personal en este país. Tenemos suerte en la unidad en que trabajamos de que aún la mayoría que nos especializamos en propiedad intelectual estamos también en contacto con la gente que trabaja en el área de delito por computadora. Éstos muchas veces tienen mucha pericia mucho conocimiento que va mucho más allá de lo que tengo yo. Es bueno para nosotros porque en estas áreas de alta tecnología con los dispositivos de seguridad y la protección de los derechos de autor es muy importante que tengamos por lo menos el conocimiento técnico suficiente para entender como funcionan estos desarrollos. Debemos poder entenderlo para poder compartirlo con los agentes que están a cargo de la investigación de estos delitos y también en muchos casos para poder explicarlo a los jueces que de pronto jamás manejaron este tipo de casos. Así que hay que entender la tecnología y comprenderla de forma tal que podamos trasladar el conocimiento a otros.

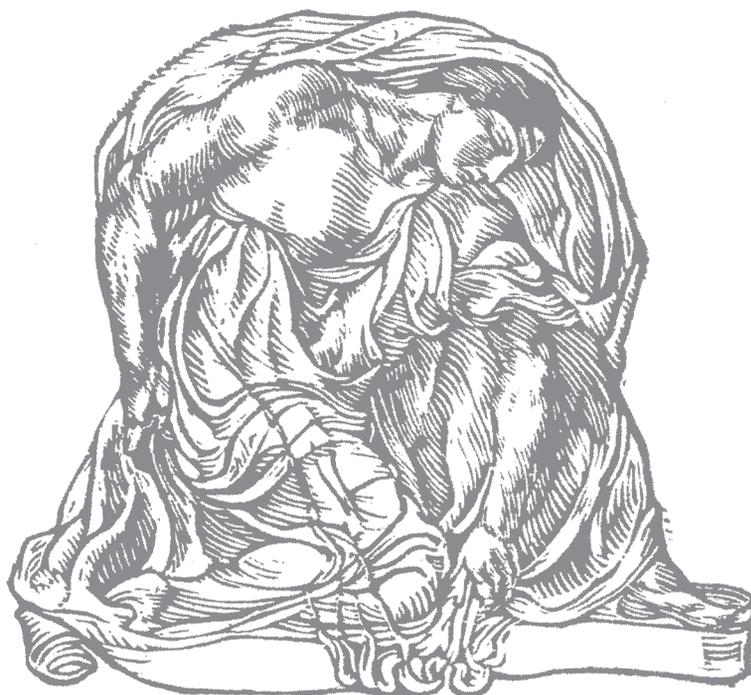
Así que siempre estamos luchando por mantenernos al día. A menudo alentamos a los fiscales y a todo el mundo para poder la mejor capacitación que se logra en esta área y el mejor entendimiento que logramos es simplemente pasando el tiempo en línea viendo lo que hay por ahí. Uno puede poner la palabra wares y lo va a llevar a muchos lugares que distribuyen y muestran como se hace este tipo de software pirateado y van a ver lo que es la dimensión del programa y lo fácil que es acceder a éstos productos pirateados. Así que no es tan misterioso ni tan poco insuperable para que la gente aún sin conocimiento de tecnología pueda entender. Hemos luchado con algunas de las cuestiones de prueba que es lo que debemos demostrar si 10 mil DVD para probar que son todos pirateados o podemos simplemente mostrar los 100 que revisamos. Podemos hacer que el juez tenga como responsable a esa persona por los 10 mil. Yo creo que de a poco vamos respondiendo esas preguntas hacemos una analogía con

un caso de narcóticos donde hay una incautación importante de cocaína. No se exige que un experto atestigüe que se tomó muestras de toda la incautación sino que se tomó una muestra representativa y luego el tribunal puede suponer legítimamente que el resto también era cocaína en base a la muestra. Pero en otros lugares eso era un tema muy difícil porque a los delitos tradicionales se les podía exigir revisar cada una de las pruebas y mostrar que era contrabando que era pirateado. También vemos no solo los métodos de seguridad aplicados por las víctimas sino también, los aplicados por los piratas que muchas veces utilizan encriptación muy sofisticada, también formas de esconder su identidad en línea ocultar la ubicación de la computadora donde están almacenando esos productos pirateados así que hay que mantenernos actualizados sobre éstos temas y poder demostrar ante un tribunal. Hoy sabemos que crece, que estaba el Internet destruyendo a éstos productos porque tenía un apodo en Internet y ese apodo aparecía en tal día y sabemos que en ese día hay un registro que fue a una computadora en Holanda y Texas y después de vuelta a Washigton. Podemos seguir la pista a través de la dirección en Internet y esa dirección en W es donde recibe correo así que sabemos que este apodo que se usa por el Internet provenía de una computadora usada por X persona en tal ubicación. Y esos son pasos adicionales que a veces debemos tomar y que muchas veces son nuevos para los abogados y fiscales.

Quiero concluir diciendo que lo que estamos viendo realmente es un problema que está creciendo rápidamente pero me parece que podemos frenar en el inicio, antes que se convierta en el delito más lucrativo y más seguro para las sociedades de delinquentes organizados. Y antes de que destruya las posibilidad para los creadores de ganarse la vida haciendo su música o sus películas o su software. Antes de que distorsionen la posibilidad de las empresas de vender productos útiles a través de todo el mundo porque la forma de aplicar la ley puede ser distinta en los países que no pueden hacer esa inversión. Como dije hemos tenido que enfocar nuestros recursos limitados en entender la forma de mejor llevar ese mensaje, por el caso que mencioné donde se metieron órdenes de allanamiento en todo el mundo. Eso tuvo un efecto de bola de nieve para la gente que trabaja en línea. Veíamos ese mismo día la gente que chateaba en los foros abiertos cómo iban a salir de esto, porque se dieron cuenta que los agentes federales pudieron identificarlos y encontrar su ubicación y esperamos que eso se expanda un poco como efecto. También salió mucho en los diarios, el fiscal general mismo salió mucho a través de estos temas, es que hubo cierta cobertura en la prensa. Ahora, si bien no procesa-

mos a la gente por bajar de Internet alguna música individual va pasando a conciencia social y al debate que enfrenta el individuo si está o no bien esto. Sería mejor que compraran los legítimamente hechos así que existe ese beneficio de conocimiento público del tema a hacer este tipo de actividad altamente publicitada. Y hace que la persona este al tanto no es una cosa que se haga con impunidad no son delitos simplemente seguros que va a haber consecuencias que se pueden averiguar quien lo esta haciendo y en este sentido unos pocos arrestados pueden tener un gran impacto sobre la voluntad de la gente de hacer este tipo de delitos. Voy a terminar donde empecé. Los delitos contra la propiedad intelectual muchas veces no son tomados en serio por la gente en general. Hay tantas cosas más para preocuparse. En EEUU cuando uno hace cualquier cosa nos critican por no enfocarnos exclusivamente en el terrorismo pero al mismo tiempo hay que mi-

rar todo el escenario y tenemos que entender que existen delitos que no son violentos que no son peligrosos que no afectan directamente a la salud pública pero que al mismo tiempo pueden tener un impacto económico muy importante y ser también relevantes para la creación de una cultura sin leyes que permite la existencia de una multiplicidad de delitos. Así que tratamos de darles el peso que les corresponde, verlo sobre todo en sus características más seria y tratar de entenderlo y tratar de ponerle fin antes que se conviertan en un problema mayor. De una parte muy importante de nuestro esfuerzo el lograr que los policías y los fiscales y los jueces y los legisladores en todo el mundo compartan sus experiencias con nosotros que se enfoquen en estos temas como están haciendo ustedes hoy y de ganar algo de entendimiento del tema para que sea un problema que por lo menos esté en el debate público y no esté oculto.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

- *Sentencia N° 127 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno de 27 de setiembre de 2004.*
- **Labandera, Pablo** - *“Las normas de origen en el Derecho del Comercio Internacional. Su relevancia en el ámbito tributario e infraccional”*

SENTENCIA N° 127/04 DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2004

TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE 5° TO. TURNO,
MINISTRO REDACTOR DRA. BEATRIZ FIORENTINO

Montevideo, 27 de septiembre de 2004.

VISTOS

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos "FISCO C/ JM LTDA.- IMPUTACIÓN DE INFRACCIÓN ADUANERA." Ficha N° 19 – 24/2004, venidos a conocimiento del Tribunal en mérito al recurso de apelación deducido por la parte demandada contra la sentencia N° 40 del 17.10.2003 dictada por el Sr. Juez Letrado de Aduana de 2° Turno, Dr. Gustavo Pini.-

LAS NORMAS DE ORIGEN EN EL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL. SU RELEVANCIA EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO E INFRACCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

La fundada sentencia que se analiza en esta sección de "*Jurisprudencia comentada*", tiene como antecedente una excelente pieza jurídica dictada por el Dr. Gustavo Pini Mitre, Juez Letrado de Aduana de Segundo Turno, en la cual se estudia todo el proceso de formación de las normas comunitarias, el mecanismo de internalización previsto, su adecuación a la normativa nacional, y por último se examina el Régimen General de Origen del MERCOSUR. Todo ello con un rigor técnico y jurídico elogiado, que mereció – tal y como se destaca en el primer considerando de la sentencia que se comenta – el reconocimiento del superior *ad quem*. Sin embargo, los fallos respectivos de primer y segundo grado (confirmatorio éste último), que conviene recordarlo, se refieren a un tema harto discutible, nos ofrecen – modestamente – una serie de reparos y disconformidades conceptuales que expresaremos a lo largo del presente comentario.

Es por ello que, la sentencia que se examina resulta la "*excusa perfecta*" para analizar otros temas vinculados directa o indirectamente a la temática estudiada, como por ejemplo, el valor o la dimensión que debe darse a los errores en materia de origen, siempre que exista la certeza de que la mercadería es originaria del país correspondiente; la responsabilidad objetiva en materia aduanera y su relevancia ante irregularidades como la sentenciada; y la tipificación de dichas irregularidades cuando realmente meritan una sanción.

En tal sentido, se ha procedido de ese modo, efectuando en primer término, una serie de consideraciones preliminares que se entendían útiles a los efectos del análisis posterior; para ulteriormente definir y estudiar las reglas de origen, conceptualizarlas, clasificarlas, destacar su finalidad (tanto económica como jurídica); y finalmente profundizar sobre los aspectos infraccionales que se vinculan a dicho instrumento de política comercial, esto es, la correcta tipificación infraccional y el régimen de responsabilidad asociado a dichas irregularidades.

RESULTANDO

I.- Por el referido fundamento se dondenó a la firma JM LTDA. por infracción aduanera de defraudación y en su mérito, se le impuso una multa igual al doble de los recargos adeudados.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS

El problema de la determinación del origen, sobre el cual se centrará esta parte del trabajo, se sitúa en un ámbito del Derecho de indudable actualidad y creciente interés, cual es el Derecho del Comercio Internacional.

La evolución y ampliación incesantes de las relaciones comerciales entre los diferentes países suscita nuevos problemas de carácter jurídico, que el ordenamiento respectivo de cada país, debe venir a colmar.

Pues bien, es justamente en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales donde nace el problema de la determinación del origen, tanto de los bienes como de los servicios. En la presente reseña de Jurisprudencia, únicamente nos centraremos en la primera hipótesis, esto es, el régimen de origen vinculado al intercambio de bienes a través de los diferentes territorios aduaneros.

En tal sentido, el problema que se plantea es el siguiente: cuando se realiza una importación de un producto en un determinado país, a los efectos de poder determinar cuál es el régimen tarifario que le es aplicable a dicho producto en el país de importación, habrá que dilucidar si el mismo viene amparado (o no) en alguna preferencia que tenga como razón de ser el origen de la mercadería respectiva. En caso afirmativo, el despacho de importación de dicho producto deberá cumplir con determinados requisitos formales y sustanciales que le permitan hacer valer ese privilegio tributario y aduanero que se invoca.

La cuestión así planteada puede parecer relativamente sencilla. Varios elementos vienen a añadir cierta dificultad a la cuestión. De ellos nos ocuparemos seguidamente, pero con carácter preliminar y a título orientativo, dada las características del presente comentario.

En primer lugar, el origen resulta relevante no sólo para la determinación del régimen tarifario aplicable, sino para toda una serie de barreras o ventajas comerciales establecidas por los Estados en relación a los productos originarios de otros países.

Así, la determinación de uno y otro origen puede comportar, entre otras situaciones, la prohibición de la entrada del producto en el país si existe un régimen de cupos o cuotas que hayan sido rebasadas; la aplicación de *derechos anti-dumping* o *derechos anti-subsención*; el derecho a un trato preferencial como puede ser la no aplicación de gravamen tarifario; o la obligación de indicar el país de origen en el producto importado. Por otra parte, el aumento de la división del trabajo a nivel internacional, ha permitido que la fabricación de un producto se efectúe en varios Estados, entre los cuales se generan "*cadena de producción*" que permiten optimizar costos e integrar a los distintos sectores productivos nacionales, todo lo cual ha contribuido a crear cierta confusión en un campo ya de por sí harto complejo.

En segundo lugar, no en todos los países se establecen con claridad los criterios a aplicar para determinar el origen. De hecho, la mayoría de los Estados no han establecido criterios específicos a estos efectos. Y además, aún en los países en los cuales sí se han precisado determinados criterios y principios, éstos han sido con frecuencia considerados deficientes, dando lugar a numerosas críticas. A ello debe adicionarse que en este ámbito, la normativa doméstica está condicionada por el contenido del Acuerdo Preferencial respectivo que haya dado vida en el ámbito jurídico a los criterios de origen oportunamente pactados en el reglamento de origen comunitario.

Finalmente, y en tercer lugar, cabe señalar que en relación a las reglas de origen aplicables a los productos, se ha alcanzado un Acuerdo de armonización a nivel internacional de dichas reglas, el *Acuerdo General sobre Reglas de Origen*, elaborado en el "*Ronda Uruguay*"¹ en el seno del *Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT)*, englobado en la esfera de la "*Organización Mundial de Comercio*" (OMC), establecida asimismo en el Acuerdo que pone fin a la mencionada "*Ronda Uruguay*".

¹ Acuerdo Multilateral firmado el 15 de abril de 1994, en Marrakech, por 119 participantes, internalizado por nuestro país, mediante la Ley N° 16.671 de 23 de diciembre de 1994.

II.- Contra dicho procedimiento sostuvo la demandada en síntesis que no se cometió la infracción imputada porque surgía inequívocamente de la documentación de la mercadería que su origen y procedencia era argentino, con esos datos el sistema computarizado de la Dirección Nacional de Aduanas automáticamente debe establecer la alícuota del 18 % para mercadería MEROSUR y si hubiera habido omisión en los DUI correspondientes, la omisión per se no configura la infracción imputada.-

Delimitado así el alcance de la primera parte del presente análisis, debemos sin embargo señalar que algunos aspectos relacionados con el origen no tendrán cabida en este capítulo. Así, hemos obviado deliberadamente, entre otros temas de enorme relevancia práctica, toda referencia al problema de las denominaciones de origen y al régimen de origen vinculado a los servicios.

III. DEFINICIÓN DE LAS REGLAS DE ORIGEN Y DISTINCIÓN DE CONCEPTOS AFINES

Las *reglas de origen* han sido definidas como normas, regulaciones y prácticas administrativas aplicadas con el fin de adscribir un país de origen a productos que se hallan en el comercio internacional.²

La regla de origen es pues el vínculo geográfico que une a una mercancía a un país en el cual se considera que ha sido generada.³

Podemos distinguir las *reglas de origen* de nociones afines tales como la *procedencia*. En efecto, los productos "*provienen*" del Estado en el cual se ha iniciado su último transporte, sin que sean forzosamente originarios del mismo. La *procedencia* es a menudo considerada a efectos de medidas de orden sanitario o fitosanitario⁴, pero no resulta relevante a otros efectos.⁵

La *finalidad de las normas de origen* es proveer una base legal para *establecer la "nacionalidad" del producto* a efectos de aplicar el régimen legal que le corresponde a la importación de una mercadería, ya sea que cuente con una preferencia arancelaria o tenga impuesta algún tipo de restricción según las condiciones del Acuerdo.

Por ello, las normas de origen deberán ser objetivas, claras y previsibles, y aplicarse de manera uniforme, imparcial, transparente y coherente, de tal forma que no se conviertan en un obstáculo innecesario al comercio.⁶

En tal sentido, cabe recordar que el marco general a nivel multilateral en la materia, está dado por el *Acuerdo sobre Normas de Origen* negociado en la "*Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales*", que entrara en vigor el 1° de enero de 1995, y que diera nacimiento a la *Organización Mundial del Comercio* (OMC). La creación de esta institución, que constituye quizás el resultado más importante de la "*Ronda Uruguay del GATT*"⁷, contribuye de manera muy notable al fortalecimiento del sistema multilateral de comercio, tiene a su cargo, entre otras tareas, el monitoreo y administración de este Acuerdo Multilateral.

IV. NORMAS DE ORIGEN PREFERENCIALES Y NO PREFERENCIALES

Las normas o reglas de origen pueden ser: o bien, **preferenciales**; o bien, **no preferenciales**. Así, las **normas de origen preferenciales** son las que aplican los Estados Partes de un Acuerdo Preferencial de Integración. Dicho Acuerdo, a su vez puede ser contractual o autónomo. En el primer caso, esto es, en un **Acuerdo Preferencial Contractual, los Países Miembros** se encuentran vinculados entre sí por un tratado comercial, que por definición es de carácter selectivo y discriminatorio, tal como sucede por ejemplo con los acuerdos suscritos en el marco de la ALADI, la Comunidad Andina de Naciones (CAN), el MERCOSUR, el

² U.S. CONGRESS, UNITED STATES INTERNATIONAL TRADE COMISIÓN (USITC), *The Impact of Rules of Origin on U.S. Imports and Exports*, Report to the President on Investigation, num. 332-192, USITC Publication 1695, Washington D.C., 1985.

³ BERR, C.J. y TREMEAU, *Le Droit Douanier*, París, 1988, pág. 124.

⁴ JACQUEMART, C. *La Nouvelle Douane Européenne*, París, 1974, pág. 122.

⁵ VAULONT, N. *L'Union Douanière de la CEE*, 2 da. Ed., París, 1974, pág. 59.

⁶ ALADI. *Cuadernos de la ALADI N° 1. Régimen de Origen*. Vide: www.aladi.org.

⁷ JACKSON, J. H., DAVEY, W. L. y SYKES, Jr., A. O. *Legal problems of international economic relations, Cases, materials and text*. West Publishing Company, Minnesota, 1995, pág. 295.

III.- Sustanciada la recurrencia se la franqueó, se recibieron los autos en el Tribunal y previo el estudio de precepto, se acordó dictar decisión en forma antidipada (artículo 200.1 numeral 1º del Código General del Proceso).-

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), etc. Por el contrario, en un **Acuerdo Preferencial Autónomo**, lo que existe es un vínculo – habitualmente – de carácter unilateral, de una parte (Estado Nacional o Bloque Económico), con un Estado o Grupo de Estados que poseen una característica común que los hace susceptibles de recibir un determinado beneficio o privilegio ya sea de carácter arancelario o comercial. Son ejemplos de este tipo de Acuerdo, el Sistema Generalizado de Preferencias (SGP) que aplican los países desarrollados a favor de los países en desarrollo, o también, la Ley de Preferencias Arancelarias Andinas (LPAA) que otorga Estados Unidos a favor de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú; o la *Convención de LOMÉ*, acuerdo celebrado entre la Unión Europea y muchas de sus ex – colonias africanas.

Las **normas de origen no preferenciales** se utilizan en instrumentos de política comercial de carácter no preferente, a fin de discriminar —o por la necesidad que tiene un país importador de contar con la posibilidad de discriminar—, por lo cual es necesario conocer el origen del bien. Su regulación esta establecida en el *Acuerdo de Normas de Origen de la Organización Mundial del Comercio* (OMC), y su ámbito de aplicación comprende el tratamiento de la nación más favorecida ⁸, los derechos antidumping y compensatorios, las medidas de salvaguardia, las prescripciones en materia de marcas de origen, las compras del sector público, los cupos arancelarios y las restricciones y prohibiciones de importación. Asimismo se utilizan por otras razones, entre las que se cuentan los requisitos de protección al consumidor, las normas técnicas, sanitarias y fitosanitarias, y los embargos comerciales.

Así, tratándose de **normas preferenciales**, las importaciones respectivas podrán hacer valer dicha preferencia oportunamente pactada, siempre que cumplan con los requisitos de origen acordados entre los países integrantes del Acuerdo; y para el caso contrario, los productos correspondientes deberán abonar los tributos que se perciben por la aplicación del régimen general de importación.

Por el contrario, cuando se trate de **normas no preferenciales**, será negado el acceso al mercado si se comprueba que las mercancías objeto de importación son originarias de determinado país, o les será aplicada la medida restrictiva que oportunamente se hubiese previsto. ⁹

V. FINALIDAD DE LAS REGLAS DE ORIGEN

La integración económica internacional, su regulación a nivel multilateral ulterior a la *“Ronda Uruguay del GATT”*, la creación de la *Organización Mundial del Comercio* (OMC) y los dos procesos complementarios a escala mundial que se han dado en la última década a nivel del comercio internacional: la globalización y el *“regionalismo abierto”*, han contribuido de manera directa a que, en la actualidad, es factible esperar que prácticamente todo producto que haya sido sometido a un proceso de manufactura mínima contenga componentes o insumos extranjeros, esto es, importados. El problema se torna particularmente crítico cuando el producto, es una manufactura compleja que integra insumos provenientes de varios territorios aduaneros. En estos casos, la nacionalidad del producto importado, comienza a *“diluirse”*, no pudiendo determinarse con exactitud si el producto referido es del país donde se ensambló, o del país de donde proviene la mayor cantidad de insumos, o donde se le sometió a un último proceso de transformación sustancial que le confirió una nueva individualidad, o del país de donde se importó directamente.

Las normas de origen, entonces, sientan los criterios para resolver ese problema y determinar si el producto gozará de un tratamiento comercial, aduanero o técnico (normas técnicas o sanitarias) determinado.

En similar sentido, cabe recordar que la tendencia del comercio mundial contemporáneo apunta a la conformación de bloques económicos regionales preferenciales. La consolidación de grupos importantes de socios comerciales, facilita las economías de escala y favorece una mejor distribución y uso de los factores

⁸ Artículo I del GATT de 1994.

⁹ ALADI. Cuadernos de la ALADI N° 1. Régimen de Origen. Vide: www.aladi.org.

CONSIDERANDO

I.- Se confirmará la bien fundada sentencia de primera instancia.-

II.- No deja de advertir el Tribunal que la resolución de la situación subexámene, es opinable, prueba de ello el diferente criterio adoptado por los homólogos de 3° y 4° Turno (no así

productivos disponibles. Por ello, la casi totalidad de los países del planeta están inmersos en una dinámica de negociación de Acuerdos de Libre Comercio, que facilite e impulse una mayor integración económica. Y es por eso que todo convenio de liberalización comercial incluye a las normas de origen, ya que en las negociaciones comerciales los aspectos más álgidos y controvertidos son generalmente los relacionados con las normas de origen.

¿Por qué?, porque los acuerdos de libre comercio tienden, en última instancia, a otorgar un tratamiento – arancelario o no arancelario – de naturaleza preferencial a los Estados Miembros del acuerdo. Y ese trato preferencial, por definición, no se le otorga a aquellos países que no son parte del acuerdo, razón por la cual, resulta imprescindible conocer y determinar siempre el origen o país de procedencia del producto, con el objeto de que las Aduanas, al ingresar la importación, le concedan el trato preferencial: arancel nulo o más bajo que el arancel aplicable a terceros países, eliminación de licencias de importación para los productos provenientes de los países miembros, porcentajes de contenido local/importado más favorable, *etc*, discriminando respecto de los países no beneficiarios de la preferencia.

Por tanto, la existencia de normas de origen busca evitar lo que técnicamente se conoce como *deflección del comercio*, fenómeno que consiste en el aprovechamiento de las ventajas concedidas en el marco de los acuerdos comerciales por parte de mercancías provenientes de terceros países. La *deflección del comercio* se presenta en los acuerdos preferenciales cuando existen entre los Países signatarios del mismo, niveles arancelarios diferentes respecto a terceros países y esta diferencia es aprovechada para introducir mercancías en el marco del acuerdo, a través del país socio con menores aranceles. Es por ello que, la exigencia de un nivel mínimo de *transformación sustancial* en el producto que pretende ampararse en la preferencia que brinda el *status* de “*originario*”, busca evitar esta distorsión, limitando el alcance de las ventajas arancelarias estrictamente a las mercancías que cumplan con los requisitos para la calificación de origen vigentes en el acuerdo preferencial respectivo.

VI. CRITERIOS PARA DETERMINAR EL ORIGEN DE UNA MERCADERÍA

En general no existen problemas en la determinación del origen de los productos de la naturaleza, extraídos, cosechados o recolectados, nacidos y criados en territorio o en aguas territoriales, *etc*. Idéntica situación se presenta con los productos elaborados íntegramente en un solo Estado, cuando en su elaboración se utilicen exclusivamente materiales originarios del país. Por tanto, un primer criterio de origen surge aquí, el **criterio de «productos totalmente producidos»**. De conformidad con este criterio, son **originarios** los productos siguientes: i) las materias o productos de los reinos animal, vegetal y mineral y sus subproductos extraídos o cosechados en los territorios o aguas del Estado Signatario del acuerdo; ii) las materias o productos del mar extraídos fuera de las aguas jurisdiccionales o su zona económica exclusiva (“*aguas patrimoniales*”) por barcos con bandera del País Miembro; iii) las mercancías elaboradas a partir de productos o materias originarias del Estado Miembro. Las normas de origen en este caso son bastante sencillas y abarcan, por lo general productos primarios con poca elaboración.

Pero, el problema se presenta al momento de tener que establecer el origen de las mercaderías en cuya producción han participado insumos, materiales o partes de dos o más Estados.

Así, la dificultad para establecer una vinculación única entre un producto y un territorio aduanero, en situaciones como las mencionadas, ha llevado a que casi todos los Estados adoptaran alguna modalidad del criterio llamado de “*transformación sustancial*”, recogido por primera vez en la *Resolución 822* de la – entonces – CEE¹⁰, y establecido luego en la *norma 3 del Anexo D.1 del Convenio de Kyoto*.

¹⁰ FERRÉRE, D. “*La Regulación del Comercio Exterior por el Estado*”. Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández. Montevideo. 1988, pág. 108.

el similar de 6° Turno que si bien refiere a un mismo supuesto lo hace a la luz de una regulación de fecha anterior a la vigente como lo aclara expresamente el Tribunal en el primer considerando de la decisión) llamados a decidir especies similares (vide igualmente sobre incidencia del error en el control estatal en la responsabilidad de los despachantes, L.J.U. c. 11.510).-

Pero, la transformación o elaboración no sólo debe ser **sustancial**, sin que además debe ser “*económicamente justificada*”. Ello ha sido interpretado en el sentido de que la operación no sea superflua, sin que se revele necesaria para la utilización industrial del producto¹¹. En definitiva, parece que lo que se exige es que se “*incremente el valor comercial de los bienes*”.¹²

Puede afirmarse que – en general – todos los Estados coinciden con este criterio desde el punto de vista teórico, pero al llevarlo a la práctica aparecen una serie de problemas que han obligado a su diferenciación, mediante la elaboración de distintos “*subcriterios*” vinculados al mismo.

En tal sentido, se ha intentado llegar a la solución correcta por **dos** caminos: por un lado, mediante la elaboración, de “*criterios negativos*”, es decir, *delimitar aquellas operaciones que no implican una “transformación sustancial”*, y por tanto *no atribuyen la calidad de originarios* a los productos sometidos a dichas operaciones, para – de ese modo, y *a contrario sensu* – especificar aquellas que sí lo hacen; y por otro lado, un segundo camino, ha sido el de intentar definir “*criterios positivos*”, esto es, *procesos que sí importan una “transformación sustancial”*, y por tanto *atribuyen la calidad de originarios* a los productos sometidos a ellos.

Ahora bien, en cuanto a las operaciones que **no implican una “transformación sustancial”**, existe cierta coincidencia con relación a que, algunas de ellas, como ser: *conservación de las mercaderías para su transporte o almacenamiento; preparación de las mercaderías para su comercialización o entrega; acondicionamiento y embalaje o identificación de las mercaderías, operaciones de simple asociación, mezcla o combinación de mercaderías, la combinación de operaciones como las anteriores y la matanza de animales*; por su naturaleza, no resultan aptas para producir la transformación atributiva del origen de las mercaderías respectivas.¹³

Pero, el problema se plantea con aquellas operaciones que **sí implican una “transformación sustancial”**¹⁴, por lo cual, hay que definir – en forma positiva – cuales son los procesos que cumplen con dicho criterio.

Y es así que, de modo general, se pueden distinguir **tres “subcriterios”**, a saber:

- **Cambio en la Clasificación Arancelaria.** Las mercaderías, a los efectos de permitir y facilitar el comercio internacional, se individualizan y *clasifican*, según un sistema aprobado internacionalmente, de tal modo que, las diferentes mercaderías se identifican con un código de varios dígitos y el conjunto de todas las mercaderías existentes codificadas, con su respectivo arancel (de importación o exportación) correspondiente, constituyen la Nomenclatura Arancelaria (de importación o exportación). Así, a través de esta *Nomenclatura Arancelaria* común, se busca agilizar el comercio internacional, facilitar la comparación y análisis de las estadísticas del comercio exterior, reducir los costos, uniformizar la documentación comercial aduanera, y correlacionar las estadísticas del comercio internacional. Esto es, se busca en definitiva crear un “*vocabulario único común*”, un mismo “*idioma*”, reconocido y practicado mundialmente, para precisar, codificar, sistematizar y clasificar todos los bienes o mercaderías de exportación o importación.¹⁵

Cada posición arancelaria indica una mercadería determinada, y al mismo tiempo, determina el arancel (de importación o de exportación) aplicable a dicha mercadería. Por ello, sería contradictorio que una misma

¹¹ *Asunto 49/76 Gesellschaft für Überseehandel c. Handelskammer Hamburg*, Rec. 1976, *Considerando 6*, pág. 46.

¹² Exposición del Abogado General Slynn en *Asunto 162/92 Directeur des Douanes et Droits Indirects c. Cousin*, Rec. 1993, pág. 1001.

¹³ FERRÉRE, D. *Ob.cit.*; pág. 109.

¹⁴ La Jurisprudencia del *Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea (TJCE)*, ha considerado tradicionalmente que, la transformación o elaboración era sustancial si el producto resultante presentaba propiedades o una composición específica propias que no poseía antes. A título de ejemplo, entre otros: *Asunto 49/76 Gesellschaft für Überseehandel c. Handelskammer Hamburg*, *Considerando 6*, Rec. 1976, pág. 46; reiterado en el *Asunto 93/83 Zentralgenossenschaft des Fleischergerwerber c. Hauptzollamt Bochum*, *Considerando 13*, Rec. 1984, pág. 1006.

¹⁵ LABANDERA, P. “Principales modificaciones en materia de Derecho Aduanero, introducidas por la última Ley de Presupuesto N° 17.296”, en *REVISTA JUDICATURA*. Publicación Oficial de las Asociación de Magistrados del Uruguay. Diciembre 2001 – N° 42, págs. 87/131.

La posición a la que en esta oportunidad se pliega el Tribunal se entiende que no comporta prohiar una interpretación mecánica de las normas que tipifican infracciones aduaneras, sino la de adecuar la solución a la objetividad y formalidad que constituyen rasgos definitorios del régimen general en materia de responsabilidad infraccional aduanera – sin perjuicio – de ciertas atenuaciones del principio por vía jurisprudencial y legal (entre ellos artículo 13 del Decreto – Ley N° 14.629 en la redacción dada por el artículo 150 de la Ley N° 16.320).-

mercadería pudiera ser colocada al mismo tiempo en dos posiciones arancelarias diferentes, o que alguna mercadería no pudiese ser clasificada. Lo que sí es posible es que existan dudas o complejidades con respecto a dicha clasificación, razón por la cual, el *Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías*¹⁶; sistema que se aplica a los efectos premencionados, ha establecido *Reglas Generales de Interpretación, Notas Legales, Textos de Partidas y Subpartidas*.

Como ya anotáramos, el *Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías* es el instrumento utilizado para definir el requisito de «transformación sustancial» en los acuerdos comerciales que aplican este criterio. El *Sistema Armonizado* se divide en 97 capítulos (dos dígitos), cada uno de ellos distinto, los cuales – a su vez – se subdividen en 1.241 partidas (4 dígitos). Este *Sistema* es utilizado como nomenclatura básica, tanto en los aranceles nacionales como en las nomenclaturas que utilizan diversos organismos de integración como la ALADI, la CAN o el MERCOSUR. En el MERCOSUR, se denomina NCM (Nomenclatura Común del MERCOSUR).

La utilización del *Sistema Armonizado* a los efectos de la calificación de origen responde a dos de las características principales del sistema: en primer término, a que todas las mercancías objeto de comercio están clasificadas en una sola partida (4 dígitos); y en segundo término, a que en la mayor parte de la Nomenclatura está reflejado el concepto de “transformación”, desde el estado de materia prima hasta el de materia prima elaborada, pasando por las mercancías semi – manufacturadas y llegando a los productos acabados y las obras de arte, esto es, en un orden creciente de valor agregado.¹⁷

Por tanto, va de suyo que, por el solo hecho de estar el producto clasificado en una partida diferente a la que corresponde a los materiales utilizados en su elaboración, cabe presumir que se ha cumplido un proceso de transformación sustancial, que lo califica como originario. La aplicación del criterio de cambio de clasificación sólo exige al exportador determinar la clasificación del producto que desea exportar – lo que no presenta mayores dificultades pues es usual el manejo del Sistema Armonizado – y verificar que todos los materiales importados que se han utilizado en su fabricación se clasifican en partidas diferentes al producto final.

Hecha la precisión conceptual antedicha, nos centraremos ahora en el análisis del criterio respectivo, a los efectos de determinar el origen de las mercaderías. Este criterio consiste en considerar a un bien como originario de un territorio aduanero determinado, si su clasificación en el arancel aduanero es distinta a la de los materiales que se utilizaron en su elaboración. Así, en función de cual sea la clasificación arancelaria de una mercancía será el arancel que gravará su importación (y, en su caso, su exportación). De ahí la trascendencia fiscal de tal clasificación, sin perjuicio de la que pueda revestir – y reviste – en otros ámbitos.¹⁸ Por tanto, para que el bien se considere originario, ese cambio en la clasificación deberá ser, por lo menos, al nivel que se especifica en la respectiva norma de origen aplicable al bien final.

Y para la aplicación práctica de este criterio se debe hacer uso del *Sistema Armonizado de Codificación y Designación de Mercancías*. Sin embargo, para algunos productos el cambio de posición arancelaria no resulta suficiente para conferir el origen, mientras que para otros, aunque no tenga lugar un cambio de posición, se considerará que el producto es originario del Estado en el cual han tenido lugar determinadas transformaciones, o en el cual ha sido añadido cierto valor.¹⁹ Y ello resulta así, simplemente porque el *Sistema Armonizado* no está diseñado para dilucidar problemas de origen.

¹⁶ En dicho sentido, el Decreto N° 304/92, que vio diferida su entrada en vigencia hasta el 1/4/93 por el Decreto N° 666/92, establece que toda declaración relativa a operaciones de Comercio Exterior, deberá efectuarse con base en el *Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías*, con sus respectivas glosas y códigos de dígitos.

¹⁷ ALADI. *Cuadernos de la ALADI N° 1. Régimen de Origen*. Vide: www.aladi.org.

¹⁸ Especialmente en el régimen comercial, toda vez que en función de su clasificación arancelaria una mercancía pueda estar sujeta a restricciones cuantitativas con ocasión de su importación. Vide *in extenso*, al respecto, PELECHÁ ZOZAYA, F. “Las restricciones cuantitativas a la importación en la C.E.E.”, en *Revista Impuestos*, septiembre de 1988, Madrid, 1988, págs. 144/169.

¹⁹ Para un planteamiento crítico sobre este punto, Vide *in extenso*: PALMETER, “The FTA Rules of Law”, Proceedings of the Seventh Annual Judicial Conference of the US Court of Appeals for the Federal Circuit, 24/5/89, en *Federal Rules Decisions*, 1990, Vol. 128, pág. 500.

III.- No se discute en autos que la mercadería de que se trata es de origen y procedencia argentinas.-

Tampoco hay controversia respecto de la necesidad de agregar un certificado de origen de acuerdo a un formulario determinado, precisas reglas para controlar el certificado de origen, así como, las entidades que pueden expedir dicha documentación.-

Un ejemplo de cambio de clasificación en el nivel de partida arancelaria (4 dígitos), ilustrará acerca de lo expresado anteriormente. Tomemos el caso de una materia plástica importada (cloruro de polivinilo, de la partida 3904), transformada en vajilla u otros artículos para el servicio de mesa o cocina (partida 3924). La vajilla se clasifica en una partida diferente de la materia prima, por lo cual el producto final califica como originario del país donde se realizó la elaboración.²⁰

• **Valor Agregado.** Ahora bien, existen casos en que un cambio en la clasificación arancelaria no resulta suficiente para garantizar que el producto respectivo ha sido sometido a una transformación sustancial. Por ejemplo, cuando en el *Sistema Armonizado*, la clasificación arancelaria para las partes o insumos es la misma que para el producto final, no habrá nunca un cambio en la clasificación arancelaria, por lo cual no se podrá aplicar el criterio del cambio de clasificación arancelaria.

Además, existen innumerables productos que incorporan enorme cantidad de insumos, razón por la cual resulta imposible desde el punto de vista práctico poder controlar el cambio de clasificación de todos ellos. Y es por eso que, en dichos casos, resulta más conveniente valerse de la metodología de utilización de porcentajes *ad valorem*.

Este criterio tiene dos vertientes:

a) **la utilización de porcentajes máximos de contenido importado del producto, y;**

b) **la utilización de porcentajes mínimos de contenido doméstico (o regional) del producto, o de valor agregado mínimo.** En estos casos, se negocian porcentajes que deberá satisfacer el producto importado para que sea considerado como originario.

La metodología para determinar esos porcentajes consiste en desagregar por rubros los componentes del producto importado²¹, traduciendo cuantitativamente cada componente en forma porcentual; averiguando la nacionalidad de cada componente para realizar, por último; una sumatoria de los componentes referidos. Si los porcentajes satisfacen el porcentaje negociado, entonces al producto se le confiere origen correspondiente.

A título de ejemplo, en las negociaciones del Acuerdo de Norte América de Libre Comercio (NAFTA), la utilización de porcentajes mínimos de contenido doméstico o regional se basa en dos metodologías distintas y de libre opción por parte del exportador. Una se basa en el **Valor de Transacción del bien final**; y la otra en su **Costo Neto**.

En términos muy generales, para determinar el **porcentaje de contenido regional** simplemente hay que cuantificar las proporciones de los valores correspondientes a valor agregado regional y valor de insumos y procesos de producción extranjeros. Si el primer valor es igual o superior al mínimo que indique la regla de origen correspondiente a ese producto, entonces el mismo califica como «*originario*».

Ya sea que se utilice el método de **valor de transacción** o el **método de costo neto**, la diferencia estriba en la base de valor total del bien a la cual se le va a restar el valor de los materiales no originarios utilizados en su producción. Esa base se llama, en cada caso, costo neto y valor de transacción.

En el caso del **valor de transacción**, esa base es el valor de transacción determinado conforme a los criterios de determinación de valor estipulados en el *Código de Valoración Aduanera* aprobado a nivel de la OMC. En términos simples, ese valor es el que indique la factura comercial de compraventa del producto, procediéndose a ajustar negativa o positivamente dicho precio simplemente con el propósito de obtener un precio que refleje objetivamente una relación comercial normal.

Al igual que en materia de valoración aduanera, se aplican aquí ciertos criterios lógicos que deshabilitarían la aplicación de este método, como son las relaciones entre comprador y vendedor que puedan afectar la objetividad del precio, el hecho de que la transacción no corresponda a una venta sino a otra relación contractual no traslativa del dominio, u otra serie de elementos que puedan sesgar el precio señalado en la factura y que harían perder la objetividad en la valoración de la mercancía correspondiente.

²⁰ ALADI. Cuadernos de la ALADI N° 1. Régimen de Origen. Vide: www.aladi.org.

Al momento del despacho de la mercadería, no se acompañaron los certificados de origen y cuando se los agregó se lo hizo en forma tardía, y, en algunos casos, hasta formalmente incorrecta por ausencia de fecha y por no emanar de las entidades nacionales correspondientes.-

En el caso del **costo neto**, el cómputo es un tanto más engorroso. La base de valor, o costo neto del producto, está compuesto por su costo total, menos los costos de promoción de ventas, comercialización y de servicios posteriores a la venta, regalías, embarque y reempaque, y los costos de intereses «no admisibles» (vale decir, intereses a cargo del productor sobre sus obligaciones financieras, y que resulten superiores en diez puntos porcentuales a los intereses por obligaciones de deuda emitidas por los Gobiernos de cada Parte). De ese modo, el costo total del producto está compuesto por la suma de los costos de materiales directos de fabricación, la mano de obra directa y costos y gastos directos e indirectos de fabricación. Al costo neto, entonces, se le sustrae el valor de los materiales no originarios incorporados en el producto.

Eso sí, ya sea que se utilice uno u otro método, el valor de los materiales no originarios se determinará de conformidad con el *Código de Valoración Aduanera del GATT*.

Los inconvenientes que tiene este criterio radican en que resulta difícil negociar las listas de rubros componentes de los productos y, sobre todo, resulta problemático la verificación de los contenidos locales o importados a nivel de contabilidad y para ello, se deben practicar complejas investigaciones. Es por ello que, este criterio sea con mayor frecuencia fuente de conflictos. Por último, se prefiere la utilización de la segunda vertiente, es decir, la utilización de contenidos locales o regionales, que la primera, ya que a los efectos de la verificación del origen resulta más fácil medir la utilización de insumos de la región, que la utilización de insumos provenientes del resto del mundo.

El criterio del “valor agregado” ha sido elogiado por su simplicidad y precisión, pero sin embargo, como se ha señalado precedentemente, la variedad de métodos de cálculo que se aplican, así como la relativa flexibilidad de ciertos datos (márgenes de beneficio, cálculo de los gastos generales, fluctuación de los precios de mercado y de los cambios de moneda, etc.), pueden implicar cierta confusión y han dado lugar a ciertas y fundadas críticas.²² Ahora, los porcentajes correspondientes, varían en los acuerdos que aplican un régimen propio. Así, por ejemplo, en el MERCOSUR, los materiales no originarios no pueden exceder del 40%.

• **Proceso Productivo Específico.** Este método consiste en la elaboración y determinación de procesos específicos, que pueden, o bien conferir, o bien, excluir el origen de los productos. En otras palabras, se determinan – producto por producto – cuáles son los procesos de elaboración o fabricación que se requerirán, los que adicionalmente, deberán ejecutarse en el país aspirante del origen, para que un producto sea considerado originario de dicho territorio aduanero. O de manera inversa, se elaboran listas de procesos de fabricación o elaboración de los productos que, si son ejecutados en el país que aspira al origen, no se le concederá o atribuirá el origen referido.

Este criterio, si bien es el mejor para solucionar problemas muy específicos, es el más permeable a los “lobbys sectoriales”, y por tanto, el más susceptible a la arbitrariedad. Así, resulta extremadamente problemático y engorroso listar una gran cantidad de procesos de elaboración o fabricación para los productos que se comercializan. Además, en el caso del método negativo de exclusión del origen, resulta también muy trabajoso estipular si otros procesos de fabricación que consiguiesen utilizarse otorgan o deniegan el origen. Finalmente, las listas respectivas deben ser objeto de constante actualización que las mantengan *aggiornadas* en relación a los constantes cambios tecnológicos.

En resumen, este criterio consiste en definir las etapas u operaciones manufactureras que deben hacerse (o no hacerse) para que se otorgue origen al producto terminado. De ese modo, las operaciones oportunamente consideradas serán aquellas que confieren al producto sus características esenciales, y naturalmente diferirán para cada bien. Este criterio ofrece la ventaja de ser claro y preciso, y permite utilizar parámetros

²¹ Materias primas, mano de obra, utilidad, embalaje, envasado, transporte, seguro, derechos de exportación, flete, etc, dependiendo de si se trabaja sobre la base de precios *ex – factory*, FOB, CIF o *into – factory* (delivery) en orden ascendente.

²² Para un estudio detallado de la cuestión, *vide* al respecto: S.L. SHERMAN y H. GLASHOFF, *Customs Valuation: Commentary on the GATT Customs Valuation Code*, Washington D.C., 1988, págs. 272 y *ssgg*.

La empresa JM LTDA. se excusó arguyendo que había cometido un error (aunque luego se presentó negando la comisión de la infracción) y afirmó que pagaría las sumas abonadas en menos dado que según la preceptiva incidente de omitirse el certificado de origen MERCOSUR, debió aplicarse la tributación para mercaderías extrazona.-

adaptados a cada producto²³, resulta objetivo²⁴, y garantiza cierta coherencia, pero sin embargo, el establecimiento de criterios distintos para cada producto puede resultar ciertamente laborioso. Por otra parte, las diferencias entre los diversos modelos de cada producto, y la evolución tecnológica de que son objeto ciertos artículos, pueden añadir cierto grado de complejidad.

VII. LOS REQUISITOS ESPECÍFICOS DE ORIGEN

Los criterios preanalizados, poseen un carácter esencialmente genérico de modo tal que – en muchas ocasiones – no bastan para determinar si ciertas mercancías pueden calificar en forma adecuada como originarias. Y ello porque, o bien el nivel de desarrollo de una producción resulta demasiado sensible, o bien, el interés de un país en incentivar la utilización de tecnologías que propicien la competitividad, dificulta la determinación referida, etc.; y de ahí la necesidad de establecer, junto a los criterios de carácter general, condiciones que supongan requisitos más exigentes o más flexibles, según los casos.

Estas condiciones referidas serán aplicables a determinadas mercancías, con la finalidad de contemplar las especificidades de la industria de los países que participan de un acuerdo preferencial.

Frecuentemente los requisitos específicos de origen, resultan de una combinación de los diferentes criterios generales de calificación. Estos requisitos suelen quedar registrados en listas especiales que van incluidas como *Anexo* a los diferentes acuerdos preferenciales.

En tal sentido, el productor deberá tomar en cuenta que los requisitos específicos de origen prevalecerán sobre los criterios generales de calificación, por lo cual será necesario verificar en primer lugar si el producto que se intenta exportar tiene fijado un requisito específico, para luego recién determinar si cumple o no con alguno o algunos de los requisitos generales, y entonces sí, atribuir (o no) el origen respectivo.

VIII. FECHA DE EMISIÓN Y PLAZO DE VALIDEZ DE LOS CERTIFICADOS DE ORIGEN

En el caso del Régimen General del MERCOSUR, el certificado de origen debe ser emitido por la autoridad certificadora en la misma fecha de la factura comercial o dentro de los 60 días posteriores, siendo su validez de 180 días a partir de la fecha de su emisión.

En algunos acuerdos la situación es similar a la señalada precedentemente, pero con el límite de 10 días hábiles después del embarque definitivo de las mercancías.

En el caso de los “*acuerdos de nueva generación*”, generalmente no existe una fecha precisa para su emisión, pero el exportador debe tomar en cuenta que el importador debe tener el original del certificado de origen al momento de efectuar la declaración aduanera, siendo en ese caso la vigencia del certificado, de un año a partir de su firma por el exportador.²⁵

IX. EL TRATAMIENTO ACUMULATIVO A LOS EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DEL ORIGEN

El **tratamiento acumulativo** se puede definir como el principio en virtud del cual los insumos originarios de uno de los países de un acuerdo preferencial, que se utilizan en la elaboración de cualquier mercancía en otro Estado Miembro, son tratados como si fueran originarios del país en el cual ha tenido lugar la elaboración final de dicho producto.²⁶

²³ PELECHA ZOZAYA, F. *Hacienda Pública y Derecho Comunitario*. Tomo II. Instituto de Estudios Fiscales. Manuales de la Escuela de Hacienda Pública. Ministerio de Economía y Hacienda del Reino de España. Madrid. 1994, pág. 126.

²⁴ Sin embargo, al respecto se han suscitado fuertes críticas, a nivel de la CEE, en especial, en lo que refiere a las reglas de origen en materia de fotocopiadoras y circuitos integrados. Vide VERMULST, E. y WAER, P., “European Community Rules of Origin as Commercial Policy Instruments?”, *Journal of World Trade*, 1990, núm. 3, Nota 48, pág. 62.

²⁵ ALADI. *Cuadernos de la ALADI N° 1. Régimen de Origen*. Vide: www.aladi.org.

²⁶ *Ibidem*.

Si bien la imputada estuvo de acuerdo en la liquidación de tributos reconociendo su error no puede soslayarse el hecho de que el tenor del artículo 287 de la Ley N° 13.318, el error no enerva la responsabilidad en que incurrió el agente, despachante de aduana, (artículo 284 de la Ley N° 13.318 y artículo 11 de la Ley N° 13.395).-

En los denominados “Acuerdos de Nueva Generación”²⁷ (como por ejemplo, el NAFTA), se establece que el productor que acumule el valor regional incorporado por sus proveedores no podrá utilizar el Valor de Transacción para calcular el Valor de Contenido Regional, sino que deberá utilizar el Costo Neto. Asimismo, el productor considerará como propia la declaración de sus proveedores, haciéndose acreedor a las sanciones que en su caso se deriven.²⁸

X. LA EXPEDICIÓN DIRECTA

Para beneficiarse de los tratamientos preferenciales otorgados en los distintos acuerdos – además de ser originarias – las mercancías respectivas, que van a ser exportadas deben ser transportadas directamente desde el país exportador al país importador, de modo tal que las autoridades de aplicación en el país otorgante de la preferencia puedan verificar que los productos importados son los mismos que salieron del país exportador, no habiendo sido objeto de ninguna manipulación, sustitución o elaboración posterior, ni ingreso clandestino al torrente comercial de terceros países.²⁹

En todos los acuerdos, las disposiciones sobre expedición directa son prácticamente las mismas y se basan en los siguientes conceptos³⁰:

- El transporte se efectúa sin pasar por un tercer país.
- Si el transporte se realiza pasando por el territorio de un tercer país, ello debe estar justificado por razones geográficas (caso de Bolivia o Paraguay) o por requerimientos o necesidades del transporte.
- Las mercancías transportadas en tránsito por terceros países pueden ser almacenadas temporalmente o transbordadas, siempre que hayan permanecido bajo control de las autoridades aduaneras del país de tránsito.
- Las mercancías no deben estar destinadas, en el país de tránsito, al comercio o al uso interno, ni pueden ser sometidas a ninguna operación distinta a la carga y descarga, o el manipuleo para mantenerlas en buenas condiciones.

²⁷ A diferencia de los Acuerdos celebrados en la década de los años 80, los “Acuerdos de Nueva Generación”, que han nacido al amparo conceptual del “regionalismo abierto”, presentan – según lo ha expresado prestigiosa Doctrina (Véase: PASTORI, A. *Manual de Formación. Curso de Comercio Exterior*. Fundación Banco de Boston. 2003); las características de verdaderos acuerdos de libre comercio, a saber:

- i) Amplia cobertura de productos que alcanza el universo arancelario con un programa de desgravación lineal y automático aplicado de acuerdo con un cronograma preestablecido;
 - ii) Listas de productos que cumplen un programa de liberación diferido conforme a la sensibilidad de las economías de sus signatarios. En general contienen reducidas listas de productos que se mantienen al margen del programa de liberación establecido;
 - iii) Compromisos de armonización de políticas macroeconómicas, fundamentalmente de aquellas vinculadas a los flujos de comercio;
 - iv) Eliminación total de las restricciones no arancelarias que se hubieran declarado a texto expreso (únicas aplicables transitoriamente). En términos generales se establece la eliminación total de restricciones no arancelarias;
 - v) Normas de origen y mecanismos de salvaguardia regulados por una normativa común. Se establecen normas específicas en cada una de dichas materias, que garantizan la transferencia de su aplicación entre las Partes, evitando situaciones discriminatorias entre las mismas;
 - vi) Normas específicas para la solución de las diferencias que puedan suscitarse en la aplicación de cualquiera de los Instrumentos del Acuerdo;
 - vii) Liberalización del comercio de servicios o, en su defecto, disposición expresa de proceder a su liberación mediante negociaciones;
 - viii) Normas para promover y proteger las inversiones recíprocas;
 - ix) Adopción de compromisos para facilitar la Integración física de las Partes, sea a través de las vías de comunicación u otros medios de prestación de servicios, y;
- Disposiciones en materia de intercambio y cooperación en distintas áreas (energética, informática, telecomunicaciones, entre otras).

²⁸ ALADI. *Cuadernos de la ALADI N° 1. Régimen de Origen*. Véase: www.aladi.org.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

Por demás no se trata de una mera irregularidad sino de una irregularidad de relevancia sobre la percepción de tributos en beneficio del administrado y en perjuicio del órgano recaudador.-

No interesa que en la documentación agregada al momento del despacho, estuvieran los datos que habilitan a gozar de los beneficios correspondientes porque no se agregó ni

XI. DECLARACIÓN, CERTIFICACIÓN Y COMPROBACIÓN DEL ORIGEN

En estos aspectos las normas de origen aplicadas, al nivel de cualquier Acuerdo Preferencial, presentan marcadas diferencias, pero resultan indispensables.

Existen dos sistemas de certificación del origen: por un lado, el que se utiliza en varios de los “*acuerdos de nueva generación*”, que consiste básicamente en la “*autocertificación*” por parte del exportador o proveedor del producto el que – declaración jurada mediante – se responsabiliza de manera directa por el contenido y formalidad del certificado de origen correspondiente; y por otro lado, el sistema de la certificación mediante una entidad estatal o una “*entidad delegada*”.

A título de ejemplo, tanto en la Resolución 78 de la ALADI como en el Régimen General de Origen del MERCOSUR se establece como principio general la obligación de acompañar los documentos de exportación con una *declaración* que acredite el cumplimiento de los requisitos de origen que corresponden de acuerdo con su calificación, y el origen debe estar certificado por una «*Autoridad Gubernamental*», habilitada a tal efecto por el país Miembro exportador, o por una “*entidad gremial*” que actúa «*bajo la supervisión y vigilancia*» de la “*Autoridad Gubernamental*” respectiva³¹ (en el caso de nuestro país, por ejemplo, la Cámara de Industrias o la Cámara Nacional de Comercio, entre otras).

Lo mismo acontece con las previsiones adoptadas en torno a la «*emisión de los certificados de origen*» y al régimen de «*sanciones*».

XII. LOS CERTIFICADOS DE ORIGEN

La Declaración que acredita el cumplimiento de los requisitos de origen que corresponden conforme a la calificación de los productos negociados, debe ser registrada en «*el formulario tipo*” adoptado por cada Acuerdo Preferencial, al respecto.

Así, por ejemplo, El MERCOSUR ha adoptado un formulario, en el que se deben identificar con precisión los datos correspondientes al exportador, al importador, al puerto o lugar de embarque de la mercadería, al medio de transporte, al peso neto de la mercadería, su valor FOB en dólares, etcétera, en los diferentes “*campos*” del certificado respectivo.

XIII. LA NORMATIVA MERCOSUR EN MATERIA DE ORIGEN

El Tratado de Asunción de 1991 que dio nacimiento al MERCOSUR, se formalizó como un Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica (AAPCE N° 18), suscrito en el marco de la ALADI.

Luego, el Octavo Protocolo Adicional del Acuerdo estableció “*El Reglamento de Origen del MERCOSUR*”, y actualizó las normas de origen establecidas en el Acuerdo.

Más adelante, el Consejo Mercado Común (CMC) y la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM), adoptaron – respectivamente – la Decisión N° 6/94 del CMC y la Directiva N° 12/96 de la CCM, oportunamente modificada por la Directiva N° 4/2000 de la CCM.

Asimismo, conforme lo define el Octavo Protocolo Adicional del AAPCE N° 18, el *certificado de origen* es el documento que permite acreditar el origen de las mercaderías entre los distintos Estados Partes, por lo cual, constituye un medio de prueba que permite a los Estados Miembros aplicar las preferencias arancelarias negociadas.

En el marco del AAPCE N° 18, la Directiva N° 12/96 de la CCM, en su *Anexo I*, estableció el “*Instructivo para el control de los certificados de origen*”, habiendo sido – como ya se anotara – actualizada por la Direc-

³¹ ALADI. Cuadernos de la ALADI N° 1. Régimen de Origen. Vide: www.aladi.org.

tempestivamente ni cumpliendo con la preceptiva de aplicación en el caso, el certificado de origen, lo que conlleva la aplicación de la sanción consiguiente.-

Según el Decreto 513/96 (que pone en vigencia en el país – arts. 38, 40, 42 del Protocolo de Ouro Preto – la Decisión 5/96 del Consejo del Mercado Común sobre Productos Sujetos al Régimen de origen del MERCOSUR) el Estado uruguayo necesariamente debe exigir certi-

tiva N° 4/2000 de la CCM, y finalmente recogido en el *Trigésimonoveno Protocolo Adicional al AAPCE N° 18*, que incorporó a dicho Acuerdo los Instructivos para *“el control de los certificados de origen por parte de las Administraciones Aduaneras”* y para *“las Entidades Habilitadas para la Emisión de Certificados de Origen”*, así como *Notas Aclaratorias* que figuran como *Anexos I, II y III* respectivamente, del *Protocolo* antedicho, y por tanto forman parte del mismo.

Ulteriormente, diversas normas comunitarias han contemplado situaciones especiales con relación al tema del origen, pero lo esencial en relación al punto analizado, se encuentra recogido en las disposiciones precitadas.

XIV. LOS ERRORES FORMALES EN LOS CERTIFICADOS DE ORIGEN. UN PROBLEMA ARTIFICIAL GENERADO POR LA ADMINISTRACIÓN ADUANERA

En la confección de los certificados de origen, huelga decirlo, pueden cometerse errores que cuestionen el contenido del mismo. El Régimen General de Origen del MERCOSUR, al igual que la totalidad de los regímenes comunitarios que regulan la situación en el marco de un acuerdo preferencial,

El tema mencionado posee una enorme trascendencia práctica, ya que – a simple título de ejemplo – una mercadería negociada en el AAPCE N° 18 que cumpla con los requisitos de origen del MERCOSUR en caso de considerarse que el error cometido en el certificado (o incluso ante la inexistencia del mismo), deberá pagar el arancel externo común y quedar sometido a una sanción. Si bien resulta discutible la posibilidad de imponer una sanción en aquellos casos en los cuales el certificado de origen no se encuentre vigente (aún cuando se pueda probar que la mercadería es originaria de un Estado Parte del MERCOSUR, porque cumple con los requisitos debidos); no parece razonable ni adecuado a Derecho que se pretenda desconocer el mismo, ante la existencia de lo que se ha dado en llamar *“errores formales”*, y que el propio Reglamento de Origen define como *“aquellos errores que no modifican la calificación del origen de la mercadería”*.

Por tanto, el punto de análisis pasará por determinar qué tipo de error *“modifica la calificación del origen de la mercadería”*. Y en nuestra opinión, únicamente la falsedad de la información aportada a la *“entidad certificante”*, podrá generar una pérdida de la preferencia acordada por la consiguiente *“caída del certificado”*, cuyo contenido habrá sido falseado o adulterado. Por el contrario, **cualquier error que no implique falsificar o desnaturalizar la información aportada, esto es, cualquier error que se vincule a la elaboración del certificado de origen correspondiente, deberá ser considerado como un “error formal” y por tanto, susceptible de ser saneado mediante una Nota de Rectificación**, tal y como prevé el propio Reglamento de Origen del MERCOSUR.

No solo la normativa vigente y la jurisprudencia nacional y regional (tal como se verá *a posteriori*), se han pronunciado en el sentido postulado, sino que, el estricto sentido común indica que **no puede castigarse con la pérdida de una preferencia arancelaria y la imposición de una sanción, un error que no sea el correlato inmediato de una maniobra, ardid o procedimiento doloso que apunte a obtener de manera espúrea e irregular una ventaja arancelaria o tributaria.**

Este mismo criterio, es el recogido por la doctrina de la UNIÓN EUROPEA que – para situaciones análogas a la mencionada – se ha pronunciado categóricamente, afirmando lo siguiente: *“el que en un certificado de origen figure una incorrecta clasificación arancelaria de la mercancía a la que se refiere, no invalida el certificado como tal, ya que el objeto del mismo es acreditar que la mercancía a que se refiere... es originaria de un determinado país, y no acertar con la correcta clasificación arancelaria de la misma, aunque por supuesto, ello sea deseable. Resulta, por tanto, absolutamente impropio la práctica – basada, en el mejor de los casos, en criterios de actuación administrativa que, como es lógico, no son fuente de Derecho – de*

³² LABANDERA, P. “Los errores formales en los certificados de origen. Un problema artificial generado por la Administración Aduanera”, en *Revista Comercio Exterior – Setiembre 2003 – N° 20*, págs. 44/45.

ficado de origen a las importaciones de bienes provenientes de países del MERCOSUR, documento que, de no presentarse, determina que la importación deba pagar el Arancel Externo Común y no el pactado para países intrazona.-

De esta manera esta norma implica, para los importadores la carga de presentar el certificado de origen si desean que las mercaderías despachadas puedan acogerse a los beneficios

*determinadas administraciones que rechazan aquellos certificados de origen en los que no figura la correcta clasificación arancelaria de las mercancías a que se refieren”.*³³

En similar sentido, cabe recordar pronunciamientos de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, que tanto en los casos de certificados emitidos con descripción vaga o genérica de la mercadería, y por tanto, cuestionados por alguna autoridad aduanera; como en los casos de certificados emitidos con un error en la invocación de las normas de origen o del Acuerdo, ha sentado jurisprudencia constante, zanjando la cuestión, y disponiendo que tales errores, eran errores formales que no podía obstar el otorgamiento del beneficio arancelario pretendido por los Estados Signatarios.

Así lo sostuvo, entre otros pronunciamientos, en el fallo “Mercedes Benz Arg. S.A. (TF 8010-A)”, de 21 de diciembre de 1999, y lo ratificó en el fallo dictado en los Autos “Mercedes Benz Arg. (TF 8011-A)” del mismo 21 de diciembre de 1999, y luego en Autos “Autolatina Arg. S.A. (TF 8386-A)” del 2 de agosto de 2000. En este último pronunciamiento la CORTE ARGENTINA confirmó el decisorio de fecha 7 de septiembre de 1998 de la Cámara en lo Contencioso Administrativo, Sala V, que había manifestado lo siguiente: “En definitiva del análisis de las probanzas obrantes en autos surge la coincidencia entre los documentos en cuestión (obviamente dejando de lado los errores materiales que la sentencia del Tribunal Fiscal admite...); por lo que mal puede entenderse que la mercadería importada no se encuentra amparada por la documentación obrante en estas actuaciones (considerando V del fallo)”.

También algunos de nuestros Tribunales de Apelaciones en lo Civil, se han expedido en igual línea conceptual.³⁴

¿Por qué afirmamos que no puede castigarse con la pérdida de una preferencia arancelaria y la imposición de una sanción, un error que no sea el correlato inmediato de una maniobra, ardid o procedimiento doloso ?, fundamentalmente por tres razones, a saber:

- **La finalidad perseguida por los Estados Partes al momento de constituir el Acuerdo Preferencial Comercial respectivo.** Resulta un hecho notorio que el MERCOSUR constituye la culminación de un proceso de toma común de conciencia entre las Naciones de la región, cuyo fin primordial es la integración y la complementación de sus sectores productivos. Y dicha integración “horizontal”, necesariamente se da – en muchos casos – aprovechando los avances tecnológicos de extra zona, (partes o piezas) para agregarle mano de obra (y algún insumo) regional, de manera tal que, se alcance un mayor grado de competitividad en el mercado internacional. Es claro que, ningún acuerdo comercial entre países de menor desarrollo económico relativo, “castiga”, “traba” o “impide, de manera directa o indirecta”, la creación o fabricación complementaria de bienes de capital con productos de extra zona. Lo contrario sería resignarse a utilizar maquinaria vetusta, de bajo rendimiento y por tanto, sin posibilidad alguna de generar mayor competitividad. Lógicamente, tal finalidad no puede ser un “cheque en blanco” para incumplir la normativa vigente, pero tampoco dicha normativa puede ser interpretada “a contra natura” de su expresa finalidad, ya que la integración y complementación productiva premencionadas, constituyen una clara definición de la política legislativa y por ello, el ordenamiento jurídico interno no puede contradecir, dificultar u omitir en su implementación.

- **La duda existente debe amparar al Administrado, como corolario del principio jurídico “in dubio pro administrado”.** En la especie analizada, no debemos olvidar dos cosas: en primer lugar, que el certificado de origen es meramente instrumental, siendo un medio de prueba que facilita la tarea de imputar la mercadería al arancel especial al cual ampara, pero no tiene carácter sacramental, ya que de otra forma, y ante cualquier anomalía que el certificado presente, se debería desechar el mismo, desvirtuándose en la práctica mediante exigencias meramente formales, los acuerdos en los cuales nuestro país se encuentra in-

³³ PELECHÁ ZOZAYA, F. *El origen de las mercancías en el régimen aduanero de la Unión Europea*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1999, pág. 66.

³⁴ Ver al respecto: Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno, sentencia N° 249/2003 de 3 de septiembre de 2003. Ministro Redactor: Dr. Eduardo Vázquez (*inédita*).

del MERCOSUR en las situaciones previstas en el listado (Conf. González Berro en Revista de Comercio Exterior y Aduana N° 5, 1998, pág. 43 y ss.) y en aquellas otras en que también la Dirección Nacional de Aduanas puede exigir certificado de origen para otorgar beneficios del MERCOSUR.-

serto. Así, con enorme lucidez, ha expresado la *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III*, de la República Argentina, en los Autos "*Café la Virginia S.A.*", de fecha 5 de febrero de 1997 que, "*el haberse deslizado un error al indicar la posición arancelaria, no aparece con entidad suficiente como para obstar a la procedencia de la exención de los tributos aduaneros, dado que el certificado de origen se refiere concretamente a la mercadería importada y no fue cuestionada por el organismo fiscal que reuniera todos los demás requisitos que exigen las normas que regulan el régimen correspondiente*". Y en segundo lugar, que, tal como han sostenido también de manera invariable nuestra doctrina especializada y nuestra jurisprudencia, en caso de duda respecto de la supuesta comisión de alguna infracción aduanera, corresponde la absolución del denunciado, esto es, en materia contencioso aduanera, la duda favorece al denunciado.³⁵

• **La presunta responsabilidad que se intenta atribuir en los casos de error que no provengan de una maniobra dolosa, no puede ser analizada de manera rígida.** Recuerda la doctrina que a los efectos de determinar el actuar de un agente "*no basta con la mera creencia, librada a la subjetividad del agente para la existencia de la buena fe, sino que es preciso que el agente ponga la diligencia necesaria para alcanzar – aún cuando no lo consiga – un exacto conocimiento de las cosas que patentice en el resultado negativo para conocer lo verdadero, un esfuerzo inoperante dentro de lo normal. Por ello, y aquí es donde se pone de relieve que debemos evadirnos del mundo subjetivo y de todo fundamento psicológico – es necesario un módulo para acreditar si la diligencia y el esfuerzo de la gente para interiorizarse del verdadero estado de las cosas es el que debe exigirse normalmente al caer en la valoración de las circunstancias, debemos recurrir a la conciencia objetiva que se exterioriza en un tipo o medida – para lo usual y no lo extraordinario – como puede ser la conducta de un buen padre de familia o de hombre medio*".³⁶ Y en línea similar, ya sostenía el tratadista ARIOSTO GONZÁLEZ que, en materia aduanera y en nuestra legislación no existe responsabilidad toda vez que "*el tercero demuestre plenamente su calidad de extraño al acto fraudulento*".³⁷ Si bien es cierto que en materia de contencioso aduanero, la normativa correspondiente (que data de hace casi 30 años), consagra una hipótesis de responsabilidad objetiva, dicho concepto ha ido siendo desalojado con el paso del tiempo por prestigiosa doctrina y jurisprudencia nacional, la cual ha comenzado a edificar el concepto de "*benignidad*", o por lo menos de "*flexibilidad*" o "*liberalidad*", para situaciones análogas a la analizada en que la actuación (incluso dolosa) de un tercero, completamente ajena al perjudicado, y toda vez que este último, sin apartarse de la legislación vigente, haya cumplido a cabalidad con los requisitos que el sentido común encomienda, no da lugar a la imputación de una infracción aduanera. Así, se ha dado una atenuación – cada vez más nítida, de nuestra jurisprudencia – del principio de responsabilidad objetiva consagrado en el artículo 287 de la Ley N° 13.318.³⁸ En esta misma línea, prestigiosa doctrina ha sostenido que "*el artículo 287 no descarta la relevancia del elemento subjetivo de la infracción, sino que incrimina la infracción aduanera en todos los grados de culpabilidad; esto es, el principio rector en materia aduanera es las infracciones se castigan siempre a simple título de culpa. El elemento subjetivo por ende, sigue siendo relevante, ya que el sujeto pasivo podrá exonerarse de responsabilidad si demuestra haber actuado con toda la diligencia exigida jurídicamente en el caso*".³⁹ Por ello, lo expresado precedentemente, en casos como el que se analiza, donde no puede probarse fehacientemente la existencia de una maniobra o procedimiento doloso destinado a perjudicar la renta fiscal, no corresponde imputar responsabilidad alguna al solicitante de la operación, ya que el mismo cumplió a cabalidad con todos los requisitos exigidos y manejando la

³⁵ FARACCHIO, J.P. *Tratado de Derecho Aduanero y Portuario, Tomo II*, págs. 842, 847 y 848 Ed. Amalio Fernández; y *Revista La Justicia Uruguaya*, casos N° 9641, 10.466, 11.842, entre otros.

³⁶ BORGA, O. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo II. Buenos Aires. 1984, pág. 409.

³⁷ GONZÁLEZ, A. *Tratado de Derecho Aduanero Uruguayo*, T. II, Montevideo. 1964, pág. 300.

³⁸ *Revista La Justicia Uruguaya*, casos N° 6750, 8470, 9776, 9641, 9808, 9917, 10.483, 11.842, entre otros.

³⁹ FERRARI, R. "La responsabilidad prevista en el art. 287 de la Ley N° 13.318 (Régimen represivo aduanero), ¿es objetiva?", en *Revista de Comercio Exterior y Aduana*, N° 3/1997. F.C.U. 1997, pág. 72.

Ante la ausencia de presentación tempestiva y formalmente correcta de los certificados de origen, no cabe sino la aplicación de la imposición del Arancel extrazona por lo que la solución de primera instancia será ratificada en el grado.-

Por tales fundamentos, normas citadas y concordantes el Tribunal

información existente, y el error, aún cuando se verifique, no modifica la calidad de originario del producto correspondiente.

15. TIPIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES VINCULADAS AL ORIGEN DE LA MERCADERÍA

Reza la Ley N° 13.318, norma “madre” en materia de represivo y contencioso aduanero, en su artículo 246, lo siguiente:

“Art. 246. Se considera que existe diferencia cuando se comprueba, al hacerse las verificaciones del caso, que si se hubiesen seguido las declaraciones, datos o indicaciones del solicitante, el Fisco se habría perjudicado en la percepción de la renta encontrándose mercaderías o efectos en los siguientes casos:

1°. Operaciones de importación o despacho:

A) de especie, origen o procedencia diversos...”,

Esto es, ontológicamente, toda irregularidad aduanera en materia de origen (vinculada al certificado, a la calificación, etc.), constituye una “Diferencia” que se castiga, según lo expresa el artículo 247 de la misma ley “madre”, con una multa equivalente al “monto de los tributos en que se habría perjudicado el Fisco por la infracción”.

Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria ha venido sosteniendo desde hace varios años que, en casos como el analizado, si la detección de la infracción respectiva se realiza en un *control a posteriori* del despacho de importación respectivo, dicha situación se tipifica como una “Defraudación”, infracción prevista por el artículo 251 de la Ley “madre”⁴⁰, y se sanciona con una multa “igual al doble del importe de los gravámenes adeudados, siendo éstos, también, de cargo del infractor”⁴¹, es decir, exactamente el doble que para el caso de la “Diferencia”.⁴²

Según se expresará a continuación, no se cuestiona el procedimiento del *control a posteriori*, sino que por el contrario, entendemos que aquella irregularidad que constituía una “Diferencia” hasta el momento del desaduanamiento de la mercadería, no puede “transformarse” en una “Defraudación” por el simple hecho del acto administrativo de autorización que implica dicho desaduanamiento, y menos aún, teniendo en cuenta que la tipificación en este último caso, es más gravosa (exactamente el doble) para el administrado.

¿Por qué?, por lo que se fundamentará a continuación.

Ni en el Código Aduanero ni en la normativa aduanera correspondiente, existe un tratamiento autónomo del procedimiento de Inspección, aunque diversos artículos de estos cuerpos normativos, sí refieren al derecho de la Administración Aduanera a comprobar lo declarado por el interesado e, incluso, como veremos, dejan la puerta abierta a que dicha Administración durante un plazo determinado, descubra lo no declarado y practique la liquidación de los derechos correspondientes, distinta de la que se deriva de los datos oportunamente consignados en la declaración original del interesado.⁴³

En tal sentido cabe recordar que, en principio, los resultados de la declaración mencionada servirán de base para la aplicación de las disposiciones que regulan el régimen aduanero en que se incluyan las mercaderías declaradas así como la tributación debida, de modo tal que, cuando de dicha comprobación no se deduzcan datos distintos de los consignados en la declaración, no existirá ningún tipo de problema.

Pero por el contrario, toda vez que los mismos no coincidan, estaremos en presencia de una potencial infracción aduanera.

⁴⁰ “Art. 251. Se considera que existe defraudación en toda operación, manejo, acción u omisión, realizada con la colaboración de empleados o sin ella, que, desconociendo las leyes, reglamentos o decretos, se traduzca o pudiera traducirse, si pasase inadvertida en una pérdida de renta fiscal o en aumento de responsabilidad para el Fisco, y siempre que el hecho no esté comprendido en las prescripciones de los artículos 246 y 253”.

⁴¹ Artículo 252 de la Ley N° 13.318 de 28 de diciembre de 1964.

⁴² Ver en dicho sentido: LABANDERA IPATA, P. *Derecho Aduanero y Comercio Exterior. Normativa Vigente. Anotada y Concordada*. FCU. Montevideo. 1995.

⁴³ A tales efectos, *vide in extenso*. LABANDERA, P. “El control a posteriori en materia aduanera. ¿Sensatez administrativa o discrecionalidad desmedida?”, en *Revista de Comercio Exterior y Aduana*, N° 6/2000, Sección Doctrina. FCU. 2000, págs. 53/71.

FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA CON COSTAS Y COSTOS DE PRECEPTO CARGO DEL RECURRENTE.-

Así, puede afirmarse que existen **tres formas o niveles de comprobación y/o inspección**, a saber:

1. El **control físico** de las mercaderías declaradas, con el objeto de deducir del mismo, en su caso, si los datos oportunamente consignados en la declaración son falsos, en todo o en parte, de cara al control físico efectuado de dichas mercaderías referidas en la declaración correspondiente.

2. El **control documental** de los datos declarados por el interesado en su propia declaración, con la finalidad de advertir, en su caso, las posibles contradicciones que puedan surgir de los datos consignados en la declaración o de la documentación anexa a la misma. A dichos efectos conviene recordar que el artículo 63 del Código Aduanero estatuye que la declaración correspondiente debe ser, "*correcta, completa y exacta*".

3. El **control a posteriori** de los datos declarados, esto es, el control o inspección de los mismos una vez que la mercadería considerada ha sido desaduanada, pero permanece vigente el plazo de prescripción contemplado en la normativa vigente.

Durante mucho tiempo, el examen físico de las mercaderías presentadas a despacho de importación (o de exportación, en su caso), era prácticamente el único procedimiento de inspección en el ámbito aduanero.

En sistemas tributarios donde el peso de los derechos de aduana resulta trascendente en el estado de ingresos del presupuesto público, y además se cuenta con un volumen relativamente pequeño de comercio exterior, resulta aconsejable y posible, el control físico de todas las mercaderías a las que se refieren las declaraciones presentadas ante la Dirección Nacional de Aduanas.

Pero, actualmente, y esto es una constante a nivel de la mayoría de los países, no se dan las circunstancias que en otros momentos aconsejaron la práctica de inspecciones físicas de todas las mercaderías presentadas a despacho, razón por la cual se ha generalizado el control selectivo y el *control a posteriori*.

Ahora bien, el *control a posteriori* debe ser concebido como una comprobación que se fundamenta en el análisis de la documentación comercial o de otro tipo, referida a la importación considerada, o a otra operación posterior con las mismas mercancías, ya sea que la documentación esté en poder del declarante o en poder de otra persona, sin excluir – además – la posibilidad de que tal comprobación se pueda basar, al menos en parte, en la inspección física de la mercancía a que se refiere la declaración objeto de la revisión.

En tal sentido, en la medida en que esta declaración objeto de revisión se vincula con mercaderías a las que ya se les ha concedido el desaduanamiento correspondiente, lo normal será que, cuando el *control a posteriori* se lleva a cabo, dichas mercaderías se hayan enajenado o consumido. De ahí que, el *control a posteriori* que se realice a dichos efectos, sea un control basado en el análisis de los documentos referidos a la operación aduanera correspondiente.

Aunque, también resulta posible que, eventualmente, la mercancía a que se refiere la declaración que está siendo objeto de *control a posteriori* esté localizada o localizable cuando dicha inspección de control se lleve a cabo.

En este caso, el control respectivo podrá basarse – al menos en parte – en el reconocimiento físico de las mercaderías correspondientes.

Y el acceso preceptivo a dicha documentación reposa en una serie de fundamentos de corte jurídico, a cuya lectura y análisis nos remitimos a nuestro trabajo ya citado.⁴⁴

Por tanto, según resulta claro de lo expresado precedentemente, la tradicional actividad inspectora de la Administración Aduanera no puede centrarse únicamente en el reconocimiento físico de la mercadería a que una declaración se refiere, deduciéndose de tal reconocimiento si los datos consignados por el interesado en la declaración respectiva eran los adecuados o no, practicándose en el segundo caso, la liquidación complementaria correspondiente.

Es por ello que, al reconocimiento físico de las mercancías debe adicionarse la comprobación o inspección *a posteriori* de las declaraciones mencionadas, y **ese control a posteriori siempre es documental y no físico**.

Pero, en ambas situaciones, **resulta necesario compaginar los intereses de la Administración con la de los operadores económicos afectados**, para quienes la posibilidad de recaudación *a posteriori* significa en

⁴⁴ LABANDERA, P. "El control a posteriori...".

OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE A LA SEDE A – QUO.-

Dra. Beatriz Fiorentino
Ministro

definitiva un cierto grado de inseguridad, al no conocer de manera firme el importe de los derechos que les corresponde abonar.

Por ello, es preciso **limitar en el tiempo la posibilidad de efectuar una recaudación a posteriori, dando de esta forma al deudor la seguridad de que, terminado dicho plazo (5 años, en nuestro ordenamiento jurídico), la liquidación se convierte en definitiva.**⁴⁵

Así pues, el principio de la tributación *a posteriori* estriba en que, cuando la DNA comprueba que la totalidad o parte de los derechos a la importación que son legalmente imputables a la mercadería no ha sido exigida al deudor, puede iniciarse una acción para la recaudación *a posteriori* de los mismos.

Por ello, al implantarse y admitirse como instrumento válido desde el punto de vista jurídico el *control a posteriori* por parte de la DNA, **se debe tomar a la «verificación» como comprensiva de la verificación física y la documental; y se la debe extender – indirectamente, pero solamente – hasta el momento en que se produce la prescripción de la obligación tributaria correspondiente.**⁴⁶

Dicha interpretación, no solo lógico - sistemática sino también teleológica de la normativa vigente, en nuestra opinión, no vulnera norma legal expresa alguna, y por ello opera como sustento jurídico del mecanismo de fiscalización preanalizado, pero también consagra un mandato jurídico muy claro, la tipificación respectiva que se haga de dicha irregularidad no puede variar la esencia de la infracción.

Por tanto, si antes del desaduanamiento respectivo dicha irregularidad debió haber sido tipificada como una “Diferencia”, el mero transcurso del tiempo – más aún cuando el eventual momento de la fiscalización depende únicamente de la Administración Aduanera – no puede hacer “mutar” la figura infraccional de “Diferencia” en “Defraudación”, generando para el administrado una responsabilidad tributaria equivalente al doble de lo que hubiera correspondido en el primer caso. No existe norma vigente alguna que permita o siquiera sugiera dicha transformación, y en la medida en que esa “*metamorfosis infraccional*” ocasiona un gravamen mayor para el administrado, la misma no puede ser aceptada.

16. CONCLUSIONES

- La *Directiva N° 4/2000 de la Comisión de Comercio del MERCOSUR*, internalizada en nuestro país, mediante un procedimiento de dudosa legalidad⁴⁷, por la *Orden del Día de la DNA N° 14/2000*, impone determinadas pautas para la elaboración, emisión y control de los Certificados de Origen que amparen mercancías provenientes de los países miembros del MERCOSUR.

- La normativa comunitaria otorga en forma expresa la posibilidad de subsanar los “*errores formales*” que padeciera el certificado. Dicha “*válvula de escape*”, no hace más que recoger los aspectos teleológicos del Acuerdo comercial suscrito entre los países. Y ello porque, si no se permitiese la corrección respectiva en los casos de errores como el analizado, cualquier error que sufriera el certificado al momento de su confección, lo tornaría inválido, y privaría al importador del régimen preferencial del que gozaba la mercadería, vulnerando el espíritu de los legisladores comunitarios al momento de consagrar determinadas preferencias económico – aduaneras.

- Es por ello que la norma correspondiente, apunta definitivamente a determinar que **lo relevante es la identidad, esto es, que la mercadería importada se trate de la misma que se quiere beneficiar en los acuerdos celebrados entre los Estados Partes del mismo**, y que en caso de detectarse “*errores formales*”, no se deseché la aplicabilidad del certificado de origen, permitiéndose su perfeccionamiento.

- Ahora, **¿quién es la autoridad encargada de analizar, primero; y determinar/certificar, después si una mercadería cumple con los requisitos de origen oportunamente negociados?**: aquella en quien los propios

⁴⁵ LABANDERA, P. “La Prescripción en el Derecho Aduanero”; en *Revista de Comercio Exterior y Aduana N° 3/1997*. FCU. 1997.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Vide en dicho sentido: LABANDERA, P. Naturaleza jurídica de las Órdenes del Día de la Dirección Nacional de Aduanas. Consecuencias respecto de los administrados”, en *Revista de Comercio Exterior y Aduana – 7/2003*, Sección Doctrina. FCU. 2003, págs. 9/14.

Dr. Luis María Simón
Ministro

Dra. Sandra Presa
Ministro

signatarios, delegaron dicha facultad, es decir, las Entidades Certificantes correspondientes, y no el funcionario aduanero de turno o incluso el Magistrado actuante en un proceso jurisdiccional aduanero. Y dicha certificación se puede hacer directamente (al momento de emitir el certificado), o con posterioridad (en caso de corregir un error oportunamente cometido, mediante el procedimiento ya previsto, esto es, a través de una "Nota de rectificación", tal y como lo contempla a texto expreso el propio Reglamento de Origen del MERCOSUR). Pretender desconocer el mecanismo implementado por los Estados Signatarios, es desconocer la normativa comunitaria, y – además – desvirtuar la finalidad económico – política del MERCOSUR.

• En tal sentido, con una gran sutileza se ha expresado sobre el tema que nos ocupa, lo siguiente: *"Resultado inaceptable que se deseche un certificado de origen por el sólo hecho de que el mismo presente deficiencias de orden estrictamente formal, pues ello importaría la aplicación de un excesivo rigorismo formal contrario a la voluntad de las Altas Partes contratantes en la negociación de la ALALC y permitiría al Organismo recaudador desvirtuar en la práctica mediante exigencias meramente formales la finalidad con que fue instituida la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, que consiste, entre otras, en obtener la expansión del intercambio y complementación económica en esta parte del continente, tendiendo en definitiva, al fomento del desarrollo económico de los países signantes del tratado"*.⁴⁸ En el mismo sentido, sentencias del 15 de diciembre de 1982 *in re "Kodak Argentina S.A.I.C."* del 16 de mayo de 1986; *"Café La Virginia"* de 11 de marzo de 1986; y *"Pasa Petroquímica"*, de 23 de abril de 1995, en las que se expresaba, lo siguiente: *"Que la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio tenía como finalidad – como lo sigue teniendo en la actualidad la A.L.A.D.I. – la integración económica de esta parte del continente, incrementando su comercio con la consiguiente complementación de sus industrias. De tal manera resulta ajustado sostener que no se adecua a ello la exigencia rigorista de formalidades que sólo tienden a obstruir esa relación comercial, generando reacciones que pueden dificultar la prosecución de los objetivos"*.⁴⁹

• Así, para el caso de que exista error vinculado al origen de la mercadería (el certificado, la calificación, etc.), la única manera de que el mismo resulte castigable, es que se pruebe por parte de las Autoridad Aduanera correspondiente, que dicho error es la razón de ser de una maniobra fraudulenta destinada a perjudicar la Renta Fiscal aduanera. **En caso contrario, el mismo deberá ser catalogado como un "error formal" y por tanto, excluido de toda sanción; ya que, salvo que obren presunciones legales o de hecho, que no es el caso vinculado al origen de las mercaderías, la carga de la prueba en materia aduanera recae sobre el Estado** (*Revista Uruguaya de Derecho Procesal – R.U.D.P.*, 1990, caso 365; *R.U.D.P.*, 1991, caso 465; *R.U.D.P.*, 3 - 4, 1998, caso 495; Sentencias del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno N° 12/89, 294/89 y 126/97).

• De igual modo, conviene recordar una vez más en éste capítulo de conclusiones que, nuestra jurisprudencia, más allá de la responsabilidad objetiva consagrada en el artículo 287 de la Ley N° 13.318, ha comenzado a edificar el concepto de "benignidad" para situaciones análogas a la analizada en que, un error de un tercero, ajeno a los operadores actuantes, **no da lugar a la imputación de una infracción aduanera.**

• Y en esta misma línea, prestigiosa doctrina – más allá de la mencionada anteriormente – ha sostenido, analizando el "non nato" Código Aduanero del MERCOSUR (CAM) que: *"el CAM en su artículo 165.7 reitera la censurable política que en materia punitiva ha predominado en la región, consistente en la imputación objetiva de todas las infracciones aduaneras. Este apartamiento de los principios del Derecho liberal, se acentúa cuando en el N° 1 del mismo artículo precitado se abandona el principio de la responsabilidad personal en la infracción (no en la sanción, adviértase bien) al disponerse que siempre es responsable de las mismas el remitente, consignatario o persona con derecho a disponer de las mercaderías, sujetos que pueden ser totalmente ajenos a los hechos que configuran el ilícito. Si la responsabilidad de que se trata fuera en las sanciones, el régimen resultaría severo, pero respetuoso de los principios generales del Derecho punitivo"*.⁵⁰

⁴⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la República Argentina – Sala I, causa 5740-A.

⁴⁹ Sala IV *in re "Fate S.A.I.C. s/apelación – Adm. Nac. de Aduanas"*, sentencia del 12 de marzo de 1996.

⁵⁰ BORDOLLI, J. C. "Sistema Infraccional del Código Aduanero del MERCOSUR", en *Revista de Comercio Exterior y Aduana*, N° 2/1996, Sección Doctrina, págs. 34/35.

• Y la crítica formulada, lo es no solamente con fundamentos jurídicos, sino también con una base económica. Ha dicho al respecto la Dra. ADDY MAZZ estudiando el tema objeto del presente análisis que *“en la actualidad no existe fundamento alguno que justifique que las infracciones aduaneras se rijan por la objetividad, principio que se aparta de los que rigen el Derecho Penal. Todos los argumentos que se manejaban a favor de esa postura, y que tenían relación con la trascendencia de los tributos aduaneros para la economía del país, son inoperantes en la actualidad. Los impuestos internos, y entre ellos los indirectos, son los que aportan la mayor parte de los ingresos al país y si las infracciones a éstos se rigen por la culpabilidad, no se justifica la inaplicación de esas normas generales a los impuestos aduaneros”*.⁵¹

• Y de igual modo, esto es, censurando energicamente el régimen de responsabilidad objetiva en materia aduanera, se ha pronunciado numerosa doctrina.⁵²

• Pero también, como ya se mencionó, importante jurisprudencia ha acompañado la postura doctrinaria premencionada, consagrando lo que se ha dado en llamar los principios de *“benignidad”* e *“in dubio pro reo”*.

• Por ello, en numerosos fallos judiciales, tanto a nivel de primera, segunda instancia e incluso de la Suprema Corte de Justicia cuando le ha tocado relevar los recursos de casación oportunamente planteados, se ha hecho caudal de los dos *“principios”* o *“criterios”* predichos, con la finalidad manifiesta de descartar los excesos que surgen de una concepción rígida del represivo aduanero, y de la interpretación mecánica y objetiva de las normas que tipifican conductas infraccionales.

• Esto implica una moderación cada vez más firme y lúcida del principio de responsabilidad objetiva consagrado por el artículo 287 de la Ley N° 13.318. A título de ejemplo, cabe recordar los siguientes fallos, algunos de ellos publicados según el detalle que se menciona: el dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, de 10 de septiembre de 1993, publicado en la Revista La Justicia Uruguay, caso N° 12.731, que expresa *“la objetividad de los ilícitos fiscales impide prohijar cualquier excusa fundada en el error, la buena fe o la falta de intención de perjudicar al Fiscal, pero la jurisprudencia ha sostenido un criterio de “benignidad” o por lo menos de flexibilidad para evitar los excesos de la interpretación mecánica y objetiva de la misma”*. En idéntica línea de análisis y conclusión pueden verse: Sentencia del Juzgado Letrado de Aduana de 2° Turno N° 99 de 10 de agosto de 1976; Revista *La Justicia Uruguay* casos N° 6750; 8470; 9641; 9776; 9808; 9917; 10.350; 10.466; 10.483; 11.121; 11.510; 11.841; 12.250 y 12.731; entre otros.

• Por último, el simple transcurso del tiempo, y más aún cuando el manejo del tiempo referido se realiza únicamente por parte de la Administración Aduanera, no puede hacer variar la esencialidad de un tipo infraccional, modificando la adecuación típica de un hecho irregular. Así, un hecho que – antes del desaduanamiento de la mercadería respectiva, amparada en un certificado de origen con el cual se pretende hacer valer una preferencia – debía ser tipificado como *“Diferencia”*, a posteriori de dicho desaduanamiento, deberá ser tipificado del mismo modo, y sancionado con una multa equivalente.

PABLO LABANDERA

PhD (c) en Derecho Internacional, Universidad del País Vasco. Master en Derecho y Técnica Tributaria, Universidad de Montevideo. Dr. en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República. Profesor de Derecho del Comercio Internacional en la Universidad de Montevideo.

⁵¹ MAZZ, A. *La Integración Económica y la Tributación*. FCU. 2001. pág. 273.

⁵² Entre otros: FERRERE, D. Exposición realizada en las “Jornadas de Derecho Tributario Aduanero”, recogidas en la *Revista Tributaria N° XVII, Número 96, de mayo – junio de 1990*; MAZZ, A. *La Integración Económica y la Tributación*, FCU, 2001, págs. 273/274; LABANDERA, P. – BARROETA, G. “Reserva de las actuaciones en la etapa de calificación del Proceso Aduanero. Una práctica judicial errónea”, en *Revista La Justicia Uruguay, Tomo CXII, Sección Doctrina*; y LABANDERA, P. “La responsabilidad objetiva en materia aduanera. Una rémora inaceptable”, en *Revista Comercio Exterior – Octubre 2004 – N° 30*, págs. 62/63.



INFORMACIONES

- *Grupo de Investigación en Derecho Administrativo*
- *“Abogado por un día”*

GRUPO DE INVESTIGACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

En mayo del corriente año y en el ámbito de esta Universidad, se formó un nuevo grupo de investigación, esta vez, en el área del Derecho Administrativo. Esta iniciativa fue promovida por un grupo de cursantes y egresados del segundo semestre del año 2003 del curso Master en Derecho Administrativo Económico y favorablemente acogida por la Universidad quien brindó su invaluable apoyo a la misma.

El grupo se reúne mensualmente en la sede del IEEM siendo su objetivo el de profundizar en temas vinculados a la especialidad. Cuenta para ello, con una calificada participación de docentes profesionales interesados en investigar temas referentes a esta rama del Derecho.

Integrantes:

Brezzo, Ana; Brito Mariano; Cobas, Francisco; Delpiazzo, Carlos; Di Bello, Patricia; Ferrés, Rodrigo; Fischer, Gustavo; Fontana, Santiago; Gavazzo, Rosanna; Hughes, Natalia; Lorenzo, Josefina; Matta, Carlos; Nessar, Silvana; Prat, Agustín; Rotondo, Felipe; Ruocco, Graciela; Saettone, Mariela; Silva, Carolina; Vázquez, Cristina; Williman, Juan Manuel.

Coordinador docente: Dra. Silvana Nessar de Lenoble.

ABOGADO POR UN DÍA

Nuevamente, en 2004 se llevó a cabo la competencia de Argumentación Jurídica “Abogado por un día”, cuarta edición, organizada por la Facultad de Derecho de nuestra Universidad.

Esta competencia se encuentra destinada a estudiantes preuniversitarios de quinto y sexto de secundaria, de cualquier orientación, para lo cual convocamos a todas las instituciones públicas y privadas de todo el país. Además de la comunicación que se envía desde la Universidad, contamos para ello con la difusión de El Observador, Emisora Del Sol, Canal 10, quienes desde un primer momento han apoyado esta actividad.

La competencia surge con un doble objetivo. Por un lado, mostrar cómo trabajamos en la Facultad de Derecho y cómo es la Universidad de Montevideo. Por otro lado, acercar a los estudiantes a la vida del abogado, a un aspecto de su actividad profesional.

El primer objetivo entendemos que se logra con la propuesta de actividad práctica que hacemos a los chicos. La competencia consiste sustancialmente en un caso que, en equipos de tres a cinco integrantes, se desarrolla en juicio, apelando a que los participantes trabajen con algunas destrezas propias de lo que haría un abogado

El segundo objetivo se encuentra totalmente ligado a la implementación del primero. Entendemos que se logra en esa aproximación práctica a la litis, para lo cual profesores de la Universidad de Montevideo facilitan nociones básicas desde la técnica forense y el derecho procesal. Hemos de destacar, entre otros, el aporte de profesores como los Dres. De Hegedus, De Torres, Pereira Campos, Simón, que han atendido siempre esta presentación e integrado Tribunales de la competencia.

La selección de los casos procuramos que constituya también un aporte cultural para los participantes, generando momentos de reflexión. Optamos por presentar situaciones de alguna forma cercanas a la vida de los participantes, sea porque pueden vivirlas como por la familiaridad con noticias en torno a hechos notorios. Sucesivamente los casos desarrollados hasta ahora han sido en torno a: responsabilidad extracontractual por accidente de tránsito (2001); entrada en un predio habitado de Montevideo rural de dos menores y el homicidio de uno de ellos con ánimo defensivo por parte de su propietario (2002); un conflicto laboral en el entorno de una actividad de servicios de discoteca prestados por dos jóvenes amigos (2003); un caso de polución sonora que enfrentaba a una imprenta con un vecino que trabajaba como taxista nocturno (2004).

La primera etapa consiste en la redacción de un escrito judicial inicial, el correspondiente a cada parte que se enfrenta en el proceso. De los equipos presentados, de número creciente en cada edición y que llegaron a sesenta y dos este año, se seleccionan diez que siguen compitiendo.

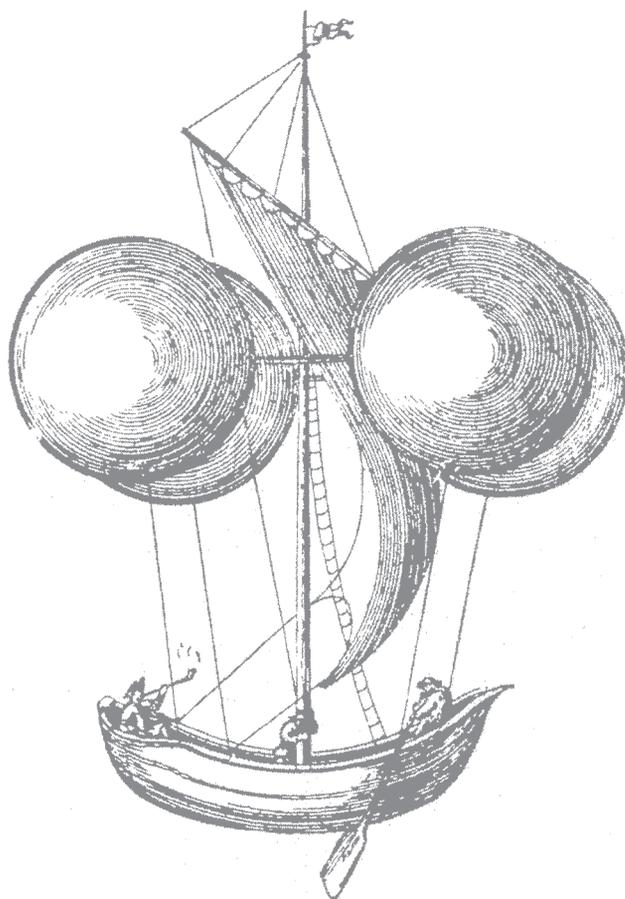
La segunda etapa corresponde al alegato oral. En este caso, durante toda la mañana de un día sábado compiten los mismos roles entre sí. Los dos ganadores de cada conjunto de participantes terminan enfrentándose como contrapartes, durante la tarde de ese mismo sábado, actuando – casi - como en una verdadera audiencia de alegatos.

Para que la jornada resulte llevadera, conceda oportunidades de compartir y de hacer amigos, debemos cuidar aquéllos detalles que acompañan las horas de estadía en la Universidad. Para ello es fundamental también el rol que desempeñan las empresas que sponsorizan la actividad permitiendo que la actividad social sea un éxito: Cattivelli Hnos, El Maestro Cubano, Pepsico Snacks.

Finalmente, nos referimos al componente fundamental: es destacable el entusiasmo de estudiantes y de profesores de derecho que apoyan esta actividad, sin cuya participación sería imposible. Varios profesores nos acompañan desde la primera edición, incorporando incluso la discusión del caso y preparación del equipo a sus clases. De los estudiantes resulta notorio y altamente satisfactorio responsable el nivel de preparación y presentación que desarrollan los equipos, debidamente apoyados por un asesor, usualmente un familiar directo de algún integrante.

Los premios que se llevan son interesantes: el equipo ganador obtiene la disponibilidad de una suma de \$ 50.000 para gastar en cursos de grado en la Universidad de Montevideo, y el premio de la Revista Jurídica La Justicia Uruguaya consistente en un año de suscripción. El Observador facilita también publicaciones para los cuatro equipos finalistas. No obstante, lo más valioso no lo llevan solamente estos cuatro equipos que pueden completar todas las etapas de la competencia. Lo más valioso es común a todos los equipos de estudiantes que participan desde el primer momento: aceptar el desafío que implica esta competencia, que lleva horas de trabajo en equipo, demostrando capacidad y esfuerzo.

Beatriz Bugallo



TESINAS DE MASTERS

- *Alterwain, Andrea* - «Fideicomiso testamentario en Uruguay»
- *Amorín Pisa, Marcelo* - «Convenios de sindicación en las sociedades comerciales»

FIDEICOMISO TESTAMENTARIO EN URUGUAY

ANDREA ALTERWAIN BRÜCK

Master en Derecho de la Empresa

SUMARIO:

I. A MODO DE INTRODUCCION. II. ORIGENES DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO. III. SUSTITUCION FIDEICOMISARIA
IV. FIDEICOMISO TESTAMENTARIO EN NUESTRA ACTUAL LEGISLACIÓN. V. COMENTARIO FINAL. BIBLIOGRAFIA

I. A MODO DE INTRODUCCION

Como bien señala el Dr. Gustavo Ordoqui Castilla en su trabajo sobre el Fideicomiso, en el ámbito del derecho de familia la figura del negocio fiduciario tiene particular significado para proteger la situación en que se pueden encontrar dementes, ancianos o menores de edad. En este sentido, la figura del fideicomiso permite que una persona afecte determinado patrimonio hacia la obtención de determinado fin, que puede ser precisamente, el proteger a esas personas, asignando la responsabilidad de administración y custodia del patrimonio, a un fiduciario.

Como puede apreciarse desde un comienzo, la función del sujeto denominado "fiduciario" será esencial a los fines del fideicomiso. Es por este motivo que la autora argentina Bettina Freire¹ señala que el futuro del fideicomiso dependerá en gran medida, del buen nombre y prestigio de quienes asuman el rol de fiduciarios y del uso lícito que se le dé a esta figura. La autora citada propone imaginarse lo dañino que sería para su imagen que personas inescrupulosas o que no se encontrasen debidamente capacitadas profesionalmente, realicen manejos poco claros de propiedades o fondos transferidos bajo esa modalidad.

II. ORIGENES DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

A) Derecho romano ²

Señala el Esc. Gerardo Caffera en su trabajo sobre el Contrato de Fideicomiso que el fideicomiso nace en Roma exclusivamente como una disposición de última voluntad dentro del régimen sucesorio y como una forma de eludir prohibiciones que recaían sobre ciertas personas para recibir bienes en calidad de legatarias: estaba prohibido testar a favor de peregrinos (sujetos que no eran ciudadanos romanos) y la categoría de los incapaces para disponer o recibir por testamento era muy amplia.

El fideicomiso era un simple ruego del causante (Fideicomitente) a una persona de su confianza (Fiduciario), a quien le transfiere su herencia o una porción de la misma, para que se la transmita a un tercero (Beneficiario). En sus comienzos, por su carácter de mero ruego, no se concedía acción judicial para exigir su cumplimiento, el cual dependía por completo de la lealtad y conciencia de la persona a quien se le hacía el ruego.

Con el emperador Augusto (28 a.C. – 14 d.C.) se impone el principio de exigibilidad de los fideicomisos: por implicar una obligación moral y no jurídica, los fideicomisos se sustancian ante el Cónsul mediante un procedimiento extraordinario, luego ante un magistrado especializado y en las provincias, ante el gobernador. Finalmente todo el sistema del fideicomiso testamentario fue regulado por los sendoconsultos Trebelino y Pegasiano, y al llegar a la época de Justiniano, el régimen de los fideicomisos terminó asimilándose al de

¹ Señalado por el Dr. Gustavo Ordoqui Castilla en su libro "El Fideicomiso", pag. 3.

² Prescindiremos del análisis de la figura conocida como "Fiducia" con sus divisiones en "Fiducia cum amico" y "Fiducia cum creditore", por ser antecedentes directos del Fideicomiso constituido por acto entre vivos, remitiéndonos por tal motivo únicamente a los antecedentes del Fideicomiso testamentario.

los legados y los Fiduciarios quedaron sujetos ya no sólo a la obligación moral, sino que también jurídica de cumplir el encargo, pudiendo los Beneficiarios accionar para el cumplimiento del fideicomiso.

El fideicomiso no requería la observancia de una forma: en su origen se formulaba en un escrito llamado codicilo e incluso verbalmente, por declaración hecha a quien era el beneficiario; posteriormente se generalizó el uso del codicilo y en la última época se extendieron a los codicilos las formalidades de los testamentos.

B) Derecho anglosajon

1. Generalidades

El instituto del Fideicomiso tiene una estrecha relación de filiación con el Trust anglosajón. Siguiendo el desarrollo que el Dr. Francisco A. M. Ferrer realiza en su obra "Fideicomiso Testamentario y Derecho Sucesorio", vemos que el Trust es tributario del desarrollo histórico de las jurisdicciones inglesas del Common Law y de la Equity, y de la distinción respecto de la misma cosa, entre la *propiedad legal*, referida al titular del dominio (legal ownership) y la *propiedad equitativa*, que corresponde a quienes se benefician con las utilidades económicas de la propiedad (beneficial o equitable ownership); la primera regulada por el common law (derecho común) y la otra por las reglas de la equidad. Sería un desmembramiento del derecho real de dominio sobre el mismo bien en virtud del cual se reconocen dos propietarios: uno legal, titular del derecho dominial, y otro en equidad, dueño del beneficio económico.

El Esc. Caffera claramente expone en su obra que la estructura del Derecho inglés es muy diferente a la estructura de los derechos de la familia romano - germánica: son distintas las clasificaciones que admite, los conceptos que usa, las reglas de Derecho sobre las cuales se fundamenta. No se encuentran las grandes clasificaciones de derecho público, derecho privado, etc.; en su lugar hay otras estando en primer lugar, la distinción del common law y de la equity.

En el Derecho de raíz romana, la existencia de los fideicomisos no se presume. Señala la autora argentina Graciela Medina³ que en el Derecho de common law los tribunales han comenzado a analizar transacciones que en los sistemas de base romana serían observadas a través de la lente de la simulación, el fraude y/o el enriquecimiento indebido, a través de la figura del Trust o de la Fiducia.

2. Etapas

El Esc. Gerardo Caffera reseña que en el Derecho inglés (de donde se traslada luego a Estados Unidos, Canadá y Australia) la figura equivalente a la fiducia romana se desarrolla en dos etapas:

a) **EL USE**, hasta la ley que liquida ese sistema en 1534.

El esquema del Use constaba de tres partes:

i) El propietario original de los bienes, denominado Settlor, quien los transmitía a otro sujeto con el encargo que los aplicara "to the use of" (traducido como "en beneficio de" o "para la utilidad de") un tercero.

ii) El propietario formal que recibía los bienes para conservarlos o administrarlos en interés ajeno, denominado Feoffee to Use.

iii) Aquél en cuyo beneficio actuaba el Feoffee to Use o a quien directamente se concedía la utilización material del bien. Este beneficiario se denominaba Cestui Que Use (traducido como "aquel que usa").

Señala Caffera la similitud evidente entre nuestro Fideicomitente y el Settlor, el Fiduciario y el Feoffee to Use, y el Beneficiario con el Cestui Que Use. La diferencia estaría en la forma a través de la cual se protegieron los intereses de los Beneficiarios: se le reconoció al Cestui Que Use un derecho de propiedad sobre el bien fideicomitado distinto del derecho del Feoffee to Use y concurrente con el mismo.

A este resultado se habría llegado por dos razones:

i) Para el derecho inglés de esta época la propiedad no es un derecho único e indivisible. El equivalente de la propiedad es una suma de distintas facultades referentes a una cosa, la forma en que se unen esas piezas es variable y a cada una de ellas se denomina "estate". Esto permitiría concebir distintos estates sobre un mismo bien conformados por distintos conjuntos de facultades.

³ "El Trust: las relaciones de familia bajo la lente de las relaciones fiduciarias" en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2001-3, pag. 256.

ii) Existía un doble sistema jurisdiccional y un doble sistema legal, ambos paralelos (Common Law y Equity Law), que permitió crear un derecho de propiedad fundado en uno de estos sistemas y otro derecho fundado en el otro.

En el trabajo de “Estudio sobre el Fideicomiso” la Dra. Gladys Fernández Formigo completa la idea al señalar que como la época en la que surgió el Use era la feudal, el Common Law imponía cargas a quienes detentaban el título de propiedad, por lo que la forma de eludirlas era permanecer con el uso y entregar a otra persona el título de propiedad. La cesión del título de propiedad posibilitó que la clase religiosa se beneficiara. A fin de que pudiera burlarse la prohibición se cedían tierras a una persona para que fueran administradas a favor de la orden religiosa. El Use era más fácil de transmitir que la propiedad legal, ya que esta última sólo podía transmitirse mediante feudo con entrega de posesión, multa o recuperación y se requería publicidad como requisito formal para poder transferirla. El Use en cambio podía ser transferido secretamente.

b) EL TRUST, a partir de 1534, siguiendo la misma estructura del Use pero construido sobre la base de una excepción a la liquidación del viejo sistema de Uses, tomando así un nuevo nombre.

El Trust ofrece el mismo sistema triangular de sujetos, con diferencias en la denominación: el equivalente del Fideicomitente es el Settlor o Trustor, el del Fiduciario es Trustee y el Beneficiario es el Beneficiary o Cestui Que Trust. El sistema de doble propiedad continuaría explicando las relaciones entre el Beneficiary y el Trustee.

Entre las características del Trust anglosajón, el Esc. Caffera enumera las siguientes:

- i) La admisión del Trust sin traspaso en el cual el propio Settlor se designa a sí mismo Trustee de un sector de su patrimonio que segrega del resto
- ii) La vigencia del principio de conservación del Trust del cual deriva la facultad de los jueces de designar un sustituto en caso del cese de Trustee.
- iii) La admisión de una amplia gama de Implied Trusts, en los cuales la constitución del Trust deriva de manifestaciones de voluntad tácitas o fictas.
- iv) El amplio uso de la figura del Trustee para los más diversos fines.

Advierte el autor argentino Lorenzetti⁴ que las diferencias entre el Trust y la fiducia romana son importantes:

- i) El Trust es una institución de derecho de propiedad y no de los contratos o sucesiones, como en el caso romano
- ii) Surgen dos tipos de propiedad: el propietario legal o formal, trustee, y el propietario material o de equidad, beneficiario.

En este sentido, señala el Dr. Gustavo Ordoqui Castilla que la figura del Trust propiamente tal, exige para ser comprendida, admitir el sistema de doble propiedad, lo que es inadmisibles para el Derecho Romano y para nuestro derecho civil, donde el dueño y el propietario es único.

III. SUSTITUCION FIDECOMISARIA

A) Concepto

El Dr. Eduardo Vaz Ferreira define en el Volumen Segundo del Primer Tomo de su “Tratado de las Sucesiones” a la Sustitución Fideicomisaria como la disposición por la cual el testador encarga a un heredero o legatario que conserve toda su vida los bienes que le deja y luego los retransmita, a su vez, por herencia, a un tercero. Para el mencionado doctrino, es necesario que ocurran tres elementos:

- i) Una disposición testamentaria doble o múltiple respecto de la propiedad de la herencia o de la cosa legada.
- ii) Que el heredero legatario llamado en primer término sea gravado con la carga de conservar la herencia o legado para hacerlo llegar al siguiente llamado.
- iii) Lo que se denomina *orden sucesorio*: que el momento del pasaje de los bienes de un heredero o legatario al otro, sea el momento de la muerte del primero.

La característica de esta sustitución es en el entendido del autor argentino Eduardo A. Zannoni⁵ que los bienes quedan vinculados a la ausencia de enajenación por acto entre vivos y a la ausencia de disposición por actos mortis causa por parte del instituido como primer beneficiario.

⁴ Citado por el Dr. Ordoqui en su trabajo sobre El Fideicomiso, pag. 6

⁵ “Sustitución Fideicomisaria”, trabajo publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2001-3, pag. 295.

B) Orígenes

La limitación de esta sustitución fideicomisaria tiene su génesis en la Ordenanza de Orleans, francesa, de 1560; es un tema que de ahí pasó al Código Napoleónico y de él, a la mayoría de los códigos occidentales.

El autor argentino Francisco A. M. Ferrer señala que la institución del fideicomiso en sus orígenes permitía que el testador favoreciera a varios beneficiarios en forma sucesiva. Después de beneficiar al primero, podía establecer un plazo o cualquier hecho como condición (especialmente la muerte del primer beneficiario), a cuyo cumplimiento el objeto del fideicomiso debía pasar al segundo beneficiario. Y así se podía establecer indefinidamente. La obligación de restituir los bienes al beneficiario sucesivo, determinaba que el beneficiario que tenía los bienes en su poder, no tuviese facultades para enajenarlos. Debía conservarlos hasta que se cumpliera el plazo o la condición puesta por el testador (Fideicomitente), para restituirlos al heredero sucesivo.

Aquí es donde aparece la figura del *mayorazgo*: la herencia se transmitía de primogénito en primogénito (el testador podía nombrar beneficiario sucesivo a una persona no concebida ni nacida al tiempo de su muerte), con la natural consecuencia de inmovilizar los patrimonios en juego.

Señala el Dr. Eduardo A. Zannoni que en su concepción clásica, la sustitución fideicomisaria satisfizo el interés de que los bienes se mantuviesen dentro del patrimonio y al servicio de una misma familia. Debido a este "inconveniente", Justiniano puso un límite a la cadena de sustituciones estableciendo como límite máximo la cuarta generación, quedando los bienes posteriormente, libres.

Luego de la Edad Media la sustitución fideicomisaria fue combatida en cuanto constituyó un instrumento jurídico de la nobleza feudal para mantener incólumes sus patrimonios a través de sucesivas generaciones, por cuya causa finalmente se decretó su abrogación durante la Revolución Francesa.

C) La sustitución fideicomisaria en el derecho actual.

Señala el autor Francisco A. M. Ferrer que en el Derecho Civil comparado existen dos tendencias legislativas:

a) *TENDENCIAS PERMISIVAS*: es la propia del Derecho germánico, español, portugués, etc. y de numerosos Códigos latinoamericanos que regulan este tipo de sustitución, aunque poniendo a los llamamientos sucesivos los siguientes límites:

i) El sistema de tope máximo de grados (transmisiones o llamamientos): uno o dos según los distintos ordenamientos

ii) El de exigir que sólo pueden ser beneficiarios personas que ya vivan o estén concebidas al fallecer el testador

iii) El de establecer un plazo máximo de duración, dentro del cual se tiene que producir la retransmisión a favor del beneficiario

Señala Eduardo A. Zannoni que en estas legislaciones se establece que al instituido le son comunes, en cuanto sean aplicables, las normas concernientes al usufructuario porque su derecho estaría limitado a la conservación de los bienes con el deber de transmitirlos en el futuro, al sustituto.

b) *TENDENCIAS PROHIBITIVAS*: es la propia del Derecho francés y de las legislaciones influenciadas por el mismo. Estas legislaciones siguieron la tradición de la Revolución Francesa, tradición que inspiró la codificación liberal que repudió los mayorazgos y vinculaciones del antiguo régimen.

La Revolución Francesa perfiló una corriente contraria a las vinculaciones y por ello, a los fideicomisos de familia. El individualismo liberal y jurídico mostró una política legislativa adversa a la inmovilización de la propiedad inmueble.

Según Ferrer esta tendencia está hoy día debilitada en Francia por la acción de la jurisprudencia que ha evolucionado y se muestra muy tolerante con las sustituciones prohibidas, por lo que en la práctica la prohibición hoy no tendría un gran alcance. Los motivos por los cuales los tribunales se pronuncian generalmente en el sentido de que la cláusula litigiosa no es una sustitución prohibida, son:

i) La tendencia general a asegurar el respeto a la voluntad del causante.

ii) Ha pasado mucho tiempo desde la Revolución Francesa; las sustituciones hoy ya no son vistas con el mismo disfavor. Ya no se teme que sean el instrumento de superioridad económica y política de la nobleza como clase social.

D) Situación en nuestro Código Civil antes de la sanción de la Ley N° 17.703.

Desde la Constitución de 1830 está prohibida en nuestro país, la fundación de mayorazgos, que de alguna manera, implican transformar determinados bienes en bienes de mano muerta, ya que dejan de estar en el comercio y quedan afectados a determinada cadena de tenencias en función de esa sustitución. Esta disposición sigue hoy día vigente. Hoy día la prohibición surge del inciso primero del artículo 9° de la Constitución, el cual claramente dispone: *“Se prohíbe la fundación de mayorazgos”*.

El artículo 865 del Código Civil (hoy derogado por la ley N° 17.703) disponía: *“Todo fideicomiso es nulo, cualquiera que sea la forma con que se le revista. Toda sustitución, fuera de las señaladas en los artículos 858 y 859, se considerará fideicomiso.”* Comentando esta norma, el Prof. Eduardo Vaz Ferreira decía que el objetivo de la misma era prohibir la sustitución fideicomisaria.

Para una normativa similar a la nuestra, el autor argentino Vélez Sarsfield⁶ explicaba la noción de sustitución fideicomisaria de la siguiente forma: *“tiene el carácter particular de la carga que impone al heredero de devolver a su muerte los bienes al heredero instituido estableciéndose un orden de sucesión en las familias. Esta sustitución es un obstáculo inmenso al desenvolvimiento de la riqueza. Tiene lo que se creía una ventaja, la conservación de los bienes, pero para esto es preciso una inmovilidad estéril en lugar del movimiento que da la vida a los intereses económicos.”*

A modo de síntesis, quien presentara la ponencia con el Seudónimo de “Arla” en la XLIII Jornada Notarial Uruguaya en homenaje al Prof. Esc. Fernando Miranda dispone que con este panorama, estaban prohibidos los fideicomisos testamentarios: aquellos en los que los Fideicomitentes debían designar como Beneficiarios a diversas personas que debían sustituirse sucesivamente por muerte de la anterior, así como los fideicomisos realizados con la finalidad de perjudicar o menoscabar la legítima correspondiente del heredero forzoso.

E) Sustitución fideicomisaria en la Ley N° 17.703

El artículo 34 de la nueva ley deroga el artículo 865 del Código Civil, con lo que la anterior nulidad de los fideicomisos queda ahora de pleno derecho, abolida.

Respecto de las sustituciones fideicomisarias, las mismas siguen estando derogadas. En este sentido es ilustrativo mencionar la idea que expresara el Dr. Ricardo Olivera García en ocasión de la discusión del proyecto de ley de fideicomiso en la Comisión de Hacienda del Senado, el 15 de mayo de 2003, día en que fuera invitado a concurrir: *“El Código Civil tradicionalmente prohibió el fideicomiso, lo declaró nulo. Es decir que hay una tradición pesada y adversa en materia de fideicomiso testamentario, nada menos que en el Código Civil de Narvaja. Leyendo con detenimiento al Profesor Vaz Ferreira, quien en su tratado estudia con gran detalle todo el tema del fideicomiso testamentario, podemos ver que lo que él dice es que esa prohibición del fideicomiso está motivada por la intención del Legislador de evitar la sustitución fideicomisaria, que es el instituto por el cual el testador encarga por última voluntad a otro, es decir, le transfiere los bienes, encomendando que cuando él fallezca, a su vez, los teste a favor de un tercero. Ante esto, el derecho sucesorio vio con disfavor la sucesión testamentaria, porque era una especie de bien de mano muerta, un bien que salía del comercio de los hombres. Entonces, nos pareció que era excesivamente gravoso para un régimen prescindir de la fuente testamentaria de fideicomiso en aras de prohibir uno de los objetivos que el mismo podía cumplir. Por lo tanto, lo que se prohíbe es la sustitución testamentaria a través del fideicomiso. Es decir que se trata de lo mismo que el Legislador francés y el nuestro quisieron prohibir con esta norma, pero acotándolo al objeto de la prohibición y manteniendo la posibilidad de que los fideicomisos puedan constituirse en mortis causa en todos aquellos casos en donde no exista sustitución fideicomisaria, que es lo que el Legislador civil quiso prohibir.”*

El artículo 35 de la ley sustituye el artículo 866 del Código Civil, quedando el mismo redactado en los siguientes términos:

«866.- Serán nulas en la sustitución fideicomisaria las cláusulas que dispongan:

1°. Declarar inalienable todo o parte de la herencia.

2°. Llamar a un tercero al todo o parte de lo que reste de la herencia al morir el heredero.

⁶ Citado por Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski en su Tratado de Fideicomiso, pag. 517.

⁷ Extraído de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley (hoy ley N° 17.703) el 20 de noviembre de 2002.

3°. La que, sin cumplir los requisitos previstos por la ley de fideicomiso, tenga por objeto dejar a uno el todo o parte de los bienes hereditarios, para que los aplique o invierta según las instrucciones que le hubiere comunicado el testador (artículo 783)».

Comentando esta norma (en la redacción anterior a la modificación), entiende el Profesor Eduardo Vaz Ferreira que la prohibición alcanza tanto a los casos en que la instrucción fiduciaria es secreta (artículo 783 del Código Civil) como aquellos en que no lo es (artículo 866 del Código Civil).⁷

El fundamento de esta prohibición es evitar las disposiciones testamentarias en fraude a la ley que instituyeran como beneficiarios a personas incapaces de adquirir por testamento o que se pretendiera con este instituto burlar a los acreedores.

Los antecedentes de Derecho comparado, sin excluir la posibilidad de constitución de un fideicomiso por testamento, prohíben los fideicomisos secretos y los realizados en fraude a la ley, buscando contemplar el fundamento de restricciones semejantes existentes en sus respectivas legislaciones.

IV. FIDEICOMISO TESTAMENTARIO EN NUESTRA ACTUAL LEGISLACIÓN

A) Introducción

Los conceptos que a continuación se expondrán respecto de las obligaciones, derechos, responsabilidades de las partes del negocio de fideicomiso, así como el objeto, la finalidad y las causas de extinción del mismo, son las mismas que las que resultan del estudio del negocio de fideicomiso en general, con las adaptaciones y modificaciones propias de las diferencias entre las distintas situaciones que entran en el fideicomiso: fideicomiso de garantía, fideicomiso financiero y fideicomiso testamentario (clasificados según sus fines) y fideicomiso contractual, fideicomiso legal y fideicomiso testamentario (clasificados según su origen).

Asimismo, si bien la ley N° 17.703 regula varios aspectos del fideicomiso testamentario, varias de sus disposiciones deben ser complementadas con las disposiciones del Código Civil, de forma tal de armonizar ambos textos: la ley y el Código Civil.

B) Definiciones doctrinarias

1. Del Fideicomiso en general

El Dr. Ordoqui señala que la doctrina ha sido prácticamente uniforme en el sentido de individualizar al fideicomiso como un tipo de negocio fiduciario. Indica que ello se debería a que la esencia de ese negocio constituye el que una determinada persona atribuye a otra un determinado patrimonio en interés de otros, configurándose junto a ésta transferencia de dominio, una relación obligacional conexas que se contrae entre quien asigna el patrimonio y quien lo recibe, de manera que este patrimonio esté afectado necesariamente a la concreción de determinados fines.

El autor Sergio Rodríguez Azuero⁸ ha sostenido que no es fácil dar un concepto universal sobre fideicomiso por cuanto en Latinoamérica se han adoptado distintas nociones que obedecen a diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso. La postura mayoritaria entiende que el fideicomiso es un negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona con el encargo de que los administre o enajene, y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente (sujeto denominado "fideicomitente"), en su favor o en beneficio de un tercero. La esencia del negocio fiduciario está en que una de las partes, el fiduciario, recibe un determinado patrimonio a título de confianza, por lo que no podrá hablarse de título oneroso o gratuito.

En líneas generales entendemos que la idea que el autor argentino Jorge Roberto Hayzus brinda en su obra de Fideicomiso, es sumamente clara: el fideicomiso lo esquematiza como un triángulo equilátero donde la base es la relación entre el dueño de los bienes (fideicomitente) y las personas a las cuales ha elegido como destinatarias de los mismos (beneficiarios). Por otro lado, el dueño se vincula con la persona o entidad a la cual va a transferir la propiedad de los bienes (fiduciario). Finalmente, el fiduciario queda ligado contractualmente a los beneficiarios en virtud de las estipulaciones del contrato que le obligan a mantener los bienes y darles el destino previsto por el fideicomitente.

⁸ Citado por el Dr. Ordoqui en su trabajo sobre El Fideicomiso, pag. 20.

2. Del Fideicomiso Testamentario en particular

Cuando las personas que resultarían beneficiadas son personas menores de edad o sin experiencia en el manejo de capitales o incapacitados, o de edad avanzada, señalan los autores argentinos Kiper y Lisoprawski que la figura del fideicomiso testamentario resulta muy útil para su protección.

Una posición diferente se encuentra en el autor, también argentino, Hayzus, para quien con la figura de las donaciones en vida hubiese sido suficiente. Su enfoque es que nada ha cambiado en el derecho de fondo y en que el fideicomiso testamentario es una modalidad adicional por la que puede optar el causante, con el objetivo de hacer más efectivas sus disposiciones de última voluntad.

En el terreno práctico, Hayzus plantea que el tema sucesorio presenta tres posibilidades:

- i) Dejar que se aplique la ley de herencia: es la sucesión intestada.
- ii) Hacer un testamento, respetando los derechos de eventuales herederos forzosos
- iii) Reglar el destino del patrimonio mediante la creación de un fideicomiso bajo las mismas limitaciones que el anterior numeral.

La sucesión intestada atiende a la transmisión de la herencia dentro de la red de relaciones de parentesco. El orden sucesorio suple la falta de manifestación de voluntad del causante y favorece la conservación de patrimonio dentro del marco de la familia. No obstante ello, señala Hayzus que la persona que quiere, por cualquier motivo, disponer de sus bienes en forma expresa, puede hacerlo ya sea utilizando la forma del testamento o recurriendo a la institución del fideicomiso. Con ello el causante agrega un elemento nuevo, que refuerza sus disposiciones en interés de sus herederos o legatarios: la intervención de un fiduciario a quien el testador encomienda la gestión de los bienes durante todo el tiempo necesario para llevar a cabo la distribución de ello conforme a su designio.

Los autores Kiper y Lisoprawski definen al fideicomiso testamentario como aquel que permite designar al fiduciario para que, a la muerte del causante, reciba todo o parte de sus bienes con el objeto de destinarlos a ciertas finalidades, en beneficio de otro u otros.

Asimismo diferencian el *fideicomiso testamentario* del *fideicomiso con fines testamentarios*, el cual sucede cuando el fideicomiso se constituye por contrato y en las cláusulas del fideicomiso el fideicomitente manifiesta su voluntad sucesoria, la que será cumplida por el fiduciario sin necesidad de iniciar diligencias ni de sucesión legítima ni testamentaria, no requiriéndose tampoco la intervención del órgano jurisdiccional.

C) Constitución del Fideicomiso Testamentario

En el artículo 2° de la ley N° 17.703 se establece que el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. Señala el Dr. Ordoqui que el testamento es el documento, que reuniendo las solemnidades establecidas por la ley, es utilizado por una persona física capaz para disponer, después de su muerte, un patrimonio fiduciario, es decir, afectado al hecho de ser administrado por un fiduciario, y ser destinado al logro de determinados fines en beneficio de la persona a designar.

Del mismo artículo de la ley surge que el fideicomiso testamentario puede constituirse por testamento abierto o cerrado. En el certificado sucesorio se debe hacer constar la constitución de la propiedad fiduciaria, debiendo inscribirse en los casos en que así lo disponga la ley de Registros Públicos.

El testamento es un instrumento solemne y en cuanto tal debe cumplir con las formalidades prescriptas por las normas aplicables, esto es, el Código Civil.

D) Sujetos intervinientes en el Fideicomiso Testamentario

1. Fideicomitente

a) Generalidades

Si bien no está definido en la ley, fácilmente se desprende que es el testador, quien transmite los bienes que se someterán al Fideicomiso, estableciendo en el acto de disposición las condiciones del mismo. La transmisión se efectúa por un acto unilateral, mortis causa y de última voluntad, que es el testamento, a favor del Fiduciario.

Como al producirse el llamado testamentario al Fiduciario para que acepte el fideicomiso, el testador ya habrá fallecido, el autor argentino Francisco A. M. Ferrer señala que los derechos que la ley otorga al Fideicomitente (el testador), hay que considerar que los atribuye a sus herederos a título universal o particular.

Señala Hayzus que el fideicomitente determina tres aspectos fundamentales de un fideicomiso, a saber:

- i) La designación de un fiduciario en virtud de la confianza que se deposita en él.
- ii) La decisión de desposeerse de ciertos bienes de su propiedad y transferirlos al fiduciario.
- iii) La especificación de los fines para los cuales es instituido el fideicomiso, en particular, el nombramiento del beneficiario para el cual habrá de actuar el fiduciario.

Por aplicación de los principios generales del testamento establecidos en el Código Civil, la doctrina es unánime en entender que mientras viva el testador, puede revocar el testamento así como modificar la designación del Fiduciario. En este sentido señala Hayzus en su trabajo sobre Fideicomiso que es de la naturaleza de una disposición de última voluntad que ella sólo tenga efecto después del fallecimiento del causante, de modo tal que mientras éste siga con vida, los bienes aún le pertenecen y por ende, puede cambiar de idea y hacer un nuevo testamento que difiera del anterior. En el fondo, expone el citado autor, se trataría de la revocación del testamento y no la del fideicomiso. Este nunca llegó a regir, pues ni el Fiduciario aceptó ni tuvo lugar la transferencia de los bienes a su favor.

b) Capacidad

Como fideicomitente actúa una persona que cuenta con capacidad para contratar. En este sentido, la capacidad para disponer y adquirir por testamento está regulada en los artículos 831 y siguientes del Código Civil, donde se establece que los impúberes (son los varones menores de 14 años y las mujeres menores de 12 años) no pueden disponer por testamento. Las personas que hayan cumplido esta edad pueden testar libremente, aunque se hallen bajo la patria potestad.

Tampoco pueden disponer por testamento las siguientes personas:

- i) Quienes se hallaren bajo interdicción por demencia aunque tuvieren intervalos lúcidos.
- ii) Quienes sin estar en interdicción no gozaren actualmente del libre uso de su razón, por demencia, embriedad u otra causa.
- iii) Quienes de palabra o por escrito, no pueden expresar su voluntad con claridad

El Dr. Ordoqui claramente indica que quien carece de capacidad para testar no puede constituir un fideicomiso testamentario. La capacidad para testar se contempla en el momento en que se redacta el testamento, sin importar si existe o no en el momento de la muerte.

c) Obligaciones

Las obligaciones del Fideicomitente son:

i) Constituir la propiedad fiduciaria de ciertos bienes o derechos (patrimonio fideicomitado) a favor del Fiduciario.

Una vez que se instrumenta el negocio de fideicomiso como título hábil para transferir el dominio, el fideicomitente se obliga a entregar determinados bienes para constituir la propiedad fiduciaria.

ii) Establecer las instrucciones de acuerdo con las cuales el Fiduciario deberá actuar (en el propio instrumento del testamento).

iii) Abonar una remuneración al Fiduciario por su actividad, salvo pacto en contrario.

En principio la actividad del Fiduciario es onerosa. El artículo 21 de la ley dispone que a falta de fijación de la remuneración, ésta será determinada por el Juez en consideración a la naturaleza del fideicomiso y la importancia del patrimonio fideicomitado.

En el análisis de la ley de fideicomiso que el Esc. Gerardo Caffera realiza, sostiene que el radio de este artículo es más amplio que el del artículo 1834 del Código Civil en sede de arrendamiento de obra, dado que la exigibilidad de la remuneración y la posibilidad de que sea fijada judicialmente, no aparece atada al requisito de que la actividad fiduciaria forme parte de la profesión o modo de vida del Fiduciario; por lo que concluye que aún el fideicomiso no realizado profesionalmente genera derecho a exigir remuneración.

2. Fiduciario ⁹

a) Generalidades

Señala Hayzus que la riqueza acumulada en vida de una persona se manifiesta en la actualidad a escala mucho mayor que hace cincuenta años. Más allá de la propiedad inmueble (establecimientos rurales y edificios de renta) que representaba entonces la típica acumulación de capital, abarca bienes de toda índole, como participaciones en negocios particulares, tenencia de acciones de sociedades anónimas controladas, créditos a largo plazo, carteras de títulos y acciones cotizados en Bolsa, bienes en el exterior, etc. Sigue Hayzus su análisis diciendo que frente a esta realidad sería entonces de presumir que las previsiones del causante se dirigen a dotar a ese patrimonio de una administración profesional, a cargo de personas o entidades responsables y capaces de llevarla adelante en interés de los herederos.

La figura del Fiduciario es la que ha recibido en la ley, la regulación más minuciosa, en virtud de su indiscutible rol protagónico. Es la persona encargada por el Fideicomitente de administrar o ejercer los derechos transmitidos en la propiedad fiduciaria por el Fideicomitente. Así, señala el Dr. Ordoqui en su obra ya citada, que el fiduciario es el verdadero protagonista del fideicomiso ya que en él se deposita la confianza para realizar una determinada función que le ha sido asignada y es de quien depende el éxito del emprendimiento a realizar.

Los autores Kiper y Lisoprawski señalan que al estar en presencia de un contrato *intuitu personae*, las funciones atribuidas al fiduciario son indelegables, incedibles. Esto se ve reforzado en nuestra legislación, con el hecho de que para el caso el fiduciario renuncia o cesa en sus funciones, debe ser sustituido, con lo cual se ve que la función del fiduciario no es delegable.

La ley no exige la aceptación expresa para el cargo de Fiduciario. La misma es tácita cuando el Fiduciario comience a ejercer su cometido o cuando, conforme al inciso quinto del artículo 2° de la ley, reclame de los herederos la entrega de los bienes y derechos que constituyan el objeto del fideicomiso.

Señala Hayzus que la aceptación del beneficiario es el elemento que cierra el circuito del fideicomiso entre aquél y el fiduciario, a tenor de las disposiciones del fideicomitente. A partir de esta aceptación, el fideicomiso muestra su verdadera naturaleza jurídica: la de una estipulación a favor de terceros. Corresponde que el beneficiario acepte su condición de tal para que los efectos del fideicomiso se vuelquen hacia él.

b) Obligaciones

Siguiendo al Dr. Ordoqui, vemos que con la entrada en vigencia de la ley, lo que era un negocio estrictamente de confianza tiene ahora mayores seguridades jurídicas, en la medida en que impone al fiduciario una serie de obligaciones de manera de asegurar un mayor éxito en su gestión.

Para el caso del fideicomiso testamentario, las obligaciones impuestas al fiduciario son las siguientes:

i) Desarrollar sus cometidos y cumplir las obligaciones impuestas por la ley y el negocio de fideicomiso, con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (artículo 16 de la ley).

Señala el Dr. Ordoqui que esta obligación es de medios ya que no garantiza resultados sino el actuar con la diligencia debida para lograrlo. Asimismo señala que es una obligación que se funda en el principio general de buena fe, donde el factor confianza está latente en forma permanente en la relación que el negocio de fideicomiso crea, marcando pautas acerca de las exigencias que se pueden tener sobre la conducta del fiduciario. A continuación, el autor afirma que la evaluación de la conducta surgirá de comparar el modelo de actitud diligente propia de un hombre de negocios que se espera para el tipo de operación que se realiza y la efectivamente realizada por el fiduciario. Esto significa que se utilizará la figura del "estándar jurídico", lo que supone una remisión al juez para que éste pondere según las circunstancias del caso, cual fue la conducta debida por el fiduciario y pueda determinar si actuó o no con culpa.

Entendemos que esta obligación equivale a enunciarla de la forma que la postula el Esc. Gerardo Caffera, esto es, como el ejercicio del encargo fiduciario en la forma prescripta en el negocio de fideicomiso, siguiendo para ello las instrucciones oportunamente dadas: en el caso del fideicomiso testamentario esto se traduce

⁹ En ocasión de tratar los aspectos referentes al fiduciario, de forma deliberada se ha omitido referirse al fiduciario profesional, por entender que los conceptos derivados de su estudio, corresponden en mayor grado al caso del Fideicomiso Financiero.

en la obligación de transmitir el patrimonio fideicomitido a los beneficiarios una vez producida la causa generadora, esto es, la muerte del Fideicomitente.

Lorenzetti¹⁰ advierte que el fiduciario se obliga a cumplir un encargo, con lo cual estamos en presencia de un acto de gestión al que se aplican por analogía, las reglas del mandato. Por ello, es que debe actuar con diligencia, conforme lo haría el mandatario y debe informar mediante una rendición de cuentas periódica. Además se caracteriza por la confianza extrema, lo que confiere dos características: la mayor responsabilidad y la revocabilidad.

En su gestión, señala el Dr. Ordoqui que el fiduciario tendrá facultades de administración y de disposición. En lo que refiere a la administración, debe velar para que el fideicomiso de sus frutos o rentas, realizando buenas inversiones en el orden del fin establecido. Respecto de la facultad de disponer, la norma nada ha previsto, por lo que si nada se ha previsto en el instrumento de fideicomiso, coincidimos con el citado autor en que para gravar o disponer de los bienes se debe contar con la anuencia del fideicomitente (siguiendo el criterio de las normas o pautas del contrato de mandato regulado en el Código Civil).

ii) Rendir cuentas en forma periódica. El artículo 18 de la ley dispone:

“En el negocio de fideicomiso no se podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, la que podrá ser solicitada por el fideicomitente o el beneficiario, con las formalidades que se establezcan en el instrumento de fideicomiso y en la reglamentación respectiva.

En todos los casos el fiduciario deberá rendir cuentas al beneficiario con una periodicidad no mayor a un año, sin perjuicio de lo dispuesto en el fideicomiso.

Si no se objetaren las cuentas en el plazo establecido en el instrumento de fideicomiso y, a falta de ello, dentro del plazo de noventa días desde la notificación fehaciente, las cuentas se tendrán como tácitamente aprobadas, salvo que se hubiera incurrido en falsedad u ocultamiento doloso.

Aprobadas las cuentas en forma expresa o tácita, el fiduciario quedará libre de toda responsabilidad, frente a los beneficiarios presentes o futuros y a todos los demás ante los que se hubieran rendido cuentas, por todos los actos ocurridos durante el período de la cuenta y el instrumento de fideicomiso.”

Esta información es importante del momento que permite controlar como se va realizando el fin que justificó la creación del fideicomiso. Forma parte de esta obligación, el hecho de conservar la documentación y los comprobantes que refieren a la actuación del fiduciario. No obstante ello, es dable preguntarse que aplicación tiene para el caso del fideicomiso en su modalidad testamentaria. Entendemos que es aplicable en virtud de su similitud con la normativa prevista para el caso de los albaceas en el Código Civil, cuando en el artículo 996 se establece que «*Terminada la ejecución de su cargo, el albacea dará cuenta justificada de su administración. No podrá el testador relevarle de esta obligación.*”

En opinión del Dr. Ordoqui, habría sido mejor remitirse a los artículos 332 y 333 del Código General del Proceso que regulan expresamente el procedimiento de rendición de cuentas y no establecer, tal como la ley dispone, que la omisión en el cumplimiento de este deber legal, puede ser causa de remoción. Los artículos referidos disponen:

Artículo 332 del C.G.P.: “*Todo aquél que se considerare con derecho a exigir de alguien rendición de cuentas, podrá pedir que se declare judicialmente que el futuro demandado está obligado a rendirlas. La pretensión se sustanciará y decidirá en la forma prevista por los artículos 321 y 322*” (es la vía incidental).

Artículo 333 del C.G.P.: “*Si la resolución ejecutoriada declarar que el demandado está obligado a rendir cuentas, se le intimará que las presente dentro del plazo prudencial que el tribunal le señalará. Si dentro de ese plazo se presentaren las cuentas, se discutirán en proceso ordinario. Si no se presentaren dentro de ese plazo, se estará a las cuentas que presente la parte contraria, en todo cuanto el obligado a rendirlas no proba ser inexacto. En todo caso las cuentas se discutirán en proceso ordinario.*”

iii) Mantener reserva y manejar la información recibida de forma confidencial.

Esta obligación surge del literal c del artículo 19, el cual establece la obligación de guardar reserva respecto de las operaciones, actos, contratos, documentos e información que se relacione con el fideicomiso.

Si bien el artículo comentado no trata el deber de transparencia en cuanto a informar la calidad en que actúa, los autores Kiper y Lisoprawski entienden que esta obligación deriva del principio de buena fe aplicado a la fase de las tratativas: cuando el Fiduciario se propone celebrar un contrato en ejecución de su encargo, la regla de actuación leal en la fase precontractual pondría a su cargo la obligación de informar que obra conforme a esa calidad. Con razón entiende el Esc. Caffera que este dato es vital para la formación de la voluntad de la contraparte ya que de ello dependerá si cuenta o no con el respaldo, la garantía del patrimonio fideicomitido.

¹⁰ Citado por el Dr. Ordoqui en su obra *El Fideicomiso*, pag. 55.

iv) Llevar inventario y contabilidad separados del patrimonio fiduciario respecto del patrimonio personal.

En este sentido, el literal a del artículo 19 dispone como obligación del fiduciario: *“Mantener un inventario y una contabilidad separada de los bienes, derechos y obligaciones que integran el patrimonio fiduciario. En caso que sea fiduciario en varios negocios de fideicomiso, deberá llevar contabilidad separada de cada uno de ellos. En todos los casos la contabilidad deberá estar basada en normas adecuadas.”*

Esta obligación es una consecuencia del deber de llevar adelante una buena administración. La separación de la contabilidad debe ser real y ordenada, no estando referida únicamente al patrimonio inmobiliario sino que a todos los bienes que compongan el fideicomiso.

v) Defender el patrimonio fideicomitado ante posibles acciones de terceros.

Esta obligación surge del inciso primero del artículo 15 de la ley, el cual dispone: *“El fiduciario está obligado a ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitados, tanto contra terceros como contra el beneficiario.”*

De esta norma se desprende que el fiduciario tiene no sólo la obligación de conservar y custodiar los bienes sino que incluso la obligación de practicar acciones judiciales tendientes a la defensa del patrimonio de afectación. Este deber es propio del actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios. El Dr. Ordoqui ilustra este punto con el siguiente ejemplo: si el inmueble dado en fideicomiso es ocupado por intrusos, el fiduciario debe plantear el desalojo.

vi) Transmitir el patrimonio fideicomitado al sustituto en caso de cese o de sucesividad regulada por el propio fideicomiso, permitiendo la continuidad de la gestión fiduciaria por parte del sustituto.

Esta obligación surge de la conjunción del literal b del artículo 19 y del inciso segundo del artículo 33, los cuales respectivamente disponen:

Artículo 19 literal b: *“Además de las previstas en el negocio constitutivo y en los artículos precedentes, son obligaciones del fiduciario: Transferir los bienes del patrimonio fiduciario al fideicomitente o al beneficiario al concluir el fideicomiso o al fiduciario subrogante en caso de sustitución o cese.”*

Artículo 33: *“Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomitente o a sus sucesores, salvo que otra cosa se hubiera establecido en el negocio constitutivo. En el caso de cese del fiduciario y si no se hubiere designado sustituto, dicha entrega operará de pleno derecho.”*

La transferencia de los bienes debe ser hecha en forma completa, con todos los frutos y los beneficios que haya generado el fideicomiso y que estén subsistentes.

c) Responsabilidades

De acuerdo a lo recién expuesto, vemos que las obligaciones a cargo del Fiduciario son obligaciones de medios. Señala el Esc. Cafferá que para cumplirlas el Fiduciario debe actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios en quien se ha depositado la confianza necesaria para llevar a cabo el encargo. Sólo incurre en incumplimiento si actúa sin satisfacer dicho standard o patrón de conducta. Esto significa que la responsabilidad en toda caso, derivará de una contrastación del comportamiento del Fiduciario con la regla abstracta referida.

El inciso tercero del artículo 16 de la ley N° 17.703 establece que *“en ningún caso podrá exonerarse de responsabilidad al fiduciario por los daños provocados por su dolo o culpa grave, así como por aquellos causados por el de sus dependientes”*.

El Esc. Cafferá divide la eventual responsabilidad del fiduciario en dos fases, una interna y otra externa. Siguiendo esta clasificación, vemos que en su *fase interna*, el incumplimiento de la obligación de gestión fiduciaria genera la responsabilidad del Fiduciario frente al Fideicomitente y Beneficiario. En ambos casos la responsabilidad es contractual dado que el vínculo es de carácter obligacional. Las consecuencias de este incumplimiento son:

i) La obligación de resarcir los daños y perjuicios causados, en aplicación del artículo 1342 del Código Civil.

ii) La ley no prevé la resolución del contrato como respuesta ante el incumplimiento. Las soluciones que da la ley son la posibilidad que el Fideicomitente o el Beneficiario soliciten la remoción del Fiduciario, en cuyo caso opera el mecanismo de la sustitución (si se lo hubiera previsto de forma expresa) o la extinción del fideicomiso si no hubiera sustituto previsto. Para el caso del fideicomiso testamentario la posibilidad del fideicomitente de sustituir al fiduciario siempre existe, por medio de un nuevo testamento.

En su *fase externa*, es decir que para el caso en que para cumplirse la gestión fiduciaria se contraigan obligaciones con terceros, el Fiduciario sólo responderá con el patrimonio fideicomitado. Aquí se quiebra el principio del artículo 2372 del Código Civil según el cual todos los bienes del deudor son la garantía común de sus acreedores. En caso de ser deudor, el Fiduciario goza de un régimen de separación patrimonial: tiene dos o más patrimonios (uno propio y otro u otros fiduciarios) como fideicomisos haya aceptado. Las deudas contraídas frente a terceros no están garantizadas con el patrimonio personal del Fiduciario sino que únicamente con aquellos bienes que ha recibido en virtud del fideicomiso.

d) Derechos

Los derechos del fiduciario son:

i) Salvo estipulación en contrario, tiene derecho al reembolso de los gastos incurridos en beneficio del patrimonio que integra su dominio fiduciario y a percibir una remuneración.

El poder percibir una remuneración es la contracara de la obligación del Fideicomitente de abonarla. Ambos derechos surgen del artículo 21 de la ley, el cual dispone lo siguiente: *“Salvo estipulación en contrario, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos incurridos en beneficio del patrimonio que integra su dominio fiduciario y a una remuneración. Si ésta no hubiere sido fijada en el contrato, la fijará el Juez teniendo en consideración la naturaleza del fideicomiso encomendado y la importancia del patrimonio fiduciario.”*

Es procedente preguntarse si el fiduciario puede ejercer derecho de retención sobre los bienes que integran el fideicomiso para el caso de que no se le paguen los gastos o la retribución oportunamente convenida. El Dr. Ordoqui plantea como posible solución, recurrir al inciso segundo del artículo 2301 del Código Civil el cual establece que *“Tampoco se puede retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda sin su consentimiento, excepto en los casos que las leyes expresamente designan.”* Con el citado autor, vemos que la norma establece que el derecho de retención exige para su efectividad un texto legal que lo autorice, lo cual no sucede a lo largo de la ley N° 17.703. Es por este motivo que el derecho de retención del fiduciario sobre los bienes dados en fideicomiso, no tendría en nuestro derecho, sustento legal.

ii) Para el caso de tratarse de legado de especie o género, tiene derecho personal a reclamar de los herederos la entrega de los bienes y derechos que constituyan su objeto. Este derecho surge de la primera parte del último inciso del artículo segundo de la ley, el cual dispone: *“El fideicomiso testamentario confiere al fiduciario derecho personal a reclamar de los herederos la entrega de los bienes y derechos que constituyan su objeto ...”*

iii) Para el caso de tratarse de legado de cosa cierta y determinada, el Fiduciario adquiere la propiedad de la misma desde la muerte del causante. Este derecho surge de la continuación de la frase anteriormente citada del artículo segundo de la ley, el cual dispone: *“... excepto en caso de recaer sobre una especie cierta. En tal caso, el fiduciario adquiere la propiedad de la misma desde la muerte del causante.”*

iv) En caso de tratarse de una institución a título universal, el Fiduciario heredero sucede conforme a los principios generales, o sea, a partir de la muerte del causante. Este derecho surge de la última oración del artículo segundo de la ley, el cual claramente establece: *“El fiduciario heredero sucede conforme a los principios generales.”*

e) Prohibiciones

Están enumeradas en el artículo 20 de la ley N° 17.703 y las mismas son:

i) *“Afianzar, avalar o garantizar de algún modo al Fideicomitente o al Beneficiario el resultado del fideicomiso o las operaciones, actos y contratos que realice con los bienes fideicomitados”.*

Lo que se está prohibiendo en este caso es celebrar negocios de garantía accesorios para asegurar el resultado del fideicomiso.

ii) *“Realizar operaciones, actos o contratos con los bienes fideicomitados, en beneficio propio, de sus directores o personal superior, de sus parientes directos o de las personas jurídicas donde éstos tengan una posición de dirección o control”.*

Quien expusiera el tema de Fideicomiso Testamentario en las XLIII Jornadas Notariales en homenaje al Prof. Esc. Fernando Miranda con el Seudónimo de “Demeter”, afirma que la expresión “parientes directos” es sumamente imprecisa dado que con la misma no se sabe a ciencia cierta si los parientes incluidos en la prohibición son únicamente los consanguíneos o si también alcanza a los afines. Las dudas continúan para

saber si son los parientes en línea recta o en línea recta y colateral; lo mismo para el grado de parentesco que se cuenta.

iii) *“Realizar cualquier otro acto o negocio jurídico con los bienes fideicomitidos respecto del cual tenga un interés propio, salvo autorización conjunta y expresa del Fideicomitente y del Beneficiario”.*

De acuerdo a los principios generales, entendemos que lo hecho contra las normas prohibitivas es nulo, por lo que los actos o negocios jurídicos otorgados por el Fiduciario en violación de cualquiera de los preceptos del artículo 20 de la ley, irrogan nulidad absoluta.

De acuerdo al último inciso del artículo 33 de la ley, el Fiduciario también tendría prohibido adjudicarse en forma definitiva los bienes recibidos en fideicomiso. Quien firmara con el Seudónimo “Demeter” en la XLIII Jornada Notarial referida, señala que esta redacción peca de poco precisa, ya que quien tiene la facultad de adjudicar los bienes fiduciarios es el Fideicomitente: esta sería una prohibición para él, para adjudicar en forma definitiva los bienes dados en fideicomiso al Fiduciario.

f) Cesación en el cargo

Las causales por las cuales el fiduciario debe cesar en el cargo están enumeradas en el artículo 22 de la ley N° 17.703 y, en cuanto aplicables al fideicomiso testamentario, las mismas son:

i) *“Por muerte o incapacidad judicialmente declarada, así como por la pérdida de alguna de las condiciones exigidas para el ejercicio del comercio.”*

Cuando se produce la muerte del fiduciario, los bienes fideicomitidos no pasan a sus herederos ya que estos bienes no forman parte de su patrimonio personal, debiendo en todo caso, ser transmitidos a quien lo sustituya, de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la ley (referente a la sustitución del fiduciario).

Señala el Dr. Ordoqui que cuando se da la incapacidad judicialmente declarada del fiduciario, debe solicitarse de forma concomitante, la remoción judicial del fiduciario. Para proceder a la transmisión de los bienes fideicomitidos al nuevo fiduciario, se deberá contar con la colaboración de un curador que sea designado para tutelar al incapaz.

ii) *“Por disolución, quiebra, concurso o liquidación judicial.”*

Señala el Dr. Ordoqui que las hipótesis de quiebra y de disolución son únicamente aplicables a los fiduciarios personas jurídicas, ya que las personas físicas no quiebran ni se disuelven. Luego de la declaración judicial de la quiebra, quien actúa es el síndico en representación de la sociedad, de tal forma que a través suyo es posible transmitir los bienes fideicomitidos a un nuevo fiduciario.

iii) *“Por remoción judicial, a instancia del Fideicomitente o del Beneficiario, en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley o por el negocio constitutivo.”*

En esta causal nos encontramos con la revocación, la cual se caracteriza por depender de la discrecionalidad o de la voluntad del fideicomitente, sin necesidad de recurrir a procesos judiciales. Esto es de toda lógica en los fideicomisos testamentarios, donde por definición, los testamentos son negocios jurídicos esencialmente revocables. Por esta razón es que no se debe proveer alguna justificación o invocar alguna causa o razón para remover al fiduciario.

iv) *“Por remoción judicial, a instancia de la mayoría de los acreedores que representen el 50% (cincuenta por ciento) de los créditos, en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley o por el negocio constitutivo.”*

Señala el Dr. Ordoqui que si con el incumplimiento que justificó la solicitud de remoción judicial se causaron daños, puede acumularse la acción de remoción con la acción de responsabilidad por daños y perjuicios.

v) *“Por renuncia, cuando sea autorizada en el negocio constitutivo (el testamento) y por las causas en éste establecidas. Cuando el negocio constitutivo nada establezca, sólo podrá renunciar en caso de negativa del Beneficiario a recibir las prestaciones, o en caso de insuficiencia del producto del fideicomiso para el pago de su remuneración y siempre que el Fideicomitente o el Beneficiario se nieguen a pagarla. La renuncia tendrá efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al Fiduciario sustituto.”*

Una vez acaecido el cese del Fiduciario, se debe proceder a la transferencia de los bienes que integran el activo fiduciario a favor del sustituto. De acuerdo al artículo 14 de la ley, el sustituto es designado por el Fideicomitente, ya sea en el momento de otorgarse el negocio de fideicomiso (el testamento) o con posterioridad (nuevo testamento). Quien presentara la ponencia “Proyecto de Ley sobre Fideicomiso” con el Seudónimo “Lex” en la Jornada Notarial referida, muestra una de las lagunas del proyecto de ley (hoy día se

mantiene igual en la ley aprobada): no se prevé que en ausencia de previsiones en el sentido de designar a un sustituto en el negocio de fideicomiso, pueda darse la designación por intervención judicial.

Esta "laguna" fue considerada en la Comisión de Hacienda del Senado el 23 de julio de 2003. En esa oportunidad el Senador Gallinal manifestaba la excepcionalidad de esta situación ya que en la mayor de las veces, el fideicomitente habría previsto la sustitución del fiduciario por otro. El mencionado Senador expresaba: *"Esta es una hipótesis absolutamente excepcional porque, en todos los casos, siempre se va a prever. A mi juicio, si se da ese hecho absolutamente excepcional todo aquel que tenga un interés directo vinculado con el fideicomiso –ya sea porque es el beneficiario, el fideicomitente, o porque existe alguna otra razón– tiene derecho a promover ante el Juez competente que se haga la designación judicial provisoria y urgente de un fiduciario sustituto."*

Respecto de la posibilidad de designar varios fiduciarios, el artículo 13 de la ley dispone que para el caso en que el fideicomitente designe varios fiduciarios para que sucesivamente desempeñen el fideicomiso, deberá establecer el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse.

Si bien señalado por Giraldi¹¹ para la legislación argentina, también procedería su aplicación a nuestra legislación: la enumeración de situaciones en las cuales el fiduciario cesa puede verse incrementada, por lo que la enumeración no sería taxativa, refiriéndose a causas de cesación previstas en el propio instrumento de fideicomiso mas otras implícitamente comprendidas en los alcances del artículo que las trata (impedimentos graves de salud, inhabilitación judicial, ocultación o ausencia, etc.).

3. Beneficiario

a) Generalidades

Es la persona designada por el testador, a cuyo favor se ejerce el fideicomiso. A diferencia de nuestra ley, la ley argentina N° 24.441 del 22 de diciembre de 1994 distingue la figura del beneficiario de la del fideicomisario en el entendido de que el primero es aquél que se beneficia con las rentas de los bienes fideicomitados, que se administran a su favor; mientras que el segundo es llamado a recibir la propiedad de los bienes fideicomitados cuando el fideicomiso se extingue.

Señala el Esc. Caffera que nuestra ley no desconoce la función particular de ser el destinatario final de los bienes, pero a diferencia de la ley argentina (para la cual esta función es la del fideicomisario), en el inciso segundo del artículo 33 de la ley, la subsume dentro de la figura de:

- i) El fideicomitente o sus sucesores, siendo en nuestro derecho el destinatario "natural" final del patrimonio fideicomitado o su remanente.
- ii) El beneficiario, que es el destinatario en caso de que así se hubiese establecido en el negocio constitutivo.

b) Legitimación

El inciso segundo del artículo 23 de la ley N° 17.703 dispone que para el caso de fideicomiso testamentario rigen los principios del Código Civil, remitiéndose a los artículos 1038, 835 y 841 del citado cuerpo normativo. El primero de los artículos referidos dispone que se requiere que el sucesor a título universal o particular exista en el momento de la apertura de la sucesión, excepto que se suceda por derecho de transmisión según lo dispuesto en el artículo 1040 del Código Civil, en cuyo caso bastará existir al tiempo de abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia.

Continuando con los artículos a los cuales se remite la ley de fideicomiso en la especie testamentaria, vemos que el artículo 835 del Código Civil establece las causales de incapacidad para disponer y adquirir por testamento, las cuales son:

1) El que no estuviere concebido al tiempo de abrirse la sucesión o, aunque concebido, no naciera viable conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 216 del Código Civil: de vida y haber vivido veinticuatro horas naturales.

2) Las asociaciones o corporaciones no permitidas por las leyes (artículo 21 inciso 2°).

Por último, el artículo 841 del Código Civil establece la nulidad de la disposición hecha a favor de un incapaz, tanto que se la disfraza bajo la forma de un contrato oneroso o usando el nombre de una interpuesta persona.

¹¹ Citado por Hayzus en su obra Fideicomiso, pag. 160.

Dado que el artículo 834 del Código Civil dispone que pueden adquirir por testamento todos los que la ley no declara incapaces o indignos, entendemos que también deben aplicarse las causales de indignidad para adquirir y disponer por testamento contenidas en el artículo 842 del citado cuerpo normativo, las cuales son:

1. "El condenado en juicio por homicidio intencional o tentativa del mismo contra la persona de cuya herencia se trata, contra el cónyuge y contra los descendientes del mismo."
2. "El heredero mayor de edad que sabedor de la muerte violenta del difunto, no la denuncia dentro de sesenta días a la justicia cuando ésta no ha procedido ya de oficio sobre ella. Si los homicidas fueren ascendientes o descendientes o hermanos del heredero o cónyuge, cesará en éste la obligación de denunciar."
3. "El que voluntariamente acusó o denunció al difunto de un delito capital."
4. "El pariente que, sabiendo ser heredero presuntivo del difunto y hallándose éste demente y abandonando, no cuida de recogerle o hacerle recoger en un establecimiento público."
5. "El que para heredar estorbó, por fuerza o fraude, que el difunto hiciera testamento o revocara el ya hecho o sustrajo éste o forzó al difunto para testar. Las causas de indignidad, expresadas en este artículo, comprenden también a los legatarios."

c) Beneficiario no identificado y la posible coordinación con las fundaciones constituidas por acto testamentario.

El inciso tercero del artículo 23 de la ley N° 17.703 dispone: *"El beneficiario puede ser una persona futura que no exista al tiempo del otorgamiento del fideicomiso contractual, en cuyo caso deberá establecerse con precisión las características que permitan su identificación futura. El fideicomiso contractual quedará en tal caso, sujeto a la condición suspensiva de existencia de la persona beneficiaria y quedará sin efecto de no verificarse la misma dentro del plazo del año a partir del otorgamiento."*

Del citado texto, junto con el Dr. Ordoqui puede apreciarse que la determinación del beneficiario no puede demorar más de un año ya que de lo contrario, cae el fideicomiso en virtud de la condición suspensiva. A esto se le ha denominado "beneficiario condicional", o sea, supeditado a un hecho, como puede ser que se establezca que el beneficiario será un hijo que va a nacer o una sociedad que se va a formar. El caso sería el de un abuelo que quiere dejar un fideicomiso en beneficio de un nieto no nacido todavía.

Este artículo podría coordinarse con la situación prevista para las fundaciones constituidas por acto testamentario, cuya regulación la encontramos en los artículos 13 a 17 de la Ley N° 17.163, los cuales citamos a continuación:

Artículo 13. *"En los casos en que los aportes se realicen por disposición testamentaria se aplicarán las normas pertinentes del Código Civil."*

Si a la fecha de fallecimiento del testador - si se trata de testamento abierto- o al efectuarse la apertura del testamento cerrado la autoridad competente no ha reconocido la personalidad jurídica de la fundación beneficiaria, los bienes aportados quedarán bajo la custodia de la o las personas designadas por el testador a tales efectos o en ausencia de designación del albacea o a falta de éste, de los herederos o legatarios, hasta tanto se obtenga el reconocimiento referido.

Las personas mencionadas en el inciso anterior, cuando tengan la custodia de los bienes aportados a la fundación futura, serán responsables por la conservación de los mismos y por su inmediata entrega con sus frutos y accesorios, una vez que se obtenga el reconocimiento requerido."

Artículo 14. *"En todos los casos en que se designe heredero o legatario a una fundación no reconocida por la autoridad competente, los restantes herederos y legatarios así como el o los albaceas, tendrán la obligación de comunicar dicha situación al Ministerio Público dentro de los treinta días siguientes al fallecimiento del causante en caso de testamento abierto o de la apertura del testamento cerrado."*

El Ministerio Público tendrá todas las facultades necesarias para asegurar la conservación de los bienes y lograr el reconocimiento de la personalidad jurídica de la fundación y podrá solicitar al tribunal competente todas las medidas que estime necesarias a tales efectos."

Artículo 15. *"En las hipótesis de aporte de bienes por disposición testamentaria a fundaciones futuras, el reconocimiento de la personalidad jurídica de las mismas deberá ser obtenido dentro del plazo de un año computado desde el fallecimiento del causante en caso de testamento abierto o desde la apertura del testamento cerrado."*

Si por cualquier causa no se obtuviese el reconocimiento en el plazo señalado, quedará sin efecto la disposición testamentaria y se procederá con los bienes según lo previsto en el artículo 23 de la presente ley."

Artículo 16. *“Si se diera la situación prevista en el inciso segundo del artículo anterior, las personas que tengan la custodia de los bienes aportados a fundaciones futuras, los albaceas, los herederos y los legatarios, tengan éstos la tenencia de los bienes o no, quedarán comprendidos en lo previsto en el artículo 842 del Código Civil, sin perjuicio de las acciones que correspondan contra el o los responsables de la no obtención del reconocimiento de la personalidad jurídica de la fundación.*”

Lo dispuesto en el inciso precedente no será de aplicación cuando los albaceas, herederos o legatarios demuestren que han intentado cumplir con sus obligaciones respecto a la entrega de los bienes y que la misma les ha resultado imposible.”

De las citadas disposiciones surge la similitud entre ambas situaciones: así como en el caso de la ley 17.163 se puede disponer de un patrimonio a favor de una fundación a ser constituida por acto testamentario y que por ello a la fecha de la disposición todavía no existe como tal, lo mismo puede realizarse en un fideicomiso testamentario, designándose como beneficiario a una persona que no exista al tiempo del otorgamiento del mismo.

Asimismo el plazo de un año es también coincidente:

i) Para las fundaciones el plazo de un año se explica para el caso de que se designe como beneficiaria a una fundación a la fecha inexistente: debe obtener el reconocimiento de su personalidad jurídica dentro del año contado desde el fallecimiento del causante en caso de testamento abierto o desde la apertura del testamento cerrado. En caso contrario, la disposición testamentaria queda sin efecto y se liquida el patrimonio, disponiendo el Ministerio de Educación y Cultura su destino.

ii) Para los fideicomisos testamentarios cuyos beneficiarios sean personas no identificadas, también se supedita la existencia del instrumento de fideicomiso al hecho de que la persona designada como beneficiaria tenga plena existencia dentro del plazo del año.

d) Derechos

Frente a la obligación de gestión fiduciaria del Fiduciario, existe un derecho de crédito del Beneficiario, que es un tercero en cuyo favor se estipula la misma. Señala el Esc. Caffera que la posición del Beneficiario es la de un acreedor del Fiduciario, resolviéndose la relación sobre el eje de los derechos personales. Se trata de un derecho que pasa a formar parte del patrimonio del beneficiario y por ello, es transmisible por causa de muerte.

En particular, los derechos del beneficiario son:

i) Ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando éste no lo hiciere en violación de sus obligaciones (el inciso segundo del artículo 15 de la ley dispone que el Juez podrá autorizar al beneficiario a ejercerla).

Con la doctrina mayoritaria entendemos que en este caso se ha regulado una subrogación legal a favor del beneficiario, debiéndose aplicar en consecuencia los principios que regulan la acción subrogatoria y que están regulados en el artículo 1295 del Código Civil, el cual establece: *“Podrán los acreedores pedir al juez que los autorice para ejercer todos los derechos y acciones de su deudor. Exceptuase los derechos que no ofrezcan un interés pecuniario y actual y aquellos que por su naturaleza o por disposición de la ley no pueden ser ejercidos por el deudor o que a lo menos no pueden serlo contra su voluntad por otra persona”.*

ii) Solicitar al juez la remoción del fiduciario en caso de que éste incumpla las obligaciones impuestas por la ley o por el propio instrumento de fideicomiso (el testamento).

iii) Solicitar al juez la revocación de actos celebrados por el fiduciario que le sean inoponibles, haciendo los planteos judiciales pertinentes (último inciso del artículo 17 de la ley).

e) Designación conjunta o sucesiva

El último inciso del artículo 1° de la ley N° 17.703 dispone que podrá haber pluralidad de fideicomitentes y de beneficiarios. Para el caso de que sean varios los beneficiarios designados y, al tenor del artículo 24 de la ley, los mismos podrán gozar de sus derechos en forma conjunta o sucesiva, con excepción de la hipótesis prevista en el literal a del artículo 9° de la ley, el cual prohíbe y sanciona con nulidad absoluta, a los *“Fideicomisos testamentarios en los que se designen diversos beneficiarios en forma sucesiva, procediendo la sustitución a la muerte del beneficiario anterior.”*

En este sentido, el 22 de mayo de 2003, el Dr. Ricardo Olivera García, en la Comisión de Hacienda del Senado, exponía que: *“lo que nos parece interesante es no penalizar el fideicomiso por una aplicación especial y específica del fideicomiso, que tradicionalmente el Legislador quiso impedir. Nos parece mucho más*

razonable que, si la prohibición del fideicomiso pretendía evitar la sucesión fideicomisaria, en realidad se prohibiera la sucesión fideicomisaria y no el fideicomiso en sí mismo, como institución, que podía tener alcances mucho más variados que éstos."

Continúa diciendo el artículo 24 de la ley, que para el caso de designación conjunta, salvo disposición en contrario, se repartirán los beneficios obtenidos por partes iguales. Para el caso que alguno de los beneficiarios designados en forma conjunta no acepte, no llegue a existir o no pueda ser determinado, los beneficios que éstos debieran percibir se deberán repartir por partes iguales entre los demás beneficiarios, salvo que otra cosa se dijere en el instrumento de fideicomiso. Finalmente se establece que pueden también designarse beneficiarios sustitutos para el caso de ausencia de aceptación.

De esta norma se desprende que el o los beneficiarios deben aceptar su condición de tales. Ello se explica porque nadie puede estar obligado a conformar una situación jurídica contra su voluntad. Señala Hayzus, en posición que compartimos, que la aceptación del beneficiario es el elemento que cierra el circuito del fideicomiso entre éste y el fiduciario, a tenor de las disposiciones del fideicomitente. A partir de esta aceptación, el fideicomiso testamentario mostraría su verdadera naturaleza jurídica, cual es la de una estipulación a favor de terceros.

Señala el Dr. Ordoqui, que el beneficiario se introduce en la relación jurídica a través de dos exigencias:

- i) Su individualización precisa o la posibilidad de identificarlo claramente en un futuro.
- ii) Su aceptación: en opinión del citado autor, se presupone que toda la figura gira en torno a lo establecido en el artículo 1256 del Código Civil, donde se regula la estipulación para otro. Nadie puede integrar una relación jurídica contra su voluntad. La aceptación por parte del beneficiario puede ser dada por su representante legal o estar implícita en alguna conducta que éste asuma.

En la Comisión de Hacienda del Senado, el pasado 12 de junio de 2003, se trató la posibilidad de los beneficiarios de negarse a recibir el beneficio del fideicomiso. En este sentido el Dr. Siegbert Rippe mencionó que el beneficiario puede renunciar al fideicomiso, ya sea por sí o por su curador. A continuación menciona que quién tiene la representación de los incapaces (Normalmente, si se trata de hijos menores, la tienen los padres en régimen de patria potestad y, si ésta se pierde, puede haber un tutor o un curador, quienes son los representantes legales; el tutor sería para menores de edad y el curador para los dementes u otros casos de mayores de edad incapaces) es quien lo hace. Este planteo lo lleva a cuestionarse lo siguiente: *"¿podemos dejarle a un tutor o curador el derecho potestativo de renunciar al beneficio del curado o del menor de edad, o tendrá que hacerlo con autorización judicial?"* Ante el planteo formulado, nadie en el Senado pudo dar respuesta a esta interrogante

f) Beneficiario sujeto a plazo o condición

El fideicomitente puede haber sometido el fideicomiso a condición o plazo resolutorio. La situación del beneficiario va a ser distinta según se trate de una u otra modalidad.

Siendo sucesor mortis causa del testador fideicomitente, el beneficiario sometido a plazo debe necesariamente sobrevivirlo para adquirir los bienes que le deja a través del fiduciario, quien debe transmitírselos cuando se cumpla el término puesto al fideicomiso. Señala el Dr. Francisco A. M. Ferrer que no sería preciso que sobreviva al fiduciario, del momento que no es su sucesor. Ambos son sucesores mortis causa del testador. Para el caso que falleciera antes que el fiduciario y antes del cumplimiento del plazo, igualmente transmite su derecho a sus sucesores, a quienes el fiduciario debe entregar los bienes, de la misma manera que si hubiese fallecido después de vencido el plazo.

En el fideicomiso sometido a plazo, el beneficiario tiene un derecho seguro, cierto, sólo que su exigibilidad está diferida en el tiempo. Distinta sería la situación del fideicomiso sometido a una condición. Un mismo acontecimiento funciona en forma simultánea como condición resolutoria para el fiduciario cuyo derecho se extingue, y como condición suspensiva para el beneficiario en virtud del cual adquiere aquél derecho. En este caso el beneficiario debe sobrevivir al testador y al cumplimiento de la condición; porque si sólo sobrevive al testador, quedaría como titular de un derecho condicional, eventual, que no lo habilita a aceptar la herencia. En este caso, si fallece antes del cumplimiento de la condición resolutoria, no transmitiría a sus sucesores ningún derecho a los bienes fideicomitados dejados por el causante.

En la XLIII Jornada Notarial Uruguaya, quien presentara su ponencia bajo el Seudónimo de "Lex" expresa que mientras no se cumpla el evento – condición, el beneficiario podría realizar actos conservatorios de su derecho, como por ejemplo la interrupción de la prescripción adquisitiva, tal como podría realizarlo cualquier interesado.

E) Requisitos esenciales del Fideicomiso que debe contener el Testamento

En un principio el proyecto de ley no contenía disposición alguna señalando los requisitos o cláusulas mínimas que el fideicomiso debía tener. Ello fue señalado por el Dr. Siegbert Rippe en oportunidad en que asistiera a la Comisión de Hacienda del Senado el 22 de mayo de 2003. Por este motivo sostuvo que *“convendría establecer algunos requisitos o cláusulas mínimas que debería tener el contrato de fideicomiso. Comparando con otras legislaciones, normalmente se pide que en el contrato de fideicomiso se identifiquen claramente los bienes a aportar al fideicomiso; se determine el modo o forma de transmisión del fideicomiso; se aclare todo lo relacionado con algunos aspectos de gestión y administración del fideicomiso; se exprese con mucha precisión lo vinculado con el destino de los bienes aportados al fideicomiso, etcétera. Es decir que debe tener algunas cláusulas mínimas.”* Estas apreciaciones fueron consideradas por los integrantes de la Comisión de Hacienda, con lo cual se redactó el actual artículo 4° de la ley N° 17.703.

Sin perjuicio de que el testamento para su validez debe reunir las formalidades de la forma testamentaria elegida por el testador (testamento abierto o cerrado), del artículo 4° de la ley N° 17.703 surgen los requisitos esenciales que el testador debe establecer para instituir el fideicomiso, los cuales son:

i) *“La individualización de los bienes objeto del fideicomiso. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, deberá constar la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes.”*

Este requisito refiere al objeto del contrato, el cual, conforme a los principios generales, debe ser determinado o determinable, sin lo cual el contrato es nulo o inexistente (según la posición doctrinaria que se adopte al respecto).

ii) *“La determinación del procedimiento en que los bienes podrán ser incorporados al fideicomiso.”*

Por esta disposición se comprende que debe aclararse como se incorporarán mas bienes a un fideicomiso ya existente. El Esc. Caffera señala en este sentido, el carácter eventualmente dinámico del patrimonio fideicomitado. Entendemos que al ser un fideicomiso testamentario, deberá existir un nuevo documento con las debidas formalidades que así lo disponga.

iii) *“El plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria.”*

En caso de que en el documento constitutivo del fideicomiso (el testamento) no se disponga plazo alguno, se aplica el literal b del artículo 33 de la ley, el cual dispone que en ese caso el máximo legal del fideicomiso es de treinta años. Toda condición resolutoria de que penda la restitución de los bienes fideicomitados que tarde más de treinta años en cumplirse, se tendrá por verificada llegado dicho plazo.

En el caso del fideicomiso testamentario el plazo se cuenta desde la apertura de la sucesión, o sea, desde el fallecimiento del testador, aunque la constitución del fideicomiso se perfecciona con la aceptación del fiduciario (expresa o tácita).

En materia de plazos, señala el Dr. Gustavo Ordoqui que se incurrió en una omisión: si bien se estableció un plazo máximo de duración del fideicomiso, no se ha establecido un plazo máximo dentro del cual el destinatario del fideicomiso testamentario debe aceptar o no dicho fideicomiso. Por principio, al heredero no se le podría imponer la obligación de aceptar la herencia, pudiendo incluso, dentro de parámetros generales, aceptarla bajo beneficio de inventario o repudiarla, así como también podría repudiar un fideicomiso testamentario.

Para el caso de que el fideicomiso esté sujeto a condición, deberían respetarse los principios del Código Civil, en especial lo dispuesto por los artículos 1408 y 1409 (estas dos normas por expresa indicación del artículo 1410 del mismo cuerpo normativo, que los remite a las disposiciones testamentarias), los cuales establecen lo siguiente:

Artículo 1408: La condición de cosa físicamente imposible, contraria a las buenas costumbres o prohibida por las leyes, es nula e invalida la convención que de ella pende. Se mirará también como imposible la condición que esté concebida en términos ininteligibles.

Artículo 1409: Son especialmente prohibidas las condiciones siguientes:

- 1° De mudar o no mudar de religión.
- 2° De no contraer absolutamente primero o ulterior matrimonio.
- 3° De abrazar un estado incompatible con el de matrimonio.
- 4° De casarse con determinada persona o con aprobación de un tercero o en cierto lugar o en cierto tiempo.
- 5° De no casarse con determinada persona o divorciarse.

6° De habitar siempre en lugar determinado o sujetar la elección de domicilio a la voluntad de un tercero.
iv) “El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso.”

Es necesario vincular esta disposición con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 33 de la ley, el cual dispone que producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomitente o a sus sucesores, salvo que otra cosa se hubiera establecido en el negocio constitutivo.

v) “Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si éste cesare.”

Señala el Esc. Caffera que la forma de sustituir al fiduciario no es un requisito excluyente del instrumento de fideicomiso. En primer lugar el artículo 14 de la ley dispone que el Fideicomitente “podrá” designar uno o más sustitutos, por lo cual le concede la facultad de hacerlo (no el deber). Asimismo el inciso segundo del artículo 33 contempla expresamente el caso en que cesa el Fiduciario y “no se hubiera designado sustituto”.

Si bien establece los derechos y obligaciones del fiduciario, el autor Francisco A. M. Ferrer expone en su trabajo que el testador también podría establecer estipulaciones aclaratorias, ampliatorias o complementarias de las disposiciones legales, siempre que no contradigan las normas imperativas, como ser fijar criterios y condiciones para la administración de los bienes fideicomitidos, sanciones por su incumplimiento, causales de remoción, etc. Entendemos que esta idea formulada por un autor argentino para la ley argentina, bien puede aplicarse a nuestra ley de fideicomiso.

F) Objeto del Fideicomiso Testamentario

Constituye el objeto del fideicomiso los bienes que debe administrar el fiduciario. Se trataría de bienes en sentido amplio, debiéndose aplicar en consecuencia los artículos 460 a 475 del Código Civil, los cuales definen que se entiende por bienes (todo lo que tiene una medida de valor y puede ser objeto de propiedad), su clasificación en muebles e inmuebles y definen a los bienes incorporales.

Con esta amplitud en la definición que nos proporciona nuestro Código Civil, fácilmente ingresan en la nómina de los bienes, los siguientes: créditos, patentes de invención, acciones, títulos valores, derechos intelectuales, obligaciones negociables, sumas de dinero, inmuebles, etc.

El inciso segundo del artículo 5° de la ley, refiriéndose al objeto del fideicomiso testamentario, establece que el mismo puede recaer sobre toda la herencia o una cuota parte de la misma, o sobre bienes, derechos, universalidades de bienes, y demás relaciones jurídicas activas que compongan el patrimonio sucesorio.

Señalan Kiper y Lisoprawski que la mayoría de la doctrina argentina considera que no es posible que el testador transmita fiduciariamente una universalidad (el todo o una parte de la herencia) ya que el texto normativo argentino (el cual es muy similar al nuestro) exige la individualización de los bienes objeto del contrato y para el caso de que ello no fuera posible, deberá constar la descripción de los requisitos y características que los bienes deben reunir.

En la posición contraria se ubica el autor argentino López de Zavalía¹², quien sostiene que la herencia es un bien que como tal puede ser objeto del contrato de fideicomiso y si es posible una cesión de herencia también debe serlo un fideicomiso de una universalidad.

G) Finalidades del Fideicomiso Testamentario

La generalidad de la doctrina señala que las finalidades del fideicomiso testamentario están vinculadas fundamentalmente con las relaciones de familia, y tienden a evitar la dilapidación o mala administración de los bienes por parte de herederos incapaces o carentes de idoneidad administradora, a la vez que el testador se asegura el riguroso cumplimiento de su voluntad.

Asimismo pueden constituirse fideicomisos con fines de beneficencia, a favor de fundaciones, instituciones culturales, deportivas, etc. destinando todo el patrimonio hereditario o una parte del mismo, aunque con el límite de la porción disponible si existen herederos forzosos.

Señala Hayzus que con estas finalidades de protección de los menores e incapaces, pueden establecerse fideicomisos de administración, de inversión o de simple conservación del patrimonio fideicomitado. El resto de las especies de fideicomisos (caso del fideicomiso de garantía) difícilmente puedan instrumentarse por vía testamentaria, porque en esos casos, antes de constituirse, los fideicomisos requieren cierto grado de negociación que no se da en el fideicomiso testamentario, en el cual prevalece la voluntad unilateral del testador.

¹² Citado por Kiper y Lisoprawski en su Tratado de Fideicomiso, pag. 516.

H) Efectos del Fideicomiso Testamentario

Las cosas, muebles o inmuebles, son de titularidad dominial del fiduciario. Pero su derecho de dominio tiene ciertas singularidades que lo diferencian claramente del derecho de propiedad que surge del Código Civil:

i) No es absoluto ya que está limitado por las condiciones, las instrucciones que le ha impuesto el testador (fideicomitente) y las propias establecidas en la propia ley, las cuales restringen su poder de disposición y de usufructuar los bienes.

Esta limitación va contra lo que es la regla en el derecho de propiedad ordinario, el cual otorga amplios poderes de uso, disfrute, abuso y disposición del bien sin limitación alguna. En este sentido el artículo 486 del Código Civil dispone que *“el dominio (que se llama también propiedad) es el derecho de gozar y disponer de una cosa arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”*.

En la XLIII Jornada Notarial, quien presentara su ponencia con el Seudónimo de “Fides”, indicaba que los numerales segundo y cuarto del artículo 487 del Código Civil establecen que el derecho de gozar y disponer de una cosa, notas caracterizantes del dominio, comprende: *“el de servirse de la cosa, no sólo para los usos a que está generalmente destinada, sino para los otros que estén en la voluntad del dueño”* así como *“el de destruir enteramente la cosa, si le conviene o le parece”*. Lejos de contar con estos caracteres, la propiedad fiduciaria está afectada a un fin determinado en el testamento y limitada por éste, careciendo de las atribuciones que derivan según la norma citada en último término del concepto mismo de propiedad.

Asimismo, los frutos de los bienes fideicomitidos no integran el patrimonio personal del fiduciario, sino que ingresan directamente al patrimonio fiduciario, al igual que los bienes que se lleguen a adquirir con los mismos. Si el testamento guarda silencio y la adquisición de los bienes con los frutos no fuese necesaria para alcanzar los fines determinados, por el inciso segundo del artículo 20 de la ley N° 17.703 le está vedado al fiduciario adquirirlos ya que le está prohibido *“Realizar operaciones, actos o contratos con los bienes fideicomitidos, en beneficio propio”*.

ii) No es perpetuo, tiene una duración máxima de treinta años.

Esta particularidad también se opone a la regla general en materia de propiedad ordinaria, la cual constituye un derecho real caracterizado por su tendencia a la perpetuidad.

iii) Es transitorio ya que el fiduciario tiene la obligación al concluir el fideicomiso, de transferir los bienes fideicomitidos, al o a los beneficiarios.

iv) Es una propiedad que no tiene como función económica normal, satisfacer el interés de su titular sino la de un sujeto distinto. En este sentido, señala el Esc. Caffera que se disocia titularidad del derecho y gestión por un lado, del aprovechamiento económico por otro.

El acto de transmisión del dominio no es gratuito ni oneroso para el fiduciario, ya que su valor económico es cero para él y neutro como tal: recibe los bienes a título de confianza para cumplir los fines instruidos por el fideicomitente, con los alcances indicados en el instrumento de fideicomiso (en nuestro caso, el testamento).

Continúa exponiendo el Esc. Caffera que la propiedad fiduciaria pasa a ser el eje de una ruptura importante en nuestro sistema jurídico: el principio de unidad patrimonial. De acuerdo a este principio a cada sujeto le corresponde un patrimonio y no hay patrimonio sin un sujeto que lo detente. Con la aprobación de la ley de fideicomiso, se admite la existencia de una pluralidad de patrimonios en cabeza del Fiduciario, por lo que éste pasa a tener un patrimonio personal y tantos patrimonios fiduciarios como fideicomisos en que sea parte.

No obstante las particularidades señaladas, cuando el fiduciario transmite el bien o derecho no lo hace en calidad de “propietario fiduciario”, sino que en calidad de simple propietario: en este sentido es importante señalar que el beneficiario adquiere el dominio pleno de los bienes transmitidos, sin ningún tipo de limitación.

I) Extinción del Fideicomiso Testamentario

El artículo 33 de la ley N° 17.703 señala las causales de extinción del Fideicomiso, siendo aplicables a la extinción del Fideicomiso testamentario, las siguientes:

a) “El cumplimiento total de sus fines o la imposibilidad absoluta de cumplirlos.”

Para el caso de que se constate una imposibilidad absoluta de cumplir el fin, señala el Dr. Ordoqui que se debe tratar de una imposibilidad sobreviniente, permanente, absoluta, imprevisible e irresistible. Continúa diciendo el mencionado autor, que debe darse una situación que se pueda calificar de fortuita, no imputable

al fiduciario. Si por ejemplo prospera una acción por fraude de un acreedor y el fiduciario pierde los bienes, el fideicomiso no podría continuar.

b) "El cumplimiento del plazo o condición resolutoria a que se hubiese sometido, con la limitación del plazo de 30 años."

Vencido el plazo de treinta años el fiduciario tiene la obligación de entregar los bienes fideicomitados al beneficiario. No se ha establecido en la ley que en este caso la transferencia de los bienes opera de pleno derecho por el cumplimiento del plazo, por lo que debe instrumentarse la transferencia de dominio. Este plazo de treinta años se computa desde la constitución del fideicomiso.

Cuando el 12 de junio de 2003 se trató en la Comisión de Hacienda del Senado el tema del plazo de treinta años, se mencionó el caso de los incapaces con una incapacidad permanente y que por tal motivo, se debería poder superar el límite temporal de los treinta años. En este sentido el Dr. Siegbert Rippe mencionó la legislación argentina la cual si prevé este caso y lo regula en el sentido de ampliar el plazo para cuando el fideicomiso se constituyó con la finalidad de proteger los intereses de estas personas, existiendo el mismo hasta la muerte del incapaz o el cese de la incapacidad. Desafortunadamente este aspecto no fue contemplado en la redacción de nuestra ley. Expresaba el mencionado doctrino de forma aclaratoria: *"La incapacidad implica una declaración judicial en tal sentido; no hay incapaz en nuestro Derecho que no sea declarado judicialmente. Sin embargo las causas de incapacidad, por alguna circunstancia, pueden cesar. Por ejemplo, en el caso de un sordomudo que no se puede hacer entender por escrito, quizás la tecnología logre revertir esa situación; eso no se puede saber con antelación. Lo mismo sucede con un demente que ha sido declarado incapaz por alguna circunstancia pero de pronto puede descubrirse un nuevo medicamento u operación que modifique la situación y pueda recuperar su plena capacidad. Quiere decir que se cubre al incapaz por toda su vida y no por treinta años, teniendo en cuenta además que la expectativa de vida supera los setenta años. Entonces, debemos tener en cuenta el riesgo que tiene el plazo en circunstancias anómalas como es la incapacidad."*

c) "La cesación en el pago de las obligaciones."

Esta causal de extinción debe coordinarse con el inciso primero de artículo 8 de la ley, el cual dispone: *"Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados. La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de quiebra, concurso o liquidación judicial. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fideicomitente o el beneficiario según disposiciones contractuales, procederá su liquidación privada, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra."*

Si se produce la cesación de pagos causada por la insuficiencia de bienes fideicomitados, se debe liquidar la propiedad fiduciaria de acuerdo a lo previsto en la norma citada. La ley no dispone la quiebra del patrimonio afectado al fiduciario sino que la procedencia de su liquidación por parte del propio fiduciario (con todas las críticas que ello implica).

d) "Muerte o incapacidad judicialmente declarada del fiduciario, salvo que en el instrumento de constitución del fideicomiso se haya designado fiduciario sustituto."

e) "Por cualquier otra causa establecida expresamente en el instrumento de fideicomiso."

Un ejemplo de ello sería el caso de que el fideicomitente dispusiera que la falta de aceptación o la renuncia del fiduciario no de lugar a la sustitución sino que a la extinción del fideicomiso. Otras posibles causas de extinción del fideicomiso podrían ser si se destruye totalmente el bien sobre el cual se constituyó el fideicomiso, la expropiación del mismo y la declaración de inmoralidad del objeto, entre otros.

Una vez extinguido el fideicomiso, el fiduciario debe entregar los bienes fideicomitados a los designados en el testamento o a sus sucesores, salvo que otra cosa se hubiera establecido en el instrumento del testamento. Cuando se extingue el fideicomiso se termina la titularidad de la propiedad fiduciaria, debiendo ésta retornar al titular que fuera designado inicialmente para esa instancia. Precisamente en este sentido, hay que tener presente que por expresa disposición legal el fiduciario no podrá ser el destinatario final de los bienes fideicomitados.

Este artículo de la ley refiere entonces a que el fiduciario deberá entregar los bienes que recibió del fideicomitente, a los beneficiarios. Como pudimos apreciar el objeto del fideicomiso puede variar debido a su naturaleza dinámica y no estática. Por este motivo, entendemos que estos bienes pueden haber sido reemplazados o incrementados en el tiempo, así como también pueden haber disminuido por efecto de pérdidas y del pago de gastos e impuestos a cargo del fideicomiso. De todos modos, concordamos con Hayzus en que el fiduciario salva su responsabilidad aunque no satisfaga íntegramente la obligación legal-

mente impuesta, si ha cumplido en debida forma con sus periódicas rendiciones de cuentas y está en condiciones de entregar los bienes que resultan de una correcta gestión.

J) Principios y reglas del Proceso Sucesorio aplicables al Fideicomiso Testamentario

Señala el Dr. Ferrer que aunque la aceptación del fiduciario es el elemento necesario para constituir el fideicomiso, no alcanza para atribuirle eficacia inmediata, ni en relación con el beneficiario ni frente a tercero. El o los bienes que constituyen el objeto del fideicomiso integran una universalidad jurídica: la herencia, ente abstracto compuesto de un activo y un pasivo.

El fideicomitente ha podido destinar al fideicomiso toda la herencia o una parte de ella. De ambas formas, al fallecer el testador nos encontramos con el patrimonio hereditario, que constituye una universalidad jurídica que se transmite en bloque y de una sola vez a los sucesores, en el momento de fallecer el causante (artículo 1037 del Código Civil). Para lograr la transformación del ente universal y abstracto que es la herencia, en bienes particulares y concretos que se han de adjudicar a los herederos y legatarios, necesariamente se debe transitar por el proceso sucesorio.

En ocasión de la comparecencia de la Dra. Ema Carozzi a la Comisión de Hacienda del Senado, el pasado 22 de mayo de 2003, la misma se refirió al efecto real que las sucesiones tienen en nuestro Derecho, en función de lo cual expuso que *“en nuestro Derecho sucesorio actual hay eficacia real, es decir, el que sucede directamente toma propiedad de los bienes del causante; eso se produce, o bien cuando hay un heredero - esto es, un sucesor a título universal - o cuando hay un legatario de especie cierta. Por ejemplo, si en el testamento se dijera que el señor Tal instituye como heredero al señor Equis en una cuarta parte de su patrimonio, va a haber eficacia real, o sea, transmisión directa de esa cuarta parte del patrimonio.”*

Asimismo en la misma ocasión, pero en momentos posteriores, la referida autora nacional se refirió al tema de los acreedores del testador, en los siguientes términos: *“¿Con quién contrataron los acreedores del testador? Con una persona que tenía todo su patrimonio íntegro y fue a ella a quien otorgaron el crédito. No van a hacer un previo análisis del testamento porque éste no produce efectos en vida. Entonces, conocen su patrimonio y contratan con esta persona que tiene este patrimonio. El principio del Derecho Sucesorio dice que hagamos que la muerte del deudor incida en la menor medida posible respecto al acreedor. Es por eso que se habla de la ficción de que permanece como una masa a los efectos de que todos los acreedores puedan ir contra este cúmulo hereditario y cobrarse; por eso se produce esta detracción previa de las deudas hereditarias; y por eso también ni siquiera los herederos forzosos tienen derecho a exigir una cuota parte del patrimonio calculado sobre el acervo bruto, sino que pueden hacerlo respecto al acervo líquido, o sea, previa detracción de las deudas hereditarias.”*

El fiduciario tendría legitimación para promover el proceso sucesorio testamentario e intervenir en todas sus etapas: procurar obtener el auto aprobatorio de la sucesión, realizar las operaciones de inventario, avalúo y eventual partición para el caso de ser varios los designados beneficiarios.

En el inventario debe incluirse el pasivo, que se deduce del activo, ya que a la herencia hay que depurarla previamente de las deudas. Esto significa que los beneficiarios sólo tienen derecho al activo líquido, una vez desinteresados los acreedores sucesorios. Esa regla tiene consagración en nuestro sistema sucesorio, donde el numeral segundo del artículo 1043 del Código Civil dispone que el acervo líquido de una sucesión es aquel al cual se le ha deducido las deudas hereditarias. Asimismo el artículo 1039 del citado cuerpo normativo dispone que *“la propiedad y posesión de la herencia pasa de pleno derecho a los herederos del difunto, con la obligación de pagar las deudas y cargas hereditarias”*.

Podemos decir que las normas anteriormente citadas son una consecuencia de la regla general de que el patrimonio del deudor es la garantía común de sus acreedores, en virtud del cual la ley N° 17.703 también dispone en los incisos cuarto y quinto de su artículo 7°, lo siguiente:

“Si el fideicomiso testamentario diera origen a una sucesión a título particular, el fiduciario responderá frente a los acreedores hereditarios sólo con los bienes fideicomitados, en los casos y en la forma en que responden los legatarios (artículos 1175 y 1178 del Código Civil). No obstante ello, si los herederos comunicaran personalmente en forma fehaciente o por vía judicial al acreedor hereditario su intención de cumplir el fideicomiso testamentario, y éstos no se opusieran al cumplimiento dentro de los diez días inmediatos siguientes, hasta tanto no se le pague o garantice su crédito, perderán su acción contra los bienes fideicomitados.”

Si el fideicomiso testamentario diera origen a una sucesión a título universal, el fiduciario responderá con el patrimonio fideicomitado. En todos los casos tendrá la carga de realizar un inventario solemne y completo del patrimonio o cuota patrimonial fideicomitado, citando a los acreedores hereditarios.”

Comenta el Dr. Gustavo Ordoqui que estos dos incisos respondieron a los comentarios efectuados por la Dra. Ema Carozzi en el Senado, cuando sostuvo que una cosa es que los acreedores del fideicomitente no alcancen los bienes del patrimonio fiduciario, excepto el caso de que puedan ejercer alguna acción de fraude, tales como la pauliana, simulatoria, etc., y otra cosa muy diferente es sostener que los acreedores hereditarios no tendrán alcance y no podrán perseguir esos bienes fiduciarios.

La Dra. Carozzi se pregunta el por qué de ello. Ello se debe a que acá estamos yendo contra la estructura del derecho sucesorio. De alguna manera, el punto de partida en el derecho sucesorio consiste en que del acervo bruto se retraen primero, las deudas hereditarias. Así se llega al líquido o semilíquido, en su caso, luego a las obligaciones alimentarias, etc. Recién al llegar al acervo líquido se está en condiciones de decir que “esto” le corresponde a tal heredero. En suma, con estos dos incisos se trató de respetar a los acreedores hereditarios.

Por todo ello, una vez liquidado el pasivo, del activo líquido se detraen los bienes destinados al objeto del fideicomiso. Ello se concreta mediante la operación particionaria, donde se forma la porción hereditaria del fiduciario y una vez, aprobada, se procede a su inscripción en los registros pertinentes, conforme a la naturaleza de los bienes. De esta forma queda concluido el proceso sucesorio y adquiere eficacia el fideicomiso frente a las partes interesadas (los beneficiarios) y respecto de terceros.

K) Asignaciones forzosas y posibles acciones de los Herederos Forzosos Lesionados en su derecho: acciones de colación y de reducción.

La autora argentina Aída Kemelmajer de Carlucci señala en su trabajo “Nuevamente sobre el Fideicomiso sucesorio y la legitimación del heredero” que el fideicomiso sucesorio se ha desarrollado en los sistemas jurídicos que reconocen una amplia libertad de testar, especialmente en el Common Law. En el Derecho inglés no hay herederos forzosos o legítimos: el testador puede, si le parece, desheredar sin motivo a sus hijos y a su cónyuge y dejar todos los bienes a quien le parezca. En este sentido, la jurisprudencia inglesa es conteste en admitir que una persona tiene el derecho de hacer un testamento injusto, irracional y hasta cruel.

Dado que desde la óptica de la política del Derecho, lo anterior no parece lo más certero, los ingleses han buscado poner límites a la regla. Hoy, los hijos y el cónyuge del causante tienen abierta una vía judicial para que el juez, con amplia discrecionalidad, decida si les atribuye o no bienes, aún en contra de la voluntad del causante. Este modelo reproduciría la dinámica de la equity en el common law medieval.

En el Derecho Continental, las reglas suelen ser más precisas. Nuestro Derecho Positivo no es la excepción. En la obra ya citada el Esc. Caffera manifiesta que cuando el Fideicomiso constituye un mecanismo para realizar una liberalidad al Beneficiario y vulnera los derechos de los herederos forzosos del Fideicomitente, se generan dos consecuencias:

a) Lo recibido por el Beneficiario está sujeto a colación si éste es heredero forzoso del Fideicomitente: en este caso lo recibido debe descontarse de su parte de la sucesión.

El inciso tercero del artículo 10° de la ley dispone: *“El heredero forzoso que fuera Beneficiario de un Fideicomiso por acto entre vivos deberá colacionar el valor de los bienes que le hayan sido transmitidos por Fideicomiso, excepto en caso de haber sido dispensado de colación (artículos 1100 y siguientes del Código Civil).”* Dado que el artículo 1101 del Código Civil establece que lo que se imputa a la legítima del heredero son las donaciones recibidas del causante, caso en que se produce un empobrecimiento del acervo hereditario, la conclusión a la que arriba el Esc. Caffera es que únicamente el Fideicomiso que implica un acto de liberalidad está sujeto a colación.

b) Aunque la ley N° 17.703 no lo establece en forma expresa, el Fideicomiso está sujeto a reducción para el caso de que constituya una forma indirecta de realizar una donación al Beneficiario.

El artículo 1639 del Código Civil dispone que pueden reducirse las donaciones inoficiosas, siendo éstas las que vulneran las legítimas de los herederos forzosos (artículos 1626 y 887 del Código Civil). La ley de Fideicomiso no contiene disposición alguna que prevea la aplicabilidad de esta acción a los Fideicomisos entre vivos. El inciso primero del artículo 10° de la ley dispone: *“Los Fideicomisos Testamentarios no afectarán el carácter intangible de la legítima (artículo 894 del Código Civil), ni perjudicará el derecho de los restantes asignatarios forzosos.”* Esta norma no prevé nada para los Fideicomisos por acto entre vivos.

No obstante la anterior afirmación, la doctrina más moderna se inclina por extender a este caso la acción de reducción basándose en la teoría de las donaciones indirectas y en la doctrina de las normas materiales, de acuerdo con la cual las normas materiales si bien refieren a un determinado negocio (caso de la donación) deben aplicarse toda vez que se obtenga el resultado material del negocio considerado.¹³

Estas ideas fueron expuestas por la Dra. Ema Carozzi el día 05 de junio de 2003, en oportunidad en que fuera nuevamente invitada a la Comisión de Hacienda del Senado. En esa oportunidad, la mencionada autora refirió a la hipótesis en que se hubiese sucedido un fideicomiso por acto entre vivos, debiéndose en ese caso, reputar una donación, explicando las reglas a aplicarse en ese supuesto. Según sus propias palabras, *“excepto que los bienes vuelvan a ese mismo patrimonio, en todos los demás casos los bienes fideicomitados van a terminar en el patrimonio del beneficiario, lo que implica una disminución del patrimonio del fideicomitente. Se trata de un acto gratuito por el cual su patrimonio disminuye. ¿Qué normas debemos aplicar? Las denominadas normas materiales, que regulan la donación. Llegado el momento de la sucesión, se agregarán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones directas o indirectas, típicas o atípicas, que el causante hizo en vida. Así, vamos a reconstruir por medio del acervo imaginario lo que este causante tendría en su patrimonio de no haber donado ni realizado liberalidades atípicas. Entonces, si el fideicomiso por acto entre vivos redujo ese patrimonio sin contrapartida para el fideicomitente, vamos a tener que agregar esas disminuciones sufridas en el patrimonio como consecuencia del fideicomiso para formar un acervo imaginario. Sobre dicho imaginario es que calculamos la porción legitimaria, conyugal y otras, según el caso. Si mediante el fideicomiso por acto entre vivos se hubiera beneficiado a un heredero forzoso, para ser también aquí consecuentes con el Código Civil, vamos a aplicar el instituto de la colación. Ese heredero forzoso recibió un beneficio y lo puede conservar, pero va a tener que deducirlo o imputarlo a lo que tiene derecho a recibir. Es decir que se toma como un mero adelanto a la legítima, excepto que la voluntad del fideicomitente hubiera sido distinta. En ese caso, lo dispensa de efectuar esa colación, esa imputación.”*

El inciso segundo del artículo 10 de la ley N° 17.703 dispone: *“Si se vulnerara el derecho de los legitimarios, del porcionero, o del beneficiario de los derechos reales de habitación y de uso, el asignatario forzoso cuyo derecho fuera lesionado podrá ejercer la acción de reforma de testamento conforme a los artículos 1006 y siguientes del Código Civil”.*

En este sentido, el artículo 1006 del Código Civil refiere a la acción de reforma de testamento, disponiendo que los herederos forzosos a quienes el testador no haya dejado lo que les corresponde por la ley, tendrán derecho a que se reforme a su favor el testamento y podrán intentar la acción de reforma (ellos o las personas que les hubieran sucedido en sus derechos), dentro de los cuatro años contados desde el día en que conocieron el testamento del difunto o contados desde el día en que llegaron a la mayor edad, si eran menores a la apertura de la sucesión.

También relacionado con la acción de reforma de testamento, el artículo 1010 del mismo cuerpo normativo dispone que esta acción asimismo le corresponde, con aplicación de las mismas reglas, al cónyuge superviviente para la integración de la porción conyugal.

Relacionado con la temática el Dr. Siegbert Rippe en oportunidad de concurrir a la Comisión de Hacienda, manifestó su conocimiento sobre el respeto a las legítimas forzosas en la cultura uruguaya pero, plantea que en ciertos casos (determinados museos y teatros, la ciencia y la tecnología, entre otros), en la legislación americana la figura del Trust como equivalente a fideicomiso *“ha permitido que un particular con fortuna disponga libremente de ella, según su mejor criterio, con fines culturales, de beneficencia, para las universidades, etcétera.”*

V. COMENTARIO FINAL

Si bien es cierto que el fideicomiso es potencialmente apto para una utilización ilegal en perjuicio de terceros (tal como sucede con otras figuras: caso de la compraventa simulada o la constitución de una sociedad fantasma), lo cierto es que la eventualidad del mal uso no lo desacredita como tal.

Compartimos plenamente la conclusión que sustenta la Dra. Graciela Medina en su trabajo referente al Trust, conclusión que podría aplicarse perfectamente a la figura del fideicomiso en nuestro Derecho Positivo. Así, en el campo de las relaciones de familia la creación de fideicomisos testamentarios será una herramienta de gran utilidad, la cual podrá dar soluciones entre otras, a disputas patrimoniales surgidas en el seno de los concubinatos y las relaciones de hecho hetero y homosexuales.

¹³ Jorge Gamarra, “Tratado de Derecho Civil Uruguayo” Tomo VI Edición 1966. Citado por Gerardo Caffera.

Asimismo compartimos con el autor Hayzus la idea de que mediante la constitución de un fideicomiso testamentario se reduce el deterioro que ciertos bienes pueden llegar a sufrir en el transcurso de un proceso sucesorio. Así, el fideicomiso refuerza la eficacia de las disposiciones testamentarias, proyectando en el tiempo los efectos que éstas han de tener hasta su pleno cumplimiento.

Estas finalidades deberán en todo caso armonizarse con las normas sucesorias de nuestro ordenamiento jurídico, las cuales responden a razones de orden público y en esencia, son indisponibles. Por este motivo, el fideicomitente deberá velar por su respeto al momento de constituir el fideicomiso. Tal es el caso de la prohibición de las sustituciones fideicomisarias, prohibición que aún con la nueva redacción proporcionada por la ley N° 17.703, continúa vigente.

Como pudo apreciarse, el Fideicomiso testamentario como modalidad especial está regulado por las normas específicas del tema de la ley N° 17.703, en subsidio, por las normas de carácter general de la referida ley, y por última, por aplicación de las normas del Título IV del Código Civil, referente a la Sucesión Testamentaria.

En este sentido podría pensarse que la ley dejó varios aspectos del fideicomiso testamentario sin regular. Muy por el contrario, del momento que ante la menor duda debe recurrirse a las normas del Código Civil, entendemos que si bien y tal como fuera señalado por profusa doctrina nacional, existen algunos puntos a dilucidar en última instancia por la Justicia Civil (hay un importante rol del Juez en la nueva ley), la mayoría de las supuestas "lagunas" pueden y deben completarse con las normas del Código Civil. Esta es la situación de los artículos 964 a 997 del citado cuerpo normativo, los cuales se refieren a la figura del Albacea o Ejecutor Testamentario, figura que cumple una función similar a la del Fiduciario.

Otro caso significativo es el de los fideicomisos testamentarios en donde el beneficiario es una persona futura que no existe al tiempo del otorgamiento del fideicomiso, por lo cual no ha sido a ese momento identificado. En esta hipótesis, tal como ya fuera planteado, deberá recurrirse a las disposiciones concernientes a las fundaciones constituidas por acto testamentario, reguladas en los artículos 13 a 17 de la ley N° 17.163.

BIBLIOGRAFIA

1. Caffera, Gerardo: El Contrato de Fideicomiso. Análisis de la Ley Uruguaya 17.703. Asociación de Escribanos del Uruguay. 2003
2. De Posadas Montero, Ignacio: Fundaciones. Antecedentes y análisis de la Ley N° 17.163. Editorial Amalio M. Fernandez. 2000.
3. De Souza Lima, Otavio: Negocio Fiduciario. Revista dos Tribunais Limitada. San Pablo, Brasil. 1962
4. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley (hoy ley N° 17.703). Poder Ejecutivo.
5. Fernández Formigo, Gladys: Estudio sobre el Fideicomiso. Fundación de Cultura Universitaria. 2000.
6. Ferrer, Francisco A. M.: Fideicomiso Testamentario y Derecho Sucesorio. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2000
7. Goldschmidt, Roberto – Eder, Phanor J.: El Fideicomiso (Trust) en el Derecho Comparado (especialmente americano). Ediciones Arayú. Buenos Aires.
8. Hayzus, Jorge Roberto: Fideicomiso. Editorial Astrea. Primera Reimpresión. 2001.
9. Kemelmajer de Carlucci, Aída: “Nuevamente sobre el fideicomiso sucesorio y la legítima del heredero” en Revista de Derecho Privado y Comunitario. 2001 – 3: Fideicomiso. Rubinzal – Culzoni Editores.
10. Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V.: Tratado de Fideicomiso. Editorial LexisNexis Depalma Buenos Aires. 2003.
11. Medina, Graciela: “El Trust: Las relaciones de familia bajo la lente de las relaciones fiduciarias” en Revista de Derecho Privado y Comunitario. 2001 – 3: Fideicomiso. Rubinzal – Culzoni Editores.
12. Ordoqui, Castilla, Gustavo. El Fideicomiso. Ediciones Del Foro. 2003.
13. Pereda, Rafael: Modos de Adquirir. Tomo I. Versión Taquigráfica del Br. Ariel Raffo. Organización Medina. Montevideo.
14. Porcaro, Daniel – Malumian, Nicolás: Fideicomiso en Uruguay. Análisis del Proyecto de Ley. PriceWaterhouseCoopers. Montevideo. 2003.
15. Vaz Ferreira, Eduardo: Tratado de las Sucesiones. Tomo Primero. Volumen 1. 3ª edición revisada. Fundación de Cultura Universitaria. 1988.
16. Vaz Ferreira, Eduardo: Tratado de las Sucesiones. Tomo Primero. Volumen 2. 3ª edición revisada. Fundación de Cultura Universitaria. 1988.
17. Vaz Ferreira, Eduardo: Tratado de las Sucesiones. Tomo Segundo. Volumen 2. Fundación de Cultura Universitaria. 1993.
18. Versión taquigráfica de las siguientes sesiones de la Comisión de Hacienda del Senado: 24 de abril de 2003, 15 de mayo de 2003, 22 de mayo de 2003, 05 de junio de 2003, 12 de junio de 2003 y 23 de julio de 2003.
19. XLIII Jornada Notarial Uruguaya “Prof. Esc. Fernando Miranda”. Melo/ Cerro Largo. 24 al 26 de octubre de 2003. Ponencias:
 - a) “Fideicomiso: la propiedad Fiduciaria”. Seudónimo: Fides.
 - b) “Fideicomiso”. Seudónimo: Arla.
 - c) “Proyecto de Ley sobre Fideicomiso”. Seudónimo: Lex.
 - d) “Aspectos Contractuales del Fideicomiso”. Esc. Gerardo Caffera.
 - e) “Fideicomiso. Propiedad Fiduciaria. Responsabilidad e Insolvencia”. Dra. Esc. Cristina Herdt.
 - f) “El Fideicomiso Testamentario”. Seudónimo: Demeter.
 - g) “Fideicomiso”. Seudónimo: Esc. Novel Novel.
20. Zannoni, Eduardo A.: “Sustitución Fideicomisaria” en Revista de Derecho Privado y Comunitario. 2001 – 3: Fideicomiso. Rubinzal – Culzoni Editores.

CONVENIOS DE SINDICACIÓN EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES

AMORÍN PISA, MARCELO

Master en Derecho de la Empresa

SUMARIO:

- I. CONCEPTOS BÁSICOS. II. SITUACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO Y ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 331 DE LA LEY 16060.
III. DELIMITACIÓN DEL TIPO - "CONVENIO DE SINDICACIÓN". IV. PRESUPUESTOS DE EXISTENCIA.
V. ELEMENTOS Y REQUISITOS DE VALIDEZ. VI. EFICACIA. VII. OBLIGACIONES EMERGENTES ORGANIZACIÓN
Y FUNCIONAMIENTO DEL SINDICATO. VIII. INCUMPLIMIENTO - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.
IX. DISOLUCIÓN DE LOS CONVENIOS DE SINDICACION. X. A MODO DE CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONCEPTOS BÁSICOS

A) Introducción

El objeto del presente consiste en analizar a la luz de la teoría general del contrato, el denominado "Convenio de Sindicación" en las sociedades comerciales, el que se entiende de singular interés, pues su análisis, vincula dos aspectos trascendentes del moderno derecho de los contratos.

Se trata de una formulación con parca regulación legal, que convoca el desafío de su calificación, de la consiguiente determinación del derecho aplicable, y del abordaje cognitivo estructural (existencia, validez) y funcional (eficacia obligacional, ejecución de las prestaciones), luego, se inserta en un fenómeno de conexidad o coligamento contractual.

A los efectos expositivos, se ingresará en primer término en la descripción del instituto (Capítulo 1), refiriendo posteriormente al panorama en el derecho comparado (Capítulo 2), para finalmente abordar los aspectos de fondo del mismo (Capítulos 3 a 9), al que en nuestro país solo refiere en lo específico, el artículo 331 de la ley 16060 que dice:

"(Convenios de sindicación de accionistas) Serán legítimos los convenios de accionistas sobre compra y venta de sus acciones, ejercicio de los derechos de preferencia y de voto o cualquier otro objeto lícito.

Los accionistas contratantes podrán ejercer todos sus derechos y acciones legales para el cumplimiento debido de las obligaciones asumidas frente a quienes resulten comprometidos para la debida ejecución del convenio.

Estos convenios no tendrán efecto frente a terceros excepto cuando

A) Se entregue a la sociedad un ejemplar con las firmas certificadas notarialmente.

B) *Se incorpore un ejemplar al legajo de la sociedad* (el legajo ha sido suprimido artículo 100 de la ley 16871)

C) Se anote en los títulos accionarios o se haga constar en el Libro de Registro de Acciones Escriturales. Cumplidos estos requisitos, las acciones respectivas no podrán ser negociadas en Bolsa.

Tratándose de sociedades abiertas, el órgano de administración informará a cada asamblea ordinaria sobre la política de capitalización de ganancias y distribución de dividendos que resulte de los convenios depositados en la sociedad. En ningún caso los convenios de sindicación de acciones podrán ser invocados para eximir a los accionistas de sus responsabilidades en el ejercicio del derecho de voto.

Los convenios de sindicación de acciones tendrán una vigencia máxima de quince años, sin perjuicio de que las partes acuerden la prórroga tácita y automática de su plazo."

B) Aproximación al tipo negocial

Ante la insuficiencia del esfuerzo individual, para la obtención de bienes, los sujetos de derecho se agrupan, se reúnen en pos de la sinergia que trasciende la mera sumatoria de individuos. La sociedad comercial se ha erigido así en el instrumento jurídico para la adecuada conjunción de los medios económicos. y en ese sentido, la persona ha ido perdiendo trascendencia pasándose de la sociedad comercial, en la que la persona era lo esencial a aquellas en que el sujeto, al menos en teoría, deviene cada día menos importante, hay al parecer una fungibilidad del sujeto.¹

En las economías capitalistas de mayor porte, la sociedad anónima es la estructura más adecuada, para concentrar capital y al mismo tiempo favorecer la dispersión de los titulares del mismo. Esa dispersión de las acciones, títulos representativos del capital, comporta la inclusión de diversos intereses los que si bien convergen, en los trazos que emergen del objeto social, divergen en otros aspectos. En el contrato o estatuto social, están presentes las reglas de derecho, que encuentran su ámbito de aplicación en los integrantes de la sociedad, además de a está propiamente.²

El Convenio de Sindicación emerge como creador de reglas de derecho originadas en la interacción de los socios y en ocasiones, de sujetos que no revisten la calidad de tal, su ámbito de vocación regulatoria refiere a aspectos relacionados al interés de los socios, que incidirá por supuesto en la sociedad y que se encuentra en indisoluble relación con la marcha e interés de esta.

Se trata de un caso de conexidad contractual, de modo tal que según se verá, en el derecho uruguayo y para las sociedades anónimas, incluso la propia sociedad y determinados sujetos insertos en su organización, resultan obligados en mérito al secundamiento que el ordenamiento positivo confiere a la celebración del acuerdo.

Estos conceptos, que pueden tener asidero en una economía desarrollada parecen a veces ilusorios en sociedades como las orientales, que tienen una fuerte impronta familiar. Sin embargo, la trascendencia del instituto que nos ocupa, involucra no solo las sociedades que ostentan un gran patrimonio y un significativo número de socios o accionistas; el convenio de sindicación se revela, asimismo, como un mecanismo muy útil, en aquellas sociedades de naturaleza familiar, de modo de exilar conflictos, comunes en ese ámbito y en ocasiones exacerbados por temas ajenos a la práctica del comercio.

C) Características de la sindicación

Posibilita la sindicación preordenar las relaciones entre los socios de la sociedad; la organización está configurada fuera de la sociedad, salvo en el caso de las sociedades anónimas, donde en nuestro derecho puede insertarse en el conjunto de normas jurídicas atingentes a aquella de la que se trate. La celebración de estos acuerdos facilita los agrupamientos de los sectores minoritarios para tutelar de mejor forma sus intereses, o permite respecto a los mayoritarios, una cohesión con designios de permanencia³ que colabora con la estabilidad que se requiere si se desean fijar políticas de mediano y largo plazo, eludiendo vicisitudes indeseadas, para la adecuada formulación de un plan de negocios consistente. Se evita así, cierta tendencia a la disgregación o dispersión que puede ser provocada por el afán de hacer prevalecer determinados intereses temporalmente acotados que resultan de valía en situaciones puntuales a algunos socios.

Percíbese a esta altura que, independientemente del número de socios, el instrumento que nos ocupa, resulta facilitador de la correcta marcha del emprendimiento plural que constituye la sociedad comercial y de la obtención de aproximaciones y acuerdos entre los socios, en un marco de libertad e igualdad. Rectamente usado, es una herramienta que permitirá que los socios, reunidos fuera del ámbito "formal" de los órganos sociales, intercambien temperamentos y adopten decisiones, sobre la marcha de los negocios sociales y de la adecuada tutela de sus intereses; resoluciones que importarán la creación de derecho positivo.⁴

¹ Garrigues, Joaquín "Teoría General de las Sociedades Mercantiles" Revista de Derecho Mercantil, 1974 pp. 7-8

² Barbi Filho Celso, Acordo de accionistas: panorama atual do instituto no Direito Brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal en RDM vol 121, enero-marzo 2001 pp. 31-55

³ Mascheroni, Fernando y Muguillo, Roberto, Régimen jurídico del socio Derechos y obligaciones en las sociedades comerciales Colaborador Juan Carlos Couso, Astrea Bs.As. 1996 (pp. 199-200)

⁴ Mossa, Lorenzo "Los sindicatos de accionistas" (traducción de J.Navas) Revista de Derecho Privado año, XXXII n° 379, enero de 1948 pág. 2. (citado por Martorell, Ernesto Eduardo "Tratado de los Contratos de Empresa Tomo III, Depalma Bs. As. 1997 pp. 133-134).

De este modo, se constituye en mecanismo eficiente y eficaz, para que mediante recíprocas concesiones, se ensaye un programa de acciones coordinadas ex ante, respecto de las instancias sociales de toma de decisiones, en temas de trascendencia como la designación de los administradores o directores, y otras políticas a adoptarse, limitándose normalmente, además, la posibilidad jurídica de transmitir las partes sociales o los acciones de los pactantes, en procura de la estabilidad mentada.

Los motivos que generan la celebración de este tipo de negocios son variados, entre otros, asegurar una política definida de administración, superar dificultades en alcanzar la asistencia deseada en las asambleas, o corregir la que se considera poco acertada gestión del directorio entre otros.

Es extraño en el sistema de derecho continental europeo, el reconocimiento por ley de este instituto, y al decir de Martorell a quien seguimos en estas últimas líneas, hay un algo que siempre arroja un manto de sombras sobre estos convenios⁵. En la etiología de estos sucesos se encuentra sin dudas, la posición que doctrinos de fuste han asumido, respecto a este instituto y su admisibilidad, en países donde se guardó silencio legislativo al respecto. Es que los sindicatos de socios han sido objeto de valoraciones contrapuestas. Desde las posiciones que pueden calificarse hoy día de tradicionales, se les ha considerado negativos en tanto se endilga al instrumento afectar el “derecho de voto” en cuanto a la libertad de su ejercicio, constituyéndose en una vía para vulnerar el interés social, mediante abusos de mayorías y minorías.

Asimismo, se imbrica el tema, en el control de una sociedad sobre otra, y lo que en el derecho patrio se denominan “especiales vínculos” (ley 16060 artículo 49), los que pueden estar edificados justamente sirviéndose de este tipo de convenios.

Desde la perspectiva del derecho de las “corporations” en los Estados Unidos de Norte América, los primeros ejemplos de las llamadas sociedades de control se encuentran en la Pensilvania Company –1870- y la Standard Oil of New Jersey” 1889, siendo esta última el punto de partida de los modernos holdings⁶. En simultaneo en aquel país, se pasaba de las corporaciones nacionales, que operaban en su territorio a las denominadas “multivisional corporation”, y finalmente a las compañías multinacionales, para arribar en la actualidad a la conformación de los denominados grupos empresarios. Se colige sin dificultad, de lo que viene de historiarse, que el negocio jurídico que nos ocupará es instrumento útil, para desarrollar el poder efectivo de dirección de los negocios sociales, y la posibilidad de manejar una sociedad como si se fuera dueño, así como también puede ser un adecuado mecanismo de defensa de quienes por ejemplo, no estuvieron de acuerdo con la venta de parte del paquete accionario a un grupo económico que ingresó en la sociedad y son minoría, muchas veces los integrantes de una familia que fue “dueña” de la empresa y que están vinculados a esta última por razones además de económicas afectivas.⁷

En el derecho uruguayo el asunto se descompone en dos sectores. Respecto a las sociedades anónimas la figura recibe explícita acogida y regulación a tenor de lo dispuesto por el artículo 331 de la ley 16060 modificado en su inciso final por la “ley de urgencia” 17.243, en lo atinente al plazo⁸. No existe en el derecho patrio, norma alguna que regule a esta figura para los restantes tipos sociales, por lo que el debate en torno a la admisibilidad, al menos en ese sector, puede entenderse sostenible, más adelante se volverá sobre esto.

D) Concepto de Convenio de Sindicación

En términos muchas veces más descriptivos que conceptuales, se ha procurado referir básicamente por su objeto, a la figura de marras, recogemos algunas de las conceptualizaciones, puntualizando que si bien dicen relación con los convenios celebrados entre socios de una sociedad anónima resultan trasladables a la situación de los socios de las sociedades personales y de la sociedad de responsabilidad limitada con menos de cinco socios, aunque teniendo presente que en estas las limitaciones a la posibilidad de enajenación de las partes sociales, surgen de la propia regulación legal.⁹ El estudio de estos sindicatos se ha circunscrito, fundamentalmente a lo atinente a las sociedades anónimas, refiriéndolo a la estabilidad en la gestión de los negocios, ante una política de conducción democrática pero fluctuante, aunque es aplicable a todas las sociedades comerciales.¹⁰

⁵ Martorell, ob.cit. pág 134.

⁶ Solá de Cañizares, Felipe. Tratado de las sociedades por acciones en el derecho comparado; Girón Tena José Los grupos de sociedades en la obra “Las Grandes Empresas” citados por Martorell ob.cit. pág. 131

⁷ idem. pág 133.

⁸ Olivera García, Ricardo “Modificaciones de la ley de urgencia a la ley societaria” en Anuario de Derecho Comercial Tomo 9 pp.,30-31

⁹ Cf. Hargain, Daniel, Sindicación de Socios en Rev. AEU, vol, 80, n° 7 pág. 267

¹⁰ Vincent Chulia F. Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de voto Rev. General de Derecho 1991 pág. 2296.

Sapena Tómas, expresaba “..el sindicato de accionistas es la unión de varios de ellos comprometiéndose a actuar su derechos de socios conforme a las directrices marcadas por la mayoría”.¹¹

Pedrol en tanto enseñaba que “ El sindicato de voto combina el poder de voto de los accionistas sindicados. El sindicato de bloqueo se apoya sobre un convenio por el que los accionistas sindicados se comprometen a no desprenderse de sus acciones o a cederlas en todo caso a favor de los otros sindicados durante el período de vigencia del convenio (...) nacidos de un pacto parasocial, buscan influir en la vida de la sociedad”¹².

Garriguez-Uria en tanto “ por un lado, el sindicato combina fuera de la sociedad los derechos de voto de los accionistas sindicados para influir en la vida social de acuerdo con las directrices marcadas por el grupo sindicado, se hace preciso someter a determinadas restricciones la enajenación de las acciones pertenecientes a los accionistas sindicados, evitando así que éstos puedan desvincularse de los compromisos adquiridos sobre el ejercicio futuro del derecho de voto transmitiendo libremente sus acciones a personas extrañas al grupo sindicado”¹³.

Gastone Cottino, sostuvo que “ en el sindicato, en su configuración típica varios accionistas se comprometen a emitir su voto en un determinado sentido o en el sentido decidido por la mayoría –o por unanimidad- de los socios sindicados; o bien confieren o prometen conferir poder, por lo general irrevocable, a otra persona – el director del sindicato- que votará discrecionalmente o según la voluntad de la mayoría (o la unanimidad) de los miembros del sindicato”¹⁴.

El jurista Tulio Ascarelli enseñaba que “mediante estas convenciones que constituyen contratos plurilaterales los accionistas se obligan recíprocamente a votar en un mismo sentido, o se obligan a entregar todas las acciones propias a un gerente de confianza común, con mandato irrevocable, para que éste lleve a cabo la actuación que se acuerda por la mayoría de los accionistas sindicados.”¹⁵

En la doctrina argentina en tanto, para Zaldivar “la sindicación de acciones es el resultado de un acuerdo extrasocial celebrado por los accionistas para combinar el ejercicio del voto en las asambleas, y en forma tal de influir en la vida social según las directivas dadas por el grupo sindicado”¹⁶ Halperin postuló que “son convenios que tienen por objeto vincular ocasional o duraderamente a determinados accionistas entre sí, para seguir en la sociedad una conducta determinada, más corrientemente impedir la enajenación de las acciones e imponer el voto en las asambleas en determinado sentido”.¹⁷

Felix S. Fares explicitaba los aspectos a su juicio relevantes del instituto “ a) se trata de un acuerdo, contrato, pacto o convenio colectivo, concertado por los accionistas de una sociedad anónima. b) Su fin es influir en la vida y marcha de la sociedad c) El acuerdo podrá ser secreto o público, instrumentado o tácito, reconocido o ignorado por la sociedad d) Sus integrantes pueden hacer valer su voluntad colectivamente o por mandatario e) una condición indispensable del acuerdo es el compromiso de los interesados de no desprenderse de sus acciones, salvo en las condiciones que el mismo acuerdo determine (condición típica del sindicato de bloqueo),”¹⁸

Jose M. Cristia, puntualizó que: “Se trata de un contrato pluralateral de organización o asociativo, parasocial, por el cual varios accionistas de una sociedad combinan la manera en que ejercerán su derecho de voto para orientar e influir en un determinado sentido las decisiones sociales, y que generalmente, aunque no necesariamente está ligado a la obligación de no transferir sus acciones o en su caso cederlas a favor de los otros sindicados durante un determinado período”.¹⁹

Madariaga, no elabora una definición de su cuño, sino que adhiere a la esbozada por Cristia aunque puntualizando que “se trata de influir en la vida social según las directivas previamente establecidas por el grupo sindicado”²⁰.

Richard, Escuti y Romero asumen que el instituto que nos ocupa es un negocio jurídico externo a la sociedad, mediante el que dos o más accionistas establecen las facultades y obligaciones respecto

¹¹ Sapena Tomás J. El sindicato de accionistas en nuestro derecho vigente en “Rev. Derecho Notarial año IV n° XIII-XIV julio-diciembre de 1956.

¹² Pedrol, Antonio, La anónima actual y la sindicación de acciones, en Rev.Derecho Privado Madrid 1969 ps. 13-15, citado por Madariaga, Jorge Roberto, La sindicación de acciones, Ed. Depalma Bs.As 1981 pp. 2-6

¹³ Garriguez-Uria Comentario a la ley de sociedades anónimas 3ª ed. Madrid,1976, p.665, citados por Madariaga idem.

¹⁴ Cottino, Gastone, Le convenzioni di voto nelle società commerciale, Milan 1958,ps.7-8,(Madariaga.cit)

¹⁵ Ascarelli, Tulio Sociedades y asociaciones comerciales Bs.As. 1947.p.174 (Madariaga cit)

¹⁶ Zaldivar, Enrique Los sindicatos de acciones, Rev. “La ley” t.92, 1959 p. 983. (Madariaga, cit..)

¹⁷ Halperin, Isaac, Manual de sociedades anónimas. Bs.As. Depalma 1963, pág.129 (Madariaga cit)

¹⁸ Fares, Felix, La sindicación de acciones Abeledo-Perot Bs.As. 1963,pág. 17-18 (Madariaga.cit)

¹⁹ Cristia, José María Sindicación de acciones Universidad Nacional de Rosario, 1975 pág. 16 (Madariaga cit.)

²⁰ Madariaga, ob.cit. pág. 6

del ejercicio de sus derechos como tales, sea para votar conjuntamente, para no enajenar sus acciones fuera del grupo, etc, y que por tanto adquiere la forma del ejercicio de un derecho al margen de la sociedad.²¹

Fernando H. Mascheroni y Roberto Muguillo llaman “sindicación de acciones a todo convenio, pacto o contrato destinado a comprometer los derechos emergentes de la tenencia de acciones de una sociedad, en especial el derecho de voto, ya sea mediante la transmisión de acciones, mediante un mandato condicionado o incondicionado a un tercero, o por vía de la obligación del socio de ejercer el derecho involucrado en determinado sentido. Ponen el acento los mencionados en a) la calidad de socios de los participantes. b) el carácter parasocial del acuerdo. c) la unicidad del instrumento utilizado para lograr determinados fines que se relacionan a la gestión social de la sociedad involucrada.”²²

En la doctrina vernácula ensaya una definición, Daniel Hargain²³ quien expresa “Los sindicatos de socios son convenios que vinculan a varios integrantes de una sociedad, a efectos de adoptar en el seno de la misma una conducta determinada, generalmente votar en las Asambleas en conjunto y en el mismo sentido, o limitar la enajenabilidad de sus participaciones sociales.”

También postuló una definición Rivas Ansalas, “Como un pacto o convenio celebrado entre determinado número de socios de una sociedad, siendo el objetivo de este convenio el de unificar el ejercicio de los derechos de estos socios sindicados frente a la sociedad, y por el cual (ya sea que se faculte a un tercero – socio o no- para que actúe y vote en nombre de ellos frente a la sociedad, o que actúen cada uno de los socios sindicados personalmente) se persiga como finalidad esencial tener mayor peso en los votos, o limitar la transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales o lograr cualquier otro objetivo que revista el carácter de lícito. Este convenio será inoponible a la sociedad salvo que se cumplan con ciertos requisitos de publicidad que variarán según el ordenamiento jurídico de que se trate.”²⁴

E) Modalidades

Previo a ingresar a la calificación del instituto, parece relevante efectuar una descripción de las vertientes clasificatorias clásicas²⁵, teniendo en cuenta que este tipo de figuras del derecho privado patrimonial mercantil, responden a finalidades socioeconómicas que suelen darle una impronta peculiar, las que conviene tener presentes. En el elan descriptivo que se sigue hasta ahora, corresponde referir a dichas variantes, sin perjuicio de reafirmar que solo en base a marcos teóricos referenciales fuertes, como herramienta adecuada para la aprehensión cognitiva de los fenómenos, será posible el abordaje de cualquier realidad que se plantee al operador jurídico o estudioso del Derecho. Esto, sin descuidar la realidad variable cada día caracterizada en la especie, por convenios que por su contenido alcanzan más de una de las categorías a referirse en la clasificación que de seguido se efectúa..

1. Sindicatos de voto y de bloqueo

Esta categorización, resulta un lugar común en la materia, aunque en realidad es difícil encontrar un sindicato que sea pasible de subsumirse en una u otra categoría exclusivamente, por lo que su utilidad refiere, más que nada, a la descripción antes aludida del contenido del negocio.

Entre los autores compatriotas, Holz señala que la clasificación toma como criterio diferenciador el objeto, y expresa que el sindicato de mando, también llamado de voto, aúna las voluntades de los participantes de forma de coordinar el ejercicio de sus derechos individuales de voto en la sociedad, para influir en forma estable en las políticas societarias. Destaca que pueden integrarse por la mayoría o minoría de los socios o accionistas y expresa que por ello cuando define al sindicato de voto en los términos que vienen de referirse, utiliza el verbo “influir”, teniendo en cuenta que de no contarse con las mayorías, no se estará en condiciones de determinar el rumbo de la sociedad. Aclara que se denomina de mando al sindicato de voto cuando,

²¹ Richard-Escuti (h)-Romero, Manual de Derecho Societario p. 281 n° 15 citados por Mascheroni Fernando H. y Muguillo Roberto, Régimen Jurídico del Socio –Derechos y Obligaciones en las sociedades comerciales Astrea, Bs.As. 1998 pág. 200

²² Mascheroni-Muguillo idem.

²³ Hargain, Daniel Sindicacion de Socios Rev. AEU (julio-diciembre 1994) pág. 266

²⁴ Rivas Ansalas, Marithza, “Incumplimiento de los Convenios de Sindicación de Acciones”, Ponencia a la Jornada Notarial Uruguaya 42, 9-11 nov. 2001

²⁵ Opta por ingresar primero a la clasificación,, que a la calificación, Holz, Eva, Convenios de sindicación, A D. Com. volumen V, pág. 117-149 Mdeo.1991

está por su conformación en condiciones de ejercer el control de la marcha de la sociedad. Respecto al sindicato de bloqueo, señala que el mismo puede prever la prohibición de enajenar las participaciones sociales por el plazo de vigencia del convenio o imponerle la obligación de ofrecerlas previamente a los otros sindicatos.²⁶

Hargain afirma respecto a esta clasificación, que el criterio clasificador, toma en cuenta las obligaciones emergentes del negocio de sindicación de que se trate y explicita que la clasificación carece de trascendencia en la actualidad, en tanto que el haz obligacional resulta ampliado en la práctica, hasta alcanzar casi la totalidad de los derechos del socio, destaca la utilización del instituto para "finalidades que van mucho más allá del incremento de la influencia de los socios en la marcha de la sociedad"²⁷.

Mariño López, expresa que dentro del amplio fenómeno de la sindicación se encuentran dos grandes tipos de sindicato el de voto y el de boqueo, implicando el primero afectar las acciones con la finalidad de ejercitar una influencia de carácter estable en la agrupación voluntaria de personas que son titulares de esas acciones mediante el ejercicio del derecho de voto en único sentido, en tanto que en el de bloqueo la finalidad es limitar o condicionar la transmisión de las mismas y siguiendo a Pérez Moriones, señala que el sindicato de voto es definido como aquel contrato por los que uno o varios miembros de una agrupación voluntaria de personas se compromete entre sí o frente a terceros, a no ejercitar su voto o a ejercerlo en los órganos de aquella, en el sentido decidido, con el fin de llevar a cabo un influjo estable. El sindicato de bloqueo lo caracteriza por la obligación consistente en que por un lapso, no deberán transmitir acciones de las que los participantes son titulares o bien a someter la transmisión de las mismas a determinadas limitaciones, aludiendo entre otras a la autorización del sindicato, a un derecho de adquisición preferente reconocido a favor del resto de los sindicatos, o a que el adquirente reúna determinados requisitos.²⁸

La presencia entre las estipulaciones del convenio de aquellas atinentes a lo tipificado como propio de un convenio de voto, juntamente con las que refieren a las limitaciones en la transmisibilidad de las acciones en forma conjunta, es común, de modo tal que resulta improbable la inclusión solo de estipulaciones que refieran a uno u otro aspecto, particularmente cuando el sindicato de voto asume la característica de sindicato de mando, esto es, reúne las voluntades necesarias como para efectivamente, fijar el rumbo que se entiende adecuado transite la sociedad, siendo así es necesario limitar la posibilidad de transmitir las acciones, o cuotas sociales cuando esta transmisión fuere posible sin la aquiescencia de los restantes socios.²⁹

2. Sindicatos financieros

En la línea de la doctrina clásica en el tema, corresponde referir ahora a la categoría de sindicatos denominados financieros, señalase que la característica de los mismos, refiere a la finalidad perseguida por los constituyentes, vinculada a la obtención de lucro, mediante la comercialización de las propias partes sociales o acciones, generalmente estas últimas.

La ventaja o provecho no se obtiene de este modo en función de las ganancias que genere una sociedad en la que se procura desplegar influencia, sino en la especulación con los valores representativos de la calidad de socio, constituyendo el agrupamiento una estrategia en términos de oferta y demanda. Las acciones de este modo son consideradas como un valor en sí, y sobre los mismos y su colocación versará la regulación.

Al interior de esta categoría se distinguen:

a) Los sindicatos de emisión y colocación de títulos, pactándose que el grupo sindicado suscriba acciones emitidas y las coloque luego a un precio mayor. La oportunidad de efectuar la oferta de venta se determina en función de las variaciones del mercado en la materia y se procura crear un monopolio para la compra que ocasionará la baja, luego al momento de la reventa, en cambio, habrá una oferta única y un potencial adquirente atomizado, lo que podrá generar la esperada ganancia. Las entidades intervinientes, emplean la fórmula denominada "best effort", asumiendo una obligación de medios, esto es actuar con la diligencia media del buen hombre de negocios en procura de que sus clientes suscriban la emisión.

b) Denomínase de garantía la modalidad en que a diferencia de lo que viene de referirse, las entidades sindicadas asumen la obligación de suscribir una cantidad de títulos, y colocarlas entre el público, a cambio de una comisión es la modalidad conocida como "firm comittment".

²⁶ Holz, op. cit. pág. 119-121

²⁷ En Revista de la AEU cit. pág 266, aunque en conferencia dictada en 1994 aludía también al objeto, como criterio clasificatorio al igual que Holz.

²⁸ Mariño López, Andrés, "El convenio de sindicación de acciones para el voto en la Junta General de Sociedad Anónima en el Derecho Español" en "Trabajos de Doctorado en la Universidad Autónoma de Barcelona", pág. 94.

²⁹ Infra 5.3.2.4

c) En los designados como de resistencia y especulación, se pacta una limitación a la trasmisión de las acciones pero la finalidad es incidir en el precio de las acciones impidiendo una oferta excesiva o adquiriendo las acciones de modo de evitar una baja en los precios estos son los referidos como sindicatos de rescate. Los denominados de especulación, refieren a provocar oscilaciones en los precios en el mercado bursátil, procurando a sus integrantes beneficios en dichas operaciones. Se intenta en el caso de los sindicatos de resistencia detener la transferencia a terceros de acciones, lo que apunta a preservar el valor de las acciones, al disminuir la oferta, o precipitar el aumento de su precio, o en su caso, "secar" la plaza mediante la adquisición masiva de los títulos por los propios accionistas para luego retenerlos y enajenarlos en el tiempo oportuno.

Los denominados de rescate, involucran situaciones en las que no existe oferta pública de acciones, procuran garantizar al suscriptor de acciones que no cotizan en bolsa, interesado en la reventa, la rápida enajenación posterior. El sindicato opera así como vehículo de utilidad a fin de la comercialización a terceros a precios convenientes.³⁰

II. SITUACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO y ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 331 DE LA LEY 16060

No se exagera si se señala que nuestro país, se encuentra entre los pocos del sistema jurídico continental europeo en el que se regula, al menos para la sindicación de socios de las sociedades anónimas, de la forma que lo hizo el legislador de 1989, el negocio de sindicación.

Sin perjuicio de relevar la doctrina extranjera a la hora de determinar la licitud del objeto del contrato en nuestro Derecho, lo que se realiza infra 5.3, pertinente resulta sintetizar el panorama en el derecho positivo comparado.

El negocio ha merecido en los países de la codificación, parca o nula regulación positiva y ha sido objeto de interés para un intenso debate doctrinario en cuanto a su admisibilidad, particularmente en lo referido a la regulación del derecho de voto.

El asunto interesa más, por cuanto como señala Tomás Machado de Villafañe que cada día son más frecuentes los negocios jurídicos respecto al voto, entre los que se encuentran los convenios de sindicación para el voto, que tienen raigambre en el derecho germánico (*abstimmungs- vereinbarungen*) o anglosajón (*voting-agreements*).³¹

En Alemania, la ley de 1965 en sus artículos 136 y 243, se ha limitado a establecer hipótesis que comportan la nulidad del negocio, y ha servido de inspiración a otras reformas proyectadas, en la legislación belga, al Código portugués de sociedades Comerciales de 1986, y el Primer Proyecto de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y la Propuesta Modificada de la Quinta Directriz del Consejo de las Comunidades Europeas.

En Bélgica y Suiza, el legislador ha guardado silencio respecto a la figura, aunque en Suiza no ha habido resistencias al funcionamiento del instituto.

En Italia, se ha debatido largamente sobre su admisibilidad, han hecho caudal quienes en la doctrina han sufragado por la admisión del convenio de sindicación para el voto, del artículo 2352 del *Codice Civile* de 1942 que atribuye al acreedor prendario y al usufructuario de acciones el ejercicio del derecho de voto, admitiendo así la escisión de tal derecho, de entre los que refieren al socio. El artículo 122 del *Testi Unico della Intermediazione Finanziaria*, prevé que los pactos parasociales se deben comunicar al organismo regulador –CONSOB– y su depósito en el Registro delle imprese –Registro de Comercio–, sobre esta última registración la ley no indica los efectos de la misma, más allá de la posibilidad del conocimiento por terceros, esto ha llevado a que en la doctrina italiana se afirmase que "resta in se un po nebuloso negli effetti"³²

En Francia en tanto, el negocio estuvo legislado por el artículo 10 de la ley de 1937 para exilar la posibilidad de su celebración, en lo referido a los convenios sobre el voto. El 24/7/1966 se dictó una extensa ley reguladora de las sociedades mercantiles que en su artículo 505 derogó la disposición que impedía celebrar convenios de sindicación para el voto, dando marco así, al debate doctrinario en torno a su admisibilidad;

³⁰ Cf. Weiller Augusto *Oggetto e validità dei sindacati di amministrazione* "Revista Bancaria, 1926 pág. 40 citado por Maradiaga, Jorge ob.cit pág.45.y Martorell, ob.cit. pp 150-151

³¹ Citado por Martorell, ob.cit. pág 135

³² Atelli, M. Comentario del art. 109 en G. Alpa y F. Capriglioni "Comentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria", Padova 1998, pág. 670, citado por Paz-Ares, Cándido en "El *Enforcement* de los Pactos Parasociales", en "Actualidad Jurídica" publicación del Estudio Uría & Menéndez, Madrid, N° 5/2003 p.43.

en su artículo 440 la referida ley sanciona a quienes accedan a votar en determinado sentido o a abstenerse en función de ventajas que reciban y a quien pretenda otorgar tales ventajas.³³

En España el real decreto 1564 dictado en el año 1989 – nuevo régimen sobre sociedades anónimas- solo refiere a la inoponibilidad de los pactos que los socios mantengan reservados.³⁴ El artículo 7.1.II de dicha ley reza “Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”, derogando lo dispuesto en el artículo 6 de la ley de 1951 que establecía la nulidad de los pactos sociales que se mantuvieran reservados. Se reconoce de este modo la eficacia obligacional de los convenios entre los pactantes con independencia del conocimiento o no de la sociedad. En el régimen anterior se acotaba la posibilidad de celebrar cualquier acuerdo entre los socios que no se incorporara al contrato social. El artículo 66 en tanto establece que “...Los copropietarios de una acción habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio”, los mismos por supuestos deberán acordar el sentido en que votar. Los artículos mencionados de la ley de 1989 son concordantes con lo dispuesto en la ley de 1951 con las modificaciones introducidas por un decreto ley de 1952³⁵, bajo cuya vigencia hacían caudal de sus normas quienes postulaban la admisibilidad de dichos convenios. En España asimismo, debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo 42 del Código de Comercio en su literal c), que establece la obligación de confeccionar estados contables consolidados por una sociedad comercial cuando “pueda disponer en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto”. El artículo 4.1 de la ley de Mercado de Valores al regular las situaciones en que las empresas se deben considerar integrantes de un grupo, cuando se puede considerar que existe unidad de decisión, y consecuentemente control alude a que la entidad dominante “disponga de la mayoría de los derechos de voto de la entidad dominada, bien directamente, bien mediante acuerdo con otros socios de ésta última” y en el literal b) de la misma norma establece “que la entidad dominante tenga derecho de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la sociedad dominada, bien directamente, bien a través de acuerdos con otros socios de esta última”. El artículo 2 del Real Decreto 377/1991³⁶, norma que regula la comunicación de participaciones significativas en sociedades cotizadas, establece que “Se asimilará a un adquisición de acciones la celebración de acuerdos o convenios con otros accionistas en virtud de los cuales las partes queden obligadas a adoptar, mediante un ejercicio concertado de los derechos de voto de que dispongan, una política común duradera en lo que se refiere a la gestión de la Sociedad. La ruptura o modificación de dichos acuerdos o convenios deberá ser también objeto de comunicación” y en el numeral 4 dispone “ En el supuesto de celebración de los acuerdos o convenios, a que se refiere el párrafo segundo del apartado 1 anterior, tendrá la consideración de titular aquella de las partes celebrantes que posea previamente el mayor número de derechos de voto”. Finalmente, la ley 7/2003, de 1 de abril de 2003, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, en su apartado tercero regulando con carácter general los pactos parasociales establece “Reglamentariamente se establecerán las condiciones forma y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares, así como en su caso, el acceso al Registro Mercantil de las escrituras públicas que contengan cláusulas susceptibles de inscripción”³⁷ Emerge el inequívoco reconocimiento en el derecho positivo español, a través de estas normas de esta clase de convenios, si bien no desde la perspectiva de otorgar una regulación específica a los mismos en tanto negocio jurídico, sino procurando regular los especiales vínculos y situaciones de control de unas sociedades sobre otra y del cumplimiento de obligaciones de comunicación a los órganos de control, de la celebración de este tipo de negocios.

Respecto a la legislación Comunitaria Europea la proposición de Estatuto de Sociedad Anónima Europea en su artículo 93, en la redacción de 1975, siguiendo el modelo alemán contenía supuestos en los que no se secundaba la celebración de este tipo de convenios, esto acontecía si el socio se obligaba a votar siguiendo los lineamientos de alguno de los órganos de la sociedad, o si se obligaba a abstenerse de votar o a expresar su voto a cambio de ventajas. Parecía surgir de su redacción la admisión de los sindicatos de voto. Luego el texto fue eliminado, por la proposición del 25 de agosto de 1989. En la antes aludida Quinta Directiva de la Comunidad Económica Europea sobre estructura y órganos de la sociedad anónima, en su artículo 35 se prevé que “Son nulos todos los acuerdos por los cuales un accionista se compromete a votar a) siguiendo siempre las instrucciones de la sociedad o de uno de sus órganos b) o aprobando siempre las propuestas hechas por aquella, c) o bien ejerciendo este derecho de voto en un sentido determinado, o por el contrario, absteniéndose en contrapartida de ventajas especiales. No se refiere explícitamente al secundamiento por el ordenamiento de este tipo de acuerdos, se opta por legislar, estableciendo aquellos supuestos en los que el

³³ Madariaga ob.cit. pág.81

³⁴ Rossi, Hugo Enrique, “Oponibilidad y cumplimiento de los Convenios de Sindicación de acciones” en “Negocios Parasocietarios”, Director Eduardo M. Favier Dubois (h), pág. 37, Bs.As. Ad-Hoc, 1994

³⁵ Para un panorama legislativo anterior a 1989, Madariaga ob.cit pág. 92 y Holz, op.cit. pág. 126.

³⁶ En la redacción dada por el Real Decreto de 7 de diciembre de 1998 artículo 11.

³⁷ Referida por Paz-Ares op. cit. pág. 19-20

negocio no será válido. La Séptima directiva de la Comunidad Económica Europea, referente a la consolidación de los estados contables de las uniones y grupos de sociedades (DOCE L 193, de 18 de julio de 1983) establece en su artículo 1.1 que " I. Los Estados miembros impondrán a toda empresa sujeto a a su derecho nacional la obligación de establecer cuentas consolidadas y un informe consolidado de gestión si esta empresa (empresa matriz) ...d) Sea accionista o asociada de una empresa y ...aa)...bb) Que ella controle, en virtud de un acuerdo celebrado con otros accionistas o asociados de esta empresa (empresa filial) la mayoría de los derechos de voto de los accionistas o asociados de esta..."³⁸

En Colombia, el Artículo 70 de la Ley 222 de 1995, prevé la celebración del convenio de sindicación de acciones para el voto. Sobre el particular se ha expedido, en consulta el órgano estatal de contralor de aquel país, señalando " los requisitos y limitaciones para la celebración del acuerdo que nos ocupa, a saber: A - En el artículo 70 de la ley 222, solo se consagra el denominado sindicato de voto, sin que ello sea impedimento alguno para que en ejercicio de la voluntad privada, se proceda a conformar otra clase de sindicatos. Dentro del acuerdo de accionistas es perfectamente viable convenirse que uno o más de los accionistas que forman parte del acuerdo o un tercero represente a todos en una o más de las reuniones que celebre el máximo órgano social de la compañía. El acuerdo entre accionistas debe constar por escrito y entregarse necesariamente al representante legal de la sociedad para su correspondiente depósito."³⁹

En la Argentina antes del dictado de la vigente ley 19350, se debatía en la doctrina con particular fervor⁴⁰, la admisibilidad de los convenios para el voto particularmente, en ausencia de regulación legal del instituto. En ésta ley, hoy vigente, tampoco se reguló el negocio, aunque la doctrina admite su celebración⁴¹ y mayormente aboga por el dictado de normas que lo regulen⁴², citando entre los antecedentes a tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 331 de la ley uruguaya.⁴³ Existe en el derecho argentino, una alusión a este negocio en el artículo 38 y 39 de la ley 23696, de "Reforma del Estado", que prevé entre los accionistas de "la sociedad anónima privatizada" la posibilidad de celebrar convenios de sindicación de acciones para "manejar" (sic) sus relaciones. Secundando también en su artículo 40, la celebración de otros acuerdos entre socios para adoptar ciertas decisiones. Hasta allí el derecho positivo en la Argentina, hoy día parece superado el debate en torno a la admisibilidad, pero en ausencia de otras normas, se debate respecto a la "oponibilidad" a la sociedad de los negocios objeto del presente.

En México expresa Francisco Santamaría que "Los tratadistas mexicanos, salvo escasas menciones aisladas, no se han ocupado del asunto, o han negado la licitud a la posibilidad de constitución legal de sindicato. La jurisprudencia, por su parte no contempla un solo caso sobre la materia, ni siquiera sobre el derecho de voto en general. Así Mantilla Molina reconoce la existencia de convenios de voto en virtud de los cuales los accionistas se comprometen a votar en el sentido que indique la mayoría de los que celebran el convenio o una persona determinada, a quien se confía la dirección del grupo, y dice que tales convenios son nulos, apoyándose en el artículo 198 de LGSM no que restrinja la libertad de voto de los accionistas. Al estudiar los antecedentes de esta norma imperativa, señala que la misma deriva de la primera parte del artículo 205 del Anteproyecto del Código de Comercio, redactado por la Comisión Real Italiana y que se basó, a su vez, en el artículo 207 del proyecto de Vivante. En la "Relazione" que acompañaba a este proyecto, se declara que se trata de la aplicación del principio general de que todo pacto que "negare" la libertad de voto es nulo y entre ellos cita la cesión y el mandato irrevocable, y sostiene este autor español, que este principio general, como principio de derecho, nunca podrá tener la fuerza que resulta de su expresa formulación como texto legal en el artículo 198 de la LGSM. Piensa Rodríguez que si este precepto se interpreta restringidamente no parece que quede campo posible para ninguna clase de pactos que se refieran al ejercicio del derecho de voto. Cualquier negocio que tuviese como objeto restringir la plena libertad de voto, tendría un objeto ilícito y como tal podría ser anulado. Incluso, los pactos de transmisión de las acciones al director del sindicato, sobre los que Ascarelli pugnó por su validez, podría escapar a la norma legal comentada, la cual no existe en el derecho italo. Dice que: "...aunque las acciones se transmitan a un gerente, director o representante para

³⁸ Vicent Chulia, Francisco, op. cit. 3021

³⁹ Resolución 220-17650 del 18 de abril de 2002, publicada en Internet.

⁴⁰ Aluden Madariaga y Martorell, entre otros a las "célebres" jornadas de agosto de 1966 en Buenos Aires sobre convenciones de voto y sindicación de acciones, donde crudamente debatió la más autorizada doctrina, sin arribar a conclusiones unánimes.

⁴¹ Constituyó un punto de inflexión para la admisión del instituto la sentencia de la Cámara Nacional de Comercio sala C. Del 22 de setiembre de 1982 en autos Sánchez Carlos c/ Banco de Avellaneda S.A y otros, redactada con pluma galana por el Dr. Jaime L. Anaya, cuyo texto puede leerse en Martorell, ob.cit. pág. 186 a 232

⁴² Además de todos los autores argentinos citados a lo largo del presente, puede verse en el mismo sentido Oks, Ricardo Jorge "Aceptación y reglamentación de los pactos de sindicación de acciones". Ponencia a las Jornadas Internacionales de Derecho Comercial, II Encuentro Argentino-Uruguayo de institutos de Derecho Comercial Colonia 1,2 y 3 de mayo de 1997.

⁴³ V.gr. Rossi, Hugo, op.cit. pág. 63

que ejerza el derecho de voto de los representados, es evidente que tan pronto como cualquiera de los titulares lo desee podrá retirarse del convenio y recoger sus acciones, puesto que la oposición de los demás deberá fundarse, precisamente, no en el otorgamiento de una representación, en sí lícita, pero fundamentalmente revocable, sino en que este otorgamiento se había hecho justamente con el propósito de votar en forma determinada. Finalmente estima que a pesar de la prohibición terminante del artículo 198 de la citada ley, podrán darse muchos rodeos para no caer en la hipótesis prohibitiva, y así cita como ejemplo: que las personas que quieran concertar un pacto para el ejercicio del derecho de voto, de que son titulares, constituyan una sociedad civil o mercantil, cuyas aportaciones consistan en las acciones que habilitan para el voto de que se trate".⁴⁴

Respecto al derecho anglosajón, en Inglaterra la licitud de los convenios de voto ha sido admitida sin reservas, desde principios del siglo veinte, algo similar acaeció en los Estados Unidos, donde desde 1910 la jurisprudencia comenzó a admitir, la figura, en lo referente al voto, reconociendo la posibilidad de disponer sobre el mismo que es una "personal property", la doctrina en la materia se ha ocupado de estas figuras en el contexto de las *coorporations* y de las *close corporations*, figuras asimilables *mutatis mutandi*, respectivamente, a las sociedades anónimas y a las de responsabilidad limitada, en el sistema romano-germánico.

En lo referido a este tipo de convenios vinculados al voto se distinguen cuatro especies, "shareholders agreement", "voting trust", "irrevocable proxies", "management agreements".⁴⁵ Partiendo del reconocimiento de la validez y eficacia de la figura, en el derecho del "common law", a la hora de determinar la licitud o ilicitud de un negocio en lo concreto el operador jurídico debe tener en cuenta las leyes de cada jurisdicción y la jurisprudencia, ponderar lo que surge del *ius coditum* y *ius condemnatum* en lo atinente a las normas legales, cabe apuntar que en la línea de la *Model Business Corporations Act*. Art. 7.31 (b), se admite la posibilidad de obtener el cumplimiento forzado de este tipo de acuerdos, los que además han sido reconocidos como válidos expresamente por las normas estatales en la variante "voting trust"⁴⁶, especie caracterizable, por la transferencia de las acciones a los gestores del trust, recibiendo un certificado (voting trust certificate) representativo de los beneficios (beneficial power) excepto lo relacionado con el voto.⁴⁷ Las normas legales reconocen la posibilidad de la ejecución forzada de estos convenios; en el derecho anglosajón y las normas emergentes de los mismos son consideradas complementos de las normas de la sociedad comercial. En la legislación del Estado de Delaware – importante en la materia en los Estados Unidos- se ha incluido una disposición que establece que los acuerdos entre los accionistas, relativos a cualquier aspecto de los negocios sociales no se considerarán inválidos si se pacta la creación de relaciones entre los accionistas, o entre estos y la sociedad, del tipo característico de las sociedades de personas.⁴⁸ También admite la figura la ley del estado de Nueva York, esta última dispone respecto a los convenios sobre el voto en la modalidad "voting trust", que cualquier tenedor de acciones puede pactarlo, debiendo asumir la forma escrita, transfiriendo a un "trustee" (una especie de fideicomisario) sus acciones con el propósito de conferir el derecho de voto por un período no mayor de diez años en las condiciones y términos que en el acuerdo se establezcan, el que podrá prorrogarse por diez años, si con seis meses de anticipación lo pactaran todos o algunos de los sindicados, la ampliación del plazo solo alcanzará a quienes consientan la misma. Establece además dicha legislación, que el fideicomisario debe mantener disponible para el tenedor un certificado de sindicación de acciones, en el lugar designado al efecto, toda la documentación contable relacionada con el trust y una nómina con los datos personales de aquellos, tenedores de certificados de sindicación que lo integren indicando la fecha desde la que son tenedores, especificando el número y clase de acciones que representan tales certificados. Agrega que un duplicado de cada convenio de sindicación (voiting trust) debe permanecer archivado en el domicilio de la sociedad comercial, este acuerdo queda sometido en lo referido al derecho a la información de los accionistas de la compañía al mismo régimen que la contabilidad de la firma. El régimen de transmisión de los certificados que reciben los sindicados representativos de los derechos patrimoniales, que conservan, pues han transferido al fiduciario solo el voto, es el mismo que el establecido para las acciones.

El artículo 331 de la ley Uruguaya 16060, atinente a estas figuras para las sociedades anónimas, encuentra su antecedente inmediato, en la ley Brasileña 6404 de 1976, artículo 118.

Antes de la entrada en vigencia de esa ley en Brasil, ya se pactaban allí los denominados "acordos de accionistas". La ley brasileña estableció en su acápite que los acuerdos de accionistas, sobre compra y venta

⁴⁴ Santamaría, Francisco José "A propósito de la noción de los sindicatos de accionistas" en Estudios en Homenaje a Jorge Barrera Graf, T.II UNAM, www.bibliojuridica.org

⁴⁵ Pedrol Rius Antonio, La anónima actual y la sindicación de acciones pág. 213, citado por Mariño, op.cit. pág. 106

⁴⁶ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo Derecho Societario, los socios obligaciones y responsabilidades 1ª ed Bs.As. Heliasta 1997 pág. 448

⁴⁷ Birl Shultz, The Securities market and how works, Harper and Row N.Y 1965 pág. 46 citado por Madariaga ob.cit. pág. 97

⁴⁸ Cabanellas op. cit. pág. 449

de sus acciones, preferencia para adquirirlas y el ejercicio del derecho de voto deberían ser observados por la sociedad una vez archivados en su sede. Estableció, además, en cinco numerales, que las obligaciones o cargas decurrentes de dichos convenios solamente serán oponibles a terceros, luego de inscriptos en los libros de registro y en los certificados de las acciones emitidos y que las acciones alcanzadas por el acuerdo no podrán ser negociadas en bolsa ni en el mercado de valores. Edictando que estos convenios no podrán ser invocados para eximir al accionista de responsabilidad en el ejercicio del derecho de voto o poder de control y que en las condiciones previstas en el acuerdo, los accionistas podrán promover la ejecución específica de las obligaciones asumidas. Finalmente indicó que los órganos de administración en las sociedades anónimas abiertas informarán en la memoria anual a la asamblea general respecto a la política de reinversión de las ganancias y distribución de los dividendos que surjan de los convenios archivados en la sede social.

La ley 10303 dictada en el año 2001, modificó el acápite de ese artículo que es directo antecedente del artículo 331 de la ley uruguaya de 1989, y agregó, además, seis numerales que parece exilaron algunos debates doctrinarios que acaecieron en la materia en los quince años de vigencia del anterior texto.

Con la modificación del acápite, a las materias expresamente previstas como objeto del convenio que si es archivado en la sede social, deviene obligatorio para la sociedad, se agrega lo referido al poder de control (mando).

Entre los numerales agregados, se prevé la posibilidad de que se someta la persistencia de los efectos del convenio a eventos futuros ciertos o inciertos, en cuanto a su acaecimiento, y que el convenio en el que se hubiera pactado plazo o condición resolutoria, solo admite la desvinculación de los componentes personales del pacto en los términos que surjan de estos. En el numeral 8 se indica que el Presidente de la asamblea o de otro órgano colegiado (refiere al de órgano de administración), no computará el voto proferido en infracción del convenio debidamente registrado ante la sociedad. Esta disposición se ingresa al derecho positivo brasileño, en un contexto de doctrina y jurisprudencia, reticentes a admitir que los integrantes del directorio debieran seguir a la hora de votar en dicho cuerpo, estrictamente, la voluntad de los accionistas responsables de su designación, establecida en el acuerdo registrado ante la sociedad.

En otro numeral se recoge una auténtica fungibilidad de la voluntad fuera de los estrados, en cuanto se secunda la posibilidad de obtener el cumplimiento del acuerdo lejos de un tercero (juez, arbitro), previéndose, lisa y llanamente, para los casos de un sindicado que no comparezca a la asamblea de accionistas, o se abstenga cuando debía votar, o a similar comportamiento de quien fue designado miembro del directorio en el marco de lo explicitado en dicho acuerdo, el otorgamiento a otro sindicado de la posibilidad jurídica de actuar por el ausente u omiso, tanto en la asamblea como en el directorio. La posibilidad se prevé solo para el caso de ausencia o abstención, no para la hipótesis de voto en sentido diverso al debido por el sindicado o el director que responde al sindicato.

Finalmente se establece, que los sindicatos deban designar representante y constituir domicilio a efectos de la comunicaciones y la posibilidad de la sociedad de solicitar a los sindicatos aclaren los alcances de las cláusulas del acuerdo. Sobre las soluciones en el derecho positivo brasileño, debe acentuarse al mirada respecto a los mecanismos que la reforma del 2001 ingresó, en lo referido a los medios de tutela reservados a las partes para el caso de incumplimiento, lo que se analizará en el derecho uruguayo (infra nal. 8)

III. DELIMITACIÓN DEL TIPO - "CONVENIO DE SINDICACIÓN"

A) Calificación del negocio "Convenio de Sindicación"

1. Concepto de calificación negocial

La calificación de un negocio jurídico, es la actividad que tiene por finalidad asignar ese acontecer a una determinada categoría jurídica o de relevancia jurídica.⁴⁹

Para realizar la calificación es decisiva la identificación de la función socio-económica del negocio. La calificación es una labor ajena a la voluntad de las partes, por lo que la designación que elijan para el acto, resulta solo un dato significativo, pero en absoluto decisivo o vinculante a la hora de realizar la tarea de calificar. Efectuadas las atribuciones de significado necesarias a los términos del negocio, mediante la labor interpretativa, se estará en condiciones de calificarlo.

⁴⁹ Bianca, *Diritto Civile*, Tomo 3 II Contratto, Milano 1998, pp.444-445

2. Calificación del acto constitutivo

La doctrina ha procurado diferenciar el acto constitutivo -el contrato- y luego determinar si celebrado el mismo, se genera una sociedad o una asociación entre los pactantes. Son dos perspectivas distintas, una vinculada al origen de la figura otra a lo funcional, a las características de la organización creada.

Respecto al negocio constitutivo enseña Madariga que la doctrina se encontraba dividida, entre las tesis contractualistas, las del denominado acto colectivo y la del acto complejo, en terrenos del contrato de sociedad, conclusiones que se entendieron enteramente aplicables a la figura que nos ocupa. Agrega que la doctrina alemana, fue pionera en la ubicación del acto constitutivo de una sociedad entre los contratos. Aunque esta concepción fue pasible de críticas, en el siglo XIX entre otros por Von Gierke, propulsor de la denominada teoría del acto social constitutivo, desde esta última perspectiva se estaría en presencia de un acto unilateral dirigido a la creación de una entidad distinta de los pactantes. Así aparecen la doctrina del acto complejo y del acto colectivo, que carga sus baterías contra la insuficiencia del contrato bilateral o sinalagmático a fin de explicitar el fenómeno de reunión de dos o más personas en procura de la consecución de un fin común, en tiempos en que se acotaba el concepto de contrato a la categoría de contratos unilaterales u bilaterales, con sus paradigmáticos referentes los contratos de donación o compraventa. La teoría del acto complejo, en tanto cuenta entre sus seguidores a Kuntze, Lehmann, Rocco y Salandra, según se postula, las declaraciones unilaterales emitidas en oportunidad de la constitución, se funden en una voluntad unilateral perdiendo su individualidad. En tanto que, para quien sostiene que se trata de un acto colectivo, se está en presencia de una serie de voluntades individuales cada una de ellas aislada de las otras y solo relacionadas a los efectos previstos, pero susceptibles de ser disgregadas.

Todas estas consideraciones efectuadas respecto al acto constitutivo de la de sociedad se encuentran superadas, en la doctrina, y particularmente en el derecho uruguayo por cuanto la ley 16060, refiere al "contrato" como acto constitutivo de la sociedad⁵⁰. Pero respecto al convenio que nos ocupa merecen consideración, aunque fuere para descartarlas, en efecto, este tipo de actos colectivos o complejos en lo atinente a los convenios, no reciben secundamiento normativo en el derecho positivo uruguayo, de modo tal que o se sostiene que se está en presencia de un contrato o ninguna obligación surgirá del negocio. Pero además, en el convenio de sindicación se da una síntesis de voluntades y no una simple adición de las mismas, se está en presencia, de una convención.

Señalaba Antonio Pedro Rius "En realidad, los partidarios del acto complejo o colectivo formulan sus críticas a la teoría contractual, considerando como único tipo al contrato bilateral y de cambio. Esas objeciones se mantienen difícilmente cuando se piensa en la posibilidad de un contrato plurilateral y de organización,...." y cita a Von Thur cuando objeta a las teorías del acto complejo o colectivo, "... que en esta teoría de las declaraciones paralelas, para ser lógicas habría que admitir como socio a quien, sin haber declarado su voluntad a los constituyentes ni participado en el acto, formulase también idéntica declaración al Registro o a la Sociedad en constitución"⁵¹

3. El Convenio de Sindicación – generador de Derecho Positivo

a) El Convenio de Sindicación como contrato

El "convenio de sindicación" es un contrato, y éste es una especie, cuyo rasgo tipificante dentro del género convención, es la generación de obligaciones (Artículo 1247 del Código Civil), esta última, es especie a su vez de la categoría negocio jurídico, de modo tal que todo contrato es una convención y toda convención

⁵⁰ Señala Ricardo Olivera García que se refieren a la sociedad como contrato los artículos: 2, 6, 7, 10, 11, 16, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 34, 37, 39, 44, 45, 57, 58, 79, 143, 144, 153, 193, 200, 203, 206, 207, 208, 226, 228, 230, 231, 234, 237, 250, 251, 252, 253 y 269, entre otros, destaca el autor que en la ley uruguaya en mérito al conflicto entre los diferentes principios filosóficos que inspiran la ley de sociedades comerciales, no es posible sustentar un único criterio en cuanto a la naturaleza de las sociedades, aunque sin embargo, es posible discernir que la constitución, está dominada por la concepción contractualista, en tanto que el funcionamiento de la sociedad, por la concepción institucionalista. (Versión en español del trabajo preparado por el autor para la Rivista di Diritto Commerciale e Diritto Generale de la Obligaciones) Universidad de Montevideo, Programa Master en Derecho de la Empresa, particularmente numeral 4), en esta posición el autor se encuentra en franca minoría, la mayoría de la doctrina uruguaya se ha inclinado por la recepción lisa y llana de la teoría contractualista, como el mismo destaca.

⁵¹ Pedrol Rius, Antonio "La sindicación de Acciones", Revista de Derecho Privado Año XXXIV, N 408, año 1950 pág. 959

un negocio jurídico⁵², por lo que todo contrato es un negocio jurídico; es manifestación de voluntad secundada por el ordenamiento jurídico, emergente de sujetos de derecho titulares de competencia normativa, que por su interacción, generan derecho positivo.

La existencia de la norma negocial, reposa previa y necesariamente, en una norma que habilite al otorgante a generar esta nueva norma jurídica, y esto alcanza a todos los negocios jurídicos. La celebración de un contrato, determina el ingreso de normas jurídicas al sistema, originadas en la actuación de los pactantes. El contenido de las normas ingresadas al sistema por el contrato, se construye tomando como dato de la realidad al propio contrato pero también otras normas ajenas al mismo, de modo tal que la existencia del mismo comporta una modificación al sistema por agregación de normas, que son normas jurídicas, justamente por pasar a pertenecer al sistema jurídico, esto es, aquel que contiene entre sus normas prescripciones de sanciones, de actos astrictivos, coactivos. Y pasan a pertenecer al sistema, en tanto existen reglas de reconocimiento al interior de éste, de las que emerge el criterio en base al cual puede determinarse, si una proposición normativa ingresa o no, al sistema que es delimitado, justamente, por la regla de reconocimiento. De este modo, si una determinada proposición está intramuros del sistema será jurídica, si queda fuera no será predicable de tal. La regla de reconocimiento, define un conjunto de proposiciones, dicho conjunto, es llamado derecho válido. Entonces la expresión "derecho positivo uruguayo" se refiere, para aludir al conjunto de normas indicado por una cierta regla de reconocimiento, en un espacio y tiempo determinados. La elección de la regla de reconocimiento, reposa en fundamentos éticos o políticos.⁵³

El sistema constantemente modifica su integración, más allá de la referencia a Orden Jurídico, el Orden Jurídico es en este sentido si se permite la licencia, como un río, es siempre el mismo y es siempre otro.

La ley cuando establece que el contrato forma una regla a la que las partes deberán someterse como a la ley misma o que el contrato es ley entre las partes (artículo 1291 del Código Civil o 290 del Código de Comercio), solo contiene una formulación del reconocimiento de determinadas normas que en el futuro ingresarán al sistema, es el fundamento de la juridicidad de determinadas normas futuras, al igual que la Constitución lo es con respecto de la ley. Es de estilo referir respecto de las normas jurídicas, que las mismas son abstractas e hipotéticas, hay quien dirá el contrato no es norma jurídica, por su mandato referido a sujetos determinados, se equivoca. No existe tal diferencia, las normas cuyo advenimiento precipita el contrato, tienen también las notas de abstracción e hipoteticidad que se predicen como caracterizantes de las normas jurídicas, la generalidad no constituye nota característica de la norma jurídica, es tanto norma jurídica la que dice páguese una pensión graciable, donde el único obligado es el Estado, que aquella que se dirige a quienes se encuentren en una determinada situación. La abstracción debe diferenciarse de la generalidad, es abstracta la norma en tanto contiene una descripción, un mandato, contra el que deberá luego analizarse la conducta desplegada por un sujeto, un supuesto de hecho, para analizar si se está en presencia de un proceder lícito o ilícito, y desde el punto de vista valorativo, no se valora un concreto comportamiento, sino uno previsto en la norma ex ante, y por tanto contiene un comportamiento erigido en hipótesis, es un esquema, un plan. También para el caso de las normas negociales, es posible hablar de licitud o ilicitud a la hora de cotejar, el comportamiento desplegado, contra lo previsto en la norma.

b) El Convenio de Sindicación la posibilidad de que se constituya por testamento

En la doctrina española, Pérez Moriones ha planteado la constitución de una sindicación, originada en un acto de última voluntad, prevista en un testamento, se instituiría como modo, sirviendo de instrumento idóneo a fin de, por ejemplo, asegurar por el testador la subsistencia de una empresa familiar, limitando la transmisibilidad de las acciones, o fijando determinados criterios de voto.

En puridad el modo crea en los herederos una obligación, en el caso, la consistente en celebrar un negocio jurídico como el que pretendió el otorgante del testamento, pero el sindicato nacerá con el otorgamiento del contrato, negocio jurídico que requiere ópticamente dos o más partes por su naturaleza convencional, los otorgantes en el caso, serán los obligados por el modo testamentario.⁵⁴

⁵² Hay convenciones que no son contratos, como el mutuo disenso, o aquellas que refieren al accertamento de una obligación legal de servir alimentos en materia de familia, respecto a esta materia se ha discutido si resulta aplicable la categoría negocio jurídico.

⁵³ En profundidad sobre lo esbozado puede verse, Mariño, Andrés y Caffera, Gerardo "Norma Situación y Contrato" en Rev. del Colegio de Abogados del Uruguay Año 1994, pág. 39 a 54

4. Calificación del acto constitutivo- como contrato plurilateral de organización asociativo

En orden a la arista contractual del fenómeno, al momento constitutivo, y desde la perspectiva de la clasificación de los contratos en unilaterales, bilaterales o plurilaterales, se trata de un contrato plurilateral, aunque los sindicatos fueren dos, en tanto las prestaciones son convergentes.

Las obligaciones entre los pactantes no son interdependientes, la causa no es la ventaja o provecho que le procura la a una parte la otra, sino que se refiere a la finalidad de la conjunción de las acciones a las que se obligan los pactantes, pues será del resultado de ese obrar conjunto de donde redunde, para todos, el beneficio.

De este modo no se está en presencia de un sinalagma, de una relación de interdependencia entre dos obligaciones, no por el número de obligaciones calificables como principales, que puede ser superior a dos, sino y fundamentalmente porque no son interdependientes. Esto, importa que el incumplimiento de uno de los pactantes no habilita necesariamente la resolución del contrato, solo se podrá entonces oponer la excepción de contrato no cumplido o reclamar la resolución cuando no fuere posible obtener la finalidad.

En lo que refiere a la clasificación de los contratos entre contratos de cambio o asociativos, se trata de un contrato asociativo. En efecto, en los contratos de cambio los intereses se contraponen, de modo tal que el contrato implica el traspaso de derechos del patrimonio de uno de los contratantes al del otro, el beneficio para uno solo se sustenta en la pérdida que sufre el otro y las prestaciones que ejecuta un contratante satisface respectivamente sus interés del otro. Los contratos asociativos, en cambio, son instrumentales al fin para el que se han reunido los otorgantes. Los sindicatos socios, podrán entonces obligarse en relación con uno o varios sujetos, integrantes de la sociedad o no, con los límites que luego se analizarán y surgirán de la ley, el contrato o el estatuto social.

El convenio de sindicación importa un acuerdo de voluntades tendiente a la producción de efectos jurídicos, productor de obligaciones, y puede calificarse como contrato del tipo asociativo, pues dichas obligaciones convergen en pos de la obtención de un fin común. En el contrato de cambio la prestación suele ser típica y determinada, mientras que en los contratos asociativos, las prestaciones son proteiformes, y el beneficio se obtiene sin un perjuicio para el otro. Los contratos plurilaterales son de ejecución continuada y son generalmente abiertos en cuanto a los componentes personales, en cuanto luego de concluido el contrato pueden ingresar a formar parte del mismo otros sujetos.⁵⁵ Respecto al fin común, dependerá de lo normado en el contrato, así podrá pretenderse incidir en la formación de la voluntad de la sociedad o en la marcha de sus negocios, dotar de estabilidad al elenco de accionistas limitando la transmisibilidad de las acciones, generar ganancias mediante la especulación respecto al valor de los títulos en la plaza, entre otros. No obstante puede afirmarse que los sindicatos tienen una finalidad común, más allá de los diferentes intereses, que pueden individualizarse como motivos.⁵⁶

La calificación del convenio de sindicación como contrato plurilateral de organización, comporta, que el mismo no se extinga cuando la parte ejecutó una prestación a su cargo, sino que se trata de una ejecución dilatada en el tiempo y las prestaciones se realizan en interés común de las partes, el obrar de estas hace posible la obtención del resultado. No se extingue el contrato, cuando una de las partes no haya cumplido, siempre que el cumplimiento de las otras prestaciones posibilite la consecución del fin, y en el mismo orden, no es posible demandar la resolución del contrato por incumplimiento de uno de los pactantes cuando de cumplirse las restantes prestaciones sería posible alcanzar el fin común. De este modo cada sindicato se ve obligado respecto a todos los restantes.

5. Efectos de la calificación del acto constitutivo- como contrato plurilateral de organización, asociativo.

Como consecuencias de la conceptualización efectuada, se señalan las siguientes: a) Es inaplicable la *exceptio inadimpleti contractus*, y la *exceptio non rite adimpleti contractus*, pues cada uno de los contratantes asume sus obligaciones frente a los restantes componentes personales del pacto, y no le resulta posible pretextar su inejecución de la prestación a su cargo, en que uno de los coaligados no haya ejecuta-

⁵⁴ Cf. Mariño Lopez, Andrés op.cit. pág 117

⁵⁵ Gamarra Jorge Tratado de Derecho Civil Uruguayo Tomo VIII pág 168-169 segunda edición Montevideo, 1972

⁵⁶ Madariaga, ob.cit pag. 10

do la suya, o no lo haya hecho exactamente b) Tampoco resulta aplicable la resolución por incumplimiento, si la entidad del mismo no se constituye en obstáculo insalvable para la consecución del fin común que origina la sindicación, esto ocurrirá por ejemplo si en mérito al incumplimiento no es posible obtener la mayoría a la hora de ejercer el voto, en el ámbito de un órgano de la sociedad. c) La validez o invalidez deberá apreciarse respecto a cada manifestación de voluntad, no comportando necesariamente la invalidez de una de ellas, la del contrato.⁵⁷

6. El Convenio de Sindicación como contrato conexo al contrato social

Se ha señalado que el convenio de sindicación es un contrato accesorio, en tanto presupone para su existencia la existencia de otro contrato, el de sociedad. Se trata de un fenómeno de conexidad contractual unívoca y funcional, pues lo principal incide respecto a lo accesorio, pero lo accesorio no tiene incidencia respecto a lo principal. El negocio dependiente, el convenio de sindicación, sí conserva su propia autonomía estructural.

El negocio accesorio, sigue las vicisitudes del principal, y depende de éste, así no produce efectos en tanto no exista el principal, la desaparición de este último del mundo jurídico importa la desaparición de los efectos de aquel y las estipulaciones del mismo, no podrán colidir con las del contrato principal.⁵⁸

En el derecho uruguayo, el Convenio de Sindicación, cuando es celebrado por accionistas de una sociedad anónima, y se cumplen los requisitos previstos en el artículo 331 de la ley 16060, sin embargo, incide sobre lo principal, constituyendo sus estipulaciones reglas de Derecho que la sociedad comercial actuando por intermedio de sus órganos debe observar.⁵⁹ Termina insertándose, de este modo este negocio entre las normas con vocación regulatoria en el marco de la sociedad anónima. En este caso, incluso podría postularse que en realidad estamos en presencia de una conexión bilateral entre los dos contratos, de modo que uno influye sobre el otro. Parece preferible, sin embargo, la tesis de la accesoriedad y de la conexión unilateral, sin dejar de señalar, para esta hipótesis, la incidencia del negocio accesorio, en la marcha de la sociedad anónima. Se ha señalado que un caso de conexión recíproca podría darse entre ambos contratos, cuando el contrato de sociedad no se hubiere celebrado de no haberse estipulado al mismo tiempo el convenio de sindicación, o si todos los socios fueran al mismo tiempo miembros de dicho convenio.⁶⁰

De esa accesoriedad se derivan, como se señalara, una serie de consecuencias, así la nulidad o disolución de la sociedad a la que se relacione de este modo el acuerdo, llevará a la nulidad o extinción, respectivamente, del negocio que nos ocupa.

El convenio no podrá desplegar sus efectos en tanto no los desplegar el contrato de sociedad, si se otorga sin plazo, no podrá trascender el plazo del contrato de sociedad al que accede, salvo que la extensión esté acotada por disposición legal, en cuyo caso no podrá superar el plazo legal.⁶¹

Un aspecto a considerar a la hora de analizar la conexidad contractual, es el relativo a cuales son las consecuencias para el caso en que los socios que son parte en un convenio de sindicación, emiten a despecho de lo establecido en el convenio, su voluntad tendiendo a modificar el contrato principal.

En el caso de sociedades que no son anónimas, o para éstas cuando no se hubieren cumplido los requisitos del artículo 331 de la ley de sociedades comerciales, el contrato social se modificará, generándose un incumplimiento al convenio de sindicación que hará pasibles de responsabilidad a sus protagonistas, sin perjuicio de la posibilidad de accionar solicitando la remoción de lo hecho contra lo estipulado (artículo 1338 del Código Civil - infra. 8.1.5).

Para el caso en que respecto al convenio, se hubieren cumplido los requisitos establecidos, en dicho artículo, si se pretende incumplir en este aspecto el convenio modificando el contrato social, en tanto, las normas emergentes del convenio ingresan a las normas aplicables a la sociedad, la pretendida modificación del contrato social será ilícita y pasible de impugnación.(véase infra 8.2.1)

Fuera de los casos de incumplimiento del Convenio que vienen de referirse, otra consecuencia de interés, es la referida a que si cambia el contrato social, o el Estatuto, -por ejemplo, por voluntad de socios no sindi-

⁵⁷ Martorell ob.cit. pp. 158-159

⁵⁸ Gamarra, ob. y tomo cit. pág 187

⁵⁹ No es el único caso en el derecho uruguayo en que lo accesorio influye sobre lo principal, esto se da en situaciones previstas para los contratos de garantía

⁶⁰ Mambrilla Rivera, Caracterización Jurídica de los Convenios de Voto entre accionistas, Revista de Derecho Mercantil Español 1986, pág. 323

⁶¹ Cabanellas op.cit. pág. 444. .

cados- de modo tal que deviene inconciliable con lo normado en el convenio; puede entenderse que se está en presencia de un caso de imposibilidad legal del pago (Artículo 1549 del Código Civil).

7. El Convenio de Sindicación como contrato “parasocial”

a) Concepto de contrato “parasocial”

Lo planteado se vincula con otra calificación que es lugar común en el asunto, el carácter “parasocial” del Convenio de Sindicación, la expresión fue acuñada sesenta y dos años atrás por Giorgio Oppo⁶²

Se entiende por tales aquellos en los que participan algunos sujetos de derecho que revisten la calidad de socios de una determinada sociedad, y que tiene por objeto la regulación de comportamientos a desplegarse en el marco de las situaciones jurídicas previamente generadas por el ingreso al sistema jurídico de las normas originadas en la celebración del contrato de sociedad a que accede el negocio. Se insertan en el contexto de la sociedad, pero no en el derecho aplicable a la sociedad.

b) Criterios para distinguir un contrato parasocial de un negocio que comporta la modificación del contrato de sociedad comercial

El criterio más certero para distinguir, cuando se está en presencia de un tipo de negocio “contrato social” y cuando estamos en presencia de negocios que son calificables en el género “contrato parasocial”, es el formal.

Transita por comprobar si se siguieron los procedimientos establecidos en la ley para celebrar o modificar un contrato social, o en su caso el Estatuto Social, aunque en tipos sociales en que no presenta ritualismos la celebración de determinados actos tendientes a la creación o modificación de las normas que regulan la sociedad, este criterio, que parafraseando a la doctrina publicista podría calificarse de “orgánico formal”, se torna dificultoso, por lo que deberá atenderse al contenido, ingresando a discernir si refiere a la regulación de aspectos susceptibles de formar parte del contrato de sociedad o no.⁶³

c) Clasificación de los negocios parasociales

Estos pactos son pasibles de ser clasificados en dos categorías, tomando el cuenta si crean o no derechos subjetivos en cabeza de la sociedad.

Así se denominan **pactos de relación** a aquellos en que prima la regulación de las relaciones entre los socios, de modo directo sin mediación de la sociedad, entre ellos se citan los que prevén derechos de adquisición preferente sobre partes sociales, o derechos de venta conjunta, los denominados “pactos de no agresión” por los que se establecen obligaciones de no incrementar la participación en el capital de cada sujeto por encima de un determinado porcentaje, obligaciones de adquirir o ceder partes sociales o acciones en determinados supuestos, la asunción de pérdidas de unos socios por parte de otros, previsiones respecto a una redistribución de los dividendos en función de criterios diversos a los emergentes del contrato social o estatuto, cláusulas de valoración de las partes sociales, entre otras.

En tanto se alude a **pactos de atribución** en la clasificación propuesta para identificar aquellos que precipitan el nacimiento de derechos de los que deviene titular la sociedad y de obligaciones para los contratantes a favor de aquella, se caracterizan por ventajas o provechos a favor de la sociedad. Es el caso de acuerdos que prevén préstamos a favor de la sociedad, aportaciones suplementarias, o la recomposición del capital en caso de pérdidas, concederle el uso sin contraprestación de una marca, etc. Además de los mencionados, de los que surgen obligaciones de dar, puede referirse a obligaciones de no hacer, de las que se erige en acreedora la sociedad, entre otros no competir con la misma, otorgarle la distribución exclusiva de venta o intermediación de determinados productos fabricados o importados por los socios, entre otros.

En los convenios de sindicación pueden aparecer cláusulas que correspondan a cualquiera de estos tipos de convenio parasocial, referidos a la hora de clasificarlos sin la lógica mixtura de estipulaciones que en estos tópicos la autonomía de la voluntad genera.

⁶² Oppo, Giorgio *Contrati parasociali*, Milano 1942, p.4 citado por Madariaga ob.cit. pág. 14, Mariño op.cit. pág. 121,

⁶³ Cabanellas ob.cit. pág. 436, Perez Moriones Aranzazu, Los sindicatos de voto para la junta general de la Sociedad Anónima Valencia, 1996

Finalmente es posible distinguir aquellos acuerdos denominados **de organización, de aquellos que no son tales** sino que se agotan en el cumplimiento de las obligaciones asumidas. En la categoría “de organización” ingresan los convenios de sindicación.

Lo pretendido por los socios en los pactos de organización, es incidir en la toma de decisiones sociales, salvo el caso de los convenios “financieros” antes referidos. En los mismos, se pueden acordar estipulaciones susceptibles de caracterizarse en cualquiera de las categorías, antes referidas, el negocio parasocial podrá contener en sus estipulaciones distintos contenidos de entre los referidos en las categorías anteriores y otros. Así, los pactos de organización, pueden importar la regulación de los más diversos aspectos, decíamos que en cuanto a sus prestaciones el convenio de sindicación es proteiforme.⁶⁴

Hargain para el ordenamiento positivo nacional descarta el carácter parasocial del convenio de sindicación, pues señala que cumplidos los requisitos del artículo 331 de la ley 16.060 el convenio “es oponible a la sociedad y terceros”, la afirmación es parcialmente de recibo, para el ámbito en que se prevé (el del artículo 331 de la ley 16060), esto es, el convenio celebrado por socios de una sociedad anónima. Destaca, asimismo, el autor compatriota, que en nuestro derecho los convenios son pasibles de ser calificados en dos categorías respecto a este tópico, aquellos que resultan oponibles a terceros (entre los que se encuentra la sociedad) y no oponibles, lo que resulta compatible, sin perjuicio del alcance del término “oponibles”, sobre lo que se volverá.⁶⁵

B) Calificación del negocio “Convenio de Sindicación” en el Derecho Uruguayo

1. Negocio con tipicidad social

Se calificó al Convenio de sindicación como un contrato, se efectúa así una calificación de primer grado respecto a la realidad social que se toma como base, que de tipo social se eleva a tipo jurídico, hay una tipicidad de primer orden, que reside en la calificación del fenómeno como “contrato”, se puede transitar ahora, hacia una tipicidad de segundo grado, “los contratos”.

La figura que nos ocupa, en esa calificación de segundo grado es socialmente típica, resultado de la regulación y reordenación por tipos que lleva a cabo la autonomía privada, lo que supone reiteración, constancia y conciencia, de que los tipos así creados, en definitiva, llegan a tener una consistencia social.

En el derecho uruguayo, solo se regula en forma concreta y específica, una variante de la figura que nos ocupa, el convenio celebrado exclusivamente por accionistas de una sociedad anónima, no se regulan los convenios celebrados por socios de otras sociedades, ni los celebrados por socios de cualquier sociedad mercantil con personas ajenas a la misma.

Debe estarse prevenido de la diferencia entre el concepto de tipicidad y el de nominalismo, el tema del nomen de los contratos se afina en el Derecho Romano y en las acciones que otorgaban los contratos nominados. En el marco del derecho continental europeo actual, al amparo de la atribución de competencia normativa a los sujetos de derecho, la denominada autonomía privada, se abre la brecha de la nominalidad, así se encontrarán contratos nominados, y con ausencia de tipificación legislativa, o contratos con tipicidad de regulación incompleta, o incluso con tipicidad negativa, aquellas figuras que el legislador nombra para excluir del ordenamiento jurídico.⁶⁶

Existen índices especiales del tipo que permiten agrupar a los acuerdos celebrados por los socios de las sociedades comerciales, entré sí o entre sí y con terceros, en la categoría convenios de sindicación de la que regulada en el ordenamiento vernáculo solo se encuentra la referida a los acuerdos celebrados entre accionistas de una sociedad anónima, que es solo una variante. Respecto a los demás tipos de sociedades comerciales, o para el caso de la sociedad anónima cuando participan terceros ajenos a la sociedad en el acuerdo, persiste incommovible el amplio debate, registrado fuera de fronteras respecto a los convenios de sindicación y su admisibilidad, si es que se entiende que estamos en presencia de convenios de sindicación en estos casos, lo que corresponderá, en cada caso, determinar.

No cualquier contrato celebrado entre los socios, encarta en la categoría, el convenio de sindicación supone una organización, la fijación de procedimientos para la adopción de las decisiones a la interna de dicha organiza-

⁶⁴ Oppo, ob. Cit. pág. 6-12 clasifica en tres categorías estos negocios, de relación, de atribución y de organización, la clasificación que se propone, toma como base la del jurista en cita, que parte de los contenidos. Citado por Paz Ares, op.cit. pág 19-20

⁶⁵ Hargain Daniel, op.cit. pág. 267

⁶⁶ Gete-Alonso y Calera, María del Carmen, “Estructura y Función del Tipo negocial”, Barcelona, Bosch 1979, pág. 17

ción, estabilidad y permanencia, lo que requiere la regulación de las relaciones entre los sindicatos y de la forma como procederán los componentes personales del pacto frente a terceros incluida la sociedad, esto diferencia al convenio de sindicación, contrato de ejecución continuada, de aquellos contratos de cumplimiento instantáneo referidos por ejemplo a la obligación de votar en un sentido en determinada situación, o a no enajenarle las acciones de que son titulares los pactantes a un determinado sujeto de derecho, por un cierto lapso. Si bien en estos casos estamos en presencia de contratos, difieren respecto al convenio de sindicación, éste requiere una cierta estructura organizacional y mecanismos para la adopción de las decisiones por los sindicatos.

2. Análisis de la posibilidad o no de subsunción del Convenio de Sindicación dentro de otro tipo negocial legal

a) Tipificación

La tipificación, es el resultado de una selección y de una concentración de elementos estructuras y modalidades que son propias de diferentes actividades, resultando el tipo un paradigma un modelo de actividad negocial, y la trascendencia del resultado a que se arrije residirá en el régimen jurídico aplicable, en particular, ante la ausencia de previsión por las partes, el encuadrar un contrato dentro de un cierto tipo reviste relevancia.⁶⁷

En el derecho uruguayo, la tipicidad legal de configuración y de regulación del Convenio de Sindicación es claramente incompleta. Se entiende por tales el conjunto descrito por la ley de la conducta humana más sus elementos y datos que se añaden a estos (tipicidad de configuración del supuesto de hecho de la norma), al que se le otorga una determinada regulación, precisamente en íntima relación de dependencia con tales elementos y caracteres que se predicen de los mismos (tipicidad de regulación)⁶⁸. Solo cuenta con cierta tipicidad de configuración y de regulación el Convenio de Sindicación de Accionistas y no existe en el artículo 331 de la ley 16060, remisión a otro tipo contractual.

La figura en examen apostada en una realidad distinta a la mera conmutación⁶⁹, como se señaló, participa de los caracteres de los contratos plurilaterales de organización, es de carácter asociativo.

El derecho de asociación surge garantizado por el artículo 39 de la Constitución Nacional. El artículo 22 del Código Civil en el mismo sentido, establece que contarán con personería jurídica aquellas asociaciones reconocidas por la autoridad pública.

Un aspecto a dilucidar es si el contrato da origen a una sociedad, o en términos "contractualistas" si el contrato es pasible de calificarse como contrato de sociedad, o es una asociación que no reviste el carácter de sociedad. Si se postula que se trata de una sociedad corresponde determinar que tipo de sociedad, si civil o comercial, o si se desprecian estas alternativas, en último término, determinar si estamos en presencia de una figura distinta.⁷⁰

De concluirse que no corresponde específicamente a ninguno de estos tipos contractuales, corresponde discernir que régimen jurídico se encuentra más próximo a la figura, de modo de analizar la aplicación de soluciones contenidas en las normas que regulan un tipo contractual, al Convenio de Sindicación.

b) El Convenio de Sindicación como Asociación Civil- inadecuación

Una primera respuesta, podría ser la consistente en que se trata de asociaciones. La asociación es definida como "toda unión voluntaria de personas que, de un modo durable y organizado ponen sus esfuerzos, para conseguir un objetivo determinado" hasta aquí podría entenderse que estamos en presencia de una asociación, y así lo ha postulado en la doctrina. argentina Zaldivar.⁷¹

Se asimila a los sindicatos a asociaciones, porque carecen de personería jurídica, se crean por un lapso de tiempo en general prolongado con un objeto determinado, las obligaciones de los socios consisten en

⁶⁷ Sacco y Di Nova en *Tratatto di Diritto Civile*, dirigido por Sacco, II Contrato pág. 432-439 citado por Blengio, Juan al analizar la tipicidad del "Contrato de Shopping Center," *Revista de la Judicatura*, 2001, pág. 189

⁶⁸ Gete Alonso, ob.cit pág.16

⁶⁹ Butty, Enrique Manuel, *Sindicación de Acciones*, en *Negocios Parasocietarios* pág. 28 Director Eduardo M. Favier Dubois (h) Ad-hoc Srl. Bs. As. 1994.

⁷⁰ En Uruguay, se ha ocupado del asunto Holz op.cit pág. 122.

⁷¹ Citado por Madariaga, ab.cit. pág.22.

participar en las reuniones y cumplir con lo que surge de los términos del contrato, no se extinguen por muerte o interdicción de alguno de sus miembros, no existe en este tipo de organizaciones reparto de ganancias o excedentes de percepción y siguiendo a Ascarelli, se agrega que se requiere revestir una determinada calidad, la de accionista.- o socio-. También en la doctrina argentina Madariaga señala que, percibe entre la asociación y el sindicato, una semejanza en la ausencia de participar de eventuales ganancias, en el marco de la ausencia de finalidad lucrativa, (permítase anotar, al menos en forma directa) pero siguiendo a Pedrol, destaca el autor argentino en cita, la libre membresía de las asociaciones, caracterizadas por la posibilidad de desvincularse en cualquier tiempo y la mayor pureza democrática de la asociación (un miembro un voto), lo que las aleja del sindicato. En el mismo sentido Ferrara, destacaba la que denominaba fluctuación perenne de los sujetos que componen la asociación ⁷².

Duque Domínguez señalaba que los negocios asociativos atípicos –entre los que se encuentra el convenio de sindicación de socios- se deben regir por las normas de las asociaciones, Bérnago por su parte entendía que los convenios de sindicación debían situarse en una zona intermedia entre la asociación y la sociedad.⁷³

Analizando el orden jurídico español, el autor oriental Mariño López, discrepaba con dichos juristas, descartando cualquier asimilación o aplicación de las normas en materias de asociaciones, a los convenios de sindicación de acciones para el voto, objeto de su estudio.

En la doctrina estadounidense Horstein, analizando las normas societarias del estado de Nueva York, señaló que cualquier accionista de la sociedad que contaba con un voting trust, el que como se vio se debía depositar en la compañía, podía integrar sus acciones al voting trust, integrándose de este modo al sindicato, con lo que se creaba de este modo un sindicato abierto, esto, podría sostenerse, aproxima la figura a la asociación, sin embargo, luego de integrado, el sindicato se encuentra obligado a respetar el plazo pactado en el Convenio.

c) El Convenio de Sindicación como Sociedad

Cabe plantearse ahora si pueden asimilarse estos convenios con las sociedades, sean civiles o comerciales, comenzaremos por estas últimas.

Las sociedades son asociaciones que tienen fines de lucro, el fin de lucro resulta esencial a la sociedad y consiste en el reparto de utilidades entre los socios.

A) Convenio de Sindicación y Sociedad Comercial

La ley de sociedades comerciales 16.060 en su artículo 1 dispone que habrá sociedad comercial cuando dos o más personas físicas o jurídicas, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos al ejercicio de una actividad comercial organizada, con el fin de participar en las ganancias y soportar las pérdidas que ella produzca”, luego la ley confiere personalidad jurídica a las sociedades comerciales, creando un sujeto de derecho distinto de los socios.

Madariaga en Argentina expresaba que el conjunto de aportes realizados por los socios, es el medio que posibilita el desenvolvimiento de la sociedad y ese conjunto de aportes constituirán luego el capital social. Cabe preguntarse si pueden entenderse que en el Convenio de Sindicación el aporte, podría consistir, en el caso de las sociedades por acciones, en la entrega de los títulos representativos respectivos.

En este caso, corresponde desbrozar dos situaciones, si se entregan los títulos en garantía del cumplimiento de las obligaciones asumidas, no habrá aporte alguno sino un negocio de garantía, cuando el socio efectúa un aporte en una sociedad comercial, paga en cumplimiento de la obligación asumida, la que extingue haciendo tradición de las cosas aportadas.

Si la entrega se hace a transfiriendo la propiedad, quien entrega no lo hace en cumplimiento de un aporte, sino por otra causa que habrá que procurar en el contenido del contrato del que surge la obligación que se extingue con la entrega. En el sindicato de bloqueo puro, resulta más difícil aún percibir la existencia de aporte alguno, en tanto lo que allí se asumen son obligaciones de no hacer -no enajenar-. ⁷⁴

Holz, señala que resulta evidente que el sindicato no se ajusta a la definición legal de sociedad comercial, en tanto para ésta, de la ley se infiere la obligación de realizar aportes evaluables en dinero, bienes, destinados a una actividad comercial organizada, en el sindicato, agrega, no existen bienes que sean susceptibles de formar el patrimonio social. Afirma, en el mismo sentido, que tampoco una actividad comercial organizada,

⁷² Entre los orientales hace suyas estas opiniones Holz, op.cit. pág. 121-122

⁷³ Duque Domínguez *Societés commerciales et types des societés*, vol . I Milán 1968, Mambrilla Rivera *Caracterización jurídica de los convenios de voto entre accionistas y A. Bérnago*, “Societés Anónimas” Vol.II Madrid, 1972 pág. 510,

⁷⁴ Madariaga ob.cit. pp.22-23

es compatible con el concepto de convenio de sindicación, e indica que la finalidad de la sociedad y la del sindicato son distintas, en tanto en la primera, es participar en las utilidades y soportar las pérdidas que pueden originarse en razón del giro social, mientras que en el sindicato los beneficios para los participantes, no consisten en la distribución de utilidades.⁷⁵

B) Convenio de Sindicación y Sociedad Civil

Respecto a la distinción con la sociedad civil, en España ante normas similares, a las vigentes en nuestro país, hay quien ha postulado que el convenio de sindicación al menos el de acciones constituye una sociedad. de este tipo.

El artículo 1875 del Código Civil patrio dispone que la sociedad civil, es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartirse entre sí los beneficios que de ello provengan. El artículo 1665 del Código Civil del Reino de España reza "La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias."

Garrigues postula que los convenios de sindicación al menos los de voto son contratos de sociedad, señala que la puesta en común reside en las partes sociales sindicadas, lo que se ve más claramente aún en el caso de acciones y el beneficio emergería de las ventajas o provechos obtenidos en los negocios sociales, como consecuencia de la labor del sindicato, señaló el jurista "¿Por qué se sindicaron? Se sindicaron precisamente para mejorar los negocios y el rendimiento de la sociedad. Y si se sindicaron para esto, yo creo que, implícitamente, se dael ánimo de repartir una ganancia." Y más adelante dijo: "En suma, estos sindicatos de mayoría pueden calificarse como sociedades"⁷⁶.

Obsérvese que en el caso de los sindicatos financieros esto se apreciaría con mayor claridad, pues el beneficio consistiría en la variante entre el precio que se obtendría en la venta de las acciones de no haberse pactado y lo que en definitiva se obtiene luego de su colocación. El autor en cita parte de un concepto amplio de ánimo de lucro, que engloba cualquier ventaja o provecho patrimonial apreciable en dinero, aunque no consista en un beneficio repartible.

Por la contraria se pronuncia Cabanellas quien señala que la calificación como figuras societarias no resulta admisible en el derecho argentino, en tanto no existe el aporte de bienes o servicios, y en los casos en que como en el sindicato accionario, las participaciones sociales se someten a un control único, esto no tiene como finalidad producir bienes o servicios, el fin lucrativo es indirecto en los convenios y los mismos no están destinados a producir un beneficio que derive de las actividades que se realizan en el marco de dichos convenios, agrega que no reúnen ninguna de las condiciones de las sociedades típicas, ni aún las de las sociedades civiles, lo cual implicaría en el derecho argentino negarles validez, de acuerdo al artículo 17 de la ley de sociedades comerciales de aquel país, lo que no se ha planteado en la doctrina ni en la jurisprudencia⁷⁷. Cabe aclarar que en Uruguay este último argumento no es de recibo, en tanto el legislador oriental (artículo 3 inciso 2 de la ley 16060) se apartó en este aspecto del modelo argentino, y la consecuencia de la atipicidad, es la remisión al régimen aplicable a las sociedades irregulares y de hecho. Abunda en argumentos adicionales el autor en cita, expresando que las participaciones afectadas continúan perteneciendo a los socios, y no se crea una entidad jurídica nueva, pasible de ser disuelta. En lo referido a la falta de asimilación a una sociedad comercial lo expuesto por el connotado autor parece de recibo en el derecho uruguayo, mayores hesitaciones genera, la distinción de la figura respecto a la sociedad civil.

En el medio vernáculo, Holz ha destacado que el artículo 1877 del Código Civil requiere el aporte de algún bien susceptible de estimación pecuniaria lo que es de esencia de la sociedad civil, puntualizando que en el sindicato no se da ese aporte, asimismo, agrega que los beneficios, a que hace mención la definición del artículo 1875, son a tenor de lo dispuesto en el artículo 1878 aquellos apreciables en dinero, lo que tampoco se da en el sindicato. Constituyendo entonces la aportación de algún bien uno de los elementos tipificantes del contrato de sociedad, al igual que el ánimo de lucro y en tanto los sindicatos carecen de ambos no son pasibles de subsumirse como un tipo de sociedad civil. La participación en los beneficios y la afectación de los aportes, a soportar las pérdidas, refieren a la esencia del contrato y coadyuvan a la construcción del tipo contractual.

En el mismo sentido, puede agregarse que el beneficio en la sociedad civil, debe constituir en dinero o en valores apreciables en dinero, ya que la finalidad de la sociedad consiste en ejercitar en común una

⁷⁵ Holz, Eva, op.cit. pág. 121-122

⁷⁶ Garriguez, J Sindicato de Accionistas, en Anales de la Academia Matritence del notariado Tomo IX, pag. 80

⁷⁷ ob.cit. pág.445, refiriendo a los convenios de voto, de los que el convenio de sindicación para el voto es una especie caracterizada por el objeto.

actividad económica.⁷⁸ En el caso de los sindicatos de voto, la finalidad de incidir en los negocios de la sociedad o de orientar el rumbo, en procura de una mejora de las utilidades, queda exilado del ámbito de la causa del contrato de sindicación y puede considerarse en el terreno de los motivos irrelevante a la hora de realizar la tipificación de una figura, por lo que no se dan ninguno de los dos extremos, ni los aportes, ni la finalidad de lucro. Para los convenios financieros, claramente aunque alguien pudiera discutir respecto a la finalidad de lucro, no hay aportes, por lo que tampoco en este caso, se estaría en presencia de una sociedad civil.

3. El convenio de sindicación de acciones en el Derecho Uruguayo como contrato con tipicidad social, y legal incompleta para el caso de las sociedades anónimas

Luego de referir a los óbices para subsumir al convenio de sindicación en otras especies dentro de los contratos asociativos, alguna doctrina, ha sostenido que dicho contrato no encaja en ninguna de las referidas figuras, constituyendo un tipo asociativo distinto de los antes referidos.

En la Argentina Madariaga expresa refiriendo al sindicato de accionistas pero en conclusión que parece trasladable a cualquier otro, que se trata de un contrato plurilateral de organización de carácter parasocial, con elementos atípicos muy importantes, que no se sujeta a los esquemas clásicos de la sociedad o la asociación, lo que da vitalidad a la figura.⁷⁹

Mascheroni y Muguillo señalan que el negocio de marras es un acuerdo plurilateral que organiza una forma asociativa carente de la calidad de sujeto de derecho- aunque generalmente llamada sindicato- donde no existe un fin de lucro específico, ni pretensión de obtener utilidades determinadas para distribuirlas entre los componentes, distinguiéndose así de la sociedad en que no existen aportaciones en común a un fondo especial de titularidad de un ente o sujeto distinto, sino que se presenta como una estructuración organizada en miras a un objeto definido.⁸⁰

En la doctrina española Fernández del Pozo, califica desde dos perspectivas el fenómeno, en lo externo, como un negocio parasocial; en cuanto a su conformación como un contrato plurilateral de organización asociativo en sentido amplio y generalmente atípico.

Pérez Moriones al analizar los convenios de sindicación para el voto⁸¹, los califica como contratos asociativos en sentido amplio, destacando el fin común e inmediato de influir en la voluntad social y la promoción del mismo por los sindicados.

En nuestro país, Rippe al analizar el artículo 331 de la ley 16060 afirma, que descarta toda posibilidad de existencia de una asociación o sociedad, fundando su aserto en que no se crea una entidad social con o sin personalidad jurídica, ni se dan los elementos y caracteres configurativos de los mismos; agrega que el concepto de acto colectivo o complejo en sí mismos nada indican sobre la naturaleza jurídica de esos convenios y generalmente muestran las dificultades de su adecuada categorización. Se inclina por la naturaleza contractual, solución que a su juicio se derivaría de las propias expresiones del legislador, de la reglamentación legal y de los derechos, obligaciones y responsabilidades que de él emergen. Puntualiza que el concepto de contrato parasocial tiene una significación relativa en cuanto sólo indica que se trata de un contrato ligado al contrato principal de sociedad por un vínculo de accesoriadad. Explicita, que el tradicional contrato de cambio no es una figura que permita encajar los derechos, las obligaciones y responsabilidades que resultan de la sindicación de acciones, por lo que podrían ser más adecuados los conceptos de contrato plurilateral de organización o de contrato asociativo, sin perjuicio de acentuar la que identifica como particularidad contractual para todos los efectos de la interpretación e integración de los convenios específicos.⁸²

Holz, luego de marcar las diferencias entre el convenio de sindicación y la asociación, en concordancia con lo señalado por Pedrol y Madariaga expresa que el Convenio de sindicación es "una figura atípica que presenta semejanzas en algunos puntos con la asociación, pese a que coexisten rasgos atípicos que impiden su asimilación a esta".⁸³

⁷⁸ Cf. Cerruti Aicardi Contratos Civiles pág. 350.

⁷⁹ Ob.cit. pág 26

⁸⁰ Mascheroni y Muguillo ob.cit. pág. 202

⁸¹ Refiere solo a los que califica de bilaterales o plurilaterales, al analizar la causa ingresaremos en estas calificaciones.

⁸² Rippe, Siegbert Sociedades Comerciales Ley 16.060 8ª edición ampliada y actualizada, FCU Montevideo, junio de 1999 pág. 145.

⁸³ op.cit. pág 123

Hargain señala que “atendiendo al número de partes que lo celebran los fines perseguidos y las obligaciones que contraen, el sindicato de socios encuadra en la categoría de los contratos plurilaterales de organización”⁸⁴

La tipicidad legal del instituto es francamente incompleta, y descartadas que fueron las opciones de subsunción en alguno de los tipos negociales antes analizados se presenta la decisión respecto al derecho supletorio a aplicarse.

Este es un asunto de enorme trascendencia práctica.

Butty, luego de señalar que el convenio de sindicación participa de los caracteres fundamentales de los contratos plurilaterales, según lo que ya se viera, en tanto refiere a una realidad distinta de la mera conmutación, pueden haber más de dos partes, el régimen de la nulidad vincular es por principio independiente de la nulidad del pacto mismo, etc. plantea la siguiente cuestión ¿de qué manera y con qué límites opera la resolución parcial del pacto de sindicación?, propone la aplicación analógica de las norma sobre exclusión de la ley de sociedades comerciales de su país⁸⁵, al analizar el supuesto en sede de los efectos (obligaciones) y de su incumplimiento (Capítulo 8), así como, su disolución (Capítulo 9), volveremos sobre esto, por ahora destacar que lo postulado por el citado autor, refiere al gozne sobre el que gira la importancia del tema, esto es las normas aplicables en subsidio a la figura una vez concluido que no encarta en los otros tipos negociales.

Pérez Moriones expresa refiriendo a los convenios de sindicación para el voto, que la prestación más relevante en la figura es la colaboración para la consecución del fin, en lo referido a la especie que analiza, la incidencia en la formación de la voluntad de la sociedad, por lo que caracteriza dichos convenios –en conclusión que parece resultar trasladable al género- como contratos societarios de colaboración o gestión colectiva atípicos de naturaleza civil, según señala luego de las normas del propio convenio -generadas por la actuación de las partes en ejercicio de la autonomía privada- entiende aplicable en forma supletoria la regulación prevista para el contrato de sociedad civil.⁸⁶

Fernando Pantaleón Prieto puntualiza, que en los contratos asociativos atípicos o en las normativas incompletas de los tipos especiales de las sociedades de personas, serán las normas que regulan la sociedad civil las aplicables, constituyendo estas un prototipo modificable por la autonomía de la voluntad. Afirma el autor en cita “A poco que se reflexione sobre los casos de fenómenos asociativos atípicos se alcanzará naturalmente la conclusión de que lo único adecuado a las expectativas normativas de las partes es la aplicación de las normas reguladoras de la sociedad civil a las relaciones existentes entre ellas. Sería manifiestamente inapropiado, representaría una injustificable violencia de la autonomía de la voluntad aplicarse las normas de la ley de Asociaciones” y agrega “.. cabe afirmar que el de sociedad contractual o sociedad en sentido estricto no es un mero concepto doctrinal ordenador, sino un prototipo normativo, configurado por los elementos característicos, presentes en todos los tipos legales, de las sociedades de personas ... y cuya disciplina, habida cuenta del carácter formalizado de los tipos de sociedades mercantiles (“formas sociales” en sentido propio, de carácter externo y habitualidad o continuidad en la actividad) se halla en normas reguladoras de la sociedad civil, exceptuadas aquellas que responden a los restantes elementos configuradores del tipo legal de sociedad civil (mero “tipo de referencia”), esto es el carácter externo (la personalidad jurídica) y el patrimonio común. Dicha disciplina es el “Derecho Común” de las agrupaciones organizadas según esquemas personalistas: será la propia de los aquí llamados fenómenos asociativos atípicos.. En el mismo sentido se pronunció antes Cándido Paz Ares.⁸⁷

Se sufraga, para el caso que de las normas emergentes del contenido de lo pactado no regularan la situación planteada, por la aplicación de las normas legales en materia de sociedad civil, se funda el aserto, en que se trata de un pacto de naturaleza civil, y al igual que la sociedad, produce obligaciones que convergen dirigidas a un fin común. No obstante ello, se deberá analizar cada caso, a fin de determinar si la disposición legal es aplicable o no al convenio de sindicación de que se trate, pues la similitud existente no permite una asimilación total entre los tipos contractuales, y por tanto no resulta posible a priori, afirmar la aplicación lisa y llana de todas las normas, del que Pantaleón llama “el derecho común”, en la materia.⁸⁸

⁸⁴ op.cit. p.266

⁸⁵ Butty, Enrique op.cit. pág. 28 (artículo 91 ley 19550).

⁸⁶ Pérez Moriones ob.cit. pág. 379-383, citada por Mariño op. cit. pág. 134

⁸⁷ Pantaleón Prieto, Fernando “Asociación y Sociedad (A propósito de una errata del Código Civil)” Anuario de Derecho Civil Español 1993, pág. 46-47. Paz Ares Cándido, “Animo de lucro y concepto de sociedad” en Derecho Mercantil de la CEE Estudios en Homenaje a José Girón Tema, Madrid, 1991, pp.740-750.citado por Pantaleón, op. y pag. cit.

⁸⁸ Cf. Mariño, op.cit. pág. 135

C) Los componentes personales del pacto incidencia en la calificación del negocio

Agotada la delimitación de la figura correspondería en el marco teórico conceptual al que se alinea el presente, abordar los presupuestos de existencia del negocio, sin embargo, merece antes consideración, lo vinculado a los componentes personales del pacto, para dilucidar si estamos dentro del tipo convenio de sindicación, cuando participan además de los socios, sujetos que no reúnen la calidad de socios o accionistas de la sociedad a la que el negocio se vincula en términos de conexidad, como contrato parasocial o incluso en el caso de las sociedades anónimas (único en el que hay una tipicidad de regulación), a tenor de lo dispuesto en el artículo 331 multicitado, determinar si cumpliendo con los requisitos establecidos en el mismo llega a ser derecho positivo para la sociedad, un convenio en el que participe al menos un sujeto que no revista la calidad de socio.

El tema involucra la posibilidad de que, además de todos o algunos de los socios de la sociedad, participen en el convenio, terceros, como la propia sociedad u otros sujetos de derecho, así, una entidad bancaria que otorga una línea de crédito y se encuentra interesada en que la compañía siga una determinado rumbo en sus negocios, o respecto a la distribución de utilidades, de modo de garantizar la capacidad de pago de las sumas mutuadas, o por ejemplo los administradores cuando estos no son socios.

No se encuentra óbice, en el derecho positivo uruguayo, para que se celebren este tipo de negocios, los mismos pueden conceptualizarse como contratos, en los términos antes referidos y de contar con los presupuestos (capacidad jurídica y poder normativo negocial) y elementos y requisitos de validez necesarios (capacidad de obrar, consentimiento, objeto y causa), ingresarán, en tanto tales, normas jurídicas al ordenamiento. Allí se agota la tipificación de primer grado.

El tema se presenta respecto a la tipificación de segundo grado, esto es si son pasibles de ser tipificados como convenios de sindicación, con las características referidas, contrato plurilateral asociativo de organización, o no. Esta subsunción en la categoría dependerá de la causa del negocio, la causa "perfila la fisonomía o individualidad de cada uno de ellos, la cual responde, no solo a su estructura jurídica, sino también a la función que el negocio está llamado a desempeñar"⁸⁹

Pueden distinguirse aquellos convenios celebrados solo por socios, los celebrados entre socios y terceros totalmente ajenos a la sociedad, los constituidos entre socios y administradores, o directores, y aquellos constituidos entre los socios y la sociedad.

Desbrozando el camino, respecto al artículo 331 de la ley 16060, surge del mismo que los convenios deben ser celebrados por accionistas, por lo que si participara un tercero, estos contratos, aún cumplidos los requisitos previstos en el artículo referido -que alude en todo momento a los "convenios de accionistas", no ingresarían al ámbito de la sociedad con el alcance atribuido por dicho artículo, permaneciendo como acuerdos parasociales. Esto no apunta a la calificación, claro está.

Respecto a la calificación como convenios de sindicación, solo encartarán en esa categoría, los contratos que importen la creación de una organización, los que tengan una función asociativa, con independencia de que alguno de los componentes personales del pacto, no revista la calidad de socio o accionista.

En el caso de los celebrados entre socios y terceros, pueden mencionarse entre otros el celebrado en oportunidad de una enajenación de acciones o partes sociales; quien va a ingresar a la sociedad no es aún socio, en ese caso el enajenante de las partes sociales o acciones, que deja de ser socio, puede tener interés en mantener influencia en la sociedad, por ejemplo en tanto titular de una empresa que tiene un flujo de negocios con la misma, también puede regularse la elección de miembros del directorio, el enajenante puede tener interés en permanecer ocupando un cargo de dirección, o que lo ocupe un tercero de su confianza, durante un lapso de varios años. Para la sociedades de responsabilidad limitada el artículo 237 prevé que el administrador podrá ser socio o no, en tanto para las sociedades anónimas lo prevé el artículo 378 de la ley 16060.

En la doctrina argentina Rossi, expresa que los acuerdos con terceros, no son convenios de sindicación accionaria stricto sensu, tal afirmación resulta compatible si se entiende por tales aquellos en los que solo participen socios o accionistas, pero no responde cual es la categorización jurídica de tales pactos, como se señaló, dependerá del análisis de la causa, verificar si se trata de contratos plurilaterales de organización, que reúnen las demás características tipificantes. Al analizar el objeto se volverá sobre los desarrollos del autor argentino, quien señala refiriendo a los convenios sobre el voto que los mismos implicarán en estos casos, una cesión repugnante al interés social.⁹⁰

⁸⁹ Gamarra, Jorge Tratado de Derecho Civil Uruguayo Tomo VIII, Montevideo, 1972 pág. 126

⁹⁰ Rossi, Hugo Enrique, op.cit. pág. 48-49

Otro aspecto relevante, dice relación con los convenios en los que emiten su voluntad, los administradores o integrantes del directorio de la sociedad, que involucra dos vertientes en lo referido al proceder de los pactantes, la del socio no administrador y el comportamiento exigible al mismo, y la del administrador.

Desde la perspectiva de las obligaciones del administrador, teniendo en cuenta que en su variante de control, el sindicato se caracteriza como instrumento a fin de asegurar la estabilidad en la administración, la coherencia en las políticas empresariales, resulta una herramienta útil a fin de mantener la política fijada a largo plazo. Cuando estamos en presencia de un sindicato de control, se produce de esta forma, la generación a través del pacto de normas que imponen conductas al administrador adaptadas a las competencias propias del cargo que le toca ocupar.

Cuando la pactante es la sociedad, el asunto deviene complicado, la misma podría celebrar un negocio jurídico, por el que se obligaran sus socios a asumir un comportamiento determinado, siguiendo las instrucciones que emanen de los órganos de administración, o dirección, por ejemplo no votando contra lo que propone.

En el derecho comparado, se veda la posibilidad, para el caso de los sindicatos de voto, de que el accionista se comprometa a votar siguiendo las directivas del administrador, así puede citarse el caso del derecho alemán en el artículo 136 de la ley de sociedades de aquel país, donde se establece que "Será nulo todo contrato mediante el cual un accionista se obligue a ejercer el voto siguiendo las instrucciones de la sociedad, del Directorio o del Consejo de Vigilancia de la sociedad, o siguiendo las instrucciones de una empresa dependiente", en el mismo sentido el artículo 17.3 A del Código de Sociedades Comerciales portugués dispone " Son nulos los acuerdos por los que un socio se obliga a votar a) siguiendo siempre las instrucciones de la sociedad o de uno de sus órganos ", de similar tenor es la Proposición de Quinta Directiva de la CEE (art. 35) y la Propuesta de Estatuto de Sociedad Anónima Europea (art. 93) .

Interesa señalar sobre estos aspectos, que el negocio celebrado por socios o accionistas de una sociedad comercial y terceros, será en principio, válido y eficaz en tanto reúna los presupuestos y elementos de cualquier contrato. El mismo, si reviste las características de contrato plurilateral, asociativo de organización, erigiéndose además, en contrato parasocial, será pasible de calificarse como convenio de sindicación, resultando consecuentemente aplicable al mismo el régimen jurídico que se vio supra al analizar la tipicidad del negocio Convenio de Sindicación.

Dicho negocio jurídico, cuando intervienen sujetos que no son socios o accionistas, no puede abandonar en el derecho uruguayo la categoría de contrato parasocial, ni aún en el caso de las sociedades anónimas, pues lo establecido en el artículo 331, resulta acotado a los convenios celebrados solo por accionistas.

La calificación de contrato plurilateral o no, dependerá en cada caso de la causa, pudiendo encontrarnos, cuando estamos en presencia de acuerdos en los que participan socios de sociedades comerciales y terceros referidos en cualquier forma a la sociedad o al accionar de los socios o accionistas en su calidad de tales, frente a contratos, unilaterales o bilaterales, serán aplicables a estos las normas referidas a este tipo de contratos y no las del convenio de sindicación que ahora nos ocupan.

La labor de calificación y la conclusión posible sobre si estamos en presencia de negocios plurilaterales, o asociativos, o simplemente frente a contratos bilaterales, o unilaterales, resulta de recibo también respecto a acuerdos celebrados exclusivamente por socios.

En conclusión, los convenios de sindicación en que participan sujetos que no son socios o accionistas, resultan, en principio, lícitos.

A fin de analizar si los pactantes tenían la posibilidad jurídica de otorgar el negocio que otorgaron, o si aún teniéndola el objeto o la causa del mismo son ilícitos, en definitiva, determinar si existe el negocio y en caso de existir si sus estipulaciones son adecuadas a Derecho, deberá estarse a lo que surja en concreto de las previsiones del negocio en examen y su compulsa con las normas vigentes.

VI. PRESUPUESTOS DE EXISTENCIA

A) Introducción

La doctrina privatista contemporánea indica dos presupuestos de existencia del negocio jurídico, la capacidad jurídica y el poder normativo negocial, en su ausencia el negocio nunca llega a existir. La doctrina clásica recurre a otras categorías, como la denominada "legitimación recepticia"

La capacidad jurídica es la idoneidad fijada también por normas jurídicas para ser titular de un determinado tipo de relaciones jurídicas, aptitud que en general se reconoce a todos los sujetos de derecho, aunque

puede verse limitada ⁹¹, se trata de una potencialidad que solo se concreta cuando el sujeto ejerce el poder normativo.

Sobre el poder normativo, los sujetos de derecho, tienen atribuida por el orden jurídico, la posibilidad de ingresar normas al mismo, lo que se ha referido como la posibilidad de “crear derecho”, a esa aptitud se le denomina, “poder normativo negocial” ⁹².

En el análisis de la eficacia negocial, constituye este aspecto, el segundo a tener en cuenta, luego de verificada la presencia de capacidad jurídica respecto al sujeto, debe escudriñarse si tiene la posibilidad jurídica de otorgar el negocio respectivo, si ostenta poder normativo negocial.

B) Capacidad Jurídica

La regla general de acuerdo a lo antes expresado es que cualquier sujeto de derecho puede ser parte del convenio de sindicación.

Un aspecto a considerar en el asunto, refiere a la situación de aquellos que no son socios, no debe visualizarse al respecto el tema, en territorios de la capacidad jurídica, sino que el análisis, podría situarse en la categoría que se analiza de seguido, el poder normativo negocial, aunque para descartar limitaciones en ese aspecto.

La sociedad debe recordarse que salvo el particular caso en que participe del contrato, es un tercero respecto al mismo, y la vinculación debe buscarse en términos de conexidad contractual, por lo que aún antes de la existencia de la sociedad y de su consiguiente capacidad jurídica, es ajeno a los presupuestos del negocio de sindicación, de modo que puede pactarse un convenio de sindicación respecto de una sociedad que aún no existe.

En ese caso, estaremos en presencia de un negocio de formación progresiva pues la causa en el convenio refiere necesariamente a la sociedad, el negocio estaría incompleto y no desplegará sus efectos hasta que la sociedad llegue a existir.

La diferencia entre una u otra conclusión, resulta evidente.

Si se sufraga por la inexistencia del convenio, aún si la sociedad comercial luego llega a existir no existirá tal convenio, si se postula en cambio que se trata de un negocio de formación progresiva, incompleto hasta que exista la sociedad, una vez constituida esta, desplegará todos sus efectos el convenio de sindicación.

C) Poder normativo negocial

Se dijo antes (3.1.3) que la existencia de la norma negocial, reposa previa y necesariamente, en una norma que habilite al otorgante a generar esta nueva norma jurídica y la celebración del convenio de sindicación determina el ingreso de normas jurídicas al sistema, originadas en la actuación de los pactantes.

El poder normativo negocial es una especie dentro del género poder normativo, que encuentra su fundamento en una norma de superior jerarquía, la ley, y esta atribuye o priva a los sujetos de la posibilidad de generar derecho mediante su actuación, es la norma de reconocimiento, que hace o no ingresar al sistema una nueva norma jurídica.

Este poder de hacer ingresar normas reconocido a cada sujeto de derecho, en tanto tal, no debe confundirse con los límites impuestos a la autonomía privada en razón no de la persona sino del contenido o finalidad de la actuación, que refieren al objeto o a la causa.

Respecto al tipo contractual que analizamos, de postularse que debe revestirse la calidad de socio para celebrar un convenio de sindicación, podría entenderse que todos los sujetos de derecho que no revisten la calidad de tales carecen de poder normativo negocial para crear este tipo contractual, que la ley exige estar inmerso en determinada situación jurídica (o relación- conjunto de situaciones jurídicas-) previa, ser socio o accionista, ⁹³ para otorgar el negocio.

⁹¹ El Prof. Jorge Gamarra indica como casos de falta de capacidad de goce la situaciones respecto al contrato de fianza reguladas en los artículos 2116, 271 nal.7 y 412 num 8, del Código Civil. Tratado de Derecho Civil Uruguayo Tomo V, 2da edición, pág.23 Ed. Amalio Fernández Mdeo. La donación de bienes futuros ha sido conceptualizada por Rodríguez Russo, como un caso de falta de capacidad jurídica. Rodríguez Russo, Jorge “ Donación de bienes futuros: inexistencia del contrato por falta de capacidad jurídica,” ADCU tomo XIX, pág. 127, en el mismo sentido, “Capacidad de derecho, poder de disposición e inexistencia jurídica en el contrato de donación de bien futuro” A.D.C.U Tomo XXVI, pág. 479.

⁹² Caffaro, Eugenio y Carnelli, Santiago, Eficacia Contractual, Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As. 1989 pág. 16

⁹³ La situación jurídica es la norma perspectivizada desde la posición del sujeto nominado en la misma. La anunciada reducción de los fenómenos jurídicos a normas, opera en el sentido que toda afirmación de existencia de una situación no es más que una significación

Esto no es de recibo, ni siquiera en el caso de las sociedades anónimas donde existe una tipicidad legal incompleta del convenio de sindicación. Además del antes mencionado caso, del negocio de formación progresiva, en caso de celebración del negocio antes del nacimiento de la sociedad, en el que ninguno de los pactantes es socio, puede darse luego de conformada la misma la situación en que alguno de los pactantes no es socio, en ese caso para analizar si se está o no en el tipo contractual, deberá atenderse a la caracterización realizada en el capítulo anterior, pero no es posible afirmar un cercenamiento a la posibilidad de otorgar el negocio situada en sus presupuestos, no sin una norma que lo prevea.

El otro aspecto, que interesa atender, es el referido a los convenios de sindicación celebrados en el ámbito de sociedades distintas de las anónimas; en este asunto la doctrina uruguaya se ha mostrado conteste en admitir la sindicación fuera del ámbito de la sociedad anónima⁹⁴.

Determinar si el ordenamiento jurídico secunda o no la celebración del negocio cuando refiere a sociedades distintas de las anónimas, involucra la categoría poder normativo negocial, y luego, dilucidado si el negocio puede otorgarse y existir, la apreciación de la licitud de su objeto y de su causa, es que solo lo que existe es pasible de ser calificado como lícito o ilícito, y si el sujeto carece de la aptitud de formar el negocio, no habrá negocio, por lo que no podrá ser calificado en tanto inexistente, en forma alguna.

En lo atinente al poder normativo negocial, corresponde descartar un argumento a contrario sensu, para postular la imposibilidad de celebrar este tipo de negocios en los tipos sociales distintos de la sociedad anónima. Este procedimiento discursivo consiste en que dada una determinada proposición jurídica, que afirma una situación jurídica para un sujeto a falta de una disposición expresa se debe excluir la validez de una proposición jurídica diferente que afirme la misma situación.⁹⁵

Podría decirse que el convenio de sindicación solo está previsto para las sociedades anónimas, por lo que no corresponde para los otros tipos sociales. Tal argumento debe descartarse. En efecto, que el tipo este legislado o no en las sociedades anónimas, no incide en absoluto, en su admisibilidad o no para los demás tipos sociales, ni agrega, ni quita nada en la dilucidación de si los sujetos de derecho pueden (tienen la atribución conferida por la ley) crear este tipo de negocios en referencia a una sociedad no anónima.

No existiendo una norma que inhiba la posibilidad de celebrar este tipo de negocios, en el marco de la autonomía privada, que se entiende, no solo como libertad o un aspecto de esta, sino como la posibilidad de incidir en el ordenamiento jurídico creando normas jurídicas, en mérito a la atribución de tal facultad por la ley, pueden los sujetos de derecho concretar un convenio de sindicación, negocio con tipicidad social y no recogido en la ley para el caso de las sociedades que no son anónimas.⁹⁶

Si se concluye al calificar el negocio que se está en presencia de una sociedad comercial o civil, debe tenerse presente la prohibición contenida en el artículo 412 inciso 3, 431 del Código Civil, para el tutor y el curador, y lo dispuesto en el artículo 46 de la ley 16060, en sede de sociedades comerciales.

De concluirse que se está en presencia de una sociedad civil, debe tenerse en cuenta, en sede de poder normativo negocial, la situación de los cónyuges que están impedidos de contratar sociedad civil, al menos para la doctrina tradicional

Si se califica el convenio de sindicación como una figura no pasible de subsumirse en ninguno de estos tipos, como se hace en el presente, no resultarían de aplicación las disposiciones legales aludidas, en tanto, el régimen de las sociedades civil se aplica en forma supletoria y en lo pertinente.⁹⁷

Otro aspecto a atenderse, es el referido a la posibilidad de que la pactante sea una sociedad comercial, en este aspecto, cabe preguntarse si es posible que dicha sociedad, la misma a que atinge el negocio u otra, puede celebrarlo teniendo en cuenta su objeto. La pregunta es, si debe o no tenerse en cuenta dicho objeto, el fijado en el contrato por el que emergió a la vida jurídica ese sujeto de derecho que ahora pretende participar como parte en el convenio de sindicación. La dilucidación de este aspecto, ingresa en uno más amplio que puede resumirse en la siguiente pregunta, ¿el poder normativo negocial de las personas jurídicas, se encuentra circunscrito a lo establecido en su objeto?

Si bien el análisis en profundidad de este aspecto trasciende los límites del presente, corresponde referir brevemente al asunto. Esto es, preguntarse si a falta de previsión al respecto, cualquier sociedad se vería privada de la posibilidad de celebrar el negocio que nos ocupa.

de lenguaje para aludir a que la norma "soporte" de la situación pertenece al sistema normativo de referencia (ver sobre esto Caffera-Mariño op.cit)

⁹⁴ Hargain Daniel op.cit. pág. 267; Holz, op.cit pág. 132, Jiménez de Aréchaga, Mercedes, "Algunas consideraciones acerca de la sindicación de acciones en la ley 16.060 de sociedades comerciales A.D.Com. Tomo VI, pág. 141 y 142.

⁹⁵ Catenacci, Imerio, Introducción al Derecho pág. 344, Editorial Astrea Bs.As. 2001.

⁹⁶ Sobre el concepto de autonomía privada, que se maneja Ferri, Luigi, La Autonomía Privada" Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, 1969 particularmente pág. 43-46

⁹⁷ supra 3.2.2.2

La Dra. Nury Rodríguez ha postulado que la ley de sociedades comerciales uruguaya, recoge el principio de especialidad. Sabido es que esta categoría, incumbe en principio a los órganos del estado; en el mismo sentido se ha pronunciado la Dra. Arambere en el análisis exegético de la ley 16060.

La Auditoría Interna de la Nación a la hora de analizar la posibilidad de que las sociedades participen en otras sociedades, ha sustentado el denominado criterio de la coherencia de los objetos entendiendo que al participar en otras sociedades la sociedad socia está realizando el objeto social de estas últimas y por tanto debe estarse a lo que se establezca en el objeto de la sociedad socia a la hora de determinar si puede realizar o no la actividad⁹⁸. Obsérvese que el objeto fijaría entonces el alcance de la capacidad jurídica de la sociedad.

El Dr. Germán analizando el objeto y la causa de las sociedades comerciales aleja el tema de la capacidad jurídica y del denominado principio de especialidad y lo sitúa en territorios del poder normativo negocial, sosteniendo que la sociedad carece de poder normativo negocial fuera del objeto social y por lo tanto los actos ajenos a dicho objeto son inexistentes. Lo sitúa en la categoría que ahora nos ocupa, sosteniendo, además, que el artículo 79 de la ley 16060, fija el poder normativo negocial de las sociedades comerciales.⁹⁹

En contra se han pronunciado los Esc. Serván Buzón y el siempre recordado Esc. Julio Schwartz, así como la Esc. María Wonsiak, y el Esc. Berdaguer¹⁰⁰.

Señala la Esc. Wonsiak, que el objeto social es el "género de actividad que los socios se proponen realizar al constituir la", y no se vincula a la capacidad de la sociedad, en tanto siendo la sociedad un sujeto de derecho, ostenta tal aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, en tanto no se encuentre limitada por el contrato o la ley y la determinación del objeto exigida por el artículo 6 de la ley 16060, debe interpretarse en consonancia con lo dispuesto en el artículo 79 inciso 3, pues fija las atribuciones del órgano de administración, consagrando la teoría de la apariencia, obligando dicho órgano con su accionar a la sociedad en actos que no sean notoriamente extraños al objeto social, sin que resulte de interés si existe o no una resolución previa, o que luego esto sea ratificado por la asamblea social. Precisa la autora, que un tema es la interna de la sociedad y la eventual responsabilidad de sus directores y otra la trascendencia jurídica, y la existencia del acto y concluye que fuera del objeto social, la sociedad ostenta el mismo poder normativo que cualquier sujeto de derecho.¹⁰¹

Entonces, de situarnos en la posición que entiende que del objeto social, surge limitada la capacidad de la sociedad, que postula el "principio de especialidad", habrá de estarse a fin de determinar si una sociedad comercial puede o no celebrar convenios de sindicación, sea esta sociedad, aquella constituida por el contrato al que el convenio accede de acuerdo a lo antes expuesto, u otra, al objeto de la sociedad que pretenda ingresar como componente del convenio de sindicación. Por ello, de sostenerse esto, el vínculo será inexistente por falta de capacidad jurídica si no estaba en el objeto de la sociedad la posibilidad de celebrar estos convenios.

También a la inexistencia del vínculo, se arriba como conclusión, para el caso antedicho, si se sufraga por la tesis de que el poder normativo negocial de las sociedades comerciales, surge delimitado del objeto del contrato de sociedad. La inexistencia refiere al vínculo, y no al convenio de sindicación en sí, aunque puede afectar a todo el convenio de acuerdo a la delimitación del tipo contractual convenio de sindicación como contrato plurilateral de organización, antes efectuada; si por ejemplo, la participación de la sociedad respecto a la cual se verifica la falta de poder normativo o incapacidad jurídica, y cuyo vínculo consecuentemente, devendría inexistente, se reputa indispensable, o si el convenio queda ante la inexistencia de ese vínculo, reducido a un solo partícipe

En la tesis contraria, el objeto habrá de tenerse presente a la hora de analizar cuales actos podrán ejecutar los administradores y cuales requerirán un pronunciamiento de la asamblea, pero no incidirá ni en la capacidad ni en el poder normativo negocial de la sociedad. En esta última tesis entonces, si la celebración del convenio de sindicación fuere algo totalmente extraño al objeto social, la sociedad en tanto sujeto de derecho podrá celebrarlo, pero los administradores no tienen facultades para ello, por lo que será necesario una resolución de la asamblea a fin de que se forme la voluntad y el acto llegue a existir e involucre la esfera jurídica patrimonial de la sociedad.¹⁰²

⁹⁸ AIN, Síntesis de Actuaciones, Dictámenes Administrativos, pág. 58 Mdeo. 1998.

⁹⁹ Citados por Wonsiak de Haskel María en "Algunos problemas derivados de la aplicación de la ley 16060 desde la experiencia notarial" en "Temas de Derecho Societario" -Diez años de la ley de sociedades Comerciales Análisis y Perspectivas- pág. 139.

¹⁰⁰ Berdaguer Jaime, Capacidad y Objeto de las Sociedades Comerciales ADCU Tomo XXVI pág.

¹⁰¹ Wonsiak de Haskel, María "La autonomía de la voluntad y la ley 16060, Situaciones especiales: Los pactos de continuación en caso de fallecimiento de socios de sociedades comerciales personales y en las sociedades por acciones. El objeto social" en III Jornadas Uruguayas de Derecho Privado "Prof. Esc. Eugenio B. Cafaro", pág. 182.

¹⁰² Wonsiak, María, en en "Temas de Derecho Societario" cit. pág. 141.

Finalmente y en otro orden, un aspecto que debe situarse en sede de falta de poder normativo negocial, es el referido a pretender en oportunidad de celebrar un convenio de sindicación configurar negocios dispositivos extintivos, así no ostenta poder normativo el socio de una sociedad comercial para renunciar a derechos, esenciales a su condición de socio, por ejemplo, el derecho a participar en las utilidades, o el derecho de pronunciarse en el seno de la sociedad, a favor de promover acciones contra los administradores o directores (artículo 205, 342 ley 16060), tampoco puede renunciarse al derecho de receso.

No se encuentran, otros aspectos de interés, en sede de poder normativo negocial, sí se analizarán luego otras prohibiciones, no referidas a los sujetos y que por ello no involucran al poder normativo negocial, sino a las prestaciones debidas, al programa contractual, por lo que se sitúan en sede de objeto, pues las prohibiciones se fundan en la consideración que hace el ordenamiento no respecto de ciertos sujetos sino de ciertas conductas.

V. ELEMENTOS y REQUISITOS DE VALIDEZ

A) Capacidad de obrar

La capacidad de obrar es la idoneidad del sujeto, para crear en mérito a su propia actuación normas jurídicas, a diferencia de la capacidad jurídica antes analizada caracterizada como la idoneidad del sujeto para ser titular de relaciones jurídicas y del poder normativo negocial

Para diferenciar las categorías corresponde puntualizar que si se carece de capacidad de obrar igualmente se ostenta poder normativo negocial, solo que el ejercicio del mismo no puede efectivizarse mediante la actuación propia del sujeto sino que requiere la manifestación de voluntad de una persona distinta de él, considerada apta para querer y entender.¹⁰³

Los aspectos relevantes en sede de capacidad de obrar se vinculan con la previa dilucidación de la calificación negocial del convenio de sindicación. En efecto, si se postula que se está en presencia de una sociedad comercial, se tornaría aplicable, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 44 de la ley 16060.

Si se sostiene que se trata de una sociedad civil, en la lectura que efectuaba, Mezzera Alvarez, analizando la situación para las sociedades comerciales antes de la ley 16060, pero en conclusiones aplicables a la sociedad civil los padres deberían recabar autorización judicial para celebrarlo cuando actuaran en representación de sus hijos.¹⁰⁴

De postularse que no es posible hacerlo ingresar en estos tipos contractuales el convenio de sindicación, el análisis no receptorá las consideraciones efectuadas.

B) Consentimiento

El convenio de sindicación no presenta peculiaridades, de significación en materia de consentimiento.

Debe destacarse que no se requiere manifestación de voluntad alguna de la sociedad a la que refiere, salvo que la misma forme parte del pacto, aspecto al que se aludió antes.

Si se trata de un convenio de sindicación que incluya entre sus previsiones alguna propia de los que se refirieron como "pactos de atribución" caracterizados por ventajas o provechos a favor de la sociedad, tampoco es necesario el consentimiento de ésta.¹⁰⁵

La situación jurídica en la que se ubica la sociedad favorecida, en este último caso, se inserta en la categoría "estipulación para otro", regulada por el artículo 1256 del Código Civil.

En la asignación de significado más recibida por la doctrina, el derecho a favor de la sociedad nacería con el propio convenio de sindicación y si la sociedad prestara su aceptación, se consolidaría el derecho a favor de la misma, no resultando posible dejar sin efecto, luego de la aceptación de la sociedad beneficiaria lo pactado en su provecho.¹⁰⁶

En lo atinente a la forma en que debe emitirse el consentimiento no existe norma que imponga solemnidad. No se trata de un contrato solemne, si bien la consensualidad, puede generar dificultades probatorias, además de las referidas a los contenidos de lo pactado

¹⁰³ Tal capacidad se adquiere a los 18 años de edad, artículo 280 nal. 2 del Código Civil, no son capaces los menores de edad, los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender (artículo 1280 C.C y 8 y 29 del Código de Comercio).

¹⁰⁴ ver supra 3.2.2.2, Mezzera Alvarez Curso de Derecho Comercial Tomo II, pág. 52 y siguientes.

¹⁰⁵ ver supra 3.1.7, c)

El artículo 331 de la ley de sociedades comerciales prevé para el caso de las sociedades anónimas, una serie de requisitos a fin de que se desplieguen las consecuencias previstas en la norma, esto es, el ingreso de lo normado en el convenio al elenco de normas que regulan la sociedad anónima, el abandono, en definitiva del carácter de parasocial del convenio. Los requisitos, son la entrega a la sociedad de un ejemplar, suscrito por los contratantes, la autenticidad de cuyas firmas estará certificada notarialmente, la incorporación de un ejemplar al legajo de la sociedad, y la anotación del mismo en los títulos accionarios o la anotación de la celebración en el Libro de Registro de Acciones Escriturales.

Ninguno de estos requisitos dice relación con el requerimiento de una determinada forma que involucre la emisión de la voluntad, en lo atinente a la validez de la misma, el cumplimiento de tales requisitos importa documentar la celebración del negocio, pero tampoco en ese caso, se esta en presencia de una solemnidad; salvo que se sostenga que en el caso del artículo 331, se está en presencia de un tipo contractual diferente al convenio de sindicación, lo que no parece de recibo.

El convenio de sindicación de acciones, no es entonces un negocio solemne, al analizar los efectos del negocio volveremos sobre las consecuencias jurídicas que genera el verifiquen todos o algunas de las registraciones previstas en el citado artículo 331.

C) Objeto

1. Delimitación del concepto

En la doctrina de los códigos decimonónicos, el objeto del contrato y el objeto de las obligaciones eran lo mismo, así el artículo 1282 del Código Civil, reenvía el objeto del contrato al objeto de la obligación. En la doctrina privatista del siglo XX, se ha postulado que es el bien a que refiere el contrato o la obligación, en las obligaciones de dar¹⁰⁷ y la utilidad en las obligaciones de hacer o de no hacer; o que en todo caso el objeto es la prestación¹⁰⁸.

El Prof. Gamarra enseña que en realidad no existe el objeto del contrato, sino que solo es susceptible de referirse el objeto de las obligaciones y este no es otro que la prestación.¹⁰⁹

Refiriendo al concepto de objeto en las sociedades, especie de los fenómenos asociativos, entre estos últimos se encuentra el que nos ocupa, decía Cerruti Aicardi, analizando el de la sociedad civil que refería a las operaciones que aquella se proponía realizar, mientras que Mezzera destacaba que el objeto de la sociedad refería a la actividad que se propone cumplir, al resultado que se proyecta alcanzar¹¹⁰

Caffaro y Carnelli entienden que el objeto del contrato, no es el objeto de la relación obligatoria, sino que el objeto del contrato es la norma creada por las partes, de este modo es pasible de ser analizada la licitud o ilicitud del objeto contractual, así será ilícito el objeto si existe una reprobación de la norma reguladora de la relación obligacional y consecuentemente de la conducta prescrita en la misma.¹¹¹

En este último sentido, aunque por supuesto sin pretender expedirse sobre el tema de fondo, esto es con carácter general cual es el "objeto de los contratos" se referirá aquí al objeto del convenio de sindicación.

De este modo, las normas creadas por el convenio tendrán como límite la existencia de normas legales o contenidas en el contrato social o estatuto, de las que surja la reprobación de lo pactado.

2. Análisis de la licitud del Objeto del Convenio de Sindicación

a) Marco conceptual para el análisis de la licitud

Resulta del caso reiterar, que para determinar si es posible celebrar un negocio jurídico cualquiera, debe analizarse si el otorgante tiene capacidad jurídica y poder normativo negocial y el principio, es que todos los sujetos de derecho gozan de capacidad jurídica y tienen el poder de crear por su interacción derecho positivo. Luego debe atenderse a los elementos del pacto, y si estos están deberá apuntarse a la licitud o

¹⁰⁶ Gamarra, Jorge TDCU. Tomo XV pág. 62

¹⁰⁷ Peirano, Jorge Curso de Obligaciones, Tomo I, pág. 238

¹⁰⁸ Bayley, J. Curso de Derecho Civil Mdeo. 1937 tomo I, pág. 177

¹⁰⁹ Gamarra, Jorge Tratado de Derecho Civil Uruguayo Tomo XIV pág. 139

¹¹⁰ Cerruti ob.cit. pág. 353, Mezzera Alvarez, "Curso de Derecho Comercial" Tomo II. pág.61.

¹¹¹ Cafaro, Eugenio -Carnelli, Santiago "Delimitación del Concepto de Objeto Contractual" ADCU Tomo XX pág. 283-291

ilicitud de los mismos, en función de las normas legales de las que surja un reproche a lo normado por los particulares, titulares de la competencia para crear normas jurídicas.

El tema se presenta en cuanto a los posibles contenidos, el límite en cualquier caso es la licitud del objeto. Ahora bien en las sociedades anónimas específicamente se establece la licitud de ciertos contenidos normativos, lo que en los demás tipos sociales no acontece.

En cuanto a las normas que pueden contenerse en el convenio de sindicación cabe citar la amplitud del artículo 331 de la ley 16060, que en la tipicidad de regulación respecto a los convenios celebrados por accionistas, expresa luego de enumerar los pactos sobre compra venta de acciones, ejercicio de derechos de preferencia y de voto, cualquier otro objeto lícito.

Surge claramente la posibilidad en este caso de que las partes creen cualquier tipo de norma jurídica dentro de los límites que surjan, de las normas legales que reprobren lo pactado.

La norma en examen, no confirma ni desmiente la admisión o no de la figura en lo previo a la norma, ni aporta fundamentos a favor ni en contra de la admisión del instituto para otros tipos sociales; ya se dijo que el convenio se reputa admisible en referencia a cualquier tipo social.

El convenio de sindicación puede crear normas, referidas entre otra gama infinita de posibilidades a la interpretación de las normas estatutarias, la composición del directorio o designación de administradores, las políticas a desarrollarse en materia de negocios, financiamiento y distribución de utilidades, reserva de ciertos asuntos para decisión de la asamblea de socios, cláusulas arbitrales para la dilucidación de controversias internas, regulación del derecho a la información de los socios, regulación de la posibilidad o no de contratar en relación de subordinación o en el giro de los negocios con determinadas personas (ej. socios, familiares de socios o sociedades en la que participen los socios), pactos sobre la disolución de la sociedad, o la exclusión de un socio, mayorías y quorums requeridos para la adopción de ciertas decisiones.

En cada caso deberá compulsarse el objeto del contrato "Convenio de Sindicación", la norma creada por éste con las normas legales aplicables, a fin de determinar la licitud o ilicitud, tal labor encarada con carácter general, excede los límites del presente, la casuística sería muy extensa, por lo que se circunscribirá el análisis algunos posibles contenidos.

b) Sindicación para el voto análisis de su licitud

a) Puntualización Previa-situación en las sociedades anónimas

En primer término se analizará con carácter general, la licitud del objeto referido al caracterizado como convenio de sindicación para el voto. En las sociedades anónimas, cuando los pactantes son accionistas, el asunto no merece análisis en este grado, por cuanto está resuelto por el multicitado artículo 331, pero tal análisis es de recibo para los demás tipos sociales

Dilucidada la licitud de un convenio sobre el voto en tanto tal, se referirá a algunos aspectos de interés, posibles asuntos sobre los que puede acordarse estar a lo que surja del funcionamiento del sindicato para el voto, efectuándose un análisis de segundo grado respecto a los contenidos normativos de dichos convenios.¹¹²

b) Lo que se connota con el término "voto"

Si bien en el análisis a efectuarse en el presente se refiere al "voto", deberá tenerse en cuenta que lo que se analizará resulta aplicable, *mutatis mutandi*, a cualquier manifestación de voluntad secundada por el ordenamiento jurídico efectuada por el socio de una sociedad comercial, que se pronuncie en el marco del órgano de gobierno de la sociedad o que determine la formación de la voluntad de ésta, excluyéndose solo aquellas expresadas en el marco del ejercicio de la administración de la sociedad, que merecen ser consideradas por separado.

Se analiza así, si es posible celebrar este tipo de negocios jurídicos en referencia a la determinación del contenido de esa manifestación de voluntad, por el procedimiento previsto en la sindicación.¹¹³

En Europa los pactos o convenios de este tipo "encuentran un fértil campo de aplicación en todas aquellas realidades sociales en las que se requiera la formación colegial de la voluntad del ente; sin embargo ha

¹¹² Se toma como referencia, en análisis efectuado por Cabanellas ob.cit. respecto a los temas planteados en la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norte América.

¹¹³ El ámbito trasciende el de las sociedades anónimas, y el de las sociedades de responsabilidad limitada en las que funcionan asambleas, obsérvese que por ejemplo el artículo 222 de la ley 16060, en sede de sociedades de capital e industria establece "En las resoluciones sociales, para el voto del socio industrial se tendrá en cuenta la evaluación de su aporte. Si se hubiera omitido la evaluación se computará su voto en proporción a su participación en las ganancias".

sido en el específico ámbito de las sociedades mercantiles donde los pactos de sindicación han encontrado un óptimo grado de desarrollo: sociedades de capital, en su doble vertiente de sociedades anónimas y limitadas, sociedades personalistas, grupos de sociedades, han conocido la existencia y el rápido desarrollo de estos acuerdos entre los titulares de la facultad de voto".¹¹⁴

En lo conceptual, como se ha referido antes, existe una identidad sustancial en la problemática que suscitan los convenios de sindicación en los distintos tipos de sociedades mercantiles.¹¹⁵

c) La autonomía privada en lo atinente al "voto"- breve análisis de la calificación jurídica del voto en las sociedades comerciales y de su "disponibilidad"

Señala Mambrilla Rivera que el análisis de la licitud o no de la previsión referente al voto incumbe a la disponibilidad o no del mismo por el socio, lo que a su vez depende de la calificación jurídica que se le atribuya.

En este sentido, las teorías denominadas institucionalistas que califican al voto como una función o potestad, concluyen en la imposibilidad de realizar cualquier acto de disposición sobre el mismo, lo asumen como un deber inherente a la calidad de socio, el mismo, estaría obligado a ejercerlo conforme al interés social, lo que comporta la imposibilidad de celebrar cualquier tipo de negocio, que importare en el seno de la asamblea la defensa de intereses distintos al interés de la sociedad.¹¹⁶

En contra, un sector de la doctrina mercantil considera el voto como un derecho o facultad de la que es titular el socio para la defensa de sus intereses en la sociedad, tesis que ha sido defendida por los propulsores de las denominadas teorías contractualistas o teorías negocialistas, que consecuentemente, no hallan óbice a admitir que se celebren este tipo de negocios jurídicos respecto al voto, dentro de los límites que surgen de la ley. Esto dado que se conceptúa como una facultad conferida a los socios para la tutela de sus intereses en la sociedad, constituyendo el límite que se contraría el interés social.¹¹⁷

La doctrina europea mayoritaria parece conteste en atribuir al voto el carácter de "derecho" o "facultad", sin embargo el debate se situó, en la doctrina italiana, respecto a si se trata de un "derecho subjetivo puro", o de un "derecho potestad".¹¹⁸

Para otro sector se trata de un "derecho subjetivo colectivo", no es ni una potestad, ni un derecho subjetivo puro, se señala que debe verse como un *territum genus*, entre ambas categorías, ya que teniendo en cuenta que las decisiones se adoptan en el seno de los órganos de gobierno de la sociedad por mayoría, el socio está disponiendo al menos en forma potencial de los derechos de otros ausentes o disidentes, incidiendo sobre esferas jurídico patrimoniales ajenas, luego de señalarse que se constata esto, colige esta doctrina que se está en presencia de un interés solidario, trascendente al interés individual.

Más allá del tema de la naturaleza individual o colectiva del "derecho de voto", debe puntualizarse que no son de recibo las corrientes que postulan que el voto es una potestad o una función, que se confiere al socio a fin de defender un interés que le es extraño, el de la empresa, el social o el que fuere.

En el Derecho Positivo Uruguayo se refiere en varias normas jurídicas al "derecho de voto".

Dejando de lado la denominación del derecho positivo, si se pretende calificar al voto, podría entenderse como un negocio jurídico, manifestación intencional de voluntad secundada por el ordenamiento jurídico, y respecto a la situación jurídica de quien tiene la posibilidad de votar, la norma que sustenta tal situación jurídica puede verse como una norma atributiva de poder normativo negocial. Esto último, claro está, desde la perspectiva de la autonomía privada, y no como han hecho quienes han sostenido la tesis de la facultad o función entendiendo que las mismas se confieren al socio en pos de un interés superior de la empresa o de la institución.

¹¹⁴ Mambrilla Rivera, op.cit. pág. 308

¹¹⁵ Cf. Menéndez, citado por Mambrilla Rivera op.cit. nota 23

¹¹⁶ Refiere el autor ob.cit. pág. 303 nota 3, como destacados defensores del voto "función" a Josseland "De l'esprit des droits ete de leur relativité. Theorie dite l'abus des droits, París, 1927 pág. 368 y entre los italianos a Vivante, *Tratato de Diritto commerciale* Milano 1935 y La Lumia "La cesione ed il vincolo del diritto di voto nelle società per azioni" en *Riv. Dir.Comm.* II, 1915 pág. 68 y más recientemente Paillusseau "La société anonyme" Paris 1967 quien señaló que los intereses de los socios consistentes en la obtención de un rendimiento económico a su aportación debe ser distinguido del interés de la empresa el cual debe ser prioritario sobre los intereses individuales en caso de conflicto.

¹¹⁷ En sede de sociedades anónimas, en Uruguay la ley 16060 en su artículo 331 establece la licitud en el segmento que ahora se valora, el artículo 319 refiere al voto como un derecho, y los artículos 325 y 387 establecen la obligación de abstención de parte del accionista o director que tengan un interés contrario al interés social.

¹¹⁸ Minervini, V., "Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio" en *Riv. Dir.Civ.* I, 1956 pág. 314 y siguientes sostuvo que se trata de un derecho subjetivo puro, en tanto que Mengoni postuló la tesis del derecho potestativo en *Appunti per una relazione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*". Ambos citados por Mambrilla op.cit. pág. 304.

Calificado el voto de este modo, surge la posibilidad de celebrar negocios sobre el mismo, con las limitaciones que en cuanto a la licitud surjan de las normas prohibitivas.

Es que los límites a la autonomía privada tienen siempre un carácter negativo.

Enseñaba Luigi Ferri que en el derecho público toda actividad debe tener por meta el interés público y debe moverse en la dirección indicada por éste, se convierte en deber jurídico quedando confiada a la elección discrecional del destinatario establecer el tiempo y el modo de actuación específica y el límite finalista o intrínseco, inherente a los poderes públicos se traduce en términos de obligatoriedad jurídica de forma que todo acto de ejercicio de poder en el ámbito del derecho público es un acto debido.

En cambio el acto privado autónomo, el negocio jurídico, es al menos normalmente, un acto espontáneo que no constituye cumplimiento de un deber. no existe en la actividad privada predeterminación legal de un fin, el requisito de causa del negocio no se traduce en un límite finalista o funcional de la autonomía privada, los límites de esta son exteriores y no íntimos o intrínsecos.¹¹⁹

d) Argumentos en torno a la licitud o ilicitud de los convenios que tienen como objeto regular el derecho de voto

Hay quien podría entender que solo es posible celebrar este tipo de convenios en las sociedades anónimas, lo que como se vio no es de recibo, según se analizara en el presente, desde la perspectiva de la autonomía privada.

Ahora bien, podría postularse, que sin desconocer los alcances de la autonomía privada y sus límites, sería ilícito el objeto de estos convenios para los demás tipos sociales, por contravenir diversas normas que se reputan de orden público, el razonamiento, sería de este modo el siguiente, los sujetos pueden otorgar este tipo de convenios tienen capacidad jurídica y poder normativo pero el objeto las normas que se pretenderían crear respecto al voto, merecerían el reproche de otras normas, legales, que devendrían en la ilicitud del objeto del contrato.

De seguido se analizarán los argumentos más comunes en la doctrina comparada a fin de reputar ilícitos este tipo de convenios, pero teniendo en cuenta la presencia en nuestro derecho de una norma legal que resuelve el asunto en un segmento, se apuntará a aquellos fundamentos que resultan de particular interés si se pretende la ilicitud de este objeto en los convenios para las sociedades no anónimas, este objeto es el de mayor interés en estos tipos sociales.¹²⁰

En ese sentido, aunque manejando otra matriz analítica, se ha dicho que las asambleas de socios se encuentran regidas por disposiciones legales que no pueden ser modificadas contractualmente, no podrían preverse mecanismos distintos para la adopción de decisiones por los socios que las previstas para el tipo social de que se trate, así se dirá que en las sociedades anónimas sí está prevista esta posibilidad pero no en los restantes tipos sociales, por lo que en ellos serían ilícitos este tipo de convenios,

Se puede agregar que los temas deben discutirse en las demás sociedades en los ámbitos de deliberación previstos, y el instrumento solo está reservado para las sociedades anónimas, el legislador uruguayo reputó esencial la deliberación en los demás tipos sociales, y por ello no se encuentra previsión al respecto, en los demás tipos societarios y particularmente en las sociedades personales, debe tenerse en cuenta el interés societario, a diferencia de las sociedades anónimas en las que por el gran número de socios que pueden llegar a alcanzar es posible que se creen distintas agrupaciones de socios en su interior, entre otros argumentos.

En el mismo sentido, puede afirmarse que en las sociedades que no son anónimas, pesa en la decisión del socio de formar o incorporarse a la sociedad las características de los demás socios y si se transfieren los derechos de voto y la participación en los órganos de deliberación las expectativas de los socios se ven defraudadas, no pueden transferirse o canalizarse el análisis de las situaciones fuera de las asambleas, en estos tipos sociales.

Podrá señalarse, para efectuar este cuestionamiento que el convenio de voto, modifica la estructura prevista en la ley 16060, respecto a las asambleas y reuniones de socios, al posibilitar que el control de la sociedad pueda pasar a quienes no cuentan con la mayoría de los votos en dichas instancias, si se aplicaran las normas emergentes del contrato social, el estatuto y/o la ley. El ejemplo es clásico y refiere a un socio que solo cuenta con la minoría de los votos y que puede sindicarse con otros también minoritarios de modo tal que sumadas sus voluntades representen la mayoría de los votos de la sociedad y los del primero la mayoría a la interna del sindicato, en este caso ese socio minoritario controlará así el gobierno de la sociedad.

¹¹⁹ Ferri, ob.cit pág 354-355

¹²⁰ En el análisis se sigue *mutatis mutandi*, el raconto doctrinario efectuado por Cabanellas, ob.cit. pág. 461 y siguientes

Finalmente y en la línea de cuestionar el objeto del convenio de sindicación cuando el mismo refiere al voto con independencia de profundizar en sus contenidos, para las sociedades distintas de las anónimas en el derecho uruguayo, puede referirse a que los mismos afectan el funcionamiento de los órganos societarios y de las relaciones internas en la sociedad; particularmente puede referirse que la titularidad de las cuotas o partes sociales, el riesgo que genera para el socio tal titularidad, su responsabilidad en tanto tal, y la atribución que le confiere el ordenamiento jurídico para votar, cumplen funciones en la estructura jurídica societaria, constituyendo un auténtico sistema, que se ve desnaturalizado, contrariando las normas de la ley si se celebran este tipo de negocios. Al escindirse el voto, podrá indicarse, se vulnera el derecho de voto el que solo puede ser limitado si la ley lo autoriza y esto, en lo que involucra a la sindicación, está previsto solo para las sociedades anónimas por el artículo 331 de la ley, por lo que se estaría en presencia de una situación de objeto ilícito, o si se quiere más aún, de falta de poder normativo negocial, para celebrar un convenio sobre el voto.

Hasta aquí los cuestionamientos que sería posible efectuar en sede de objeto a la admisibilidad del convenio de sindicación en sociedades distintas de las anónimas.

Se ingresará ahora a los argumentos a favor de la admisión de la figura cuando su objeto es el voto, que se deben adicionar, para concluir en su licitud, a los referidos a la teoría general del contrato y del negocio jurídico antes expuestos.

No se percibe que este tipo de normas emergentes de los convenios alteren el funcionamiento de la sociedad, por el contrario, en el caso de las sociedades no anónimas o en el caso de estas cuando los pactantes no son todos accionistas, los convenios revisten el carácter de parasociales, y no surten efectos respecto a la sociedad, salvo en el caso de "pactos de atribución", antes analizados, en los que estamos en presencia de una estipulación para otro en beneficio de aquella. Si el convenio resulta violatorio de alguna norma contenida en el contrato social, la misma resultara ilícita en nada repercutirá sobre aquel, tratándose como se dijo antes de un caso de conexidad contractual (supra 3.1.6). Es que los convenios de voto, solo inciden en el proceso por el cual se forma la voluntad de los socios, lo que es ajeno al ámbito de la sociedad, salvo claro está que existieran vicios de la voluntad manifestada por el socio.

Menéndez Menéndez relevaba la posición favorable de la doctrina española respecto a la licitud de los convenios de sindicación para el voto en tanto no hay razón para impedir que el socio convenga con otros, el criterio más acertado de defensa en relación con los asuntos que puedan plantearse, o bien por considerar que el pacto no afecta a la esencia del voto, por lo que no percibe fundamento para su no admisión, en tanto no fuere su objeto contrario a la ley, el orden público, el estatuto o las buenas costumbres.¹²¹

Los convenios sobre el voto, no afectan la deliberación en el órgano de gobierno, los socios pueden manifestarse de acuerdo a la sociedad de que se trate y sus normas, las disposiciones aplicables a las sociedades no establecen cuanto hay que discutir, ni como debe formarse la voluntad de los socios, es más no se ha cuestionado que los socios puedan ser representados por mandatarios, que están obligados a actuar de acuerdo al contenido del mandato recibido, más allá de lo que se discuta en la asamblea, contenido de la discusión de la que el mandante no se enterará en tanto no está presente, el conocimiento del orden del día, hace que pueda tomarse posición sobre el mismo antes de la celebración del evento o reunión. La posición de los socios no puede ser asimilada a la de los administradores, en tanto cuando estos ejercen sus funciones se deben a la sociedad.

Si bien el límite esta dado en la especie por el interés social, el mismo no define positivamente en que sentido debe votarse, y el socio será responsable en el derecho uruguayo, en el ámbito de las sociedades no anónimas en tanto el convenio es un contrato parasocial, y lo relevante es el sentido en que expresó su voluntad el socio, y en las sociedades anónimas será responsable en tanto a texto expreso se establece que no podrá eximirse de responsabilidad el accionista invocando un convenio de sindicación, aún cuando el mismo ingrese a las normas aplicables a la sociedad cumplidos los requisitos del artículo 331.

En lo referido a las reglas sobre minorías y mayorías, las mismas no se ven afectadas por la celebración de un convenio sobre el voto, solo incide en los motivos, por los que se manifiesta la voluntad de los socios sindicados, tampoco debe sorprender que sea la mayoría al interior del sindicato la que resuelva. Sobre este tema, es común señalar que a similar resultado puede llegarse mediante el funcionamiento de una sociedad "holding", pero más allá de este argumento pasible de objeción desde el punto de vista lógico, cabe destacar que es el socio que se somete al régimen jurídico del sindicato quien se aviene a determinar cual será el contenido de su voto, en función de las results de la interna de aquel, en tanto el mismo sufraga en la asamblea, no hay tal violación de las normas sobre mayorías.

¹²¹ Menéndez Menéndez, A "Los pactos de Sindicación para el órgano administrativo de la sociedad anónima", en Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uria, Madrid, 1978, pág.364., citado por Mariño op.cit. pág.114

Cabe referir, por último, al elemento *intuitu personae*, en las sociedades personales y en ciertas sociedades de responsabilidad limitada, justamente puede recurrirse a la figura a fin de reforzar este carácter, y operar en conjunto varios socios vinculados por ejemplo, por razones familiares, estando a lo que se resuelva en la interna del sindicato.

c) Posibles contenidos de las estipulaciones en materia de voto – Referencias sobre su licitud

i) Incidencia sobre el derecho de receso

Resulta del caso, referir a las normas que otorgan derecho de receso a favor de los disidentes, cuando se adoptan ciertas decisiones.

Se ha planteado que los convenios para el voto estarían privando de tal derecho a los sindicados que por ejemplo votarían en contra en el seno del sindicato y luego votarían a favor en la asamblea en cumplimiento de las obligaciones emergentes del convenio de sindicación, se ha señalado que los disidentes, entonces no podrían ejercer el derecho de receso, el que es irrenunciable a tenor de lo dispuesto en el artículo 151 de la ley de sociedades comerciales, se ha agregado que esta norma de orden público no puede ser vulnerada por un acuerdo de sindicación, concluyéndose que, en caso de que el sindicato se pronuncie respecto de alguno de los supuestos de hecho previstos en la ley como habilitantes del receso, para quienes se expresen en contra o no se hagan presente, la decisión deberá adoptarse por unanimidad o dejarse a los sindicados en libertad de acción en la asamblea.¹²²

En puridad tal argumento no es de recibo, la posibilidad de ejercer el derecho de receso, importa previamente el acaecimiento de un determinado presupuesto de hecho previsto en la ley, en el supuesto que ahora interesa, se encuentra el voto en contra de lo resuelto o la ausencia de la sesión respectiva, si el socio votó en un determinado sentido en la asamblea por cuanto, se ajustó a una norma jurídica originada en su actuación en tanto pactante de un convenio de sindicación no se genera el supuesto que habilita el receso y no surge tal derecho. El motivo por el que se vota en tal o cual sentido, es parte del proceso de formación de la voluntad del socio, proceso que importa estar a lo decidido por el sindicato, a cuya resolución el socio en ejercicio de la autonomía privada se ha sujetado.¹²³

En otro orden cabe puntualizar que si en el convenio de sindicación, se incluyera una renuncia al derecho de receso, la misma sería inexistente por falta de poder normativo negocial del involucrado para celebrar dicho negocio dispositivo, respecto a un derecho conferido por ley, que es irrenunciable.

ii) Asambleas Especiales – Voto de clases de acciones

También puede ser pasible de análisis en cuanto a la reprochabilidad o no del objeto cuando la norma contractual dispone que los miembros de una determinada clase de acciones deberán votar en las asambleas especiales, (previstas por el artículo 349 de la ley 16060, para la adopción de resoluciones que afecten a una determinada clase de acciones) en la forma que resolviera el sindicato, en el que podrían estar integrados accionistas de otras clases. La objeción en el caso, residiría en postular que de este modo se estaría contrariando lo dispuesto en la norma citada. La admisibilidad o no de tal reproche, reside en la cuestión previa de la admisibilidad o no del convenio en tanto tal, aspecto ya analizado y resuelto en el derecho uruguayo para el caso de las sociedades anónimas en el artículo 331, pues siempre, la participación en la creación de un convenio sobre el voto, implica ceñirse a lo decidido por el sindicato, no resulta relevante si se trata de una asamblea especial, ordinaria o extraordinaria.

iii) Decisión de iniciar acciones de responsabilidad contra los administradores

La regulación en el convenio del voto de la decisión sobre iniciar o no acciones de responsabilidad por parte de la sociedad contra los administradores o directores, merece análisis en sede de licitud de objeto.

Se refirió como una situación de falta de poder normativo negocial, para otorgar ese negocio dispositivo, la renuncia a tal derecho, así como a otros considerados esenciales.

Respecto a su regulación en sede contractual, en la jurisprudencia argentina el Dr. Anaya¹²⁴, consideró que resultaba contrario a derecho pretender regular en el ámbito del sindicato, -en el caso uno de accionistas- la posibilidad de decidir en la materia.

¹²² Holz, op.cit. pág 149

¹²³ Contra Zamenfeld, Victor "Algunos aspectos del pacto de sindicación de acciones" "La información" T.XLVII junio de 1983, ps. 1273 y sig. Citado por Martorell ob.cit pág. 166

¹²⁴ Caso "Sánchez c/ Banco de Avellaneda", cit. supra.nota 41

iv) Incidencia en la administración

Como se viera supra nal. 3.3, en el derecho comparado se ha vedado la posibilidad, para el caso de los sindicatos de voto, de que el socio se comprometa a votar siguiendo las directivas del administrador.

La hipótesis que se analizará ahora es la inversa, la referida a administradores que siguen las instrucciones del sindicato, y si esto colide con la indelegabilidad (salvo pacto en contrario) de la función de administrar¹²⁵. (artículo 81 de la ley 16060).

Se expidió la Cámara Nacional de Comercio sala C de la República Argentina, en sentencia que contiene una pieza jurídica de sumo interés en el tema, expresando respecto a la validez de las convenciones de voto que incidan sobre la administración: "No empece la indelegabilidad del cargo a que se refiere el artículo 266 del régimen legal de las sociedades. Las políticas o criterios adoptados por los accionistas sindicados son ajenos al ámbito del ordenamiento societario. La administración de la sociedad no queda, de esta suerte, vinculada por la actuación de personas distintas de las que integran sus directorio. Son solamente los integrantes de este órgano quienes pueden concurrir con sus declaraciones a la adopción de las resoluciones de la administración social. Al así hacerlo asumen el ejercicio de sus específicas funciones –sin conferirles o trasladarlas a personas diversas, que es lo específico y caracterizante de toda delegación- y quedan sometidos a las consiguientes responsabilidades. Tampoco se ha pretendido que a través de tales convenciones los directores puedan excusar su responsabilidad alegando que obraron en un determinado sentido en cumplimiento de un pacto de sindicación. Ello sin perjuicio de destacar que acreditado tal hecho, correspondería extender las eventuales responsabilidades a todos los vinculados por tal pacto,"¹²⁶

Continúa el redactor de la sentencia Dr. Anaya: "En este mismo orden de cosas relacionado con la gravitación que sobre el voto de los directores puede ejercerse a través de factores externos a la exclusiva deliberación del órgano de administración o con el influjo a que pueda quedar sometido en la emisión del voto, encuentro oportuno destacar que no es un fenómeno singular de los convenios de sindicación. No puede así ignorarse que en el supuesto de directores elegidos por categorías de acciones, estos administradores no permanecerán insensibles a los requerimientos de sus electores, dentro de los límites demarcados por el interés social". Refiere luego el citado: "Es que análogamente a lo que ocurre con las convenciones de voto de los accionistas –no sin dejar de advertir las diferentes proyecciones que corresponde la voto del accionista y al voto del administrador- estos pactos no constituyen por el solo hecho de su existencia motivo de agravios para terceros. Ello por lo menos en tanto las vinculaciones de que son fuente permanezcan como un problema exterior para la sociedad; por lo que se deja abierta para el tercero la posibilidad de cuestionarlas eventual y accesoriamente en una demanda de impugnación de las resoluciones de los órganos que hayan trasgredido los derechos de la sociedad o personales del impugnante."

En la doctrina hostil a convenios de sindicación que involucren el comportamiento de los administradores entre cuyos autores destaca Menéndez Menéndez, es recurrente la referencia al desprecio por el interés social de estos contenidos o considerar este tipo de pactos como instrumentos al servicio de intereses extrasociales. La objeción como se aprecia no se sitúa en la licitud o no del acuerdo en tanto tal, sino en su finalidad, entonces, si la finalidad del convenio se traduce en la pura satisfacción del interés social, no se encuentra motivo de ilicitud alguno en el mismo, no encontrándose cual sería la norma vulnerada, la que impida celebrar negocios jurídicos con estos alcances.

Debe concluirse en la licitud del objeto, que pretenda regular el comportamiento de los directores.

Si estos últimos, en el ejercicio de su función, incurren en responsabilidad corresponderá demandarla, esa es la conclusión en el asunto.

Debe tenerse presente situados en el derecho oriental, lo dispuesto por el artículo 74 de la ley 16060, respecto a la responsabilidad por daños generados a la sociedad por dolo o culpa del socio y en el artículo 49 y 51 de la ley, apuntando a los especiales vínculos que puedan ligar a la sociedad a que refiere el convenio, con otra sociedad titular de acciones, partes o cuotas sociales y participante en el convenio de sindicación, que decidiera mediante su voto en el sindicato, determinadas decisiones que deberán adoptar los administradores.

Aunque en nuestro país, el tema presenta una peculiaridad adicional, la referida a los efectos que prevé el artículo 331 de la ley 16060, respecto de terceros, entre ellos la sociedad.

Cabe preguntarse en sede del órgano de administración, lo mismo que respecto a la actividad de los socios en el órgano de gobierno, si una vez cumplidos los requisitos establecidos en dicho artículo, a la hora de manifestar la voluntad en el seno de estos órganos el sujeto lo hace en forma disímil a la que surge del

¹²⁵ Gourlay "Le conseil d'administration de la société anonyme. Organisation et fonctionnement (Paris, 1971), p. 221, citado por Cabanellas, ob.cit pág 475, nota 427

¹²⁶ idem.nota 41 y 121

convenio, o se abstiene, cuando se había resuelto votar en determinado sentido, si el voto debe computarse o no. En otros términos, cuál es la trascendencia de ésta manifestación de voluntad y si la conclusión es la misma para el caso de las asambleas de accionistas que para el voto en el directorio. En principio, la respuesta es que no debería computarse dicho voto, el problema se plantea en caso de abstención, ante la ausencia en nuestro país, de una norma como la ingresada al ordenamiento brasileño en el año 2001, que consagra una auténtica fungibilidad del “volere” fuera de los estrados (supra.2).

Distinta de la planteada es la situación en que un sindicato, vinculado por un convenio que refería al voto del mismo en el órgano de gobierno de la sociedad, resuelta luego designado administrador. Al respecto, en tanto no se encuentre explicitada en el Convenio otra cosa, los alcances del mismo estarán acotados en términos de lo pactado, y consecuentemente no estará el administrador antes sindicado, obligado a seguir cuando vote en el seno del directorio, las indicaciones del sindicato, que en tanto socio o accionista sindicado le correspondía seguir en el seno del órgano de gobierno de la sociedad (Asamblea).

v) Convenios en los que participan terceros

Al analizar los componentes personales del pacto, se señaló que en principio tales acuerdos eran lícitos, debe estarse a lo que concretamente surja de la norma para analizar si el objeto es ilícito o no.

Señala Rossi, que el problema que dichos acuerdos plantean suele ser delicado, pues pueden implicar una cesión del voto que normalmente quedará subordinado al del acreedor interesado en hacerse del control de la sociedad, ante estas situaciones puede estarse en casos de financiamiento a largo plazo de determinados proyectos o emprendimientos respecto del acreedor. Cuando la cesión provenga de un sindicato de mando, y se vincule con dichas financiaciones se habrá generado una “holding de facto” que a juicio del autor en cita, transgrede los límites de validez de los sindicatos, consideración que cabe cuando aún suscrito solo por socios, el convenio contenga cláusulas cuya aplicación conduzca a que un tercero resulte determinando el contenido del voto respecto a ciertas materias, de este modo considera el autor en cita que en este supuesto cuando se están dejando en manos del acreedor decisiones relativas a políticas de inversiones, de acceso a otros créditos, de reservas o reparto de utilidades, o de designación de los administradores, se afectan aspectos estructurales del funcionamiento de la compañía. Agrega que el bloque minoritario resulta lesionado, de esa forma, y no dentro de la democracia accionaria, a través de políticas extrapoladas, señala la solución moralizadora de la jurisprudencia norteamericana en este tópico.¹²⁷

Como se señalara antes, refiriendo a los convenios que atingen al comportamiento de los administradores, no resulta de principio la ilicitud, si los espurios fines a los que alude Rossi, que recuerdan a los convocados por Menéndez Menéndez, cuando refería a los convenios que incidían en la administración como “instrumentos ficticios al servicio de intereses extrasociales”¹²⁸ no se presenta cabe la misma observación, ¿que acontece si los mismos responden en el seno de las decisiones adoptadas en el directorio al más puro interés social, o en las adoptadas en el órgano de gobierno al legítimo interés de un grupo de socios?. Parece que en este caso debería concluirse en la licitud del pacto, debiendo identificarse para concluirse en la ilicitud de la norma creada por el mismo, las normas de las que surja el reproche.

vi) Acuerdos relativos a la distribución de utilidades

Los convenios para el voto en esta materia, serán lícitos, en tanto no se aparten de las normas legales o contractuales en la materia, que impongan la distribución de dividendos mínimos y de formación de reservas.

Debe tenerse presente además, lo dispuesto por el artículo 1878 del Código Civil, cuya aplicación en subsidio procedería, dicha norma establece la nulidad de la estipulación que establezca que la totalidad de las ganancias hayan de pertenecer a uno de los asociados, o que alguno no tenga beneficios, aclarando que no se entiende por beneficio el puramente moral no apreciable en dinero. (supra 3.2.2.2 b-).

vii) Modificación de los Estatutos o del Contrato Social

Resulta lícito establecer como contenido normativo del convenio, aquel del que surja la obligación de votar de acuerdo a lo resuelto en el sindicato, respecto a la modificación del Estatuto o del Contrato Social. En cada caso, deberá apreciarse el contenido del convenio, a fin de determinar si esa licitud que es de principio, no resulta conmovida por el contenido específico de lo pactado.

¹²⁷ Rossi, op.cit pág. 49

¹²⁸ citado por Anaya, sentencia citada.

d) Licitud del objeto cuando se imponen limitaciones a la transmisibilidad de las partes sociales o acciones “Convenio de bloqueo”

En las sociedades colectivas, para enajenar la cuota social a un tercero se requiere la aquiescencia de la unanimidad de los integrantes (art. 211 ley 16060), al igual que en las sociedades de responsabilidad limitada compuestas por menos de cinco socios; para las sociedades de responsabilidad limitada con más de cinco socios pueden pactarse limitaciones a la trasmisibilidad de las cuotas sociales en el contrato social, (art. 231 y 232 inc. 1).

Más allá de las limitaciones legales, pueden establecerse, estipulaciones en un convenio de sindicación que importen limitaciones a la transmisibilidad de las partes sociales de las sociedades de responsabilidad limitada cuando ellas no surgen del contrato social, o aún otras, por ejemplo obtener la aquiescencia de determinados órganos o del administrador, el que puede ser o no un socio.

En el ámbito de las sociedades anónimas entre los autores orientales se ha planteado el tema, ante la imposibilidad de que el estatuto fije determinados límites a la trasmisibilidad de las acciones de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 305.

Debe tenerse presente que como se verá luego al analizar los efectos del convenio, si se cumplen los requisitos del artículo 331 multicitado, las estipulaciones del convenio, devienen derecho positivo aplicable a la sociedad.

Holz refiere a un conflicto entre lo dispuesto por el artículo 305 de la ley de sociedades comerciales y el artículo 331, postula la posibilidad de fijar como objeto del convenio, limitaciones a la transmisibilidad de las acciones, aunque no en cualquier caso. A juicio de la autora, el conflicto no se plantea mientras el convenio subsista como un pacto parasocial, pero sí cuando se cumplen las exigencias del artículo 331, con las consecuencias antedichas. Al respecto afirma que “podrán corresponder la aplicación a estos acuerdos de la restricción dispuesta por el artículo 305, cuando un convenio de sindicación otorgado, por ejemplo, por una fuerte mayoría o la totalidad de los accionistas de una sociedad prohíba la enajenación de las acciones de sus integrantes. En definitiva entendemos que la conservación y tutela de la libertad de trasmisión de los títulos dispuesta en el art. 305, es un principio que informa y subyace a toda la regulación de las sociedades anónimas. Y este principio no puede ser soslayado por una vía oblicua, cual es la que resultaría de ampararse en el tenor literal del art. 331. La aplicación de esta última disposición no puede vulnerar uno de los principios que inspiran a esta parte de nuestro ordenamiento jurídico” y agrega “Por otra parte ya hemos mencionado que el artículo 331 admite la existencia de acuerdos de sindicación aun en caso de que los títulos en poder de los otorgantes sean al portador, lo cual es rechazado por el art. 305 relativamente a la estipulación contractual de cláusulas que limitan la trasmisibilidad de los títulos” “Nuevamente, el conflicto entre las dos disposiciones surge únicamente cuando el acuerdo de sindicación se torna oponible a la sociedad y a terceros” y expresa, luego de señalar el carácter de documento con “naturaleza jurídica de título valor” del que representa la acción al portador. “Si bien el punto es opinable, creemos que debe prevalecer la norma del art. 305, ya que la inadmisibilidad de restringir la circulación de las acciones al portador es un principio que informa no sólo toda la regulación de la ley 16060, sino también de la ley 14701” Señala que frente a terceros adquirentes, aún cumplidos los requisitos del artículo 331, será ineficaz la limitación a la circulación originada en el convenio y que en ese caso se desnaturaliza el título al portador como tal y citando al Prof. Olivera García¹²⁹ invoca a favor de lo expuesto la propia naturaleza de un título al portador.¹³⁰

Hargain en tanto, recordaba que el artículo 305, luego de referirse a que la transmisibilidad de las acciones será libre, agrega que se admite que el estatuto prevea limitaciones a dicha trasmisibilidad en el caso de las acciones nominativas o escriturales. Expresa que en principio, entonces, cabría inferir que la trasmisibilidad de las acciones al portador, no podría limitarse de manera alguna, pero el artículo 331 establece la validez del convenio que tenga por objeto, la compra y venta de acciones, de este modo, observa que podría postularse como posible restringir la enajenabilidad de cualquier tipo de acciones, aún las acciones al portador. Refiere luego, a que detectada esta “contradicción”, Holz, sostuvo que a priori, la prohibición de enajenar incluida en un convenio de sindicación sería válida. Luego de recordar que en la tesis de Holz, respecto a las acciones escriturales o nominativas, cuando la mayoría o la totalidad de los accionistas pacte dicha limitación debe aplicarse la restricción del artículo 305. y no serían legítimos los sindicatos de bloqueo referidos a acciones al portador. Señala Hargain que no comparte lo expuesto por Holz, dijo el notario en cita: “A esta altura de los

¹²⁹ “Restricciones Estatutarias a la transferencia de acciones” A.D.Com. T.II pág. 218

¹³⁰ Holz, op.cit. pág. 143-144

acontecimientos, me parece que esto resulta un despropósito, sencillamente, porque la mayoría de los sindicatos de accionistas se celebran en sociedades con acciones al portador” “Por otra parte entiendo que el artículo 305 es una norma que rige en materia de contenido del Estatuto, mientras que el 331 refiere a otra realidad, que es el contenido de los convenios de sindicación. En consecuencia, no podemos extender la prohibición que rige sobre una materia, hacia temas diferentes”. ”¹³¹

La frecuencia o infrecuencia del pacto, no parece un criterio certero para el abordaje de la cuestión. Es cierto que el artículo 305 refiere a las estipulaciones estatutarias, y a la propia naturaleza de la acción, de modo tal que si se pactan limitaciones a la trasmisibilidad de las acciones al portador, las mismas, no serán acciones al portador en los términos de la ley uruguaya.

Aquí debe tenerse presente, además, la diferencia que puede existir en la situación en que el Estatuto explicita la libre trasmisibilidad de las acciones o que guarde silencio al respecto, si lo señala explícitamente, el convenio no podrá contradecir lo establecido en el Estatuto, si se entiende que se trata de un contrato accesorio, como se ha postulado, en el presente.

El problema se presenta si el Estatuto guarda silencio al respecto.

Advertidos de la incorporación a las normas jurídicas aplicables a la sociedad, de la inserción a ese elenco de las mismas, de lo pactado en el convenio de sindicación, cuando se cumplen los requisitos del artículo 331, resulta pertinente preguntarse si la limitación del artículo 305 resulta aplicable al contenido de dichos convenios.

La respuesta, es que no lo es, en tanto lo dispuesto en el convenio de sindicación, no pasa a formar parte del estatuto o del contrato social, por más que se aplique a una sociedad y a unos socios en un tiempo determinado, los mecanismos de nacimiento, extinción y los efectos del contrato “Convenio de Sindicación”, son otros distintos de los del estatuto, en definitiva debe estarse a un criterio orgánico formal, respecto al análisis de qué es parte del contrato social y qué no lo es. La restricción legal a la posibilidad de establecer una limitación a la transmisión de las acciones, se encuentra inserta en sede del contenido del Estatuto Social, por lo que se comparte lo expuesto por Hargain respecto a la licitud de pactar limitaciones a la trasmisibilidad de las acciones, en convenios de sindicación..

Por otra parte, si cuando se celebra el pacto el objeto es lícito el mismo no puede luego devenir ilícito, porque mediante la inscripción se incorpore a las normas aplicables a la sociedad, tampoco puede secundarse el tomar en cuenta el número de componentes personales del pacto a fin de determinar su un negocio es lícito o no lo es; el asunto respecto a dicha incorporación y a sus efectos se encuentra regulado en el artículo 331 y el mismo, no transforma al contenido del convenio en una estipulación estatutaria.

e) Norma del convenio que refiere a la transmisión de determinados derechos cuando del Estatuto o la ley surgen limitaciones a transmisión de partes sociales o acciones

El convenio de sindicación de acciones pueden incluirse cláusulas que refieran a la transmisión de determinados derechos inherentes a la condición de socios a terceros. Este asunto se vincula con otros ya estudiados antes, referidos a la participación de personas que no son socios como pactantes en este tipo de convenios.

Sabido es que la participación social involucra un conjunto de derechos, en el caso de las acciones se visualiza desde una triple perspectiva, el documento, la porción de capital que representa y el conjunto de situaciones jurídicas en que se ubica el socio. En cada caso habrá de apreciarse la licitud, si no se vulnera la limitación a la posibilidad de transmitir las acciones o partes, que surja impuesta por el Estatuto Social o la ley.

¹³¹ Hargain, Daniel “Sindicación de Acciones”, conferencia dictada el 14 de abril de 1994, AEU, versión taquigráfica de María de los Angeles Alcalde pág.12

D) Causa

1. Causa y calificación del contrato

Al calificar el negocio, se refirió a la causa, en tanto esta, identifica el tipo negocial. La causa, del convenio de sindicación es la de los contrato plurilaterales asociativos, de acuerdo a lo expuesto.

De seguido se referirá a determinados convenios que ofrecen hesitaciones, en cuanto a la subsunción como contrato plurilateral de organización asociativo, justamente por presentar particularidades en sede de este elemento del contrato, luego se aludirá a ciertos supuestos en que puede cuestionarse la licitud de la causa.

2. Acuerdos parasociales unilaterales y bilaterales

a) La categoría convenios unilaterales

En la doctrina española Pérez Moriones, entre otros, ha entendido, refiriendo a los convenios para el voto, que se está en presencia de un convenio unilateral de voto cuando de entre las partes intervinientes, solo una adquiere alguna obligación respecto al ejercicio del voto, en estos casos no presenta el negocio la característica de promover en forma conjunta el fin común. Lo decisivo, es que en tanto el pactante no socio no participa en la votación, no realiza la actividad tendiente al fin común, no se produce entonces la convergencia de obligaciones característica del tipo, aún cuando se propugnare un concepto amplio de los fenómenos asociativos. Así planteado el asunto, siguiendo a la doctrina alemana se estima que esta clase de negocios se asimilan a los contratos de gestión cuya figura más representativa es el contrato de mandato. Menéndez ha calificado a este tipo de convenios como contrato de gestión de intereses ajenos.¹³²

Al respecto señala Mariño López que la ausencia de promoción del fin común por todos los sindicados, puede hacer que no se califique a estos contratos como sociedades, pero ello no es óbice para calificarlos como contratos asociativos en sentido amplio, puesto que existen obligaciones convergentes que tienden a la obtención de un fin común. Si así fuere no resultarían de aplicación en subsidio las disposiciones que regulan los contratos de gestión. Asimismo, si se considera que existen obligaciones en el sindicato que no reviste la calidad de socio, que tienen que ver con la organización y funcionamiento del sindicato, se estaría en presencia de una actividad en común, de todos los sindicados, por lo que también en este caso el negocio encartará en la categoría contrato plurilateral asociativos.¹³³

b) La categoría convenios bilaterales

Menéndez, siguiendo a parte de la doctrina alemana y suiza ha sostenido la posibilidad de configurar como auténticos contratos de cambio, algunos tipos de convenios de sindicación para el voto, postulando el carácter sinalagmático de los mismos. La distinción se basa en la existencia o inexistencia de una finalidad común, propia de los fenómenos asociativos.¹³⁴

Mambrilla Rivera señala que partiendo de la admitida identificación entre el concepto de causa y fin del contrato, la dicotomía planteada se asienta en un enfoque inadecuado de los conceptos de causa y fin del contrato y motivos o móviles, entendiendo por estos últimos las motivaciones personales que impulsan a las partes a celebrar el contrato, confusión que imputa a la escasa influencia de las teorías causalistas en la doctrina germana.

El fin inmediato y objetivo de todo convenio de sindicación para el voto, consiste en influenciar, mediante el ejercicio del voto la voluntad social, el fin perseguido, es común y sirve para satisfacer los intereses de todos los sindicados, más allá de los motivos o finalidades mediatas perseguidas. El objetivo es común y el beneficio se obtiene para todos de la consecución de dicho objetivo.¹³⁵

Quedan fuera de estas conceptualizaciones las denominadas “ventas de votos”, a las que se refiere en el numeral siguiente.

¹³² Mambrilla Rivera, op.cit. pág. 327

¹³³ Mariño, op.cit. pág. 129

¹³⁴ Citados por Mambrilla Rivera op.cit. pág. 329

¹³⁵ idem. pág. 330-331

3. Causa Ilícita

Sin perjuicio del análisis de la doctrina general del contrato en la materia, merecen comentarios algunas hipótesis referidas por la doctrina, que pueden entenderse supuestos de ilicitud en este elemento del contrato.

A) Contraprestaciones por el ejercicio de voto

Resulta un supuesto de causa ilícita, la hipótesis en que la obligación asumida por el socio de votar en determinado sentido tiene como contraprestación, de parte generalmente de un sujeto no socio, una ventaja de índole patrimonial, o una atribución de particulares o especiales ventajas al socio, es el supuesto del denominado tráfico o compra de votos que entrañaría la nulidad del pacto.¹³⁶

Señala Cabanellas que "Un área respecto de la cual existe prácticamente unanimidad es la relativa a la venta de derechos de voto. El intercambio del ejercicio del derecho de voto por una contraprestación en dinero o por otro bien fácilmente realizable ha sido objeto de repetidos ataques por los autores que han tratado el tema. Esa venta implica que quien la hace puede obtener un lucro como contraprestación por no obstaculizar indebidamente el funcionamiento de la sociedad. Como en la práctica es generalmente imposible distinguir entre las ventas de voto destinadas a impedir este tipo de obstaculización y las que carecen en realidad de fines ilícitos, la tendencia predominante es prohibirlas en forma general. Así lo disponen diversas legislaciones. La dificultad de este enfoque es que es prácticamente imposible, en muchos casos distinguir una venta de votos de otras operaciones lícitas."¹³⁷

En ocasiones, sin embargo, no es tan clara la individualización del fin objetivo del negocio. Por ejemplo cuando quien asume la obligación de votar de acuerdo a lo que indique el sindicato recibe ventajas indirectas.

Así, no se trata de una hipótesis de venta del voto la consistente en que los sindicatos se beneficien, teniendo en cuenta su compromiso de voto, con el pacto de una determinada distribución de las utilidades de la sociedad, lo que se según se vio podía ser objeto del convenio de sindicación. Tampoco puede interpretarse como una venta de votos, el pactar la designación de un socio en un cargo determinado, que es de interés del sindicato que sea ocupado por éste, en ese caso si recibiera retribución quien ocupe el cargo, la recibirá por su actividad empeñada en el ejercicio del mismo y no en relación a lo pactado en el convenio.

Como ocurre cuando se ingresa en la casuística, lo que no es aconsejable más que en términos descriptivos, habrá que estar en cada caso a lo que surja del respectivo convenio.

B) Finalidad de burlar limitaciones impuestas por normas de orden público sobre la composición personal de las sociedades

Se cita la utilización de estos convenios para que aparezca votando una persona en lugar de otra, que ordena el sentido del voto, a la cual le está vedado participar, en casos en que existen determinadas limitaciones a la transferencia de acciones, por ejemplo, puede citarse la ley 15761 que reserva la actividad vinculada al servicio de televisión por cable, y sus decretos reglamentarios que exigen solvencia moral a las personas físicas, o lo referido a las casas de cambio, (Decreto 680/91), a las sociedades que explotan canales de televisión (Decreto 30/66).

VI. EFICACIA

A) Concepto

Finalizado el proceso de análisis de los presupuestos y elementos, de concluirse que se está en la presencia de los mismos, se estará frente a un contrato existente y válido.

Cafaro-Carnelli escribían que la eficacia del negocio contrato se expresa, como consecuencia inherente al tipo, a través del surgimiento de una relación obligatoria, la que de principio alcanza a quienes han dado origen a la misma, a los pactantes. De modo que los efectos propios del contrato no alcanzan a terceros, y solo radican en el patrimonio de los que lo consintieron, consecuencias jurídicas; de cada sujeto dependen las consecuencias jurídico patrimoniales para sí.

¹³⁶ idem. Pág. 328

¹³⁷ Cabanellas, ob.cit. pág. 469.

Así el contrato es eficaz, o no lo es, genera o no genera efectos, pero no es eficaz respecto a alguien que no es parte inicial o subsiguiente (por sucesión a título universal o particular como en la cesión de contrato). No es posible entonces distinguir la eficacia frente a las partes, de la eficacia frente a terceros. La noción de eficacia, dice relación solo con las partes. Los terceros, no se ven involucrados en las relaciones que genera el contrato, esto no implica que no deban abstenerse de interferir en las relaciones que el contrato genera, el respeto a aquellas es debido, a fin de evitar un ingreso ilegítimo a esfera jurídica ajena, al igual que ocurre con el respeto debido a situaciones de derechos reales.¹³⁸

De este modo queda circunscrito el tema, que merece una consideración adicional en sede de los convenios celebrados por los accionistas de sociedades anónimas. En los demás convenios, lo expresado por los autores en cita, da un panorama acabado del concepto de eficacia de los mismos. Debe tenerse presente, además, para una adecuada ubicación del fenómeno lo referido a la conexidad contractual con el contrato social, ya analizada.

B) Conductas impuestas por la ley para las sociedades anónimas Artículo 331

Agregaban Cafaro-Carnelli, que la incidencia en la esfera jurídico patrimonial de un sujeto, se produce, además, de por su propia manifestación intencional de voluntad secundada por el ordenamiento jurídico por “una norma legal que impone un destino de imputabilidad, sin ser trascendente la voluntad de quien será parte en la relación obligatoria”.¹³⁹

El artículo 331 de la ley 16060, es una norma legal que produce ese efecto, no resultando trascendente la voluntad de la sociedad, de la que son accionistas los pactantes, de modo tal que la misma resultará obligada por puro imperativo de la ley en la medida en que se cumplan todos los requisitos establecidos en la norma, estos son; i) Se entregue a la sociedad un ejemplar con las firmas certificadas notarialmente. ii) Se incorpore un ejemplar al legajo de la sociedad (el legajo ha sido suprimido artículo 100 de la ley 16871)¹⁴⁰ iii) Se anote en los títulos accionarios o se haga constar en el Libro de Registro de Acciones Escriturales.

La sociedad acaecido el presupuesto de hecho previsto en la norma resultará obligada, en los términos del convenio, la sociedad y sus socios, en tanto, las normas emergentes del convenio ingresan al orden jurídico societario, aunque no al contrato o estatuto social.¹⁴¹

Este último, es uno de los temas más delicados e interesantes de los que se originan en lo dispuesto por el artículo 331.

Partiendo de que el acuerdo ingresa a las normas de la sociedad perdiendo su carácter parasocial, cabe preguntarse cuales son las conductas exigibles por ejemplo al Presidente de la Asamblea cuando un accionista, pretende apartarse de lo resuelto en el seno del sindicato, por supuesto que cuando el mencionado tiene conocimiento de tal resolución, si el presidente debe o no computar el voto, y que acontece si no asiste, el sindicato.

En el derecho brasileño (al que siguió el legislador oriental) en la modificación introducida en el año 2001 al artículo 118 de la ley de sociedades comerciales por ley 10303/01, se estableció que el presidente de la asamblea o del órgano de administración, no computará el voto proferido en infracción del convenio, y para los casos de un sindicado que no comparezca a la asamblea de accionistas, o se abstenga cuando debía votar, o a similar comportamiento de quien fue designado miembro del directorio en el marco de lo explicitado en dicho acuerdo, el otorgamiento a otro sindicado de la posibilidad jurídica de actuar por el ausente u omiso, tanto en la asamblea como en el directorio. Sin perjuicio de señalar que el tema en el derecho uruguayo resulta francamente opinable, puede concluirse que no puede contabilizarse el voto del incumplidor, aunque, no se encuentra norma jurídica que habilite los restantes mecanismos. Sobre esto se volverá al analizar el incumplimiento de las obligaciones emergentes del convenio. De lo que no cabe duda es que el apartamiento, de la conducta debida, termina inficionando la resolución social que se adopte con el voto del incumplidor.

¹³⁸ Cafaro-Carnelli, ob.cit. pág. 49-51

¹³⁹ ibid.

¹⁴⁰ Señala Olivera García que “Una interpretación razonable sería sostener que, con una redacción imperfecta, el legislador ha pretendido mantener el requisito de inscripción de los convenios de sindicación de acciones oponibles a terceros en el Registro Nacional de Comercio, sumándose estos Convenios a la nómina de actos inscribibles que establece el art. 49 de la ley 16871” Modificaciones de la ley de urgencia a la ley societaria” cit. pág. 31.

¹⁴¹ Holz, distingue el cumplimiento de determinados requisitos, para que el convenio resulte “oponible” a la sociedad, y para que resulte oponible a terceros. Op.cit. pág. 139. Hargain, en tanto, entiende que deben cumplirse todos los requisitos para sea “oponible” “a los terceros incluyendo ese tercero tan especial que es la propia sociedad” Sindicación de Socios RAEU, cit. pág. 272.

Por último, sobre los efectos impuestos por ley de cumplirse los requisitos del artículo 331 tratándose de sociedades abiertas, cabe destacar la obligación del órgano de administración de informar a cada asamblea ordinaria sobre la política de capitalización de ganancias y distribución de dividendos que resulte de los convenios registrados ante la sociedad.

C) Oponibilidad

De lo expuesto en torno al concepto de eficacia, cabe colegir que la expresión “eficacia frente a terceros”, contenida en la norma legal, merece una asignación de significado acorde con los marcos conceptuales del estadio de desarrollo del pensamiento privatista y no limitarse a afirmar que el contrato será eficaz frente a terceros.

Resulta evidente y así lo han destacado Holz y Hargain en la doctrina compatriota, que no es similar la situación de la sociedad de la de los demás terceros, los autores mencionados han referido al concepto de oponibilidad, aludiendo a la consecuencia del cumplimiento de los requisitos de marras.

Respecto a terceros que no son la sociedad, deviene aplicable el concepto de inoponibilidad, que no usa el legislador, pero que debe inferirse de lo edictado en la norma.¹⁴² pues a partir de la relación creada por el convenio de sindicación, y del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo, para el caso de presentarse un conflicto entre la parte y un tercero, la ley fija un criterio contemplando en forma excluyente respecto del tercero, el derecho de la parte, un ejemplo ilustrativo, es el del pacto que contiene una limitación a la transferencia de las acciones, y la situación de conflicto, entre quien pretendió adquirirlos y los interesados en su cumplimiento, a quienes no será oponible el negocio celebrado respecto a las acciones.

D) Requisitos de eficacia

1. Enunciación de los requisitos de eficacia

Los requisitos legales de eficacia, en el método de análisis de la eficacia negocial que se sigue son tres: i) El poder de disposición sobre esfera jurídica propia o el contar con poder de representación, que no presenta peculiaridades de interés en el asunto. ii) El plazo, cuyo transcurso importará la cesación de los efectos del contrato, extinguiendo el mismo¹⁴³. iii) Condición suspensiva o resolutoria, que tampoco merecen especial consideración, en este tipo contractual, salvo referir que si la condición no se operará antes del vencimiento del plazo será el acaecimiento de este hecho, el que generará la extinción del contrato.

2. El plazo en el convenio de sindicación

El plazo es esencial en el negocio que nos ocupa, pues se trata de un negocio de ejecución continuada, llamado a perdurar en el tiempo; lapso en el que los sindicatos estarán obligados a ejecutar las prestaciones necesarias tendientes a la obtención del fin común.

En este como en tantos otros aspectos, cabe en mérito a la regulación del negocio para las sociedades anónimas, analizar en dos segmentos el régimen jurídico aplicable.

a) El régimen para todos los convenios de sindicación en los que intervienen titulares de acciones

Dispone el artículo 331 de la ley 16060, “*Los convenios de sindicación de acciones tendrán una vigencia máxima de quince años, sin perjuicio de que las partes acuerden la prórroga tácita y automática de su plazo*” El plazo previsto en la ley 16060, era de cinco años, el mismo fue extendido por la ley 17243, “Ley de Urgencia”.

El ámbito de aplicación de la norma se circunscribe a los convenios de sindicación “de acciones”, podría plantearse si alcanza a aquellos convenios en los que además de accionistas participan terceros o la propia sociedad, en mérito a la distinta enunciación del alcance subjetivo, respecto al acápite, del artículo, el mismo

¹⁴² Respecto a dicho concepto, Cafaro-Carnelli, ob.cit. pág. 52

¹⁴³ idem.pp.pág. 92

se refiere a los convenios de sindicación de accionistas, en tanto que al fijar el plazo se indica “Los convenios de sindicación de acciones”. Podría entenderse que la limitación en el plazo alcanza a los celebrados por algún accionista y terceros en tanto el objeto del convenio refiera a los derechos emergentes de las acciones, pues en la norma que regula el plazo no se alude a sujetos de derecho.¹⁴⁴

Cabe aclarar, que en nada se relaciona esta norma, que limita la eficacia del contrato a un segmento de tiempo determinado con los requisitos referidos a la oponibilidad del convenio, o al nacimiento por imperio de la ley de obligaciones para la sociedad anónima, por lo que en presencia de un convenio celebrado por al menos algún accionista, resulta aplicable la norma de marras.

En la doctrina vernácula se ha discutido si el plazo máximo fijado por la ley, puede ser modificado por las partes, o si tal posibilidad se encuentra excluida del ámbito de la autonomía privada. Así ha postulado Holz que estamos en presencia de tal limitación, y que no podrá sobrepujarse dicho plazo.

Por la contraria se ha pronunciado Jiménez de Aréchaga¹⁴⁵ quien entiende que resulta lícito un sindicato de accionistas con plazo de duración superior a cinco años, atendiendo a que el interés protegido por la norma (ejercicio del derecho de voto) es renunciable o disponible por el accionista. Agrega que una limitación a la autonomía privada solo puede extraerse de una disposición a texto expreso, agrega que cuando una ley es de orden público ello se señala a texto expreso, cita el ejemplo de las leyes en materia arrendaticia, agrega que en la ley 16060, algunas normas establecen que no puede pactarse en contrario, y que la base del derecho privado de los contratos, continúa siendo en materia societaria la autonomía de la voluntad, salvo en lo referido a disposiciones que establecen que no se admitirá pacto en contrario. Hargain señala que los argumentos de Jiménez de Aréchaga lo han convencido y adhiere por ello a su posición.¹⁴⁶

El Olivera García expresaba, refiriendo al tema del orden público en la ley 16060 “Sobre este tema ya hemos adelantado opinión – en “El orden público en la ley de sociedades Comerciales.” A.D.Com. N° 8 pág. 119) en el sentido de que no existe motivo alguno para aplicar en materia de sociedades comerciales un criterio diferente al aplicado para el resto del ordenamiento jurídico, 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, no siendo suficiente la simple lectura y exégesis de las disposiciones que integran el derecho positivo”¹⁴⁷

A modo de puntualización, corresponde señalar que el plazo en nada incide respecto a la validez o invalidez del convenio de sindicación.

El tema es si de la norma legal surge una limitación a la autonomía privada de modo tal, que para la especie de convenio que ha sido regulada, no es posible pactar un plazo superior, y que si el mismo se pactare el contrato de todos modos se extinguirá al expirar el plazo o si por el contrario es posible sobrepujarlo.

Los argumentos esgrimidos en la doctrina uruguaya por la Dra. Jiménez de Aréchaga, seguida por Hargain, sitúan el tema en el orden público, y si tal solución de la ley es supletoria o no lo es. Señala Jiménez de Aréchaga que “En derecho privado el principio que rige en la materia es el de la autonomía de la voluntad. Es decir, en materia contractual rige el principio de que la ley es supletoria de la voluntad de los particulares” y agrega “Entendemos que cuando el legislador ha querido que los particulares no se aparten de lo establecido, lo ha dicho a texto expreso” luego cita normas que establecen que será nula tal o cual previsión. Así se ingresa a calificar el derecho de voto y la licitud de su disposición, entonces si no es ilícito, los particulares pueden pactar algo distinto de lo que dice la norma.

La posición de Holz parece de recibo, en cuanto se asume como una limitación a la autonomía privada el plazo máximo previsto en la ley.¹⁴⁸

La creación de normas jurídicas por los particulares en ejercicio de la autonomía privada, no solo es libertad sino que depende de reglas de reconocimiento, que tornen jurídicas dichas normas.

La limitación a la eficacia temporal del negocio, no se relaciona con el orden público, ni es pasible de ser extendida por analogía, está acotada a este tipo de convenios.

Resulta de recibo lo expuesto por Olivera, en cuanto no presenta peculiaridades respecto del resto del ordenamiento jurídico, las asignación de significado a las normas en materia de sociedades comerciales.

Los mecanismos para asignar significado a las normas legales, a todas ellas, surgen también de normas legales, así el artículo 18 del Código Civil indica el sistema de significación (código) que debe utilizarse y del artículo 17 del mismo, surge la estructura básica del método de interpretación. En la norma en examen, el

¹⁴⁴ Contra Holz, op.cit. pág. 137, quien sostiene que rige para todos los convenios.

¹⁴⁵ Jiménez de Aréchaga, Mercedes Algunas consideraciones acerca de la sindicación de acciones en la ley 16060 de sociedades comerciales. AD.Com. Tomo VI pág. 141-148.

¹⁴⁶ Hargain, conferencia cit. pág. 30

¹⁴⁷ Olivera, “Modificaciones de la ley de urgencia.....” cit. pág. 31

¹⁴⁸ Entre otros ejemplos lo mismo ocurre en materia de arrendamientos urbanos en el régimen del código Civil, o en materia de fideicomiso en el que la ley fija el plazo máximo en treinta años.

legislador no valora la conducta, solo niega en atención a los socios considerados en si mismos la posibilidad a estos de que se obliguen por un tiempo superior.

La limitación se dirige a la potencialidad del sujeto para crear la norma negocial, por lo que desde la perspectiva del sujeto el mismo esta privado mediante su voluntad de obtener la finalidad querida, la alusión en la norma a la posibilidad de pactar prórrogas aún automáticas confirma la asignación de significado que viene de efectuarse.

Finalmente la ley si las partes no pactaron limitación temporal alguna, fija un plazo trascurrido el cual, se extinguirá el convenio en el que participen accionistas.

b) El régimen para todos los convenios de sindicación en los que no interviene titulares de acciones

Decíamos que el contrato de sindicación es de tracto continuado.

En ausencia de norma que determine el plazo máximo de extensión de los citados convenios, debe tenerse presente el principio de no perpetuidad de las relaciones obligatorias.

Si no se establece un plazo en el convenio el problema no es menor, y si se establece, ha generado debate doctrinario cual es la extensión admisible del plazo.

Una primer limitación surge del lapso en el que el sindicado continúe revistiendo la calidad de socio, otra del plazo que tiene el contrato de sociedad, al que accede el convenio de sindicación. Estas soluciones se revelan en la práctica, generadoras de inconvenientes, entre otras cosas porque el plazo de la sociedad es muchas veces incluso más largo, que el de duración de la vida humana, y esto hace que el límite de duración de la sociedad, colida con el principio cuyo enunciado puede resumirse en que obligarse a perpetuidad que repugna a la libertad individual y no resulta admisible.

En otro orden la desvinculación de la sociedad como hecho que precipita el fin de la pertenencia al sindicato puede generar que el sindicado que tenga la voluntad de dejar de pertenecer al sindicato pero no a la sociedad, opte por dejar de pertenecer a esta, buscando ese fin, o en su caso se genere la propia disolución de la sociedad, o dificultades para esta, motivadas en la conducta de quien, en realidad, solo quería dejar de pertenecer al sindicato.¹⁴⁹

Cabanellas señala que cuando no fuere definido el plazo y surgiere de lo convenido el propósito del convenio, habrá de estarse al mismo, o bien si no es posible recurrir a tal extremo, las partes podrán retirarse del convenio cuando lo consideren apropiado.

En estos casos puede generarse la disolución del sindicato de voto por voluntad de uno o varios de los sindicados. Aunque puede pactarse que el sindicato continúe respecto al resto de los sindicados.

En aplicación supletoria de las normas en materia de sociedad civil, de acuerdo a la calificación negocial efectuada, cabe señalar que el artículo 1933 del Código Civil, establece que la sociedad puede expirar por la renuncia que haga uno de los socios de buena fe y en tiempo oportuno (infra nal. 9).

VII. OBLIGACIONES EMERGENTES ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL SINDICATO

A) Obligaciones y Derechos de los Sindicados

1. Caracterización de las obligaciones y derechos de los sindicatos

Las obligaciones dependerán del concreto contenido del convenio, según las variantes que el mismo puede asumir de acuerdo a lo señalado en el presente. No obstante pueden referirse ciertas obligaciones a modo enunciativo, entre ellas en el caso de convenios referidos al voto, el ejercerlo de acuerdo a lo decidido por el sindicato, y el deber de fidelidad hacia el mismo, absteniéndose de realizar cualquier actividad que importe apartarse del fin común para el que fue constituido. Se trata de la obligación de contribución a dicho fin, que emerge del contrato plurilateral.

¹⁴⁹ Mariño, op.cit. pág 137

Es de estilo pactar que el voto será ejercido por representante común de los sindicatos por lo que en ese caso, surge la obligación de otorgar respecto a quien se designe como apoderado, el correspondiente negocio de apoderamiento. Resulta particularmente fuerte en este tipo de figuras, la incidencia de la cláusula general de buena fe, y de los deberes decurrentes de la misma, en tanto, tomando en cuenta el carácter asociativo y de colaboración de la figura, informa particularmente el comportamiento exigido al participe en el convenio.

También surgen obligaciones de no hacer, en lo referido a no disponer de las acciones o partes sociales.

Pueden constituirse mecanismos tendientes a un reforzamiento del crédito, de modo de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los sindicatos, generando una nueva situación jurídica, de modo tal que se ve reforzada la posibilidad de satisfacción de la prestación¹⁵⁰. Pueden pactarse cláusulas penales, o incluso una prenda respecto a las acciones correspondientes a los sindicatos, asimismo, puede pactarse una prenda sin desplazamiento respecto a las partes sociales de los sindicatos.¹⁵¹

Entre otros derechos de los sindicatos, puede citarse el de asistir y votar en las asambleas o juntas que se celebren, participando de este modo en la toma de decisiones del sindicato. Sin embargo en ocasiones, tales decisiones son adoptadas por órganos distintos de dicha junta.(infra 7.2).

2. Otras obligaciones de los sindicatos vinculación con las modalidades elegidas para la consecución del fin común

a) En los Sindicatos de voto

Estos sindicatos presentan gran variedad de modalidades. Pueden decidir por mayoría o por unanimidad o por ambos procedimientos en función del tema de que se trate.

Puede confiarse el ejercicio del voto a los propios sindicatos o a un representante común generalmente de carácter permanente denominado “director o síndico”, a quien cada socio deberá conferir poder de acuerdo a lo resuelto. El sindicato puede tener una estructura muy simple, la reunión de los sindicatos y la asistencia de estos a la asamblea a fin de votar de acuerdo a lo decidido, o puede tener estructuras complejas con la presencia de distintos órganos.

Por otra parte es relevante garantizar la intensidad de la participación del sindicato en el capital, regulándose el ejercicio del derecho de suscripción, de preferencia y previendo que los sucesores del sindicato, continúen con el pacto. Incluso para el caso de sindicatos de mando puede pactarse que en caso de perderse el control de la sociedad, el sindicato subsistirá como de defensa.

Aparece normalmente la necesidad de nombrar a un director o síndico que represente a los sindicatos, que asuma la tarea de arbitrador de las diferencias que se generen entre los pactantes, el que puede oficiar asimismo como depositario de las acciones, y encargarse de la ejecución de las garantías en caso de incumplimiento.

Los sindicatos se obligan normalmente a mantener el compromiso respecto de los votos que pudieren corresponderle por futuras adquisiciones de partes sociales o acciones y depositan estas últimas, en su caso.¹⁵²

Normalmente se obliga quien desea transmitir sus acciones o sus partes sociales, cuando esto es posible sin otras aquiescencias, a ofrecerlas a los otros sindicatos.

Asimismo, es de estilo obligarse a otorgar un poder irrevocable al síndico.¹⁵³

También es posible, pensar en la transmisión de la propiedad fiduciaria de las partes sociales o acciones, obsérvese, además, que el artículo 5 de la ley 17703, establece que pueden oficiar como referente de la propiedad fiduciaria “bienes o derechos de cualquier naturaleza presentes o futuros.”. Pueden de este modo ser fideicomitidas las acciones o partes sociales, de las que fuere titular el fideicomitente, y las que pudieren ingresar al patrimonio del mismo en el futuro. En el caso, la posibilidad de revocar el fideicomiso, debe estar necesariamente vinculada con aquellas que habilitan la desvinculación del sindicato.

b) Sindicatos de bloqueo

Se expresó en sede de objeto respecto a este contenido normativo, que el mismo importaba la existencia de restricciones a la trasmisibilidad de las acciones o partes sociales, habiéndose detallado que tales limita-

¹⁵⁰ Cf. Lorenzetti, Ricardo Luis. “Tratado de los Contratos”, Tomo III pág. 476-478. Rubinzal – Culzoni Editores, Bs.As –Sta.Fe 2000..

¹⁵¹ Sobre la prenda de participaciones sociales, puede verse Anido Bonilla, Raul, “De la prenda de créditos” AEU 2001 pág. 340-341

¹⁵² Vicent Chulia, Francisco, op.cit. pág. 3035

¹⁵³ El análisis de la posibilidad jurídica de otorgar un poder irrevocable, excede largamente los alcances del presente.

ciones, pueden tener origen legal, estatutario o del contrato social, o estar originadas en negocios como el de marras.

Así de los convenios de sindicación, puede surgir, además de la obligación de otorgar preferencias en el precio u otras condiciones, cláusulas de autorización por los órganos del sindicato de la enajenación, sea que esta la brinde la asamblea, o su director o síndico, o la obligación de no disponer de las acciones o partes sociales salvo el acaecimiento de determinadas situaciones previstas en el convenio, sobre situaciones de hecho, o respecto a los adquirentes, sea de carácter positivo o negativo. Si se establece la autorización de parte del síndico, deberá determinarse un plazo para que este se expida u otorgar valor a su silencio.

Más allá de la licitud del pacto, analizada en sede de objeto, cuando se refiere a limitaciones a la transmisibilidad de acciones, debe tenerse presente que el principio en la materia es la libre transmisión, y que este pacto probablemente será mirado, al menos con especial atención, por los magistrados.

B) Órganos del Sindicato

Resulta conveniente, regular el funcionamiento de la asamblea de sindicatos, y la actuación en los órganos de decisión de la sociedad. En caso de ausencia de estipulación sobre si las decisiones se adoptarán por mayoría o unanimidad, corresponde, aplicar en forma supletoria las normas en materia de sociedad civil, por lo que cabe concluir que se resolverá por mayoría.

Además de dicha asamblea que generalmente se reúne, en forma previa a la celebración de una asamblea de socios de la sociedad, o instancia similar, se estima oportuna la constitución de un órgano de funcionamiento permanente, el mismo es el denominado director o síndico, puede ser una persona física o recaer en una persona jurídica.

Señala Vicent Chulia¹⁵⁴ que en caso de optarse porque el síndico sea una persona jurídica, todos los sindicatos deberían formar parte de la misma, ostentando participación en proporción a la que tuvieren en la sociedad a la que refiere, y aconseja la forma de sociedad civil, en tanto, descarta la asociación, por el mecanismo de formación de voluntad de la misma, que impone que cada asociado ostente un solo voto.

VIII. INCUMPLIMIENTO - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

A) Incumplimiento y accionamientos posibles

1. Introducción

Verificada la existencia y validez del pacto, éste forma una regla que obliga a las partes como la ley misma. Así quien esté interesado en su cumplimiento, contará con todos los mecanismos previstos por el sistema jurídico para la defensa y protección de sus intereses. El hecho de que los pactos parasociales estén ligados funcionalmente a la sociedad a que se refieren y de que por tanto, le afecten indirectamente no permite parapetar el incumplimiento o pretextar límites a fin de obtener las prestaciones debidas.

Seguidamente se referirán los mecanismos de que dota el ordenamiento a quien procura la satisfacción de su interés, secundado por la norma contractual, que las partes ingresaron al ordenamiento, en ejercicio de la autonomía privada.

Así podrá recurrirse, a la indemnización de los daños y perjuicios generados, a la ejecución forzada, al mecanismo de mandar deshacer lo hecho vulnerando las normas jurídicas emergentes del pacto, a la resolución, y la adopción de medidas cautelares, y a otros mecanismos que pueden normarse a fin de disuadir la conducta contraria a Derecho.

2. Pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios

La parte que haya incumplido el pacto queda obligada a reparar los daños y perjuicios ocasionados, siempre que el incumplimiento le sea subjetivamente imputable, desde el punto de vista práctico tropieza con la dificultad de probar y cuantificar el daño ocasionado por la infracción. (ej, como valorar los daños que

¹⁵⁴ Vicent Chulia, op.cit pag. 3046

experimenta un socio al que no se le permite acceder en contra de lo estipulado al Directorio) por ello parece prudente establecer una liquidación anticipada del daño y una cláusula penal, incluso acumulable con la acción de cumplimiento.

La dificultad de probar y cuantificar el daño puede soslayarse, recurriendo al resarcimiento in natura, que procede cuando esto resulte posible, por ejemplo el daño derivado de la infracción de un derecho de adquisición, puede resarcirse condenando al infractor a vender otras tantas acciones o participaciones-

3. Ejecución forzada específica

Es posible solicitar judicialmente la ejecución forzada específica de la prestación, las vías varían en cuanto a su eficacia, en función de la naturaleza de la misma.

Si se trata de una obligación de dar deberá recurrirse, al juicio de entrega de la cosa, si se trata de un género, la adquisición de otro tanto de la misma especie y calidad a costa del obligado. Si se trata de un hacer, el juez da la orden a un tercero a fin de que ejecute la prestación a expensas del deudor; si es infungible el hacer, es posible aplicar conminaciones económicas al deudor para que cumpla la prestación, Si consistiere en una manifestación de voluntad, se sustituye la del deudor por medio de del juez. En caso de una obligación de no hacer, se condenará al deudor para que remueva el estado de cosas provocado por su incumplimiento bajo apercibimiento de medidas conminatorias, además, deberá indemnizar los daños y perjuicios irrogados por la actividad que no debió realizar, y desarrolló y se dispondrá el cese en la misma, si persiste. En caso de mantenerse la actitud, a despecho, de lo dispuesto por la justicia, se podría incluso estar en presencia del delito de desacato, que dará mérito a la denuncia respectiva.

Las limitaciones, a la ejecución in natura, son las del derecho de las obligaciones y los contratos, la imposibilidad de la prestación, o la hipótesis de abuso de derecho. En el caso del tipo contractual de marras, esta última puede adquirir particular relevancia, tomando en cuenta como límite, para el posible abuso de derecho el "interés social". (a modo de ejemplo, puede citarse el caso de haberse pactado votar en el sentido de designar a una persona como director, y luego queda evidenciado que el mismo era una persona deshonesto, o manifiestamente incompetente, en mérito a sucesos ulteriores a la adopción de la decisión)

La posibilidad de la ejecución forzada específica, cuya admisión se entiende de recibo, no ha sido admitida pacíficamente en la doctrina europea, justamente para los casos de pactos parasociales de organización como el que nos ocupa y más específicamente, respecto a los sindicatos de votos.

Se ha rechazado, la ejecución in natura recurriendo a fundamentos similares a los esgrimidos para rechazar con carácter general los convenios sobre el voto, (supra. 5.3.2.2). Se ha agregado además, que la admisión de la ejecución forzada específica, de los convenios sobre el voto, termina incidiendo en la esfera jurídico patrimonial de la sociedad que es un tercero en el litigio, de este modo se extenderían indebidamente los efectos de la cosa juzgada, y la sociedad afectada por la resolución judicial que habilita la ejecución forzada de tales convenios, no tendría posibilidades de defensa. Obsérvese, que en esa línea de razonamiento se privaría al interesado en el cumplimiento de la opción, del artículo 1431 del Código Civil, en ese sentido se afirmará que dicho artículo expresa que la ejecución puede solicitarse cuando ello es posible y que en este caso no lo es en mérito a lo expuesto.¹⁵⁵

Estos argumentos, en el Uruguay y en el Brasil, no son admisibles en las sociedades anónimas respecto a las que se han cumplido los requisitos del artículo 331 de la ley 16060, o 118 de la ley brasileña de sociedades comerciales, en función de los efectos, que por expresa disposición legal proyecta el acuerdo sobre la esfera jurídico patrimonial de ese tercero que es la sociedad.

Sin embargo, merece en nuestro país, para los demás casos, especial análisis.

Al respecto, debe puntualizarse que la ejecución específica no atenta contra la libertad de voto, cabe remitirse *brevitatis causae*, a los fundamentos expuestos por la doctrina que admite, la posibilidad de celebra convenios de sindicación, para el voto. Como se vio, en sede de objeto, los sujetos tienen la posibilidad de regular dicho derecho, por su interacción. O se admite que es disponible el derecho de voto o que no lo es; admitir el surgimiento de obligaciones respecto al ejercicio del voto, y luego en sede de ejecución forzada específica argüir que no es disponible se revela inconsecuente y comporta en definitiva, excluir sin norma que lo habilite, esa posibilidad para el acreedor.

Se ha señalado, además, que el voto es un hacer incoercible, personalísimo, y que por tanto solo admite la reparación de los daños y perjuicios generados por el incumplimiento.¹⁵⁶ En Uruguay ello no es de recibo, es

¹⁵⁵ Por todos Torino, R. "Contratti parasociali" Milano. 2001 pag. 363, ss; citado por Paz Ares, op.cit. pág. 23

¹⁵⁶ Torino, cit. pág. 364, aunque fundándose en el artículo 1932 del Código Civil de aquel país, que solo admite la ejecución forzada específica de los contratos preliminares.

posible, en nuestro país, sustituir la voluntad del deudor; cabe en principio, instar a emitirla al obligado y en caso omiso o denegado, es el juez quien brinda la manifestación de voluntad.

Puede alegarse también que es incompatible tal ejecución forzada específica con la formación de la voluntad social en el seno de los órganos colegiados, teniendo en cuenta la formación deliberativa de la voluntad social. Tal argumento tampoco resulta decisivo. Este fundamento es esgrimido por quienes entienden que no es posible celebrar convenios que involucren el voto, al respecto cabe señalar que en sede de sociedades anónimas tal posibilidad es admitida por el artículo 331, multicitado, y para las demás sociedades, corresponde estar a lo referido en sede de objeto, donde se concluyó en la licitud de tal pacto.

También propugnando la inadmisibilidad, se reputa que aún luego de adoptada la decisión de votar en un sentido en el sindicato; de la deliberación en el seno del órgano social puede surgir, la inadecuación al interés social de lo previamente decidido. Legalmente como ya se viera no se secunda tal temperamento, los sindicatos para el voto, se encuentran admitidos expresamente en el derecho uruguayo, y respecto a los tipos sociales en los que no hay norma expresa, no se ha sostenido que no sea posible el voto por mandatario cuyo mandato respecto al contenido del sufragio será necesariamente previo a la deliberación.

Por otra parte, como se refiriera supra (5.3.2.2 c), el derecho de voto, es un derecho subjetivo colectivo y no está el socio cuando vota ejerciendo una función, sino que lo hace en su interés.

Se señala también que, de dictarse una sentencia que dispusiera la ejecución en natura, la misma extendería indebidamente los efectos de la cosa juzgada pues alcanzaría a la sociedad y a los restantes socios. Tal argumento, en el derecho uruguayo, para los casos en que se cumplieron los requisitos del artículo 331, en sede de sociedades anónimas, encuentra un obstáculo insalvable.

Para los demás casos, también merece reparos, en tanto, la ejecución forzosa, no refiere a una conducta que deba desplegar la sociedad a través de sus órganos, ni tampoco la misma es la interesa en el cumplimiento de la prestación, los acreedores, son los restantes sindicados perjudicados, la sociedad, en este litigio, es un tercero.

En la línea negativa a la ejecución in natura puede postularse, que disponer por el magistrado que el contenido del voto que se impetra se efectivice, puede contravenir otras normas legales, o ingresadas al sistema por el contrato o estatuto social, al respecto, cabe señalar que el juez, debe efectuar un contralor del derecho aplicable antes de fallar. Adicionalmente, en lo referido a los aspectos procesales, si algún interés de la sociedad o de los restantes socios se viera afectado, cualquiera de estos terceros puede ingresar al proceso, en el marco de las normas procesales que admiten la participación de terceros interesados en el litigio.

Por otro lado, la sentencia se limita a proferir la voluntad del incumplidor, los efectos del voto así emitido, se sitúan en una etapa posterior, es un voto más, el que surge de la sentencia, sometido a las mismas normas que los restantes, por lo que, si ese voto terminara incidiendo de manera de arribarse a una decisión cuestionable, por razones de legalidad o por repugnar al interés social, la decisión del órgano deberá impugnarse por las vías previstas para ello.¹⁵⁷

Con referencia a la pretensión a incoarse, la demanda puede pretender se condene al deudor a votar en un sentido determinado, o a que vote de acuerdo a lo que decida, la asamblea del sindicato, o según el tenor de lo estipulado el síndico o director del mismo. También puede impetrarse, se condene a no votar a favor de determinada propuesta o a abstenerse. En cada caso, deberá recurrirse a los mecanismos, específicos según se trate de un hacer o de un no hacer de acuerdo a lo antes referido.

También son posibles de ejecución forzada específica las obligaciones instrumentales. (supra 7.1.2) .

La ejecución forzada específica, presenta dificultades prácticas, debido a la lógica demora del proceso, o a la situación generada en los casos en que el incumplimiento, acaece en la propia reunión del órgano social, apartándose el obligado de lo resuelto por el sindicato. Solo en ocasiones, puede resultar un mecanismo hábil de tutela, cuando, por ejemplo, se niegue el socio a celebrar la reunión, o en presencia de una actitud contumaz, pueda pretenderse el dictado de una resolución judicial. Esto deriva en el análisis de la posibilidad de solicitar en primer término una medida cautelar, para luego deducir la demanda, o incluso solicitar una medida cautelar de las calificadas por la doctrina procesalista como autosatisfactivas.

¹⁵⁷ Cf. Vicent, Chulia op.cit pág. y Paz Ares. op.cit. pág.25

4. Medidas Cautelares

En la doctrina española se ha admitido la adopción de este tipo de medidas respecto a los convenios de sindicación de socios.¹⁵⁸

Respecto a las medidas autosatisfactivas, prestigiosa doctrina ha resistido la adopción de tales medidas, arguyendo la irreversibilidad, de lo que aconteciera, lo que iría en contra de la propia naturaleza cautelar de la medida.

Esto ha llevado, por ejemplo a Paz Ares, a manifestar al menos razonables hesitaciones en la materia. Aunque el autor peninsular, señala a favor de la admisibilidad, que la posibilidad de reprimir la situación, no es de esencia de la medida cautelar, afirma que la reversibilidad no es sino un aspecto más a valorar por el magistrado a la hora de analizar la solicitud de la medida, debiendo el juzgador al ponderar estos extremos, tomar en cuenta que el no hacer lugar a la medida puede generar también efectos irreversibles.

5. Acción del artículo 1338 del Código Civil-remoción

“Sin embargo el acreedor tiene derecho a exigir que se destruya lo que se hubiese hecho en contravención de la obligación, y puede obtener autorización judicial para destruirlo a costa del deudor, sin perjuicio del resarcimiento de daños, si hubiere lugar”, esto establece el artículo 1338 del Código Civil patrio en su inciso segundo.

En lo referido a la figura que nos ocupa, si ya se hubiere desplegado el comportamiento ilícito, podrá solicitarse al juez, que condene al sindicado incumplidor a emitir su voto en la forma debida, o puede solicitarse que sea el juez el que lo manifieste, mandando convocar asimismo, al órgano correspondiente, a fin de someter a la consideración de los socios la revocación de acuerdo adoptado, o la adopción del acuerdo que debía generarse y no se generó.

Esta acción, con todo no podrá prosperar, si hay terceros a quienes no le es oponible el pacto (imagínese la situación en la que ya por ejemplo se han distribuido utilidades en mérito a lo resuelto en violación del convenio de sindicación). En el ámbito de las sociedades anónimas, no se dará la situación de inoponibilidad del pacto si se ha dado cumplimiento a los requisitos del artículo 331.

6. Resolución del Convenio

Se dijo antes, que era aplicable en forma supletoria a los convenios de sindicación, de acuerdo a la calificación negocial que se efectuó, la normativa en materia de sociedad civil, también se refirió que una de las formas de poner fin a la sociedad civil, surge de lo dispuesto en el 1933 del Código Civil (supra 6.4.2.2), que edicta: “La sociedad puede expirar también por la renuncia que haga uno de los socios de buena fe y en tiempo oportuno. Pero si la sociedad se ha contratado por tiempo fijo, o para negocio de duración limitada, no tendrá efecto, la renuncia si por el contrato de sociedad, no hubiere facultad de hacerla o si no ocurriese algún motivo grave, como la inejecución de las obligaciones del otro socio, u otro de igual importancia”

De la regulación contractual puede emerger, amén de este derecho, la previsión de la exclusión del incumplidor, o del derecho de desvincularse el perjudicado por el incumplimiento del sindicato, tal previsión puede resultar recomendable.

Por estos mecanismos, se designan con términos del derecho anglosajón “put” o “call”, el incumplidor quedará obligado a adquirir las participaciones de quien ejercita el derecho conferido por el convenio de sindicación a precios superiores a los del mercado, o a enajenar las suyas a un precio significativamente menor al del mercado.

7. Mecanismos precautorios

Hay otros mecanismos, que tienen a precaver el incumplimiento a los que se ha referido al analizar las obligaciones emergentes del contrato. Entre ellos el conferir mandato al síndico o director, la prenda de las partes sociales o acciones, incluso puede pactarse, pasar a un régimen de copropiedad de todas las acciones cuya representación se encomienda al director, o la trasmisión de la propiedad fiduciaria al mismo.

¹⁵⁸ Pérez Morriónes, op.cit. pág. 481-482.

B) Incumplimiento y situación respecto a la sociedad

1. Situación en el ámbito de aplicación del artículo 331 de la ley societaria y cumplidos los requisitos en él previstos

Con relación a la sociedad, para el caso de cumplimiento de los requisitos del artículo 331, las consideraciones que vienen de efectuarse respecto, a los mecanismos tuitivos, del interés del acreedor de las obligaciones emergentes del convenio de sindicación son enteramente aplicables, por lo que será posible demandar a la sociedad involucrada, en tanto acaezcan apartamientos de la conducta que resulta exigible a la misma, cuya obligación nace, no del convenio sino de la ley en los términos antes aludidos.

Cabe señalar sobre esta situación, además, que habiéndose incorporado el convenio como derecho positivo a la sociedad, por ejemplo, deberá denegarse la inscripción en el libro de registro de una transmisión hecha en violación del convenio, la sociedad puede hacer efectivos los convenios frente a los socios y estos frente a la sociedad, los actos en violación de lo normado en el convenio, no resultan válidos y no desplegarán sus efectos, siendo susceptibles de ser impugnados, por tal motivo, y el Presidente del órgano en que se pretenda votar en infracción de lo convenido, deberá indicar cual es la conducta debida, y no computar el voto emitido en infracción a lo dispuesto en el convenio respectivo.¹⁵⁹

2. Situación fuera del ámbito subjetivo de aplicación del artículo 331 de la ley societaria o si no se hubieren cumplido los requisitos en él previstos

La problemática se plantea cuando estándose en el supuesto de la norma, convenios celebrados por accionistas, no se han cumplido los requisitos allí previstos o para los casos en que no se está en presencia de los componentes personales del pacto requeridos en por la norma, por lo que el convenio no pierde su característica de pacto parasocial, y no se integran sus efectos en el ordenamiento de la sociedad, no se propagan a los miembros de la persona jurídica, no vinculan a los restantes socios, ni a los administradores y tampoco resultan oponibles a otros terceros.

La sociedad cuando en caso de una estipulación que le atribuye una ventaja a tiene la posibilidad de reclamar el cumplimiento en los términos de una “estipulación para otro” (supra 3.1.7, c)).

Tampoco generaría dificultades la situación en que se pudiera procesar lo normado mediante el mecanismo de la cesión de créditos, por ejemplo, si del convenio surgiera la redistribución de los dividendos, deberá seguirse, el mecanismo de la cesión de créditos notificando a la sociedad, de tal cesión, se ha admitido la cesión de créditos futuros en la doctrina y jurisprudencia uruguayas.¹⁶⁰

La sociedad, es un tercero, y no podrán los pactantes obligar a la misma, a que despliegue cualquier conducta fundada en el convenio de sindicación, contrato de naturaleza parasocial, excluido del orden jurídico societario, y atingente, en cuanto a su eficacia, en el sentido técnico del concepto, a los componentes personales de dicho pacto (supra 6.1 y 6.4.2.1) Cuando las partes del pacto parasocial y del contrato de sociedad no coinciden esto resulta incuestionable. Sin embargo, el tema se plantea cuando las partes son las mismas, todas ellas. En ese caso, tratándose de los mismos protagonistas, el asunto no es tan claro.

En España y en Alemania la jurisprudencia se ha pronunciado, por la aplicación de los pactos parasociales, a la sociedad cuando coinciden los socios, todos ellos, con los pactantes en el convenio¹⁶¹.

Para ello se ha recurrido por ejemplo a la ficción de la realización de una asamblea en que estaban presentes todos los socios, señalándose que se trataba de un acuerdo societario y que por ello vincula a la

¹⁵⁹ Sobre esto último, están de acuerdo en Uruguay Holz, Hargain, y Rivas Ansalas, *ops.cits.*

¹⁶⁰ Cf. Gammara, Jorge *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo IV, “Cesión de Créditos”

¹⁶¹ En España puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26/2/1991 y del 10/2/1992 caso “Munaka S.A”, debe tenerse presente que en el derecho español no existe una norma del tenor del artículo 331 uruguayo, señala el tribunal “es claro que concurriendo en el mismo los requisitos esenciales para la validez de los contratos del artículo 1261 del Código Civil, tal convenio tiene fuerza obligatoria entre los que lo suscribieron y deben ser cumplidos a su tenor (artículo 1901) dando cumplimiento no sólo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley” (citado por Pérez Moriones, *ob.cit.* pág 483-485 y por Paz Ares *op.cit.* pág. 34) En Alemania el Tribunal Supremo Alemán, ha sostenido que es posible incluso impugnar las decisiones sociales adoptadas a despecho, de lo pactado en estos casos, en varias ocasiones (sentencias del Bundesgerichtshoff NJW 1983, pág. 1910; NJW 1987, pág. 1890, citados por Paz Ares, *ob. y pág. cit.*)

sociedad. O en su caso, señalando que los contratantes, están obligados a ceñirse a lo acordado y a todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.¹⁶²

En otra oportunidad, se ha recurrido al levantamiento del “velo de la persona jurídica”, atendiendo a los integrantes de la misma, entendiendo que no se puede considerar la sociedad un tercero ajeno, independiente, agregando además argumentos fundados en el Principio General de la Buena Fe.¹⁶³ También se ha recurrido al límite impuesto al ejercicio de los derechos.

Debe partirse, en el análisis, de que el contrato despliega sus efectos frente a los pactantes y no frente a otros, en principio, si los despliega ante los pactantes, y ellos son los socios de la sociedad comercial, ellos estarán obligados a desarrollar determinada conducta, son ellos y no otros, distinta sería la conclusión si ingresara luego un socio a la sociedad por ejemplo.

La identidad subjetiva de los socios y de los sindicados, será condición necesaria para precipitar la incidencia del convenio en la sociedad pero no condición suficiente.

En efecto quien se ha obligado en términos de un negocio jurídico parasocial, no podrá ser sancionado con mecanismos previstos para incumplimientos de obligaciones emergentes del contrato social, a modo de ejemplo no podrá ser excluido. Ahora bien, situados en esta línea se observa que mediante la ejecución forzada específica del convenio, acuerdo de naturaleza parasocial, se puede obtener la remoción de lo que se hizo contra sus estipulaciones (artículo 1338 del Código Civil) consecuentemente, se terminará incidiendo en la marcha de la sociedad, por esa vía. Aquí, puede sostenerse que el perjudicado deberá transitar ese camino, y no podrá recurrir al cuestionamiento de la resolución del órgano societario, de este modo debería obtener la ejecución forzada específica del pacto y luego obtener la convocatoria al órgano en que se votó en forma contraria a lo que era debido, por ejemplo, a fin de que se deje sin efecto la resolución adoptada, con el voto que constituyó el incumplimiento del pacto. En la doctrina española Paz Ares postula que no es necesario recorrer este que califica de calvario, invocando que “carece de sentido – de cualquier tipo de racionalidad jurídica- impedir que se invoque directamente la infracción del pacto parasocial para impugnar los acuerdos sociales”¹⁶⁴

Siguiendo los desarrollos de Paz Ares debería concluirse que cuando existe coincidencia subjetiva entre los pactantes en el convenio y los socios de la sociedad comercial, y coincidencia objetiva en el resultado a lograrse a partir de la ejecución en natura del contrato, se rompe la regla de ajenidad de la sociedad respecto a las consecuencias jurídicas del pacto. Emerge de la racionalidad del ordenamiento, de elementales razones de economía procesal, de la regla “dolo facit qui petit quod redditurus est”, pues repugna al ordenamiento que alguien se parapete en una norma que le ampara en segmento temporalmente acotado de tiempo, de modo de dilatar el cumplimiento de sus obligaciones. Se está en definitiva, en este caso, en presencia de la falta de un “interés propio duradero” del incumplidor de las obligaciones emergentes del convenio, que además implica una conducta incociliable con sus actos anteriores (actos propios) y un quebrantamiento de las obligaciones emergentes del deber de la cláusula general de buena fe (artículo 1291 del Código Civil).

Sin embargo, puede señalarse que no se está en presencia de un supuesto que habilite la impugnación de la resolución social, adoptada por los mismos, que se parapetan en que ahora están como socios y antes como sindicados, para dilatar la remoción del ordenamiento jurídico de lo obrado contra lo dispuesto en el contrato por ellos mismos celebrado.

En este sentido, es posible sostener que se está infringiendo la ley, recurriéndose a la cláusula general de Buena Fe y los deberes decurrentes de la misma, así como que se está en presencia de una situación de abuso de derecho.¹⁶⁵ La solución resulta algo artificiosa, y alejada de la atribución de significado que corresponde conferir a la violación de la ley, indicada en las leyes societarias, como causal de nulidad. Otra alternativa es postular que cuando todos los socios son quienes convienen estos pactos constituyen actos posteriores de los contratantes que sirven para ilustrar el contenido de lo pactado o aún interpretaciones del contrato social, argumento que resulta algo forzado. Por último, puede considerarse como una hipótesis de contravención fiduciaria, que se aparta del interés social, en tanto, el mismo surge plasmado de la concreción de voluntades contenida en el convenio que suscrito por todos los socios, representaría el interés social, de este modo los incumplidores se beneficiarían en perjuicio de los restantes.

A fin de ingresar las normas emergentes de los convenios de sindicación al ámbito de normas aplicables en el ordenamiento societario, en los casos en que no resulta de aplicación el artículo 331 de la ley 16060,

¹⁶² Sentencia del Tribunal Supremo, parcialmente trascrita nota 161.

¹⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo del 24 de setiembre de 1987 (Ar.6194) caso “Hotel Atlantis Playa”, citado por Paz Ares, op.cit. pág. 34.

¹⁶⁴ Op.cit. pág. 37

¹⁶⁵ Un enfoque actual sobre los alcances de la buena fe, brinda Martins-Costa, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. Sao Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

pueden recurrirse a distintos mecanismos. Uno posible es incluir una cláusula en el contrato social, supeditando la posibilidad de adquisición de partes sociales o acciones, a la adhesión al convenio. Este mecanismo también puede instrumentarse, en los casos en que se han cumplido los requisitos del artículo 331 de la ley. En el contrato social se debe aludir a la obligación de suscribir el convenio identificándose claramente, el convenio al que se alude. Asimismo, otro mecanismo que se comienza a analizar en Europa¹⁶⁶, es la posibilidad de incluir en los contratos sociales o Estatutos normas que impongan sanciones en caso de incumplimiento de pactos parasociales. Señalando Paz Ares que el problema es si esa forma del que califica blindaje societario implicaría registrar el acuerdo parasocial, como anexo al contrato social o a los estatutos.

Entre otras vías para obtener medios dentro del ordenamiento societario de modo de sancionar el incumplimiento de las obligaciones emergentes de los pactos parasociales, puede citarse el incluir entre las prestaciones exigibles al socio en el contrato social, el cumplimiento de los pactos parasociales, lo que habilitaría la exclusión en caso de incumplimiento.

Otro mecanismo, consiste en incluir una cláusula en el contrato o estatuto social, que indique que los votos deberán emitirse, por cierto grupo de personas o cierta clase de acciones mediante representante común que designarán al efecto.

IX. DISOLUCIÓN DE LOS CONVENIOS DE SINDICACION

Los convenios de sindicación se extinguen:

A) Por el vencimiento del plazo, el contractual o el legal en el ámbito de aplicación del artículo 331 de la ley societaria,

B) por el acaecimiento de condición resolutoria si esta se hubiera pactado.

C) Por manifestación unilateral de voluntad de uno de los sindicatos, con las siguientes variantes:

(i) Por el ejercicio de por parte de los sindicatos de la facultad de denuncia.

La hipótesis de denuncia puede acontecer, cuando el sindicato se constituyó sin plazo y no resulta de aplicación el artículo 331 de la ley 16060, en mérito a la imposibilidad de vincularse en forma perpetua, es posible pactar como se viera la posibilidad de desvinculación de alguno de los sindicatos sin generar la consecuencia de disolución del sindicato.

ii) Cuando el sindicato insta la disolución anticipada por justo motivo de conformidad a lo dispuesto por el artículo 1933 inciso segundo del Código Civil, cabe destacar que debe tratarse de una circunstancia grave, no cualquier dificultad habilita esta posibilidad

D) Por el consentimiento de todos los sindicatos (artículo 1932 del Código Civil).

E) Por la reunión en una sola persona de todas las partes sociales o acciones de que eran titulares los componentes personales del pacto, en estos casos pierde la sindicación el carácter pluripersonal que es esencia de la misma¹⁶⁷.

F) Por la extinción de la sociedad referente del convenio de sindicación, en mérito a la conexidad contractual explicitada, dado que la desaparición de la misma, deja sin asunto al pacto, en tanto lo accesorio sigue la suerte de lo principal..

G) Finalmente cabe destacar que siendo la muerte de cualquiera de los sindicatos causa de disolución en mérito a la aplicación supletoria de las normas en materia de sociedad civil, de acuerdo a lo expuesto, resulta conveniente pactar que el mismo vinculará a los causahabientes del sindicato cuyo óbito se produjera.

X. A MODO DE CONCLUSIONES

La extensión del presente, impone la brevedad conclusiva, señalándose a modo de tales, que el convenio de sindicación es un contrato plurilateral de organización asociativo, respecto al que se aplicarán en subsidio las normas en materia de sociedades civiles, con vinculación funcional únivoca con el contrato social, tipicidad social, y tipicidad de regulación legal incompleta. En el mismo pueden participar socios y personas que no revisten la calidad de tales, y merece análisis diferentes según se este en el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 331 de la ley 16060, o no. Existen mecanismos de cumplimiento que garantizan la adecuada tutela de los legítimos intereses de los pactantes. El negocio objeto del presente es de una enorme potencialidad escasamente escudriñada, en el medio vernáculo fuera del ámbito de las sociedades anónimas.

¹⁶⁶ Cf. U. Noack, "Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften", Tübingen, 1994 pág.119-122, citado por Paz Ares pág. 42

¹⁶⁷ Pérez, Moriones op.cit.pág. 427

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRIA HECTOR, PAOLANTONIO MARTÍN, SOCIEDADES, SANTA FE 1997
- BARRERA DELFINO, EDUARDO EMPRESAS LA ORGANIZACIÓN JURÍDICA, BS.AS. 1998
- BAYLEY, JAIME CURSO DE DERECHO CIVIL, TOMO I
- BLENGIO JUAN "CONTRATO DE SHOPING CENTER" REVISTA DE LA JUDICATURA 2001
- BUTTY, ENRIQUE MANUEL, SINDICACIÓN DE ACCIONES: ASPECTOS GENERALES Y PARTICULARES. EN, "NEGOCIOS PARASOCIETARIOS" DIR. EDUARDO FAVIER DUBOIS HIJO BS.AS. 1994
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO DERECHO SOCIETARIO, LOS SOCIOS DERECHOS, OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES. Bs.As. 1997
- CAFARO, EUGENIO -CARNELLI, SANTIAGO "DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE OBJETO CONTRACTUAL" ADCU TOMO XX
- CARNELLI SANTIAGO Y CAFARO EUGENIO EFICACIA CONTRACTUAL Bs.As. 1989
- CATENACCI, IMERIO JORGE INTRODUCCIÓN AL DERECHO BS.AS. 2001
- CAUMONT ARTURO, LA TEORIA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO COMO SUSTENTO DEL CONTRATO EN EL TERCER MILENIO, ESTUDIOS EN HOMENAJE A JORGE GAMARRA, 200
- CERRUTI AICARDI, CONTRATOS CIVILES, MDEO. 1956
- ERAIN, HUGO RICHARD- MUIÑO ORLANDO MANUEL DERECHO SOCIETARIO, BS.AS. 1998
- FERRI, LUIGI, LA AUTONOMÍA PRIVADA, TRADUCCIÓN DE LUIS SANCHO MENDIZÁBAL, MADRID 1969
- GAMARRA, JORGE TRATADO DE DERECHO CIVIL URUGUAYO, TOMOS IV Y VIII
- GARRIGUES JOAQUÍN TEORÍA GENERAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES, REVISTA DE DERECHO MADRID 1974.
- GARRIGUES, JOAQUIN, SINDICATO DE ACCIONISTAS, ANALES DE LA ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO, Tomo IX
- GUETE-ALONSO, MARÍA DEL CARMEN, ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DEL TIPO NEGOCIAL 1979
- HARGAIN, DANIEL SINDICACIÓN DE ACCIONES, CICLO DE CONFERENCIAS AEU, 1994
- HARGAIN, DANIEL SINDICACIÓN DE SOCIOS REV.AEU VOL 80, JUL-DIC 1994
- HOLZ, EVA, CONVENIOS DE SINDICACIÓN ANUARIO DE DERECHO COMERCIAL VOL 5.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, MERCEDES ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS CONVENIOS DE SINDICACIÓN DE ACCIONES EN LA LEY 16060 DE SOCIEDADES COMERCIALES A.C COMERCIAL VOL. 6
- MADARIGA, JORGE ROBERTO, LA SINDICACIÓN DE ACCIONES BS.AS. 1981
- MAMBRILLA RIVERA, VICENTE, CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LOS CONVENIOS DE VOTO ENTRE ACCIONISTAS . REVISTA DE DERECHO MERCANTIL ESPAÑOL 1986
- MARIÑO ANDRÉS, EL CONVENIO DE SINDICACIÓN PARA EL VOTO EN LA JUNTA GENERAL DE SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL DERECHO ESPAÑO, EN TRABAJOS DE DOCTORADO EN LA UNIV. DE BARCELONA.
- MARIÑO ANDRÉS. ESTUDIO DEL TITULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL DE URUGUAY DE 1868. LA CONSTITUCIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES DE DERECHO Y DE REGLAS PARA LA INTERPETACIÓN E INTEGRACIÓN DE LAS NORMAS DEL ORDEN JURÍDICO URUGUAYO, ESTUDIOS EN HOMENAJE A JORGE GAMARRA, MDEO. 2001
- MARIÑO, ANDRÉS Y CAFFERA, GERARDO "NORMA SITUACIÓN Y CONTRATO" EN REV. DEL COLEGIO DE ABOGADOS DEL URUGUAY AÑO 1994,
- MARTINS COSTA, JUDITH, A BOA FE NO DIREITO PRIVADO, S.P 1999
- MARTORELL, ERNESTO EDUARDO, TRATADO DE LOS CONTRATOS DE EMPRESA, BS.AS. 1997.
- MASCHERONI, FERNANDO Y MUGUILLO, ROBERTO "RÉGIMEN JURÍDICO DEL SOCIO, DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES BS. 1990
- MEZZERA ALVAREZ, RODOLFO, CURSO DE DERECHO COMERCIAL TOMO II
- OKS, JORGE RICARDO, ACEPTACIÓN Y REGLAMENTACIÓN DE LOS PACTOS DE SINDICACIÓN DE ACCIONES PONENCIA AL ENCUENTRO ARGENTINO URUGUAYO DE DERECHO COMERCIAL 1997
- OLIVERA GARCIA, RICARDO LA NUEVA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES GRUPOS DE INTERES ECONÓMICO Y CONSORCIOS (VERSIÓN EN ESPAÑO DE LA UM)
- OLIVERA GARCIA, RICARDO MODIFICACIONES DE LA LEY DE URGENCIA A LA LEY SOCIETARIA, EN A D. COMERCIAL VOL. 9
- PANTALEÓN FERNÁNDO, ASOCIACIÓN Y SOCIEDAD A PROPÓSITO DE UNA ERRATA DEL CÓDIGO CIVIL, 1993.

- PAZ ARES, CÁNDIDO, EL ENFORCEMENT DE LOS PACTOS PARASOCIALES, EN PUBLICACIÓN DEL ESTUDIO URÍA & MENÉNDEZ 5/2003
- PEDROL RIUS, ANTONIO, LA SINDICACIÓN DE ACCIONES, REVISTA DE DRECHO PRIVADO, DE ESPAÑA 1950
- PEIRANO JORGE, CURSO DE OBLIGACIONES TOMO I
- RIPPE, SIEGBERT, SOCIEDADES COMERCIALES, LEY 16.060, OCTAVA EDICIÓN.
- RIVAS ANSALAS, MARITHZA INCUMPLIMIENTO DE LOS CONVENIOS DE SINDICACION DE ACCIONES.
- RODRÍGUEZ RUSSO, JORGE " DONACIÓN DE BIENES FUTUROS: INEXISTENCIA DEL CONTRATO POR FALTA DE CAPACIDAD JURÍDICA," ADCU TOMO XIX,
- RODRÍGUEZ RUSSO, JORGE "CAPACIDAD DE DERECHO, PODER DE DISPOSICIÓN E INEXISTENCIA JURÍDICA EN EL CONTRATO DE DONACIÓN DE BIEN FUTURO" A.D.C.U TOMO XXVI
- ROSSI, HUGO ENRIQUE O PONIBILIDAD Y CUMPLIMIENTO DE LOS CONVENIOS DE SINDICACIÓN DE ACCIONES, EN, "NEGOCIOS PARASOCIETARIOS" DIR. EDUARDO FAVIER DUBOIS HIJO BS.AS. 1995
- ROSSI, HUGO ENRIQUE Y CASTORINO DE PUPPI, MARÍA TERESA LA O PONIBILIDAD DE LOS CONVENIOS DE SINDICACION DE ACCIONES, EN NEGOCIOS SOBRE PARTES, CUOTAS, ACCIONES Y OTROS TITULOS SOCIETARIOS DIR. EDUARDO FAVIER DUBOIS HIJO, MAX M. SANDLER
- SANTAMARÍA, FRANCISCO JOSÉ "A PROPÓSITO DE LA NOCIÓN DE LOS SINDICATOS DE ACCIONISTAS" EN ESTUDIOS EN HOMENAJE A JORGE BARRERA GRAF, T.II UNAM.
- SAPENA TOMAS, JOAQUIN, EL SINDICATO DE ACCIONISTAS EN NUESTRO DERECHO VIGENTE, REVISTA DE DERECHO NOTARIAL MADRID 1956
- UINIE CAMINA, ACORDO DE ACCIONISTAS: INSTRUMENTO DE ORGANIZACÃO E COMPOSICÃO DE INTERESES NAS SOCIEDADES ANÓNIMAS, PUBLICACIÓN DE KLA ucaminha@klalaw.com.br
- VICENT CHULIA, FRANCISCO, LICITUD, EFICACIA Y ORGANIZACIÓN DE LOS SINDICATOS DE VOTO, REVISTA GENERAL DE DERECHO ESPAÑOL 1991.
- VILLEGAS, CARLOS DERECHO DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES, BS.AS. 1986
- WONSIK, MARIA Y ACUÑA MARIA ALGUNOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 16060 DESDE LA EXPERIENCIA NOTARIAL, EN TEMAS DE DERECHO SOCIETARIO, DIEZ AÑOS DE APLICACIÓN DE LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES



MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

- **Redondo, Alvaro** - *«La aplicación de multa por represión antisindical»*
- **Trías López, Ana María** - *«Libertad y autoridad: el bien común como fundamento de la exigibilidad de los derechos humanos»*

LA APLICACIÓN DE MULTA POR REPRESIÓN ANTISINDICAL

REDONDO, ALVARO

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA. II. METODOLOGÍA. III. NORMATIVA APLICABLE. IV. CRITERIO APLICABLE
POR LA ADMINISTRACIÓN PARA LA APLICACIÓN DE LAS MULTAS. V. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. VI. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El tema a tratar en el presente trabajo es el relativo al cálculo de la sanción pecuniaria aplicada por la Inspección General de Trabajo y Seguridad Social a los empleadores que cometen actos antisindicales, en violación de los CIT 87 y 98.

II. METODOLOGÍA

En primer lugar se hará referencia a las normas nacionales e internacionales aplicables a este tema, transcribiendo los fragmentos más relevantes; para luego continuar con la exposición de los criterios aplicados por la Administración y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para calcular la ya mencionada multa.

III. NORMATIVA APLICABLE

Las normas aplicables en este tema son una vez más (como suele suceder en derecho colectivo) los convenios internacionales de la OIT, con la característica de que existen en el derecho interno leyes y decretos que reglamentan la aplicación de las disposiciones de los convenios.

Los convenios aplicables son: el N° 87, del cual destaco por su relevancia respecto de tema que estamos tratando el art.11: "Todo miembro del Organización Internacional del Trabajo...se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación."

Y el N° 98, del cual se resalta el art.1: "Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo"; y el art.3: "Deberán crearse organismos adecuados a las...condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para garantizar el respeto al derecho de sindicación..."

La ley nacional N° 15.903 art.289: "Las infracciones a los convenios internacionales de trabajo, leyes, decretos, resoluciones, laudos y convenios colectivos, cuyo contralor corresponde a la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social, se sancionarán con amonestación, multa o clausura del establecimiento. (...)Las multas se graduarán según la gravedad de la infracción, en una cantidad fijada entre los importes de uno a cincuenta jornales o días de sueldo de cada trabajador comprendido en la misma, o que pueda ser afectado por ella. El monto de la multa así determinado, se convertirá a unidades reajustables. En caso de reincidencia, se duplicará la escala anterior.(...)";

Así como la ley N° 16.736 art.412 que sustituye el artículo antes citado, introduciendo las siguientes modificaciones: "Las multas se graduarán según la gravedad de la infracción en una cantidad fijada entre los importes de uno a ciento cincuenta jornales o días de sueldo de cada trabajador comprendido en la misma, o que pueda ser afectado por ella. (...) "En los casos en que la sanción a imponer tenga como fundamento la infracción a las disposiciones de los Convenios Internacionales del Trabajo Nos. 87 y 98 referentes

a la libertad sindical, la base de cálculo se determinará de acuerdo al número total de trabajadores de la infractora. (...)” Fuera de estas dos salvedades el resto del artículo sustituido se mantiene inalterado.

La ley N° 12.030 determinó la facultad del Poder Ejecutivo de aplicar sanciones administrativas pecuniaras a los que violaren las disposiciones de los Convenios ratificados (arts.2 y ss).

El decreto 93/68 regula esta normativa, y en su art.9 repite lo establecido por el art.289 L.15.903. Este decreto en su art.9 inciso 2do dispone: “Compete a la Inspección General del Trabajo y Seguridad Social la imposición y percepción de las multas citadas”. A su vez el decreto 680/77 al organizar la IGSS le atribuye competencia en todo lo relativo a la protección del trabajador.

IV. CRITERIO APLICABLE POR LA ADMINISTRACIÓN PARA LA APLICACIÓN DE LAS MULTAS

Como ya se dijo compete a la Administración, concretamente al MTSS, IGSS aplicar las multas a los empleadores que realicen actos antisindicales.

El criterio por el que se ha inclinado es el de interpretar que la multa de entre 1 a 150 jornales se calcula sobre el total de trabajadores de la empresa empleadora, y no solamente sobre aquellos trabajadores específicamente alcanzados por los actos antisindicales; ya que entiende que la practica antisindical afecta a todos los trabajadores al dañar un bien jurídico que es de todos y que es el derecho de sindicación.

Tal es así, que en autos caratulados: “OSAMI S.A. con ESTADO, MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Acción de nulidad” (No.301/97), al contestar dice:

“Entendiéndose por acto discriminatorio aquel que implica una ruptura del principio de igualdad a través de una desventaja, rebaja, privación, negociación, descalificación (...) La Administración no puede entender que el único afectado por la adopción de medidas antisindicales es el trabajador despedido, o el postergado, o el trasladado, sino que debe atender al objeto de protección que trasciende al mero interés individual.

En base al contenido del art.9 del decreto 93/68 puede concluirse que “Los trabajadores comprendidos en la infracción o afectados por ella” son todos los trabajadores, y no solamente la persona sobre la que recayó la medida discriminatoria. (...)

Según lo expresa con toda claridad Ermida Uriarte al referirse a este tema: “En todos los mecanismos de protección de la actividad sindical, el principal bien jurídico o valor tutelado es invariablemente la libertad sindical y su titular es el sindicato o el grupo profesional aún no estructurado o formalizado en sindicato, no obstante, en muchas ocasiones sucederá que también estén en juego un bien jurídico y un interés individual concreto en determinado trabajador, paralelo al interés colectivo antes mencionado y que resulte protegido conjuntamente con él, por el mismo mecanismo de prevención y reparación.”

La Administración ya sostenía este criterio desde antes de la ley 16.736, que a texto expreso dice que la multa se calculará de acuerdo: “...al número total de trabajadores de la infractora...”; lo cual supuestamente vendría a zanjar las discusiones de cuáles son los trabajadores que pueden verse afectados por las infracciones a los convenios internacionales, como antes establecía la ley 15.903.

Esto surge, por ejemplo, del expediente judicial: “RUTAS DEL SOL LTDA. Y OTRA c/ ESTADO, MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Acción de nulidad” (No.367/98) por resolución del MTSS N° 7534/95 se expresa: “No se asignó efecto retroactivo al art.412 de la ley 16.736 para considerar a todos los trabajadores, sino que se atendió (como en otras oportunidades) al bien jurídico vulnerado. En la situación considerada, este no es otro que” el derecho de sindicación de “todos los trabajadores de las empresas y por ello las sanciones toman como base a cada uno de los empleados que en ellas revestían”.

Es decir que a juicio de la Administración, los trabajadores “afectados” son todos, ya que se vulnera un bien jurídico que es un derecho de todos.

Existe además un argumento de orden lógico, más que jurídico, y es que la multa calculada sobre los trabajadores a quienes se dirigen específicamente las medidas antisindicales, resultaría poco como para operar como un freno al uso de estas medidas. Por lo tanto no se estaría protegiendo efectivamente el derecho de sindicación.

En la Sentencia del TCA N° 626/90 en los Resultandos II, la Administración manifiesta el argumento antedicho: “El Ministerio de Trabajo evacuando el traslado conferido expresa que (...) La sanción aplicada lo fue en función del único procedimiento existente en nuestra realidad jurídica, para garantizar la libertad sindical y su monto lo está en proporción con la facultad cometida y con el derecho tutelado.” Se ve claramente como la Administración entiende que el monto de la sanción guarda proporción con el dere-

cho tutelado, y por tanto con la falta; ya que la sanción procura salvaguardar el derecho de la infracción hacia él cometida.

En resumen puede decirse que el criterio de la IGTSS es claro, comenzando ya desde la sanción de la ley 15.903, y manteniéndose uniforme en su aplicación hasta el día de hoy.

V. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Las sentencias estudiadas van desde el año 1990 al 2002, y ellas son: 626/90, 1177/92, 593/94, 700/94, 729/01, y 408/02.

En la primera de estas sentencias el TCA acoge el criterio del MTSS: “no obstante admitir el Tribunal lo opinable del tema, adhiere al criterio de la administración, en tanto considera, en primer lugar, que el bien jurídico tutelado es el derecho de sindicalización, que involucra a todos los trabajadores con aptitud para ingresar o pertenecer a la organización gremial de que se trate y con total prescindencia de la actitud subjetiva individual respecto a la proyectada agremiación.

Y, en segundo lugar (lo que no es sino en puridad, una variante de lo anterior), por cuanto lo que la normativa protege o, dicho de otro modo, lo que está en juego, no es el derecho individual a agremiarse de sólo dos trabajadores, sino la protección del derecho de sindicalización en general; en tanto sólo interpretando la normativa aplicable (art.9 inc.3; D93/68) de tal manera, se salvaguarda, debida y apropiadamente la garantía al libre y pleno ejercicio de ese derecho altamente tutelado (arts. 57 de la Constitución; 488 y 489 de la Ley N° 13.640).”

Es decir que a la luz del art.289 de la ley 15.903, ya citado pero que vale la pena reseñar: “Las multas se graduarán según la gravedad de la infracción, en una cantidad fijada entre los importes de uno a cincuenta jornales o días de sueldo de cada trabajador comprendido en la misma, o que pueda ser afectado por ella.” esta última frase es factible de dos interpretaciones: por un lado – los afectados son los trabajadores que sufren directamente las consecuencias del despido, traslado, o cualquier otra que se la medida, con motivo de pertenecer a un sindicato o ejercer actos gremiales. Siguiendo esta tesis, sólo esos trabajadores afectados directamente serán tomados como base de cálculo para aplicar la multa de 1 a 50 jornales; y si por ejemplo se aplica una multa de 50 jornales por el despido abusivo por razones sindicales de dos trabajadores, el monto de la misma será de 100 jornales, que como dice la ley serán convertidas a unidades reajustables.

La otra interpretación posible (sostenida por la Administración, y a la que adhiere el TCA en esta sentencia) es que – los trabajadores afectados son todos los que trabajan en la empresa debido a que el bien jurídico tutelado (el derecho de sindicalización) es un interés colectivo, que se cristaliza en el derecho individual de cada uno.

Aparentemente el art.412 de la ley 16.736, que da nueva redacción al 289 L.15.903, estaría por vía legal haciendo una interpretación de qué se entiende por “cada trabajador comprendido en la misma, o que pueda ser afectado por ella” (refiriéndose a la infracción de los convenios); y se estaría afiliando a la segunda tesis comentada, lo cual daría fin a la discusión. Sin embargo, ya estando vigente la ley 16.736 el TCA ha dictado sentencias que acogen la tesis contraria, como veremos a continuación.

La segunda sentencia es la N° 1177/92 en la que el Tribunal opina lo contrario a lo sostenido en la sentencia del año 90', aún estando integrado por tres de los ministros que lo integraban en aquel año:

“La sanción impuesta por la infracción cometida es violatoria de la normativa aplicable al exceder los márgenes previstos, por más que “la razonabilidad o el sentido común indique que las penas resultantes sean demasiado exiguas” desde que la Administración debe sujetarse a su propia auto limitación. Fuera de ello, el criterio de tomar como base, en casos por despidos considerados actos de represión sindical, el total de los trabajadores de la empresa por entenderse que todos ellos están involucrados por tratarse de la protección del derecho sindical, aparece como un exceso.

En fin, El art.9 del Decreto 93/68 es muy claro en cuanto la sanción debe determinarse (...), y el acto en causa, en cuanto no se ajustó a tal normativa excediéndose largamente de sus límites, debe ser anulado(...)”

Es difícil entender cuáles fueron las razones que llevaron al Tribunal, y sobre todo a los mismos ministros que se pronunciaron en la sentencia del 90', a cambiar su postura y a contradecirse tan abiertamente. El Tribunal dice que calcular sobre el total de trabajadores es un exceso, y se basa en la misma norma que uso anteriormente para decir exactamente lo contrario, no sólo no dijo que era un exceso sino que era el medio para garantizar el derecho de sindicalización.

La sentencia N° 593/94 dice: "Aún reconociendo que la Jurisprudencia no es unánime en tal sentido, se estima que en el caso, corresponde efectuar el cálculo en base a los trabajadores que resultaron despedidos por persecución sindical, exclusivamente. (...) procede aplicar sanción a la actora, pero la misma resulta ilegítima por excesiva, conforme a las precisiones realizadas". Se mantiene el criterio de la sentencia anterior.

La sentencia N° 700/94 mantiene la línea jurisprudencial iniciada por la sent. 1177/92: "No obstante habiéndose configurado la infracción de violación de los fueros sindicales, el Tribunal anulará, porque el criterio seguido por la Administración para la dosificación de la multa, no es el correcto de acuerdo a Jurisprudencia constante del Tribunal (Conf. Sent. 117/92).

El art.9 del decreto No.93/68 establece claramente los límites de la potestad sancionatoria de la Administración, (...) Aunque la sanción en sí no puede ser considerada desproporcionada o irrazonable, la Administración debe sujetarse en la dosificación de la misma, a su propia auto limitación. El criterio a tomar como base de jornales del empresa, como lo hace la Administración no corresponde, siendo trasladables los fundamentos de la sentencia 1177/92, referenciada."

Para sorpresa de todos, cuando parecía que el TCA se había afiliado definitivamente a una postura respecto de la base de cálculo, tesis que mantuvo por tres sentencias consecutivas; el Tribunal vuelve a cambiar su interpretación respecto del decreto 93/68, entendiendo ahora, y como lo hiciera en aquella sentencia del año 90', que la base de cálculo debe ser la totalidad de los trabajadores.

Sent. N° 729/01: "(...) si bien lo expuesto dirime por sí la litis, si hipotéticamente se estimara que existió infracción (supuesto que, como viene de señalarse, no admite el Tribunal), correspondería en cambio rechazar la causal de nulidad fincada en la ilegalidad del cálculo de la multa.

(...) Y si la infracción existiera (siempre en hipótesis), tratándose de menoscabo a la libertad sindical parece correcto sostener que "afecta" a todos los trabajadores, porque no hay duda que un ataque a la libertad sindical afecta o lesiona a todos los trabajadores.

(...) El art.412 de la ley 16.736...no es aplicable "in casu" por razones de orden temporal y vigencia; porque este art.412 lo que hizo fue elevar la pena máxima de multa (hasta 150 jornales), porque la solución ya mencionada de graduar la pena "per capita" no fue afectada. De modo que, aunque no se aplique el art.412 L.16.736, el cálculo de la multa efectuado sobre la totalidad de los trabajadores ocupados al tiempo de consumarse la presunta infracción, es totalmente correcto."

Es interesante destacar como el propio Tribunal afirma que el art.412 L.16.736 no consagra una nueva solución, sino que el criterio de calcular la multa "sobre el total de los trabajadores ocupados al tiempo de consumarse la infracción" ya se encontraba en el art.289 L.15.903, y que el 412 sólo eleva la pena máxima de la multa. Este es el razonamiento que sostuvo siempre la Administración, es decir que los trabajadores afectados son todos e incluso desde antes que el art.412 dijera: "la base de cálculo se determinará de acuerdo al número total de trabajadores de la infractora".

Esto es importante porque implica que el art.412 no viene a dar una nueva interpretación al 289, sino que la solución que propone esta sentencia ya existía, y no es relevante que se aplique o no el art.412, porque igual si aplicamos el 289 llegamos a la misma conclusión.

Finalmente, la sentencia N° 408/02 vuelve a significar un giro de 180°, ya que se retoma la tesis sostenida en las sentencias 1177/92, 593/94 y 700/94; que es la postura contraria a la sentencia citada anteriormente, 729/01.

En esta sentencia 408/02 se dispone: "Mientras que el art.412 de la ley N° 16.736, que sustituyó y amplió el art.289 citado, estableciendo en forma expresa que en caso de infracción a las disposiciones de los Convenios Internacionales "...la base de cálculo se determinará de acuerdo al número total de trabajadores de la infractora", recién en vigor a partir del 1°/ene/96."

Es bastante difícil comprender cómo es que en esta sentencia se entiende que: como no se aplica el art. 412 entonces no se debe calcular sobre la totalidad de los trabajadores; como si fuera ese artículo el que en forma innovadora estableciera ese criterio, cuando este mismo Tribunal (con tan solo un miembro diferente en su integración) en la sentencia de un año antes dijo que "este art.412 lo que hizo fue elevar la pena máxima de multa (hasta 150 jornales), porque la solución ya mencionada de graduar la pena "per capita" no fue afectada"; es decir que esa solución ya se encontraba en el art.289 L.15.903.

La sentencia continúa: "El Tribunal admite que la cuestión es discutible (...) Pero en su actual integración, el Tribunal comparte, reitera y da por reproducidos los fundamentos de casos análogos (véanse Sents. N° 463/89 y N° 1177/92), en el sentido de que el nuevo texto dado al art.289 de la ley N° 15.903, no puede ser aplicado a infracciones anteriores a la fecha de su vigencia(...) En el caso concreto, y de acuerdo a lo ya expuesto en los Considerandos II y IV, la infracción comprendió o afectó a un total de 7 (siete) trabajadores, siendo esa la base de cálculo que debió tenerse en cuenta, y no la del número total de los mismos."

En resumen, la posición del TCA frente al cálculo para la aplicación de las multas por actos antisindicales no ha sido uniforme, incluso cuando la integración del Tribunal difiere solamente en uno o dos miembros; lo cual abre la puerta a la incertidumbre e inseguridad jurídica.

VI. CONCLUSIÓN

Los convenios internacionales en materia de sindicatos protegen el derecho de sindicación y mandan a las legislaciones nacionales la implementación de medidas para tal fin.

En Uruguay la protección se efectivizó mediante la L.15.903 que establece una multa de 1 a 50 jornales para lo actos de represión sindical. La base cálculo de esos jornales según la ley y su decreto reglamentario 93/68 es la de computar de 1 a 50 jornales de cada trabajador comprendido en la misma (medida antisindical), o que pueda ser afectado por ella.

El trabajador comprendido en la infracción a los convenios 87 y 98, o dicho de otro modo, el alcanzado por el acto de represión sindical es fácilmente determinable y no presenta mayores complicaciones. El punto de quiebre se da respecto de aquel trabajador que puede verse afectado por una medida antisindical.

Las dos posturas son: afecta exclusivamente a los alcanzados directamente por la medida, en esta hipótesis "trabajador comprendido" o "trabajador afectado" es exactamente lo mismo, tal como sostuvo el TCA en sent. N° 408/02: "En el caso concreto...la sanción comprendió o afectó..."

La tesis contraria entiende que todos los "trabajadores afectados" son todos aquellos que trabajan en la empresa al momento de consumarse la infracción, lo cual hace razonable la inclusión en el texto legal de la frase que dice: "o que pueda ser afectado por ella"; si se entendiera que el cálculo se limita a los trabajadores exclusivamente comprendidos por la infracción, tal frase final no tendría razón de ser.

Esta última es la postura que uniformemente adoptó la Administración para la aplicación de las multas, entendiendo que el bien jurídico tutelado, derecho de sindicación, es vulnerado cuando existen actos de represión sindical, y esto afecta a todos los trabajadores.

Personalmente me adhiero a esta tesis, ya que existe un interés colectivo de todos los trabajadores de que su empleador no cometa actos antisindicales, porque además si lo hace y ese acto no perjudica directamente a un trabajador A, ese trabajador A sabe que no va poder realizar actos que impliquen ejercicio del derecho de sindicación parecidos a los que le provocaron a alguno de sus compañeros por ej: un despido; o por lo menos se va sentir presionado a no realizar actos gremiales que anteriormente significaron represalias antisindicales por parte del empleador.

Existe a mi juicio un interés de categoría concreto, y este es que no se viole el derecho de sindicación de ningún trabajador por actos antisindicales del empleador, porque si esto sucede, se estará limitando para un futuro el libre ejercicio del derecho de sindicación. Incluso un despido antisindical aunque directamente solo afecte a un empleado e indirectamente a todos; puede afectar también a todos en forma directa, ej: si se despide a un dirigente sindical importante para mantener la unidad del gremio.

Respecto a la modificación establecida por el art.412 L.16.736, es claro que no es a partir de este artículo que surge la posibilidad de aplicar el criterio de la totalidad de trabajadores de la empresa, ya que el propio TCA ha aplicado este criterio basándose en la redacción primitiva del art.289 L.15.903. La utilidad que entiendo tiene este artículo 412, es que viene a terminar con la discusión de quienes son los trabajadores afectados, sobre los cuáles se calculará la multa; consagrando el criterio de la Administración: el "número total de trabajadores de la infractora."

Sin embargo para el TCA este artículo no resolvió ningún problema ya que mantuvo una jurisprudencia oscilante de una tesitura a la otra, basándose incluso en las mismas normas para sustentar en una ocasión una postura en otra ocasión la contraria. Tal conducta entendible si tratándose de un problema en el cual no existe doctrina ni tampoco hay jurisprudencia uniforme se tratara de Tribunales de diversas integraciones, que sostienen criterios distintos; más no es lógico que los mismos ministros digan en una sentencia una cosa y en la siguiente la contraria. Esto provoca una enorme inseguridad jurídica.

Finalmente cabe destacar que la interpretación por la que opta la Administración, no solo es la correcta desde el punto de vista teórico sino también práctico. Como El propio TCA manifiesta aún cuando se pronuncia en contra de este criterio, no se trata de una sanción desproporcionada, sino por el contrario va acorde con el principio de razonabilidad; es decir que el propio Tribunal entiende que en el fondo lo más justo es una multa calculada sobre la totalidad de los trabajadores. Para no aplicarla fundamenta diciendo que la Administración no puede excederse de los límites que se auto limitó.

A este respecto creo que esa auto limitación, ni es auto, porque no la establece la propia Administración por el decreto 93/68 sino la L.15.903; ni es limitación, porque de la norma surge claramente que se debe

calcular sobre los trabajadores comprendidos por la medida antisindical, o que pudieran verse afectados por ella. Además surge a texto expreso de la L.16.736 art.412 que específicamente dice que la multa se calculará sobre el “número total de trabajadores de la infractora.”

BIBLIOGRAFÍA

Sentencias del TCA Nros. 626/90, 1177/92, 593/94, 700/94, 729/01, y 408/02.

Expedientes del TCA:

“OSAMI S.A. con ESTADO, MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Acción de nulidad” (No.301/97)

“RUTAS DEL SOL LTDA. Y OTRA c/ ESTADO, MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Acción de nulidad” (No.367/98)

LIBERTAD Y AUTORIDAD: EL BIEN COMÚN COMO FUNDAMENTO DE LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

ANA MARÍA TRÍAS LÓPEZ

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. LIBERTAD Y BIEN COMÚN: LA LEGITIMIDAD DE LA AUTORIDAD. III. FUNDAMENTO Y EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. BIBLIOGRAFÍA GENERAL

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es, en primer término, investigar la relación entre la libertad, la sociabilidad y la moralidad humana (tres notas entitativas del hombre), a efectos de fundamentar la legitimidad de la autoridad; y, en segundo lugar, analizar el vínculo entre el bien común y los derechos humanos, a fin de establecer la obligatoriedad moral y jurídica (al menos en plano del derecho natural), de cumplirlos. Asimismo, se intentarán esbozar las consecuencias de este planteo en los planos político y jurídico, aunque el desarrollo de la presente monografía se ubica principalmente en el área de la filosofía del derecho.

Por la extensión de esta obra, no se abordará el tema del fundamento último de los derechos humanos, partiéndose de la existencia de la naturaleza humana y de la ley natural como presupuestos para el análisis. No se trata aquí de postular una fundamentación absoluta, sino de la búsqueda de una racionalidad ética que reafirme la obligatoriedad del respeto efectivo de ciertos derechos fundamentales para el hombre. Esta búsqueda se realizará desde una concepción personalista de la persona y de la sociedad, inspirada en el pensamiento aristotélico-tomista. Dicha concepción será explicada únicamente en aquellos aspectos pertinentes al tema que me ocupa, prescindiéndose de una justificación y exposición plenas.

Considero que es menester en el mundo actual, fundamentar la existencia de la autoridad y trazar sus límites, especialmente en lo referente al respeto de los derechos humanos. La relevancia del tema radica en la falta de consenso acerca del fundamento ético de estos derechos, y de la consiguiente obligatoriedad moral y jurídica de garantizarlos, tanto por medio de su no conculcación (vertiente negativa) como de su efectiva promoción (vertiente positiva). Es precisamente por ello que los acuerdos prácticos acerca de ciertos contenidos concretos de los derechos del hombre se logran con facilidad, pero no así su cumplimiento. Es más: las violaciones actuales al derecho a la vida en occidente han sido objeto de fuertes defensas ideológicas y morales, según las cuales el respeto del más fundamental de los derechos quedaría sujeto a una interpretación utilitarista.

Con frecuencia se entiende actualmente que el respeto a las demás personas y la contribución al bienestar de todos los miembros de la comunidad son pesadas cargas que limitan la libertad propia, entendida como valor último e ilimitado. En el mismo sentido, suele sostenerse que el reclamo del reconocimiento universal de los derechos humanos constituye un cercenamiento del bien y de la libertad de las comunidades a las que éstos les son "impuestos". Es el propósito de este trabajo mostrar que el bien común, y como parte del mismo, los derechos humanos, poseen una moralidad intrínseca: son éticamente buenos y por ende deseables para todos los miembros de la especie humana, imprescindibles para el perfeccionamiento de cada persona y parte importante de su bien particular.

II. LIBERTAD Y BIEN COMÚN: LA LEGITIMIDAD DE LA AUTORIDAD

Según la corriente personalista, la personalidad es un todo, pero no un todo cerrado sino abierto, pues tiende, por naturaleza, a la vida social. Decía HEIDEGGER que el *dasein* (existir) es en el hombre un *mitsein* (coexistir). Una nota entitativa del hombre es su sociabilidad, de modo que no puede perfeccionarse como tal

sin ella. El carácter coexistencial de la persona humana radica en que se requiere de una comunidad que desarrolle una tarea colectiva tendiente a lograr tal perfeccionamiento. Esta obra mancomún se lleva adelante a través de la cooperación voluntaria o producto de la coerción, del conjunto de los miembros de la sociedad, la que se realiza por medio de la participación, entendida por WOJTYLA como *"aquello en que consiste la trascendencia de la persona en la acción, cuando actúa junto con otros"*¹.

Ser hombre es ser libre: por su condición de ser racional el hombre es radicalmente libre, pues conocer y no escoger es un absurdo insoportable. Pero, al mismo tiempo, cada hombre está orientado hacia los demás y necesita de su compañía, de modo que sólo usa correctamente su libertad cuando logra hacer concordar su voluntad con la de las otras personas y decidir en virtud de un verdadero bien. Entonces, es la armonía de la libertad con las exigencias de la naturaleza humana lo que hace que la voluntad sea propiamente humana. El hombre no es ilimitado, porque ninguna de sus potencias lo es. No puede serlo, por tanto, su libertad, la cual es instrumental al fin último del hombre: su perfección.

La persona se perfecciona en la acción moral que es libre, pues la voluntad se dirige libremente hacia el bien. Esto supone, por un lado, que un determinado objeto ha sido presentado por la inteligencia como bueno, y, por otro lado, que esa bondad del objeto no arrastra inevitablemente a la voluntad, la que posee el dominio del acto por el cual se identifica con el objeto querido. Ya afirmaba ARISTÓTELES que todos los seres se mueven hacia un fin: su perfección, pero sólo los seres racionales se dirigen activamente hacia él, conduciéndose a sí mismos, sin ser atraídos inmediatamente por sus virtudes. La realización del bien moral sólo es posible mediante el ejercicio de la libertad, que adquiere así su sentido y ve asignada su tarea primordial.

La voluntad tiende naturalmente al bien, que es su fin. Pero esta tensión hacia el bien no determina el contenido de la elección, pues dado que la voluntad es libre, puede desnaturalizarse y apartarse de su fin. En esto consiste el libre albedrío, en poder optar entre el bien y el mal. Pero ello no significa que esa opción sea indiferente, pues como enseña TOMAS DE AQUINO, *"la voluntad se relaciona con el bien y con el mal; pero con el bien apeteciéndolo, y con el mal, huyendo de él"*². Esto constituye el primer principio de la razón práctica: la *sindéresis*, que indica que el bien debe hacerse y el mal debe evitarse.

La existencia de tal principio debe ser complementada con la captación por parte de la razón de un bien real y no aparente, pues la voluntad sólo puede encaminarse hacia lo que la inteligencia conoce. Que la razón capte algo como un bien significa que lo aprehende como algo: 1- que debe ser realizado, puesto en la existencia, 2- perfectivo de la naturaleza humana, 3- alcanzable únicamente mediante un acto libre. Sólo somos libres cuando el estímulo y la respuesta interponemos un juicio de valor correcto; sólo en la verdad puede basarse la verdadera libertad.

Esta relación entre libertad, verdad y moralidad permanece intacta en la acción conjunta. Para el personalismo, la acción constituye un momento de manifestación personal que se realiza en las relaciones interpersonales y sociales, de tal forma que la correlación dinámica entre persona y acción no se pierde por actuar junto con otros. El valor personalista de la acción es la autorrealización de la persona en la ejecución de la acción, por lo que se distingue del valor moral de la misma, en cuanto es anterior a él y lo condiciona. El valor personalista de la acción tiene como consecuencia la libertad de acción, lo que no impide la introducción, por parte del orden moral, de normas y valores en la consideración de las acciones humanas.

Las limitaciones éticas que derivan de la vida comunitaria y del respeto a los demás individuos no se oponen al valor personalista, pues sólo en el bien moral se realiza la persona, en tanto que el mal implica siempre una no-realización. El "bien moral" al que se alude aquí es el respeto de las exigencias emanadas de la dignidad de todo ser humano, que están ancladas en su naturaleza y cuya violación implica una lesión al estatuto óntico.

De lo expuesto se deducen dos importantes consecuencias sociales: 1- el bien común no limita sino que potencia la libertad de acción y el desarrollo humano; y 2- el hombre tiene derecho a actuar libremente, pero no tiene derecho a obrar mal (contra la dignidad humana). Se sigue que la acción conjunta tiene un triple valor: 1- el valor personalista; 2- el valor moral; y 3- el de la realización y los resultados de la acción común.

La participación tiene indirectamente un significado normativista: no sólo nos dice cómo se comporta la persona que actúa junto a otros, sino que también nos indica ciertas obligaciones que derivan del principio de participación, porque todo ser humano tiene el derecho natural de ejecutar acciones y autorrealizarse en ellas. La acción social libre es natural, de modo que la participación es un derecho natural de cada sujeto, ajustado a las exigencias de su naturaleza y a la de los demás, idénticas a la suya.

Desde este punto de vista, el bien común será aquel conjunto de condiciones que permite a todas las personas integrantes de una sociedad, realizar acciones y autorrealizarse en ellas. Debido a la participación

¹ WOJTYLA, "Persona y Acción", p. 314.

² TOMAS DE AQUINO, "Suma Teológica", I y II, 98, a 1, ad 1.

llegan a fundirse la persona y la comunidad; contrariamente a lo propuesto por el individualismo y el colectivismo, no se oponen ni se excluyen mutuamente.

El pensamiento tomista concibe al universo creado como un todo compuesto de partes, en el que existe una "unidad de orden", que implica dos cosas: 1- que las partes son distintas entre sí; y 2- que, sin embargo, están relacionadas las unas con las otras (existe una especie de adaptación de las cosas entre sí). En este marco, podemos denominar "bien propio" al de cada parte aisladamente, y "bien común" al del universo como conjunto de entes. Las personas, por ser seres espirituales y dignos, tienen una especial tendencia al bien común, de la que se deduce: 1- la necesidad de que el bien común político sea esencialmente humano; y 2- la obligación de expandirlo sobre los demás.

La "unidad de orden" del universo, importa también la existencia de un orden interno de cada una de las partes (seres humanos) y de los conjuntos formados por sus recíprocas relaciones (comunidades). El ser humano es un todo unitario, en el que no existen contradicciones, enmarcado dentro de otro todo, el todo social, que no tiene existencia propia, sino que tiene un carácter intrínsecamente humano. En la persona, todas las potencias están orientadas a su perfeccionamiento; y en la sociedad, todos los medios materiales e inmateriales deben dirigirse al bien común.

En el entendido de que el criterio de diferenciación del bien común y el particular no es cuantitativo sino cualitativo, pasará a enunciar los principales elementos distintivos:

En primer lugar, el primero es universal y el segundo es individualizado, pues cada persona tiene su propio bien. aue consiste en relacionarse con el bien común según su propia y peculiar vocación, mientras que el bien común es el mismo para todos los seres humanos. En segundo término, el bien común es comunicable, mientras que el bien propio no lo es: nadie puede transferir su bien particular a otra persona, porque cada uno ha de hacer lo que puede y debe. Por otro lado, como el bien común es universal, puede ser comunicado, en la medida en que puede extenderse sobre los demás y su prosecución es conjunta. Por último, el bien común es el bien del orden entero, en tanto que el bien propio sólo es el bien de cada parte, pero en cuanto está ordenada al bien común.

Según TOMAS DE AQUINO, esta ordenación se da por coordinación, subordinación y finalización. Dice el Aquinate que el bien común es superior al bien personal si son del mismo género, y el bien particular puede primar sobre el bien común según el género: Esto significa que la aplicación de la máxima aristotélica de que el bien del todo es "más divino" que el bien de las partes tiene como excepción aquellos ámbitos más espirituales, en los que las conductas individuales reclaman un mayor espacio, como por ejemplo la libertad religiosa, de conciencia, de pensamiento, etc.

El bien personal ha de estar referido al bien común, pues la sociedad es el medio para que la persona alcance su perfección. El bien universal es más intenso, de modo que es más noble querer hacer bien a toda la comunidad que sólo a sí mismo. Por ello, la rectitud moral del amor a un bien personal depende de su ordenación al bien común.

Para profundizar en la conceptualización del bien común, es necesario aclarar el significado del término "bien". Siguiendo a MASSIN CORREAS, para ello es menester partir de la afirmación de que existe una naturaleza humana común en la que se enraízan ciertas tendencias. De hecho, en la vida social se percibe que los hombres tienden a obtener determinados objetos o a realizar ciertas conductas. Tales inclinaciones pueden ser meramente ocasionales, o patológicas, o de carácter inexcusable y omnipresente. Estas últimas son propias de todos los hombres, de donde se sigue que corresponden a su modo constitutivo de ser, y son, en ese sentido, naturales.

Los objetos (materiales e inmateriales) hacia los cuales se dirigen esas tendencias naturales son bienes, en la medida en que son idóneos para colmar las exigencias propias de la naturaleza humana, sin cuya satisfacción el hombre no podría perfeccionarse como tal. Dice KALINOWSKY que las inclinaciones "comportan una carga axiológica y normativa al intelecto práctico"³, de forma y modo que los objetos de las inclinaciones humanas son buenos en la medida en que, colmándolas, contribuyen a la planificación del modo humano de existir.

Es prácticamente impensable la obtención de un bien humano fuera de una comunidad de personas, pues se requiere para ella de la actividad conjunta (prestaciones) de otros hombres. Así, los bienes humanos primordiales sólo existen como parte constitutiva del bien común. Sólo puede existir un conflicto moral real entre un bien personal y el bien común, en una sociedad carente de orden, donde uno de ambos tipos de bien no es correctamente concebido. Si se cumplen los mandamientos de la Ley Natural, "cuando una voluntad quiere y sirve ante todo el bien común, la oposición con el bien particular tiende a desaparecer"⁴, como reseña WOJTYLA.

³ KALINOWSKY en MASSINI CORREAS, "Filosofía del Derecho: el Derecho y los Derechos Humanos", p. 140.

⁴ WOJTYLA, Qp. Cit., p. 305.

Como expresa MARTINEZ BARRERA: *“La diferencia específica entre el bien común y los bienes particulares no es de orden cuantitativo. (...) el bien común no es tal por su carácter de “comunal” o “comunitario”, sino ante todo por su carácter de bien”*⁵. Esto significa que el bien común no es la suma de los bienes individuales, ni tampoco el conjunto de bienes que comparten objetivamente todos los integrantes de una comunidad, ni un agregado al bien individual que debe asumirse como carga por un imperativo moral. El bien común es tal por su carácter intrínseco de bien humano, que se obtiene únicamente por medio de la actividad conjunta, y que permite a los individuos desarrollar una coexistencia más humana.

Para SANTO TOMAS, lo “común” puede entenderse de dos maneras: como comunidad real, cuando algo es efectivamente de varios, o como comunidad de razón, cuando algo se dice de varios. En la comunidad real lo que se comparte es inmaterial e indivisible, de tal modo que es por naturaleza de todos y de cada uno, no pudiendo ser repartido. En la comunidad de razón, lo que es común se contrae por la adición de algo propio, resultando claro que algo común en este sentido *“no es noble, es imperfecto...”*⁶, en las propias palabras del Aquinate. Evidentemente, el bien común constituye una comunidad real, y jamás una comunidad de razón.

El personalismo concibe al ser humano como unidad social, frente a la cual se presenta la noción de bien común como fin del todo social. El bien común es común por beneficiarse de él las personas, cada una de las cuales es como un espejo del todo. Entre los animales puede existir un bien público (por ejemplo la buena marcha de la colmena), pero no un bien común, es decir, recibido y comunicado. La comunidad tiene un carácter eminentemente práctico, pues consiste en las interacciones humanas dirigidas a la prosecución de un fin común, de un cierto bien, denominado por ello “bien común”.

La sociedad no es una “sustancia”: ni existe por sí misma ni actúa por sí misma. Una acción colectiva puede estar organizada como un todo, pero solamente en relación con la unidad de efecto, ya que las acciones como tales provienen de las sustancias individuales que están coordinadas. Se puede hablar de una “cuasisubjetividad” constituida por todas las personas de cuyas actuaciones depende el resultado de la acción común; y ésta es la razón por la cual la cooperación es la base de la sociedad.

El hombre es un ser social, de modo que la vida social no es algo externo a él, los demás no son un simple agregado, como sostenía SARTRE en su célebre frase *“el infierno son los otros”*. El ser humano no puede desarrollarse y realizar su vocación, su proyecto vital, si no es en relación con otros. El hombre pertenece naturalmente a diversas comunidades en las que ejerce su libertad responsable. Por ende, un orden social justo es una ayuda insustituible para la realización libre de la personalidad humana, y un orden social injusto es una amenaza que puede comprometer su destino. La solidaridad y el compromiso de la acción libre y responsable son derechos y deberes de todos los miembros de una comunidad.

La sociedad no es un simple agregado de individuos basado en la libertad, ni tampoco un colectivo social en el que se diluye la libertad y la singularidad de cada uno. La sociedad responde, simultáneamente a la libertad y a la sociabilidad del ser humano, porque es un reflejo del hombre y de su esencia. La sociedad no surge de pactos sociales consensuados, sino que surge por una necesidad natural del hombre, su sociabilidad, sobre la que actúa la libertad responsable. Asimismo, si bien resulta de las personas que la forman, no se confunde con la materialidad de sus integrantes ni conforma un ente con existencia propia: se basa en un conjunto de lazos interpersonales y grupales que otorgan cohesión a sus miembros y dotan al conjunto de un cierto orden en vistas de un fin común.

Los nexos unitivos y el orden social dan lugar a un “todo” resultante de la organización de diversas “partes”. Pero a diferencia de los organismos biológicos los miembros de una sociedad no están totalmente subordinados a ella, sino que cada uno permanece libre y con un fin propio (su proyecto vital), indisolublemente vinculado al bien común. La sociedad es para las personas, y no las personas para la sociedad. Ello no obsta a que el hombre, en cierto modo, se ordene a la sociedad como la parte al todo. Pero dicha ordenación no es total: la persona no se subordina a la sociedad según todo su ser y todos sus bienes, sino únicamente en lo que respecta a la prosecución del bien común. El ser humano debe contribuir al bien de la comunidad, pero la trasciende.

En síntesis: hombre necesita de la sociedad, y más concretamente del bien común, para perfeccionarse; por ende, la sociedad es el medio del hombre para obtener su bien mediato (perfeccionamiento), a través de un bien inmediato (bien común). Se sigue de esto una importante conclusión: *el bien común es el fin de la sociedad y el fundamento de la autoridad*

⁵ MARTINEZ BARRERA, “Reconsideraciones acerca del pensamiento político de Santo Tomás de Aquino”, p. 385.

⁶ TOMAS DE AQUINO en MARTINEZ BARRERA, Op. Cit., p. 385.

Santo TOMAS DE AQUINO, sigue a ARISTÓTELES en cuanto considera que no todo agrupamiento de hombres en un territorio común y con miras a la supervivencia es una “sociedad”, sino sólo aquel en el cual los hombres están unidos en vistas a un bien común en función del cual se organizan. Como postulaba el Estagirita, “*la ciudad no es un comunidad de territorio para no perjudicarse a sí mismos y por el intercambio. Esto tiene que existir, (...) pero no porque se dé todo ello hay una ciudad, sino que es la comunidad para el bien vivir*”. Si analizamos las causas (análisis metafísico) de la sociedad civil o política, encontramos que la primera de todas las causas por orden de importancia es la final, (la que motiva), consistente en el amor al bien común.

Una vez que queda constituida, la sociedad posee una unidad de orden que consiste principalmente en dos cosas: 1- una interdependencia de todos sus miembros; y 2- una subordinación de rangos que depende de la autoridad. La autoridad es absolutamente necesaria para promover el bien común mediante la coordinación de las actividades de cada uno y no porque “*el hombre es malo por naturaleza*” y necesita “*ser domado*”, como dirían MAQUIAVELO o HOBBS.

La autoridad es naturalmente funcional al hombre, en cuanto instrumento para obtener el bien común, imprescindible para el perfeccionamiento humano. De ahí que los derechos humanos, por ser pertenecientes al hombre, para el cual existe la sociedad, y ser parte importante del bien común, sean anteriores lógicamente, cronológica y teológicamente a la autoridad, y constituyan su límite infranqueable.

Toda autoridad debe ejercerse de acuerdo con la Ley Natural (único reflejo de la Ley Divina cognoscible por el hombre). De este modo, si el gobernante actúa en contra del bien común, puede y debe ser resistido. El bien común actúa así como única fuente de legitimación por el ejercicio.

El problema consiste en saber cuándo y cómo resistir. Respecto del “cuándo”, TOMÁS DE AQUINO considera que sólo deben ser resistidas aquellas autoridades y leyes manifiestamente injustas, pues las pequeñas injusticias lesionan menos el bien común que los trastornos sociales. Y acerca del “cómo”, postula que la fuerza física debe reservarse para situaciones extremas, debiéndose, en los casos restantes, resistir pasivamente, esto es, no cumplir las leyes injustas o provenientes de la autoridad ilegítima.

III. FUNDAMENTO Y EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Históricamente, los derechos humanos se han planteado como las vías de protección jurídica de los bienes humanos básicos. Son los derechos naturales de las personas en cuanto garantizados por el orden pacífico de convivencia política. Y ello porque la sociedad, fundada en virtud de la ley natural, exige la instauración de un orden jurídico respetuoso del modo de ser del hombre. Así, afirma BLDART CAMPOS, que “*El sustantivo “derechos” expresa la idea de que los derechos humanos están a caballo entre las exigencias éticas y los derechos positivos*”⁷.

Si, como se dijo, existen bienes sin los cuales, el hombre (todo hombre) no puede perfeccionarse en cuanto tal, fin al que está ontológicamente orientado, esos bienes son suyos, le son debidos en función de su dignidad. Las exigencias de la naturaleza humana requieren, para su satisfacción, de las prestaciones de otros hombres para la obtención del bien común. Estas prestaciones pueden ser negativas (no-conculcación de un bien) o positivas (cooperación para la obtención de un bien o del acceso al mismo). Pero, ¿por qué razón y mediante qué vías son exigibles esas prestaciones?

Las prestaciones de los demás sujetos son exigibles porque son justas. La justicia, es, según ARISTÓTELES la virtud de dar a cada uno lo suyo. Dado que los bienes exigidos por la naturaleza humana son de cada hombre por ser tal, le son debidos en sentido estricto. Por ende, realizar las prestaciones tendientes a respetar ese bien suyo es justo, y su no realización es siempre injusta.

La exigibilidad en virtud de la deuda hace que esas prestaciones, así como los bienes en sí mismos, sean objeto de derechos de cada ser humano en virtud de su dignidad que posee por ser hombre: derechos humanos. Parte de las prestaciones requeridas es el reconocimiento expreso y eficaz de esos derechos en su doble vertiente por la comunidad concreta a que cada persona pertenece. La otra parte es el cumplimiento efectivo de los derechos por todos y cada uno de los particulares (*Drittwirkung der Grundrechte*). De ahí la abigüedad del sujeto pasivo de los derechos humanos.

Ahora bien: si los derechos son objeto de la justicia, y la justicia es una virtud, los derechos deben conformar algún bien. Como toda virtud persigue un bien, y la justicia es una virtud práctica, y más específicamente la virtud *ad alterum*, el bien que persigue debe ser el bien común político. Fue TOMAS DE AQUINO el

⁷ ARISTÓTELES, “La Política”, III, 1281 a.

⁸ BLDART CAMPOS, “Teoría General de los Derechos Humanos”, p. 180.

primeo en poner de relieve la relación entre justicia legal y bien común, sosteniendo que la ley es una ordenación racional de las conductas humanas al bien común.

TOMAS DE AQUINO pone de manifiesto el nexo entre justicia legal y bien común, y postula la existencia de dos niveles de consideración de la ley. En el primer nivel, la justicia legal es la virtud de aquel que quiere y realiza buenas acciones relativas a una forma de gobierno determinada. En el segundo nivel, la justicia legal es la virtud de quien desea y hace cosas buenas no en orden al bien de una constitución sino al bien verdadero, el cual puede no coincidir con el del régimen porque no todos los regímenes se rigen por lo justo natural.

El hecho de situar el bien común como objeto de la justicia legal nos permite avanzar un poco más en su definición, pues si es objeto de una virtud propia de la voluntad (la justicia), entonces tiene carácter práctico. El bien común constituye un problema moral, pues refiere al comportamiento humano en relación con un fin. La ética y la política están estrechamente vinculadas, siendo imposible sostener, como lo hace el esquema liberal, que la primera corresponde sólo al ámbito privado y la segunda únicamente a la esfera pública.

El bien perseguido en cada acción personal se convierte en un acto de justicia en la medida en que esas acciones devienen cooperaciones. Entonces el derecho, entendido como lo justo político, como bien de orden, es el bien común básico, y el cumplimiento de la ley nos ordena a este bien. El bien común es éticamente bueno, pues es el producto de la acción humana conjunta de todas las personas que se han unido para integrar un pueblo mediante relaciones de justicia.

FINNIS define los tres posibles significados del bien común, que puede ser: 1- el conjunto de bienes humanos básicos que la sociedad debe procurar; 2- cada uno de esos bienes en cuanto participable por cada miembro de la comunidad; 3- el conjunto de condiciones que posibilitan el alcance de esos bienes por cada persona concreta, es decir, los derechos humanos. Se sigue de lo expuesto que el bien común tiene una moralidad intrínseca, en cuanto conjunto de bienes, o bien participable, o condiciones de acceso a bienes, que constituyen el objeto de una inclinación natural, perfeccionando al hombre al satisfacerlas.

Así, afirma MARTINEZ BARRERA que: *“el bien común, como objeto y fin de la política en tanto ciencia práctica, consiste en la disposición armónica de todos los bienes humanos perfectivos y de los actos por los que esos bienes son perseguidos, dentro de un orden comunitario perfecto y según los requerimientos inmediatos de la justicia legal y mediatos de la justicia particular”*⁹.

Se sigue de lo expuesto que el bien común constituye un criterio para el desarrollo jurídico de una sociedad, y es la razón del establecimiento de una nueva regla de derecho, pues éstas son respuestas a las exigencias reales de mejora de la sociedad. La justicia propiamente dicha consiste en dar a cada uno lo suyo en función del bien común. Este es el fundamento tanto de la ley como del derecho.

Tener un derecho comporta el deber correlativo de los demás de respetarlo, es decir, implica crear una exigencia sobre los demás sujetos. Pero no sería posible imponer una obligación a otro en función de un interés propio, al margen del bien común, o sea de un bien que sea también del otro. La imposición del respeto a un bien totalmente ajeno no puede constituir sino una forma de instrumentalización o de coacción que atenta contra la dignidad de la persona.

Lo que obliga a los individuos respecto de un derecho de otro, es que dicho derecho constituye una materialización del bien común, que es también un bien para ellos, pues, como se vio, posee una moralidad intrínseca. La atribución de un derecho a un sujeto implica hacer al bien común realmente común, en la medida en que ese bien participable se vuelve efectivamente participado. Así, cada derecho concreto es lo que a cada uno le corresponde del bien común (lo suyo en sentido estricto), lo que no implica que éste sea fraccionable, pues el ejercicio del derecho requiere siempre de la prestación de los demás.

Poseer algo como derecho, además de implicar correlativamente el deber de respetarlo, implica que los demás sujetos no pueden disponer libremente del bien tutelado por ese derecho. Esta excepción al principio de libre disposición de los bienes materiales e inmateriales, por los miembros de una comunidad, esa extracción de algo que formaba parte de lo “común” para adjudicarlo como “propio” a un sujeto, altera el principio de libertad de acción y disposición en sentido amplio, y sólo puede ser justificada por el bien común. Por ende, cada derecho es “lo suyo” a dar a cada uno en la fórmula aristotélica.

Así, el derecho de cada uno vendría a pertenecer a su bien propio, que como se explicó: 1- no puede contradecirse realmente con el bien común, sino que se ajusta a él, pues, por una parte, requiere de él para ser alcanzado, y por otra parte, ambos son bienes para el hombre (todo unitario); y 2- debe orientarse al bien común. Cada derecho, entonces, nace ajustado a los demás derechos y a los bienes públicos, es individual y social a la vez.

Considerando que los derechos humanos son medios técnico-jurídicos para la protección de los bienes humanos básicos, éstos considerados teleológicamente en relación al hombre, constituyen la base para la

⁹ MARTINEZ BARRERA, Op. Cit., p. 311.

determinación del contenido de los derechos. Para el personalismo ético los derechos son la traducción jurídica de las exigencias de la naturaleza humana.

Aunque pueda afirmarse que algunos bienes son más importantes que otros, eso no significa que haya derechos más importantes que otros, pues éstos, una vez configurado su contenido en torno al bien objeto de la protección, son absolutos en el sentido de que no pueden ser violados. Si un bien tiene mayor relevancia, el contenido del derecho será más abarcativo, o habrá otros derechos que tutelen bienes relacionados con él, o la sanción por su violación será mayor, pero el derecho como tal, no será superior a otros.

Tal como afirman SERNA y TOLLER, la vida es el bien jurídico supremo, en tanto condición imprescindible para que el hombre pueda gozar de todos los demás, ejercer los restantes derechos. Asimismo, su violación reviste una particular gravedad objetiva por su carácter de irreparable.

En nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la vida ocupa un lugar privilegiado, ya que el primer artículo de la parte dogmática de la Constitución (Sección II, Arts. 7 al 72, denominada "Derechos, Deberes y Garantías") la enumera en primer lugar. Art 70: *"Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general."*

La expresión *"en el goce"* es iusnaturalista, pues supone que el ejercicio de estos derechos es previo a la norma positiva, que surge cuando los individuos ya gozan de ellos, a efectos de garantizar tal situación. Por otra parte, puede sostenerse que la locución *"interés general"* debe ser interpretada como sinónimo de "bien común", y no como "el interés de la mayoría", lo que constituiría una justificación utilitarista de la regulación de los derechos fundamentales, incompatible con la filiación iusnaturalista de la Carta. Ésta se pone de manifiesto en el artículo 72, que establece: *"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."*

La tradición del artículo séptimo comienza en 1830, con la sanción del primer texto constitucional del país, y ha transitado hasta nuestros días con un solo agregado efectuado en la reforma constitucional de 1934. En esta instancia se incluyó la palabra *"trabajo"*, ausente en los textos de 1830 y 1918. La incorporación del término en tercer lugar, luego de la *"vida"* y el *"honor"*, pero antes de la *"propiedad"*, significó dar preeminencia a la los dos primeros.

Más aún, relata PLÁ RODRIGUEZ, que en la Asamblea de 1934, durante la aprobación de ésta reforma del artículo séptimo, un constituyente sostuvo que había que reformarlo, porque la norma decía que las personas podían ser privadas de esos derechos por leyes sancionadas en virtud del interés general, lo que no se aplica a los derechos a la vida y al honor. Ante esto, el Dr. SECCO ILIA, que era el miembro informante de la Comisión de Constitución, invocó la circunstancia de que ese texto tenía más de un siglo de antigüedad, por lo que debía ser modificado en la menor medida posible, pero concordó en la idea de que la vida y el honor son derechos de los que nadie puede ser privado; estos derechos podrán, a lo sumo, ser regulados en su ejercicio.

Ésta fue siempre la concepción dominante en el Uruguay, que entró en crisis por primera vez en nuestros días. Asimismo, en nuestro Código Penal los delitos más rigurosamente penados son los que atentan contra la vida humana. Como afirmó JUAN PABLO II en su Discurso al Congreso sobre la Vida, del 16 de abril de 1989, *"El bien común, fin esencial de la sociedad organizada no podrá ser realizado si no es enérgicamente defendido y promovido el bien de cada persona singular: toda persona ha de ser respetada en sus derechos, a partir de derecho fundamental a la vida"*.

Los demás derechos humanos se corresponden también con el bien que protegen, y éste, a su vez, con una determinada exigencia —en cuanto inclinación— de la naturaleza humana. En tal sentido, podemos identificar tres grandes grupos de derechos que derivan de las dos potencias básicas del hombre: racionalidad y voluntad. No se considera tal la dignidad, puesto que ella no es objeto de un derecho sino fundamento de todos ellos.

La racionalidad sirve de fundamento a los derechos que permiten al hombre, tanto aumentar su capacidad racional (derechos relativos a la educación y a la religión) como el uso de la razón (derechos alusivos a la libertad de conciencia, pensamiento, expresión, etc). Por lo general, estos derechos son denominados individuales. Como el acto voluntario es libre, la voluntad humana se traduce en libertad moral o autonomía de la persona. Ésta exige el respeto a la responsabilidad humana en la ordenación al fin conocido y querido en una doble dimensión: material y política. En la primera categoría se encuentran los derechos a cubrir las necesidades materiales básicas (alimentación, asistencia médica, etc). Estos son los derechos económicos, sociales y culturales. En materia política, debe garantizársele a la persona la participación libre en aquellas

decisiones de su comunidad que le afecten directamente como miembro de ella. Generalmente, tales derechos son llamados políticos.

En virtud de que los derechos humanos tutelan esos bienes humanos básicos (materiales o inmateriales) en el marco de la sociedad política, deben aplicárseles las siguientes pautas hermenéuticas: 1- como un bien es siempre algo material y determinado, el contenido de los derechos es materialmente, pero no formalmente determinable. 2- En razón de que protegen bienes concretos, son derechos reales y concretos, y no ideales o abstractos. 3- Dado que el contenido de cada derecho es un bien para la persona humana, que es un todo unitario eminentemente social, no puede existir un conflicto real ni entre derechos particulares entre sí, ni entre éstos con bienes públicos, como enseñan SERNA y TOLLER.

Retomando la definición de FINNIS, el bien común político, es principalmente tres cosas: 1- el conjunto armónico de bienes humanos perfectivos que posee o procura una comunidad; 2- cada bien en cuanto participable por todos; 3- las condiciones que transforman a todo bien participable en efectivamente participado, es decir, el cumplimiento del derecho y especialmente de los derechos humanos, en su doble vertiente (positiva: promoción, y negativa: respeto) y por sus dos sujetos pasivos (Estado y particulares).

El bien común político comprende a los derechos humanos, pero no se identifica con ellos sino que los excede. Requiere de la aplicación efectiva de tres grandes principios:

1- principio de libertad: todos los bienes son disponibles, y todas las acciones son ejecutables por todos los miembros, salvo que hayan sido atribuidos como derecho en función del bien común; 2- principio de solidaridad: todos los integrantes de una comunidad tienen la obligación moral de determinarse firme y constantemente en la prosecución del bien común; 3- principio de justicia: para obtener el bien común, hay que dar a cada uno lo suyo (su derecho), sin discriminar a los hombres, iguales en dignidad por naturaleza.

El bien común es el fundamento: 1- de la sociedad, creada naturalmente para obtenerlo; 2- de la autoridad, instaurada para coordinar las acciones particulares hacia su prosecución; 3- del derecho, en cuanto objeto de la virtud de la justicia, que tiende al bien común. Por ser el fundamento de las tres cosas, es también su límite infranqueable.

Como los derechos humanos son parte constitutiva del bien común, y éste es el límite a la moral social, al poder político y al derecho positivo, los derechos humanos no pueden ser jamás violados o lesionados o amenazados por éstos, y son, en tal sentido, absolutos.

Toda comunidad debe ser un reflejo del hombre y respetar su modo de ser. Debe cumplir con su causa final. Por eso el bien común compromete universalmente, si bien bajo modalidades específicas, al Estado, a las comunidades intermedias, a cada sociedad y a la comunidad internacional. El bien común está siempre orientado hacia el desarrollo de las personas, pero requiere concreción, y ésta depende de la prudencia de cada uno y especialmente de quienes ejercen la autoridad. Corresponde a la autoridad decidir en función del bien común entre los diversos medios e intereses particulares, con la importante limitación de no poder privar jamás, ni directa ni indirectamente, a nadie de lo que necesita conforme a su dignidad para llevar una vida realmente humana.

La política aparece definida como la ciencia práctica (praxis significa comportamiento), que trata del bien común en la comunidad perfecta, y, más precisamente, de la búsqueda, instauración, conservación y mejora de ese bien común.

El bien común de la ciudad es la vida humana plena de la multitud de personas; su comunicación en el bien vivir. Es, pues, común al todo y a las partes, y exige el reconocimiento de dos cosas: 1- los derechos fundamentales de la persona; y 2- el valor supremo de la realización personal de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, la cual debe tener lugar por medio de las acciones ejecutadas y de las comunicaciones de bondad que de ellas derivan.

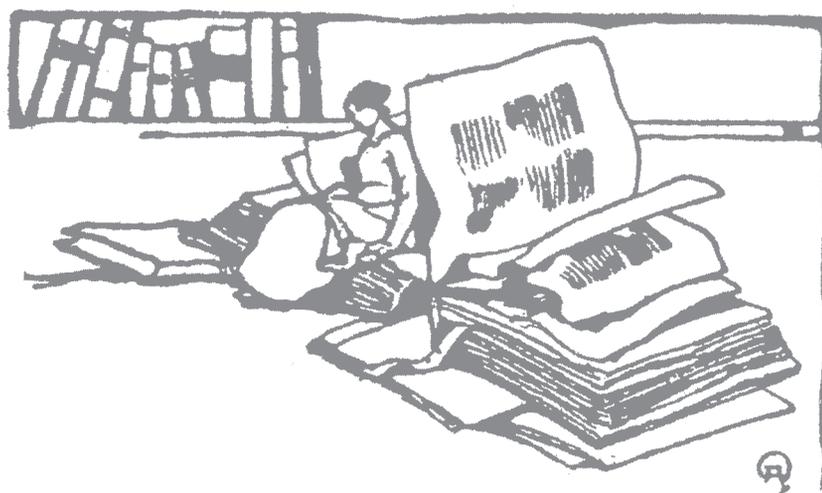
El bien común de sociedad política, no está conformado únicamente por el conjunto de bienes y servicios públicos o de interés nacional; no es solamente el conjunto de leyes justas, de buenas costumbres y de instituciones eficaces. Aunque comprende todos esos elementos, implica también algo más profundo, más concreto y más humano: la integración sociológica y psicológica de todos los tesoros espirituales comunicables. Algunos de ellos son la herencia cultural, los valores morales, las virtudes éticas, el sentido del derecho y de la libertad, la amistad, la felicidad, y la Fe; en cuanto todo esto pertenece al conjunto y las partes, ayudándose a perfeccionarse como personas y permitiéndoles la participación.

En resumen, tal y como lo define WOJTYLA: *"El bien común se convierte en el bien de la comunidad en la medida en que crea en sentido axiológico las condiciones para la existencia común aue se ve seçniida del actuar"*¹⁰.

¹⁰ WOJTYLA, Op. Cit., p. 329.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- 1) ARGADOÑA, ANTONIO, "Razones y formas de la solidaridad", ensayo en "Estudios sobre la Encíclica *Sollitudo Rei Socialis*", Unión Editorial/AEDOS, Madrid, 1990.
- 2) ARISTÓTELES, "La Política", Libro III.
- 3) ARREGUI, J. VICENTE y CHOZA, J., "Filosofía del Hombre", Ed. RIALP, Madrid, 1993.
- 4) AYLÓN, JOSÉ RAMÓN, "En torno al Hombre", Ed. RIALP, Madrid, 1997.
- 5) BIDART CAMPOS, GERMAN, "Teoría General de los Derechos Humanos", Ed. ASTREA, Bs. As., 1991.
- 6) CIANCIARDO, JUAN, "El conflictivismo de los derechos fundamentales", Ed. EIJNSA, Navarra, 2000.
- 7) CÓDIGO PENAL de la República Oriental del Uruguay, FCU, Montevideo, 1999.
- 8) CONSTITUCIÓN de la República Oriental del Uruguay de 1967 actualizada 1997, FCU, Montevideo, 1997.
- 9) CRUZ PRADOS, ALFREDO, "Ethos y Polis", ed. EUNSA, Navarra, 1999.
- 10) DE TORRE, JOSE, "Filosofía Cristiana", Ed. PALABRA S.A., Madrid, 1982.
- 11) DURAN LAGUNA, PALOMA, "Manual de derechos humanos", Ed. COMARES, Granada, 1993.
- 12) FRANCA TARRAGO, OMAR, "Vía para la fundamentación personalista de los derechos humanos básicos", artículo en "Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho", vol. 4, nº 8, Ed. FCU, Montevideo, 1991.
- 13) HERVADA, JAVIER, "Introducción al Derecho Natural", Ed. Universidad de Piuria, Piuria, 1999.
- 14) IBANEZ LANGLOIS, JOSÉ MIGUEL, "Doctrina social de la Iglesia", Ed. EUNSA, Pamplona, 1990.
- 15) LASANTA, PEDRO, "Los Derechos Humanos en Juan Pablo II", Ed. PALABRAS.A., Madrid, 1998.
- 16) "Libertatis Conscientia" en "El Mensaje social de la Iglesia", Ed. PALABRA, Madrid, 1991.
- 17) MARITAIN, JACQUES, "El Hombre y el Estado", Ed. Biblioteca Nueva, Bs. As., 1950.
- 18) MARITAIN, JACQUES, "La persona y el bien común", Ed. Desclée De Borwer, Bs. As., 1948.
- 19) MARITAIN, JACQUES, "Los derechos del hombre y la ley natural", Ed. Biblioteca Nueva, Bs. As., 1943.
- 20) MARTÍNEZ BARRERA, "Reconsideraciones acerca del pensamiento político de Santo Tomás de Aquino", Ed. De la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Cuyo, Mendoza, 1999.
- 21) MARTÍNEZ-PUGALTE, ANTONIO, "Posición Constitucional de los derechos fundamentales", artículo de "Anuario de Derecho" de Universidad AUSTRAL, nº 4, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As.
- 22) MASSINI CORREAS, CARLOS, "Filosofía del Derecho: el Derecho y los Derechos Humanos", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2001.
- 23) MELE, DOMENEC, "Cristiano en la sociedad", Ed. RIALP, Madrid, 1999.
- 24) MOREIRA RIEGAS, ROBERTO, "Doctrina social de los derechos humanos del hombre: su fundamento y protección", Ed. AMF, Montevideo, 1992.
- 25) PLÁ RODRÍGUEZ, AMRICO, "Responsabilidad del ser humano ante la vida", conferencia en "Jornadas Académicas sobre la Encíclica *Evangelium Vitae*. Juan Pablo II: sí a la vida", Ed. IMM/AMFE, Montevideo, 1995.
- 26) RUS RUFLINO, SALVADOR, "Los derechos humanos en la *Sollitudo Rei Socialis*", ensayo en "Estudios sobre la Encíclica *Sollitudo Rei Socialis*", Unión Editorial/AEDOS, Madrid, 1990.
- 27) SANTAMARIA GARAI, MIKEL, "Acción, Persona, Libertad: Max Scheler — Tomás de Aquino", Ed. EUNSA, Navarra, 2002.
- 28) SERNA, PEDRO y TOLLER, FERNANDO, "La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: Una alternativa a los conflictos de derechos", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000.
- 29) TOMÁS DE AQUINO "Suma Contra los Gentes", libro III.
- 30) TOMÁS DE AQUINO "Suma Teológica", Libros 1 y II.
- 31) WOJTYLA, KAROL, "Persona y Acción", Ed. Católica S.A., Madrid, 1977.
- 32) YEPES, RICARDO y JAVIER ARANGUREN, "Fundamentos de Antropología: Un ideal de la excelencia humana", Ed. EUNSA, Navarra, 1999.



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

- *Código Penal Anotado, tomo II.*
- *Proceso de constitucionalización de la Unión Europea*

CÓDIGO PENAL Y LEYES PENALES COMPLEMENTARIAS DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Tomo II. Volumen I.
De los Delitos en Particular

Comentado, sistematizado y anotado
por el Prof. Dr. Miguel Langón Cuñarro

Continúa apareciendo el Código Penal del Dr. Langón. Se trata ahora del Tomo II, Volumen I que inicia el tratamiento de la Parte Especial. Contiene los tipos penales previstos del artículo 132 al 252, o sea desde el Título I hasta el Título VIII, comprendiendo los delitos: contra la soberanía y el orden político interno del Estado, contra la Paz y la Administración públicas, contra la Administración de Justicia, contra la Seguridad, la Salud y la Fe públicas. Un segundo volumen de este Tomo II completará esta Parte Especial.

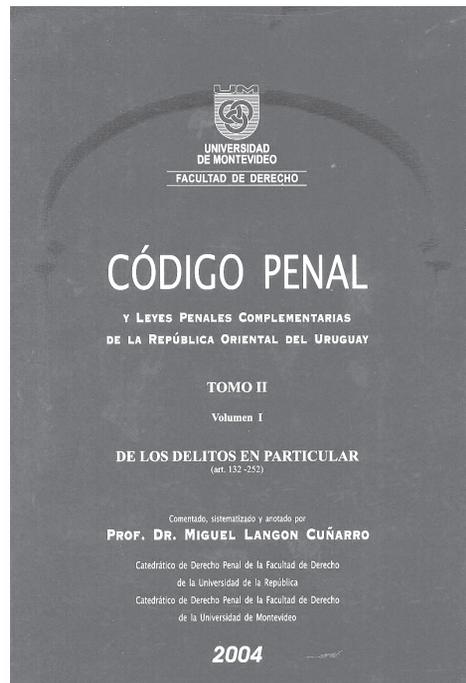
El Prof. Langón dedica esta obra a sus queridos ex-alumnos de los primeros cursos de Derecho Penal dictados en la Universidad de Montevideo en la carrera de abogacía, y que son la primera generación de graduados. Estos jóvenes profesionales, cuyos nombres aparecen uno a uno, deben sentirse orgullosos de haber merecido esta distinción.

Una serie de índices ubicados al final, lo hacen fácilmente manejable. Además del analítico y alfabético que ya aparecían en el primer tomo, completa el índice cronológico de las disposiciones extra-código con indicación de su ubicación sistemática en esta edición.

El autor comenta y anota artículo por artículo. A la rica explicación que suponen los comentarios, añade antecedentes y concordancias de cada disposición que explican su origen y los vaivenes a lo largo de la historia. Sus comentarios, de alguna manera son originalmente inéditos. En efecto, no ha visto aun la luz su Curso de Derecho Penal y Procesal Penal relativo a estos delitos, sin bien su autorizada opinión ya había sido recogida en más de un centenar de publicaciones dispersas.

Però el tratamiento de las normas no se agota aquí. La sistematización que de ellas realiza permite –por fin– tener en un cuerpo orgánico, toda la normativa penal, tan dispersa hasta ahora, que demuestra prácticamente que hay más delitos fuera que dentro del Código Penal. Además, la normativa extracódigo tampoco consiste en leyes orgánicas, sino que –en su mayor parte– obedecen a impulsos circunstanciales, espaciados en el tiempo.

Se trata de una verdadera sistematización de la normativa, siguiendo como criterio rector, el bien



jurídico tutelado. No es pues, como hasta ahora en otras ediciones, una colección de leyes especiales colocadas como anexo al texto del Código. Este trabajo por primera vez había sido ya realizado por el mismo Dr. Langón en su conocido, y tan manejable, Código Penal uruguayo de Ediciones Del Foro. Allí, sin embargo, la norma extra-código aparecía como una nota. Aquí tiene la jerarquía que le corresponde: aparece claramente destacada y es –a su vez– objeto de la correspondiente anotación.

Puede decirse que todo el Derecho Penal uruguayo –y no solamente el Código, como reza su título– está tratado en esta obra del Dr. Langón, con carácter exhaustivo. Esta trabajosa labor conciliadora permite tener un panorama general de nuestra legislación penal que no solamente contribuye a que no sea necesario acudir al vedado aforismo *error iuris nocet* –presunción absoluta necesaria, pero injusta cuando de delitos *mala quia prohibita* se trata– sino que deja en evidencia la necesaria reforma de nuestro Código de 1934, reclamada por el autor en su prólogo: “Algún día deberá retomarse, con energía y decisión, el camino del regreso a un derecho penal “nuclear”, que se ocupe sólo de aquellas conductas gravísimas, que atentan contra la convivencia comunitaria, de modo tal que no pueden ser tratadas de otro modo más eficaz y menos violento que éste, que debe actuar, de verdad, como *ultima ratio*”.

Creemos que, con esta obra del Dr. Langón, ese día ha llegado.

Pedro Montano

EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA De Roma a Niza

Celso Cancela Outeda

Editado por la Universidad de Compostela
en el año 2001

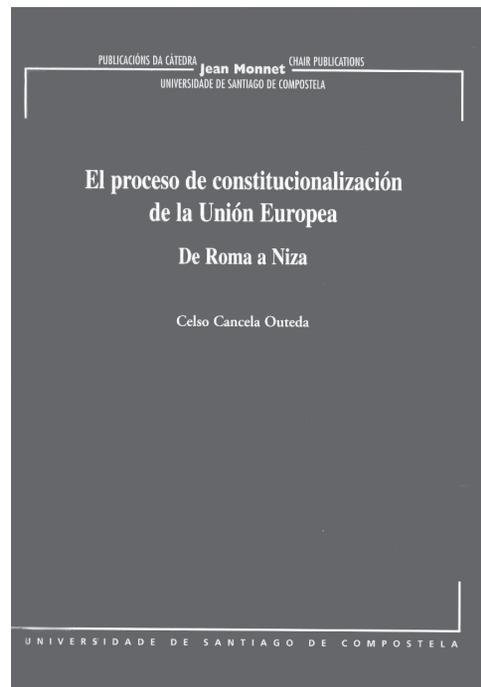
Cancela Outeda es un autor español, nacido en Pontevedra, es docente de la Universidad de Vigo en la especialidad de Ciencias Políticas y de la Administración, y en la Universidad Compostelana en el Módulo de Constitución Europea.

“O libro que ten vostede nas máns é unha notable aportación á literatura en español sobre estes problemas e constitúe lectura obrigada para quen queira poñer o reloxo en hora e entender o que está a pasar”. Palabras precisas para definir el trabajo del Prof. Cancela Outeda. Con esa frase finaliza el prólogo de la obra, a cargo de Prof. Antonio – Carlos Periera Menaut, titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Santiago de Compostela.

El proceso de integración europea se explica y comprende desde la perspectiva del federalismo, concebido como un proceso. Este es el planteo inicial de la obra.

¿Qué es la UNIÓN EUROPEA? A responder a esta pregunta se ocupa el autor en el primer capítulo de la obra. La Unión Europea puede ser definida en cuanto organización política, como una unión, cada vez más estrecha de estados democráticos soberanos (originariamente) que, en un proceso federal iniciado por medio de unos tratados internacionales, integran asimétricamente diversos campos de su soberanía, en tanto que otros campos permanecen menos integrados o sin integrar en absoluto. Esto implica que, en ciertos ámbitos, (agricultura, industria, comercio exterior, moneda, etc.) ya se ha pasado la frontera de lo internacional para convertirse en un verdadero poder político, lo cual hace viable su estudio constitucional.

¿Qué es una CONSTITUCIÓN? Es la pregunta que responde en el segundo capítulo. Pero el autor va más allá de la simple respuesta a la pregunta señalada. Aborda con claridad aspectos tales como las características de un posible modelo constitucional para una comunidad política compuesta. La importancia del tema trasciende los lí-



mites de la Unión Europea, plasmando enseñanzas válidas para todos los procesos de integración regional. En esta parte de la obra se profundiza sobre cuatro aspectos de singular importancia práctica, analizados con destacable solvencia teórica. Son ellos: El reparto de poderes o competencias, La estructura institucional común, El procedimiento de reforma constitucional y La aplicabilidad directa de la constitución. La amplitud del tema no le impide al autor, profundizar en aspectos teóricos tan importantes como los principios constitucionales relativos al reparto de poderes, ingresando al estudio de cada uno de ellos. El Principio de supremacía del Derecho Federal sobre el estatal, el Principio de preclusión o *“preemption”*, el Principio de lealtad federal, el Principio de subsidiariedad y el Principio de no –centralización.

En el Capítulo Tercero el autor ingresa al tema que titula **“En torno a una teoría constitucional para la unión europea”**. Expone allí, las principales respuestas doctrinales a la pregunta, ¿existió una Constitución europea? Completando el capítulo con la exposición sobre los requisitos de una teoría constitucional para el estudio de la Consti-

tución europea y, luego, la Fuentes de la Constitución de la Unión Europea.

La obra remata en el Capítulo Cuarto, el más extenso, sobre **los Principales elementos de constitucionalidad en la unión europea**. Con la claridad pedagógica de toda la obra, posiblemente, el capítulo más fermentario. Reflexiona Cancela que, paralelamente al proceso federal, se ha producido otro de progresiva CONSTITUCIONALIZACIÓN que ha supuesto el nacimiento de ciertos elementos constitucionales. Estos cobran sentido, sobre todo, en la esfera de la Unión Europea en la que comportan como un poder político (pilar comunitario)

Entre los Principales elementos de constitucionalidad, señala el autor, **El Poder EUROPEO: UN PODER SOMETIDO AL DERECHO**. La garantía de sumisión de las instituciones europeas al imperio del Derecho, en las dos vertientes: la vertiente formal: el respeto del Derecho originario y del derivado, y la vertiente material: los principios generales.

El siguiente de los referidos elementos, es el respeto de los derechos fundamentales. Bajo el título **EL CIUDADANO Y LA UNIÓN EUROPEA: PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES** se ingresa al estudio de temas fundamentales en el desarrollo equilibrado de la comunidad, tales como El Tribunal de justicia, a quien Cancela denomina "paladín de los derechos y libertades". Se estudia también la labor de otras instituciones y de los estados miembros, en relación con los derechos fundamentales, los derechos y libertades fundamentales tuteladas en la Unión Europea, Posición y ámbito de aplicación de los derechos y libertades y La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Como tercer elemento de constitucionalidad, señala el autor, el poder, o más precisamente, el elemento separación funcional del poder. En este punto se analiza las variantes jurídicas **ENTRE LA CONCENTRACIÓN Y LA DISPERSIÓN DE PODERES**. El autor estudia aquí el principio de equilibrio institucional, y se plantea la interrogante, si este principio es un sucedáneo de la clásica separación de poderes. Luego se analizan las competencias orgánicas, en materia de poder normativo de los dos órganos fundamentales. Las competencias del Consejo de la Unión, particularizando el estudio en las funciones del Consejo desde el punto de vista constitucional, y las competencias del Par-

lamento Europeo, sus funciones y participación en materia normativa.

Se estudia, por separado la función ejecutiva en el marco de competencias de la Comisión y del Consejo, y la función judicial, en referencia a las competencias del Tribunal de justicia. El estudio de este tema sobre la separación funcional del poder, concluye con una valoración de la separación de poderes en la Unión Europea.

El cuarto elemento de constitucionalización es la Vertiente democrática de la Constitución Europea. En opinión del autor, el elemento democrático que aspira a materializarse en la participación de Parlamento Europeo, todavía está desarrollado insuficientemente, planteándose la perspectiva de que se camine hacia un modelo con varias fuentes de legitimidad.

Señala aquí el autor el progresivo fortalecimiento del Parlamento Europeo, y el papel del Parlamento en la estructura político-institucional de la Unión Europea.

Someramente, se analizan las funciones jurídicas de la cámara: la función representativa, la función deliberante, la función legislativa, la función de control y la función presupuestaria. El punto culmina con el planteamiento si se camina hacia un nuevo modelo de participación democrática.

El quinto elemento de constitucionalización que estudia el autor es el **REPARTO TERRITORIAL DEL PODER: LA DIVISIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS**. Se expone cómo está planteado el reparto competencial entre la Unión Europea y sus estados miembros, y los tipos de competencias de la Unión Europea. Párrafo aparte, merece el estudio de los cuatro principios constitucionales relativos al reparto competencial: 1) el Principio de preclusión, el Principio de no-centralización, el Principio de subsidiariedad, y el Principio de cooperación o lealtad comunitaria.

El sexto elemento que se estudia en la obra que comentamos es el **TRIBUNAL DE JUSTICIA**, que Cancela plantea como **UN TRIBUNAL CUASI-CONSTITUCIONAL**. Primero se exponen algunos aspectos teóricos y prácticos del Tribunal de justicia y luego se ingresa al estudio de la delimitación competencial entre la Unión y los estados miembros. El Control de las normas europeas, el Control de las normas estatales y el Control previo de la compatibilidad de un acuerdo internacional con el Derecho de la Unión, en la hipótesis

de confrontación entre la Unión Europea con un estado miembro, o viceversa.

El quinto elemento es la garantía de la efectiva actuación de la Unión Europea, compuesto por el Principio de primacía del Derecho europeo sobre el estatal y el Principio de efecto directo del Derecho Europeo.

Por último, se estudia el Procedimiento de reforma de los tratados fundacionales, en la perspectiva de la limitación del campo de acción, de

los estados miembros. Existe un procedimiento de reforma, vinculante par los estados miembros, pero no equiparable políticamente al de una federación.

Los estados miembros, las instituciones y los ciudadanos están inmersos en un contexto constitucional. La existencia de estos elementos constitucionales no significa que no deba elaborarse una Constitución europea, que, en gran medida los recogerá.

Manuel Javier Paolino

