



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DIRECTOR

Egreso de la primera promoción de Abogados

DOCTRINA

- | | |
|------------------------------|---|
| AGUILAR VALDEZ, Oscar | Sobre el control administrativo de los Entes reguladores de servicios públicos |
| FISCHER, Gustavo | Apuntes sobre el sistema anglosajón de control jurisdiccional de la Administración |
| GROS ESPIELL, Héctor | La futura Constitución de Europa y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea |
| PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago | La relación jurídica de seguridad social |
| OLIVERA GARCÍA, Ricardo | El nuevo régimen de liquidación de bancos en Uruguay |
| TRAVIESO, Juan Antonio | La experiencia argentina en materia de protección de datos personales: una visión institucional |

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

- | | |
|-------------------------|--|
| BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio | El Derecho concursal español. La ley concursal de 9 de julio de 2003 |
| OLIVERA GARCÍA, Ricardo | “La formación del abogado” |

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno N° 127/02 de 14 de agosto de 2002.

- | | |
|------------------|---|
| BUGALLO, Beatriz | Dos temas frecuentes en el Derecho de marcas: responsabilidad de los directores de sociedades anónimas frente a los ilícitos marcarios y protección jurídica simultánea con el derecho de autor |
|------------------|---|

INFORMACIONES

TESINAS DE MASTERS

- | | |
|-------------------------|--|
| ALFARO BORGES, Jenifer | La naturaleza jurídica del depósito bancario en cuenta corriente y el derecho a la información del depositante como consumidor |
| MARCOS SPERATI, Natalia | Condiciones de la oferta en el ámbito del comercio electrónico según el Derecho uruguayo |

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

- | | |
|---|--|
| CIKATO, Matías, LOAIZA KEEL, Carlos, OLAZÁBAL, Valentina y OTEGUI, Mercedes | Culpa grave: análisis conceptual y contenido en la jurisprudencia nacional |
|---|--|

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DIRECTOR

Egreso de la primera promoción de Abogados 2

DOCTRINA

Aguilar Valdez, Oscar

Sobre el control administrativo de los Entes reguladores de servicios públicos 5

Fischer, Gustavo

Apuntes sobre el sistema anglosajón de control jurisdiccional de la Administración 25

Gros Espiell, Héctor

La futura Constitución de Europa y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea 45

Pérez del Castillo, Santiago

La relación jurídica de seguridad social 61

Olivera García, Ricardo

El nuevo régimen de liquidación de bancos en Uruguay 71

Travieso, Juan Antonio

La experiencia argentina en materia de protección de datos personales: una visión institucional 85

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

Beltrán Sánchez, Emilio

El Derecho concursal español. La ley concursal de 9 de julio de 2003 91

Olivera García, Ricardo

“La formación del abogado” 105

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno N° 127/02 de 14 de agosto de 2002.

Bugallo, Beatriz

Dos temas frecuentes en el Derecho de marcas: responsabilidad de los directores de sociedades anónimas frente a los ilícitos marcarios y protección jurídica simultánea con el derecho de autor 111

INFORMACIONES

Practicum 125

Resolución del Consejo Superior de la Universidad de Montevideo de 2/3/04. Se designa Decano Emérito al Dr. Ricardo Olivera García. 127

TESINAS DE MASTERS

Alfaro Borges, Jenifer

La naturaleza jurídica del depósito bancario en cuenta corriente y el derecho a la información del depositante como consumidor 131

Marcos Sperati, Natalia

Condiciones de la oferta en el ámbito del comercio electrónico según el Derecho uruguayo 165

MONOGRAFIAS DE ESTUDIANTES

Cikato, Matías, Loaiza Keel, Carlos, Olazábal,

Valentina y Otegui, Mercedes

Culpa grave: análisis conceptual y contenido en la jurisprudencia nacional 197

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

El nuevo Derecho de Autor uruguayo 211

Código Penal Anotado, tomo I 213

Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva 215

Anuario de Propiedad Intelectual 2003 217

MENSAJE DEL DIRECTOR

Egreso de la primera generación de abogados

Ciertamente, constituye un hito destacable la culminación de su carrera por los integrantes de la primera generación de profesionales egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo al terminar el año lectivo 2003.

Como todo acontecimiento importante en la vida, es ocasión para detenerse sobre lo ocurrido, para agradecer a todos los que hicieron posible el cumplimiento de esta etapa y, ciertamente, para felicitar a los noveles abogados.

En primer lugar, para una joven Universidad y, en particular, para su Facultad de Derecho -que originalmente había direccionado su trabajo a los cursos de Maestría- haber encarado la realización de la carrera de grado y haber alcanzado el egreso de los primeros abogados es la culminación de un esfuerzo grande, que debe perseverar en el tiempo, año tras año, generación tras generación, procurando formar cada vez mejores profesionales y mejores personas al servicio del Derecho y de la sociedad.

En segundo lugar, el acontecimiento hace propicia la oportunidad para el agradecimiento a todos los que han hecho posible la carrera y, de modo especial, al equipo docente encabezado por el Decano Emérito, Profesor Doctor Ricardo Olivera García. Si no hay Universidad sin alumnos, la Universidad es inconcebible sin buenos Profesores y es la jerarquía de estos la que define la calidad de la institución. El esfuerzo diario de todos y cada uno de los Profesores -los que están y los que ya no están, los que vinieron de lejos y los que desde acá se aplicaron con dedicación y cariño a la aventura- merecen la mayor gratitud de todos.

En tercer lugar, corresponde formular los mejores augurios de felicidad a cada uno de los egresados, algunos de los cuales -en su calidad de alumnos hasta ayer- han permitido dar continuidad a la Sección de esta Revista reservada para Monografías de Estudiantes. Innecesario resulta decir que nuestras páginas estarán siempre abiertas para recibir sus buenos aportes, sean Tesinas de Masters, Informaciones, Notas de Libros y Revistas y -por qué no- Doctrina, Conferencias y Clases Magistrales.

Quiera Dios que los nuevos abogados sean hombres y mujeres probos y sabios porque -para decirlo con palabras prestadas- «en el abogado la rectitud de la conciencia es mil veces más importante que el tesoro de los conocimientos. Primero es ser bueno; luego, ser firme; después, ser prudente; la ilustración viene en cuarto lugar; la pericia, es el último» (así: Angel OSSORIO - «El alma de la toga», Buenos Aires, 1997, pág. 23).

Carlos E. Delpiazco
Director



Revista de DERECHO

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

*

Director

Dr. Carlos E. Delpiazco

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
Telefax: 409 44 63 - 409 55 89
Montevideo - Uruguay
E-mail: tradinco@adinet.com.uy

Deposito Legal

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

Año III (2004), N° 5



DOCTRINA

- **Aguilar Valdez, Oscar** - «*Sobre el control administrativo de los Entes reguladores de servicios públicos*».
- **Fischer, Gustavo** - «*Apuntes sobre el sistema anglosajón de control jurisdiccional de la Administración*».
- **Gros Espiell, Héctor** - «*La futura Constitución de Europa y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*».
- **Perez del Castillo, Santiago** - «*La relación jurídica de seguridad social*».
- **Olivera García, Ricardo** - «*El nuevo régimen de liquidación de bancos en Uruguay*».
- **Travieso, Juan Antonio** - «*La experiencia argentina en materia de protección de datos personales: una visión institucional*».

SOBRE EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LOS ENTES REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS

OSCAR AGUILAR VALDEZ

Profesor de Derecho Administrativo y de Regulación Económica de los Servicios Públicos,
Universidad Austral, Argentina.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. EL PAPEL DEL ENTE REGULADOR EN LA DOCTRINA DE LA REGULACIÓN. II. POSICIÓN INSTITUCIONAL DEL ENTE REGULADOR ACERCA DE SU "INDEPENDENCIA" EN LA TEORÍA Y EXPERIENCIAS REGULATORIAS. III. LA INDEPENDENCIA DE LOS ENTES REGULADORES, EL CONTROL ADMINISTRATIVO Y LOS LÍMITES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO. IV. ALGUNAS CUESTIONES RESPECTO DEL CONTROL DE LOS ACTOS JURISDICCIONALES. V. COLOFÓN.

I. INTRODUCCIÓN. EL PAPEL DEL ENTE REGULADOR EN LA DOCTRINA DE LA REGULACIÓN.

El objeto del presente radica en formular algunas reflexiones sobre la temática vinculada al control administrativo¹ de los entes reguladores de servicios públicos; ello, desde la perspectiva del derecho público argentino.

A tales fines, resulta útil demarcar el papel que, en sistemas de regulación, le es asignada a su principal organización²: el "ente regulador".

Sin perjuicio de remitirnos a lo que sobre el particular ya hemos desarrollado con mayor extensión en otras oportunidades³, podemos señalar –no sin cierto grado de generalización– que frente a la existencia de fallas del mercado⁴, la *regulación económica* resulta ser un régimen de *derecho público* que está orientado a *interferir*⁵ en las conductas de los agentes económicos a fin de eliminar los costes de transacción, simulando, de esa forma, la existencia de un mercado plenamente competitivo donde el mismo no existe⁶.

Además, la regulación antes que pretender mantenerse estática en la protección contra las fallas del mercado debe orientarse a crear incentivos para promover la competencia⁷.

¹ Motivo por el cual no nos referiremos a otras clases de controles a los que también están sometidos los entes reguladores.

² Se han diferenciado a las "instituciones" y "organizaciones", diciendo que "...las instituciones son un conjunto de reglas y normas, las organizaciones son las instancias o arenas en las cuáles los individuos se relacionan y organizan en grupos para emprender acciones cooperativas y actuar como actores colectivos en el mercado", cfr. AYALA ESPINO, José, *Instituciones y Economía. Una introducción al neoinstitucionalismo económico*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pág. 64

³ AGUILAR VALDEZ, Oscar, "Funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos. Algunas precisiones sobre la resolución administrativa de conflictos en materia de regulación", en A.A.V.V. *II Jornadas Internacionales sobre Servicios Públicos*, organizadas por la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo, la Facultad de Derecho de la Universidad Austral y por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Cuyo, ed. Dikè –Foro de Cuyo–, Mendoza, 2001, Págs. 22 y sigs y en "El Acto Administrativo Regulatorio", en A.A.V.V.; *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, ed. Ciencias de la Administración, Bs. As; 2002, págs.434 y sigs.

⁴ En general, las fallas del mercado a las que se suele hacer referencia son el "monopolio natural", las "externalidades" y la "información asimétrica". Ver, por todos, VILLAR ROJAS, Francisco José, *Privatización de Servicios Públicos*, ed. Civitas, Madrid, 1993, pag. 146 y sigs y MITNICK, Barry, *La Economía Política de la Regulación*, ed. Fondo de Cultura Económica, México 1989, Capítulo III. Una crítica tradicional a la teoría de las fallas del mercado fue la realizada en 1974 por Richard POSNER en "Theories of Economic Regulation", 5 Bell Journal of Economics and Management Science, 335 (1974). Entre nosotros CASSAGNE ha puesto de manifiesto que la regulación tiene lugar aún cuando el mercado no sea monopólico, cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Evolución de los Principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización", L.L. revista del 27 de febrero de 2002, pág.3.

⁵ En general se coincide en tipificar a la «regulación» como una limitación a la libertad de los agentes económicos que es garantizada con la amenaza de la sanción (STONE, Alan, *Regulation and its Alternatives*, Washington, 1982, pag. 10); una intervención pública en un mercado (MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Servicio Público y Mercado*; Vol. I, ed. Civitas, Madrid, 1998, pag. 264), una interferencia en las elecciones o acciones de los sujetos (vgr. MITNICK, Barry, *La Economía Política de la Regulación*, op. cit., pag. 22 y sigs.), o una ordenación de actividades (VILLAR ROJAS, Francisco José, *Privatización de Servicios Públicos*, op. cit, pag. 145)

⁶ En este sentido, VISCUSI, W. Kip, VERNON, John & HARRINGTON, Joseph Jr.; *Economics of Regulation and Antitrust*, 3^{ra} ed, The MIT Press, Cambridge, 2.000,; pág. 297 y sigs.

⁷ LITTLECHILD, Sir Stephen C, "Regulators, competition and transitional price controls: A critique of price restraints in electricity supply and mobile telephones", Institute of Economic Affairs, London, 2002, págs. 10 y sigs.

En este contexto, la regulación no deja de ser, en sustancia, una suerte de *arbitraje* entre intereses contrapuestos⁸. Por tal motivo, hemos dicho en otras oportunidades⁹, que, en definitiva, la labor de la regulación –y del regulador en tanto que organización propia de este sistema– consiste en *prevenir y solucionar conflictos*¹⁰, tal como lo dispone el nuevo artículo 42¹¹ de la Constitución Nacional¹²; labor ésta que realiza cuando ejerce cualquiera de las potestades que se le han conferido (normativa, jurisdiccional y de control)¹³.

Esos conflictos pueden darse de tres formas básicas: una, entre prestadores y usuarios¹⁴, otra, entre distintos prestadores¹⁵ –propio de un sistema liberalizado como lo ha puesto recientemente de relieve Tomás-Ramón FERNÁNDEZ¹⁶– y, finalmente, entre distintas clases de usuarios¹⁷.

Por tal motivo, hemos sostenido que en esta materia, la intervención pública es de naturaleza perpendicular y genera relaciones jurídicas *triangulares* o *plurilaterales*¹⁸ o como también se ha dicho “una *trilogía de relaciones recíprocas*”¹⁹ –y no exclusivamente bilaterales como lo sostenía la teoría regulatoria clásica²⁰– en las que, tal como lo ha señalado OSZLAK, se dan tres vértices o actores (i) *consumo*, (ii) *prestación* y (iii) *regulación*, siendo las dos que se generan a partir del vértice *regulación* (relación *regulación-consumo* y *regulación-prestación*) las que reflejan la capacidad institucional del Estado para cumplir con su rol de regulador²¹.

Así, el regulador se transforma en un actor esencial de la relación regulatoria, puesto que su decisión, necesariamente, surtirá efectos sobre los restantes dos extremos de la relación²².

⁸ Así, GALETOVIC, Alexander y SANHUEZA, Ricardo, “Regulación de Servicios Públicos: ¿Hacia dónde debemos ir?”, en *Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, Volumen 85, Verano 2002, pág. 115.

⁹ Ver, así, AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos. Algunas precisiones sobre la resolución administrativa de conflictos en materia de regulación”, op. Cit; en A.A.V.V. *II Jornadas Internacionales sobre Servicios Públicos*, organizadas por la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo, la Facultad de Derecho de la Universidad Austral y por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Cuyo, ed. Díkè –Foro de Cuyo–, Mendoza, 2001, Págs. 27 y sigs y en “*El Acto Administrativo Regulatorio*”, op. Cit; en A.A.V.V.; *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, ed. Ciencias de la Administración, Bs. As; 2002, págs. 440 y sigs.

¹⁰ Bien sostiene ARIÑO ORTIZ que «en una economía de mercado la existencia de intereses contrapuestos es algo cotidiano», cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios Constitucionales de la Libertad de Empresa. Libertad de Comercio e Intervencionismo Administrativo*, Madrid, 1995, pag. 181.

¹¹ Dispone el artículo 42 de la Constitución Nacional: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”

¹² En este sentido, ver PRITZ, Osvaldo A.F., “La Reforma Constitucional y los Servicios Públicos” en SARMIENTO GARCÍA, Jorge H. y otros, *La Reforma Constitucional Interpretada*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, ed. Depalma, Bs. As., 1995, pág. 230

¹³ Sobre el particular ver el desarrollo que hemos realizado en “*El Acto Administrativo Regulatorio*”, op. Cit; en A.A.V.V.; *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, ed. Ciencias de la Administración, Bs. As; 2002, págs. 440 y sigs y 461 y sigs.

¹⁴ Generalmente, los más comunes, como pueden ser los conflictos tarifarios, de calidad de servicio, etc.

¹⁵ Por ejemplo, los vinculados al acceso de infraestructuras. Así, por ejemplo, ver caso “*Impsat S.A. v. Estado Nacional –Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/ amparo ley 16.986*”, fallos de primera y segunda instancias publicados en L.L. 1998-A-239 con comentario de AGUIAR, Enoch, “*Monopolio Telefónico y Servicios en Competencia*”.

¹⁶ “*Las transformaciones del derecho administrativo a resultas de las privatizaciones*”, compilado en FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; *Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria*, con nota introductoria de Julio Rodolfo COMADIRA, ed. La Ley, Bs. As; 2002, pág. 61 y sigs; en especial, pág.69 y sigs.

¹⁷ Así, por ejemplo, en el caso del rebalaceo telefónico se enfrentaron usuarios del interior y de zonas urbanas y en el caso del cargo SUMA en materia de agua potable y saneamiento, se enfrentaron los usuarios servidos y los usuarios potenciales, respectivamente. En este sentido, vid los casos “*Prodelco*”, del 7/5/98 y “*Defensor del Pueblo de la Nación incidente- c. Estado Nacional –PEN- Dtos. 149/97 y 1167/97 s/ proceso de conocimiento*”, del 8/10/98, fallados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, respectivamente. En ambos casos, la circunstancia de existir requerimientos cruzados por parte de usuarios motivó el rechazo de los cuestionamientos formulados a la medida administrativa.

¹⁸ En “*El Acto Administrativo Regulatorio*”, op. Cit; en A.A.V.V.; *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, ed. Ciencias de la Administración, Bs. As; 2002, págs. 443 y sigs

¹⁹ Así, BARBARA, Jorge Edmundo, “*El camino de la reforma pendiente: criterios constitucionales para el control social en la regulación*”, trabajo presentado en el VI Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública, Bs. As, 5 al 9 de noviembre de 2001, pág. 7

²⁰ Ver la crítica a la teoría clásica en PROSSER, Tony, “*Theorizing Utility Regulation*”, 62 *Modern Law Review*, 2, 196 (1999), en especial, pág. 200 y sigs.

²¹ OSZLAK, Oscar, “*La capacidad de regulación estatal*”, en *Enoikos Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires*, Año 8, No. 17, págs. 6 y 7.

²² En esto, el ente regulador se diferencia, claramente, de cualquier otra tradicional organización administrativa, cuando menos, de las que –hasta hace poco tiempo– el derecho administrativo estaba acostumbrado a tomar como paradigma de sus construcciones dogmáticas

II. POSICIÓN INSTITUCIONAL DEL ENTE REGULADOR. ACERCA DE SU “INDEPENDENCIA” EN LA TEORÍA Y EXPERIENCIAS REGULATORIAS.

Precisamente por la peculiaridad de la intervención “*triangular*” de la autoridad regulatoria orientada a recrear y promover la competencia en los mercados, es común sostener la necesidad de su “*independencia*” o “*imparcialidad*”²³.

A) Diferentes visiones sobre la “independencia” del regulador

Esta “*independencia*” o “*imparcialidad*” –generalmente utilizadas como sinónimos aunque en rigor, como se verá seguidamente, no lo son– puede ser predicada de dos maneras diferentes²⁴:

La primera, respecto a los restantes actores de la relación regulatoria –prestadores y consumidores–, donde propiamente lo pregonado es la “*imparcialidad*” de forma tal que el interés público que debe guiar la resolución del conflicto no se vea afectada por la “*captura*” de interés sectorial alguno²⁵. A este respecto, debe señalarse que si bien, originalmente, la “*teoría de la captura*” remarcó, mayormente, el riesgo de desviación del regulador hacia los intereses de los prestadores²⁶, en nuestro país se ha señalado –con todo acierto– el riesgo de la “*captura inversa*” o por los consumidores o usuarios²⁷.

De todas maneras, esta “*imparcialidad*” no llega a convertir a la función regulatoria en un sucedáneo de la función judicial.²⁸

La segunda manera de predicar la independencia ha consistido en hacerlo respecto del *poder político*. Este es, propiamente, el campo donde lo pregonado es el concepto de “*independencia*”²⁹ o de “*autonomía*”³⁰.

²³ Así, GALETOVIC, Alexander y SANHUEZA, Ricardo, “*Regulación de Servicios Públicos: ¿Hacia dónde debemos ir?*”, op. Cit; en *Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, Volumen 85, Verano 2002, pág. 115.

²⁴ Así, ver SMITH, Warrick, “*Utility Regulators – The Independence Debate*”, en Public Policy for the Public Sector, Note No.127, October 1997, pág. 1

²⁵ En esta línea, ver el seminal trabajo de STIGLER, George; “*The Theory of Economic Regulation*”, en 2 Bell Journal of Economics and Management Science (1971), pág. 3 y sigs.

²⁶ Desviación que puede ser limitada por medio de una mayor liberalización del mercado y con la consecuente sumisión a su control de un mayor número de prestadores; así, URBIZTONDO, Santiago, ARTANA, Daniel y NAVAJAS, Fernando, “*La autonomía de los entes reguladores argentinos: Agua y cloacas, gas natural, energía eléctrica y telecomunicaciones*”, Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Trabajo R-340, Agosto de 1998, pág. 11

²⁷ Así, BARBARA, Jorge Edmundo, “*El camino de la reforma pendiente: criterios constitucionales para el control social en la regulación*”, op. Cit; trabajo presentado en el VI Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública, Bs. As, 5 al 9 de noviembre de 2001, págs. 7 y 8.

²⁸ Así, ver “*El Acto Administrativo Regulatorio*”, op. Cit; en A.A.V.V; *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, ed. Ciencias de la Administración, Bs. As; 2002, págs. 444 y sigs. Ha señalado SCHWARTZ, Bernard, *The Professor and the Commissions*, Alfred Knopf, New York, 1959; pag. 116: “*La determinación de los derechos de los individuos que comparecen ante la agencia, sólo es incidental y no constituye la primaria función de ésta tal como lo es en las cortes. Tal como lo señaló la Suprema Corte en un caso de 1940, los casos que se traen ante la comisión no están para proteger los derechos privados pero sí para efectuar amplias políticas sociales, cuya ejecución incidentalmente puede conferir beneficios u otorgar protección a los individuos*” (la traducción nos pertenece).

²⁹ Así, por ejemplo, CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, 7 ed; Lexis-Nexis, Bs. As; pág. 384; COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As; 1996; pág. 248; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 5 ed; Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As; 1998, punto XV-4; MUÑOZ, Guillermo A; “*Los entes reguladores como instrumento de control de los servicios públicos*”, en Actualidad en el Derecho Público n 14, Septiembre-Diciembre de 2000, pág.66 y sigs; BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, Tomo I, Fundación de Derecho Constitucional José Manuel de Estrada, ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As, 2001, pág. 235; TAWIL, Guido S, “*Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria*”, Suplemento de Derecho Administrativo Revista El Derecho del 28 de Julio de 2000; SALOMONI, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, ed. Ad Hoc, Bs. As; 1999, pág. 407 y sigs. En doctrina regulatoria, ver, por ejemplo SMITH, Warrick, “*Utility Regulators – The Independence Debate*”, op. cit. en Public Policy for the Public Sector, Note No.127, October 1997, pág. 1 y sigs y BARBARA, Jorge Edmundo, “*El camino de la reforma pendiente: criterios constitucionales para el control social en la regulación*”, op. Cit; trabajo presentado en el VI Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública, Bs. As, 5 al 9 de noviembre de 2001, pág. 8, entre otros.

³⁰ Así, URBIZTONDO, Santiago, ARTANA, Daniel y NAVAJAS, Fernando, “*La autonomía de los entes reguladores argentinos: Agua y cloacas, gas natural, energía eléctrica y telecomunicaciones*”, Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Trabajo R-340, Agosto de 1998, pág.3; también, LÓPEZ, Andrea y FELDER, Ruth, “*Regulación y control de la calidad de los servicios públicos privatizados. Los casos del servicio de gas natural, electricidad y agua potable*”, Desarrollo Institucional y Reforma del Estado, Documento No. 57, Instituto Nacional de Administración Pública, Bs. As; 1997, pág. 17. También se ha utilizado, en este mismo sentido, la idea de “*neutralidad*”; ver así el muy interesante trabajo de ADRIAO, Alejandro, “*La Falacia del Estado Neutral – A propósito de los marcos regulatorios de servicios públicos y sus entes*”, L.L. Revista del 19 de marzo de 2001, pág. 1 y sigs.

Ahora bien, una primera dificultad que se ha planteado –especialmente en la experiencia comparada y en la doctrina regulatoria– radica en determinar cuál es el *poder político* respecto al cual ponderar tal independencia o autonomía.

Así, una primera visión, desde un punto de vista político-económico, ha considerado que “*un regulador es un agente con múltiples principales*” inclusivos de los distintos poderes o partidos políticos, grupos de interés, etc.³¹ Así, esta postura, desde el punto de vista orgánico-constitucional no se limitaría a pregonar la independencia exclusivamente de las autoridades ejecutivas sino que también lo haría respecto del Poder Legislativo³² y, en sentido más amplio, respecto de los grupos de presión que actúan en la arena política, reconociendo, en definitiva, que en el mundo moderno el poder político no se encuentra, exclusivamente, institucionalizado en los poderes y autoridades estatales sino que también reside en otros estamentos.

Una segunda visión –tal vez la más corriente– centra la temática de la “*independencia*” respecto del gobierno o de las autoridades ejecutivas, en especial, en este último caso, del Poder Presidencial.

Esta visión parece tener, a su vez, dos vertientes básicas: una, la europea y otra, la norteamericana.

La vertiente europea –surgida en un marco constitucional donde el sistema parlamentario es el dominante– asienta el fenómeno de las llamadas “*administraciones independientes*” en su independización respecto del “*Gobierno*”. Así se ha dicho que tales *administraciones independientes* constituyen una manifestación del proceso de “*desgubernamentización*” de la gestión pública³³. Si bien no es posible establecer un modelo único de autoridad administrativa independiente, entre las medidas institucionales que garantizarían la mentada independencia frente al Gobierno estarían las siguientes: (i) cierta potestad de auto-organización desvinculada de la que confiere el Gobierno a las restantes administraciones públicas; (ii) personalidad jurídica y agotamiento de la vía administrativa; (iii) restringida autonomía presupuestaria y patrimonial, financiación propia y selección de personal; (iv) singulares condiciones personales y profesionales requeridas para los cargos directivos; (v) una devaluada intervención parlamentaria en el procedimiento de designación de directivos; (vi) una mayor duración del mandato y su limitada renovación y (vii) ausencia de remoción gubernamental discrecional³⁴.

Esta pretendida independización del Gobierno –que no hace más que reeditar la vieja polémica entre “*Gobierno*” y “*Administración*”³⁵– ha planteado serias objeciones desde el punto de vista constitucional puesto que, en una democracia parlamentaria, es la sumisión de la Administración al poder directivo del Gobierno y de éste al Parlamento lo que le confiere legitimación democrática a la primera³⁶.

De todas formas, cabe aclarar que –con realismo– se ha señalado que antes que una verdadera independización del poder directivo del Gobierno, lo que se muestra es una “*modulación*” del mismo. Antes que haber cambiado la “*forma de gobierno*” –se afirma– ha cambiado la “*forma del Gobierno*”³⁷.

³¹ cfr. URBIZTONDO, Santiago, ARTANA, Daniel y NAVAJAS, Fernando, “*La autonomía de los entes reguladores argentinos: Agua y cloacas, gas natural, energía eléctrica y telecomunicaciones*”, Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Trabajo R-340, Agosto de 1998, pág. 4. En similar línea de ideas, y recurriendo a una aplicación de la “*teoría de la agencia*” se ha expresado MATA, Ismael, “*Panorama del control sobre los entes reguladores*”, en E.D. *Suplemento de Derecho Administrativo* del 30 de marzo de 2001, pág. 3.

³² Sin perjuicio que un tratamiento de la relación regulador-Poder Legislativo excedería el presente trabajo, debe señalarse que, adecuadamente, se ha pregonado la necesidad de neutralizar al ente regulatorio de los controles legislativos –o de peculiares intentos de creaciones parlamentarias como el denominado “*Superente*”– que constituyen el máximo exponente de la “*politización*” regulatoria. Sobre el particular, ver los certeros juicios de TAWIL, Guido S., “*Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria*”, op. cit; *Suplemento de Derecho Administrativo Revista El Derecho* del 28 de Julio de 2000 y en “*A propósito del Proyecto de Ley de concesiones, licencias y permisos de servicios públicos nacionales y figuras vecinas*”, en *Revista Régimen de la Administración Pública*, No. 252, Septiembre de 1999.

³³ En este sentido, BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Las Administraciones Independientes. Un reto para el Estado Social y Democrático de Derecho*, ed. Tecnos, Madrid, 1994, pág. 25 y RALLO LOMBARTE, Artemi, *La Constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, ed. Tecnos, Madrid, 2002, pág.57.

³⁴ RALLO LOMBARTE, Artemi, *La Constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, op. cit; págs. 257 y sigs.

³⁵ Sobre esta temática, ver el importante trabajo de IVANEGA, Miriam Mabel, “*De funciones administrativas y políticas (Y de quienes las ejercen)*”, en *Revista de Derecho Administrativo* No. 40, Bs. As; 2002, págs. 355 y sigs; donde señala “*la Administración constituiría una rama específica de la actividad de gobierno y como tal un componente relevante de la conducción política. No obstante ello, es indudable que cualquier distinción que se realice no podrá ser absoluta pues deben admitirse la existencia de zonas grises producto de la propia dinámica del Estado*”.

³⁶ Por tal motivo, ha señalado PAREJO ALFONSO que la “*independización*” de la administración respecto del Gobierno genera el riesgo de la ruptura del principio de unidad de la Administración Pública en el Estado Democrático; cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Crisis y Renovación en el Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 96 y 97. Más recientemente, este autor ha planteado que la intervención del Estado Social en sus actuales contornos plantea la necesidad de un total replanteamiento teórico de la ejecución administrativa, cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, “*El Estado Social Administrativo: Algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos*”, en *Revista de Administración Pública* No. 153, Madrid, Septiembre-Diciembre de 2000, pág. 239. Sobre los distintos argumentos esgrimidos a favor de su inconstitucionalidad, básicamente en el régimen español, ver RALLO LOMBARTE, Artemi, *La Constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, op. cit; Capítulo IV.

³⁷ Así, RALLO LOMBARTE, Artemi, *La Constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, op. cit; pág. 248. Por su parte, haciendo referencia a la independencia respecto de la Administración del Estado, se pronuncia Tomás-Ramón FERNÁNDEZ en “*Las*

Por su parte, la vertiente norteamericana centra la independencia de la comisión reguladora respecto del Poder Presidencial o más propiamente, respecto al poder de remoción discrecional del Presidente sobre los miembros directivos de la comisión. El paradigma de esta vertiente es el conocido caso "*Humphrey's Executor*"³⁸, fallado en 1935, y en donde la Suprema Corte consideró inconstitucional la remoción del *Chairman* de la *Federal Trade Commission* –nombrado por el Presidente Hoover- dispuesta -cinco años antes de que expirara su mandato- por el Presidente Roosevelt. Como es sabido, para justificar la solución –que difería, completamente, de la adoptada por el Tribunal en 1926 en el caso "*Myers*"³⁹ - la Corte sostuvo que el poder de remoción que era dable reconocer constitucionalmente al Presidente sólo podía ser ejercido respecto de funcionarios que ejercieran funciones puramente ejecutivas y no, como en el caso de Humphrey, cuando se ejercían funciones *quasi legislativas* y *quasi judiciales*. Este precedente dio lugar, durante el *New Deal*, a la creación y proliferación de las llamadas *comisiones independientes*⁴⁰ tales como la *Securities and Exchange Commission*; la *Civil Aeronautics Board*, la *National Labor Relations Board* y la *Federal Power Commission*, entre otras.

A los efectos de la cabal comprensión de esta particular vertiente, cabe señalar que –a diferencia de la tradición y régimen constitucional argentinos- en los Estados Unidos, originalmente, no se le reconoció al Presidente una "*jefatura administrativa*". Todo el desarrollo de la "*Presidential Administration*" es fruto de la praxis política y constitucional moderna⁴¹, en especial, la desarrollada en las últimas décadas con las presidencias de Reagan y de Clinton, donde la Casa Blanca asumió un liderazgo claro en materia regulatoria⁴². Debe tenerse presente que esta concepción de la "*independencia*" de las agencias parece encontrarse en claro retroceso⁴³ como consecuencia de las medidas adoptadas durante estas dos presidencias -que supusieron incrementar el control presidencial sobre la formulación de políticas regulatorias⁴⁴ - así como también de cierta jurisprudencia de la Suprema Corte que ha intentado garantizar el reconocimiento del poder presidencial sobre el resto de los cuerpos administrativos como una prerrogativa que el Congreso no puede cercenar⁴⁵.

La tercer visión formulada acerca de cuál es el *poder político* frente al que corresponde predicar la mentada "*independencia*", se ha centrado en considerarla respecto de los *partidos políticos*.

Esta ha sido la postura que parece haberse impuesto en los Estados Unidos donde, antes que intentar limitar el control del Presidente sobre la agencia, se ha pretendido aislarla del dominio de un determinado partido político⁴⁶. En este sentido, se ha señalado, hubiese sido un contrasentido que presidentes "*progresis-*

transformaciones del derecho administrativo a resultas de las privatizaciones, compilado en FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; *Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria*, op. cit; pág. 69.

³⁸ 295 U.S. 602 (1935)

³⁹ 272 U.S. 52 (1926). Se ha dicho que durante casi todo el Siglo XX el poder de control del Presidente de los Estados Unidos sobre las comisiones reguladoras fue gobernado por estos dos fallos contradictorios, cfr. BREYER, Stephen, STEWART, Richard, SUNSTEIN, Cass & SPITZER, Matthew, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, text and cases*, 4 ed; Aspen Law & Business, Boston, 1999, pág.72,

⁴⁰ Así llamadas por que el Congreso, en las leyes de creación, expresamente prohibió al Presidente a remover a sus directivos, cfr. cfr. BREYER, Stephen, STEWART, Richard, SUNSTEIN, Cass & SPITZER, Matthew, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, text and cases*; op. cit; pág. 100.

⁴¹ Así, ver CORWIN, Edward S; *El Poder Ejecutivo. Función y Poderes –1787-1957. Atribuciones y funciones del Presidente de los EEUU a través de la historia y el análisis de la práctica constitucional*, trad. de Laura PELLEGRINO, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As; 1959, págs. 162 y sigs; en igual sentido, LESSIG, Lawrence & SUNSTEIN, Cass, "*The President and the Administration*", 94 *Columbia Law Review* 1 (1994). Nos recuerda TAWIL –citando a BREYER- que el Presidente Andrew Jackson no pudo revertir la decisión de su Secretario del Tesoro cuando se negó a extraer fondos del Banco de los Estados Unidos, aún cuando pudo –y así luego lo hizo- removerlo del cargo; TAWIL, Guido S, "*Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria*", op. cit; Suplemento de Derecho Administrativo Revista El Derecho del 28 de Julio de 2000, nota 103.

⁴² Así, KAGAN, Elena, "*Presidential Administration*", 114 *Harvard Law Review* 2246, June 2001.

⁴³ En nuestro país, THURY CORNEJO ha destacado como límites a la independencia de estas agencias frente al Poder Ejecutivo la facultad del Presidente de nombrar a sus directores (aunque con ratificación del Senado) y la necesidad de autorización del *Attorney General* para actuar en juicio; cfr. THURY CORNEJO, Valentín, "*Fundamentos y límites de la potestad sancionatoria de los entes reguladores de servicios públicos*", en Revista Régimen de la Administración Pública, No. 207, Bs. As; 1995.

⁴⁴ Se trata de las conocidas Ordenes Ejecutivas 12,291 (1980); 12,498 (1985) y 12,866 (1993), respectivamente. Sobre el particular, vid. PIERCE, Richard J. Jr, SHAPIRO, Sidney A. & VERKUIL, Paul R.; *Administrative Law and Process*, 3^o ed., Foundation Press, New York, 1999, págs. 485 y sigs.

⁴⁵ En especial, el caso "*Immigration & Naturalization Service v. Chadha*", 462 U.S. 919 (1983)

⁴⁶ A este respecto, CUSHMAN sostiene que en el diseño de la *Interstate Commerce Commission* –modelo de las llamadas comisiones independientes- lo que guió a los legisladores para así calificarla, fue –precisamente- alejarla de la influencia de un determinado partido político antes que "*independizarla*" del poder del Presidente; cfr. CUSHMAN, Robert E., *The Independent Regulatory Commissions*, Oxford University Press, New York, 1941; pág. 61. En igual sentido, pero más modernamente, vid FUNK, William, SHAPIRO, Sidney A. & WEAVER, Russell L.; *Administrative Procedure and Practice. Problems and cases*, West Group, Minnesota, 1997, pág. 12. SCHWARTZ tuvo oportunidad de sostener respecto a la independencia de las llamadas "*grandes seis*" (*big six*), que "*Debido al vasto poder investido en estas agencias y a las tremendas presiones a las que están sujetas, se ha sentido esencial que ellas estén alejadas del poder e influencia de los partidos políticos*", cfr. SCHWARTZ, Bernard, *The Professor and the Commissions*, op. cit., pág. 45 (la traducción nos pertenece). Esta independencia de un determinado partido político parece ser lo determinante para así

tas" como Theodore Roosevelt y Woodrow Wilson –entusiastas promotores de estas comisiones hacia fines del Siglo XIX- fuesen favorables a limitar el poder presidencial⁴⁷.

De esta forma, los órganos directivos de las llamadas *comisiones reguladoras independientes* están diseñados para que en los mismos tengan equivalente representación los dos partidos políticos mayoritarios⁴⁸.

Finalmente, una cuarta visión –también con especial desarrollo en los Estados Unidos- es la que ha propugnado "*independizar*" la gestión de quienes tienen a su cargo la aplicación de las reglas y resolución de controversias regulatorias en casos concretos ("*adjudication*") frente a quienes tienen a su cargo la formulación de las políticas regulatorias ("*rulemaking*")⁴⁹. No se trata ya de aislar al regulador de los órganos y organizaciones de neta raigambre política (presidente, grupos de presión y partidos políticos) sino de formular la *diferenciación de funciones dentro del mismo proceso regulatorio*. A su vez, se muestran dos tendencias sobre el particular:

La primer tendencia, buscó la separación funcional dentro del seno de la misma agencia sobre la base de intentar encomendar las funciones de control y de recolección de pruebas a funcionarios determinados ("*hearings examiners*") a los que se los pretendió aislar respecto de quienes ejercían funciones regulatorias. En este sentido, la *Administrative Procedure Act* de 1946 ("APA") expresamente prohibió al *examiner* estar sujeto al control o dirección de los oficiales encargados de la investigación y acusación del caso⁵⁰. No obstante, la decisión final –de tono político-regulatorio- quedaba en manos de la cabeza de la agencia⁵¹. Será recién en 1978, cuando el Congreso Federal establezca –en lugar de los *hearings examiners*- a los denominados *Administrative Law Judges* ("ALJs"), cuando estos funcionarios, sin llegar a adquirir el rango de jueces con las garantías del Artículo III de la Constitución Federal, obtendrán el reconocimiento de un *status* verdaderamente especial. Si bien forman parte de la agencia, los ALJs están alejados de las funciones de formulación de políticas regulatorias. Para garantizar esta finalidad, el Congreso Federal les otorgó garantías de inamovilidad salvo por causa justa o por jubilación o retiro. De acuerdo a su *status* privilegiado, los ALJs reciben un salario del nivel de las máximas autoridades del Gobierno Federal⁵². No obstante –a contrario de lo que se pudiera esperar- las decisiones del ALJ están sujetas a revisión por una autoridad administrativa superior, en general, por la cabeza de la agencia reguladora o por un *review board*. En este sentido, se ha dicho que el diseño del ALJ no estuvo nunca orientado a proteger una decisión final de parte de éste sino, únicamente, a asegurar la imparcialidad en la determinación de los hechos. En definitiva, quien tiene a su cargo la formulación de políticas tiene asegurado un control sobre las decisiones del ALJ⁵³.

La segunda tendencia –en vistas al poco éxito real que los intentos de separación funcional interna habían tenido- pretendió directamente garantizar la diferenciación funcional por medio de la diferenciación orgánica; es decir, atribuyendo a una agencia especializada exclusivamente las funciones de *adjudication* y encar-

calificarlas si se asume que, según señala STRAUSS, en las comisiones reguladoras independientes el presidente de la misma es designado por el Presidente de la Nación y está sujeto a su control político, cfr. STRAUSS, Peter, *An Introduction to Administrative Justice in the United States*, en WADE, William, RAGNEMALM, Hans, STRAUSS, Peter & PIRAS, Aldo (Editor), *Administrative Law: The Problem of Justice. Anglo-American and Nordic Systems*, Vol. I, Transnational Juris Publications, Inc.- Giuffrè Editore, New York – Milan, 1991; pág. 597.

⁴⁷ Así, SHAPIRO, Martin, "*The problems of independent agencies in the United States and the European Union*", 4 *Journal of European Public Policy*, Vol. 2, June 1997, pág. 278 y sigs.

⁴⁸ A este respecto, en forma reciente, se ha señalado, sobre los *boards* de las denominadas comisiones independientes, que "...*generalmente, éstas tienen un número impar de miembros, con no más de una mera mayoría del mismo partido político...El término de duración en sus cargos se prolonga en exceso del período de duración del mandato presidencial*"; cfr. BREGER, Marshall & EDLES, Gary, "*Established by practice: the theory and operation of Independent Federal Agencies*", *Administrative Law Review*, Vol. 52, n° 4, Fall 2.000, pág. 1137.

⁴⁹ A este respecto, puntualiza TAWIL que el *rulemaking* refleja el ejercicio de funciones materialmente legislativas y el de *adjudication* se presenta en el dictado de resoluciones de naturaleza jurisdiccional o *quasi judicial*, cfr. TAWIL, Guido S.; *Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, Vol. I, ed. del autor, distribuida por Depalma, Bs. As., 1993, pág. 195. En esta línea de ideas, se ha señalado que los procedimientos de *adjudication* son aquellos tendientes a la determinación de los derechos y deberes individuales; y que se focaliza en la resolución de disputas individuales, importando el dictado de decisiones de la clase de las dictadas en el procedimiento judicial, cfr. KOCH, Charles H. Jr, *Administrative Law and Practice*, 2° ed., Vol. II, West Publishing Co., Saint Paul, Minnesota, 1997, pág. 3.

⁵⁰ Un fuerte respaldo a esta orientación fue dado por la Suprema Corte en el conocido caso "*Wong Yang Sung v. Mc Grath*" 339 U.S. 33 (1950).

⁵¹ Así, GIFFORD, Daniel J., "*Federal Administrative Law Judges: The relevance of past choices to future directions*", en *Administrative Law Review*, Vol. 49, n° 1, 1997, pág. 9 y sigs. En este sentido, señala GIFFORD que en el régimen de la APA, la responsabilidad por las políticas regulatorias se mantenía exclusivamente en cabeza de la agencia, mientras que el público podía tener la certeza que los hechos eran originalmente investigados y evaluados por un oficial no sujeto a la coerción de las autoridades de la comisión.

⁵² Así, KOCH, Charles H. Jr, *Administrative Law and Practice*, op. cit., pág. 61.

⁵³ Así, GIFFORD, Daniel J., "*Federal Administrative Law Judges: The relevance of past choices to future directions*", en *Administrative Law Review*, Vol. 49, n° 1, 1997, op. cit., pág.30 y sigs. En igual sentido, KOCH, Charles H. Jr, *Administrative Law and Practice*, op. y vol. cit., pág. 78 y sigs.

gando exclusivamente las de formulación de políticas a otra ("*Split System*")⁵⁴. Se deben a esta tendencia las propuestas de fallida creación de la *Corte Administrativa Federal*⁵⁵ y de la *Corte de Ciencias*⁵⁶. Se trata de un sistema que sólo habría tenido acogida en el campo de la regulación social⁵⁷ y no de la regulación económica y que, además de haber recibido fuertes críticas⁵⁸, su "*autonomía*" ha sido limitada por la jurisprudencia de la Suprema Corte al sostener que, si al resolver la controversia la comisión tiene que interpretar una reglamentación dictada por la agencia reguladora, las interpretaciones efectuadas por ésta última deben tener preponderancia por sobre la que pueda dar la comisión adjudicadora⁵⁹.

Atrás de todas estas visiones sobre la "*independencia*" del regulador respecto del *poder político*—aún en aquellos sistemas como el inglés donde no existen claros reaseguros para garantizarla⁶⁰— la idea que campea se basa en que, como lo señala COMADIRA, la experiencia ha demostrado que el poder político es no pocas veces incapaz de sustraerse a la tendencia de sacrificar los objetivos a largo plazo en aras de las metas diarias de la política⁶¹.

B) Independencia, oportunismo gubernamental y protección del usuario.

Desde el neo institucionalismo se ha puesto énfasis en que la mentada "*independencia*" o "*autonomía*" del poder político se justifica como resguardo al "*oportunismo gubernamental*" y al llamado "*riesgo de expropiación*"⁶².

SPILLER ha demostrado que en sectores como el de los servicios públicos—especialmente sensibles al interés de los políticos y, por ende, al riesgo de la expropiación indirecta de activos— la finalidad primordial de la institucionalidad regulatoria consiste en poder generar un "*compromiso regulador*" lo suficientemente estable y creíble que, por un lado, otorgue incentivos a los operadores para invertir e innovar y, por otro, salvaguarde el acceso a los usuarios a tales servicios⁶³.

⁵⁴ KOCH, Charles H. Jr, *Administrative Law and Practice*, op. y vol. cits, pág. 101.

⁵⁵ Propuesta por el *Ash Council* al Presidente Nixon, cfr. al respecto, NOLL, Roger, *Reforming Regulation. An evaluation of the Ash Council Proposals*, Brookings Institution, Washington D.C., 1971, pág. 103

⁵⁶ Conocida como la *Science Court* o *Technical Review Board*.

⁵⁷ Ejemplo del *Split System* es la OSHA, agencia de típico cometido social (cuestiones de ocupación, salubridad e higiene).

⁵⁸ Las objeciones que se le han formulado han hecho hincapié en que un sistema de tal índole importaría remover de las comisiones reguladoras a la mayor parte de su trabajo diario y fundamental, privándolas de la necesaria familiaridad que el organismo debe tener con las peculiaridades de los problemas concretos de la industria regulada y, de esa forma, privándolas, también, de un mecanismo apto para la formulación más adecuada de las políticas regulatorias. Por otra parte, también se han preguntado los críticos, ¿Qué expertos podrían encabezar ese panel revisor? ¿No sería más conveniente para el interés público que esos expertos estuviesen abocados a la regulación cotidiana antes que exclusivamente a realizar labores jurisdiccionales? ¿Cómo separar las cuestiones meramente de hecho de las que envuelven la aplicación o formulación de políticas?. En este sentido, vid. BREYER, Stephen G.; STEWART, Richard B.; SUNSTEIN, Cass R. & SPITZER, Matthew L.; *Administrative Law and Regulatory Policy, Problems, Text, and Cases*, op. cit., págs. 199 y 200. Estas críticas recogen—en lo sustancial— los fundamentos que ya en 1941 se habían expuesto en el *Report of the Attorney General's Committee on Administrative Procedure* para justificar la no separación institucional entre las funciones de *rulemaking* y las de *adjudication*. En este sentido, vid. CASS, Ronald, DIVER, Colin S. & BEERMAN, Jack M.; *Administrative Law. Cases & Materials*, 2^o ed., Little Brown and Company, Boston, 1994, pág. 717.

⁵⁹ Así, "*Martin v. OSHRC*", 499 U.S. 144 (1991), vid. KOCH, Charles H. Jr, *Administrative Law and Practice*, op. y vol. cits, pág. 101

⁶⁰ En general, en el caso inglés, la regulación fue confiada a oficinas unipersonales sujetas a control ministerial y responsabilidad ante el Parlamento (OFWAT, OFTEL, OFFER, OFGAS). No obstante lo cual, la práctica política demuestra que el ejercicio concreto de tales controles (teóricos) es, al igual que su responsabilidad ante los órganos políticos, limitados, lo que ha creado problemas de legitimación político-constitucional, cfr. SCOTT, Colin, "*Accountability in the Regulatory State*", 27 *Journal of Law & Society* 38, March 2000; BALDWIN, Robert & CAVE, Martin, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 1.999, pág.287. Sobre el "*modelo inglés*" de organización regulatoria, ver, en la doctrina nacional, MATA, Ismael, «*Los Entes Reguladores de los Servicios Públicos*», en el *Derecho Administrativo Argentino*, Hoy, ed. Ciencias de la Administración, Bs. As., 1996; TAWIL, Guido S, "*Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria*", op. cit; Suplemento de Derecho Administrativo Revista El Derecho del 28 de Julio de 2000, nota 104; BUDASSI, Iván, "*Licencias y concesiones: un estudio comparativo entre los sistemas del Reino Unido y la Argentina*" en Revista de Derecho Administrativo No 24/26, Bs. As;1998; THURY CORNEJO, Valentín, "*Fundamentos y límites de la potestad sancionatoria de los entes reguladores de servicios públicos*", op. cit; en Revista Régimen de la Administración Pública, No. 207.

⁶¹ COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, op y pág. Cits.

⁶² El mentado "*riesgo de expropiación*" no debe ser aquí entendido en su acepción jurídica (expropiación por causa de utilidad pública debidamente indemnizada) sino en un sentido impropio como afectación gubernamental de los derechos de propiedad concedidos a un inversor por vías indirectas y sin compensación. En este sentido, SPILLER, Pablo T; "*El por qué de la regulación de los servicios públicos con implicancias para la Argentina*", en Fundación Gobierno y Sociedad; Cuaderno 2, Diciembre 1998, pág.5 y sigs.

⁶³ Así, SPILLER, Pablo T; "*El por qué de la regulación de los servicios públicos con implicancias para la Argentina*", en Fundación Gobierno y Sociedad; op. cit; Cuaderno 2, Diciembre 1998, pág. 3 y del mismo autor, "*A positive political theory of regulatory instruments: contracts, administrative law or regulatory specificity?*", 69 *Southern California Law Review* 477 (1996) y "*Compromiso Regulador y Privatización de Servicios Públicos- Implicancias para futuras investigaciones comparadas*", op. cit; en SAIEGH, Sebastián y TOMMASI, Mariano (Compiladores), *La Nueva Economía Política. Racionalidad e Instituciones*, ed. Eudeba, Bs. As., 1998,pág. 246.

Así se ha dicho que la autonomía regulatoria se visualiza como el instrumento que otorga previsibilidad al ajuste contractual empresa-estado en presencia de inversiones hundidas, como forma de incrementar las inversiones y el desarrollo del sector⁶⁴.

De esta forma, la independencia respecto del poder político de los organismos de regulación estaría orientada a crear un “*compromiso regulatorio*” que otorgue suficiente “*credibilidad*” a las pautas y señales regulatorias⁶⁵, las que deberían gozar de estabilidad y permanencia durante el largo plazo de la inversión⁶⁶.

Desde otra perspectiva, en nuestro país, la “*independencia*” respecto del poder político ha sido planteada como un reaseguro para la defensa de los intereses públicos y la de los usuarios. En esta línea, GORDILLO ha sido –tal vez– quien más ha insistido con esta posición; ello, sobre la base de considerar que el poder político –que en el caso argentino, como se verá, es quien oficia de poder concedente– es más maleable frente a las presiones del poder económico⁶⁷. Esta postura parece haber sido seguida en algunos precedentes judiciales⁶⁸.

Por nuestra parte, entendemos que, en rigor de verdad, ambas posturas no son antagónicas sino que se complementan y aúnan entre sí. El respeto a las reglas de juego frente al oportunismo político que supone el compromiso regulador no puede ser entendido como una exclusiva protección del inversor en desmedro de los derechos de los usuarios ni, paralelamente, la necesaria protección de los derechos de los usuarios frente a las exigencias del cortoplacismo político puede habilitar el sacrificio de los derechos de los prestadores. Por otra parte, tal como puede ocurrir respecto al regulador, la “*captura*” del poder político no tiene por qué ser exclusiva a favor de los prestadores sino que, también, puede aquí darse la “*captura inversa*” de parte de los grupos de consumidores quienes, recordemos, en el campo de la arena política representan votos.

Precisamente debido a la naturaleza triangular de la intervención regulatoria a la que nos hemos referido precedentemente, y que persigue armonizar los intereses contrapuestos de los actores del mercado, la sujeción absoluta de las necesidades institucionales del fenómeno regulatorio al avance de la política, necesariamente perjudicará a ambos extremos de la relación.

Por otra parte, una solución parcializada entraña el riesgo de convertir al regulador en un organismo corporativo alejado de las finalidades de su creación⁶⁹.

De allí, entonces, que con mayor rigor conceptual, antes que de la “*independización*” del regulador respecto del poder político –que sólo tiene carácter instrumental–, en realidad, deba predicarse como finalidad la “*neutralización política*” de la institucionalidad regulatoria⁷⁰, es decir, garantizar que las decisiones regulatorias estén basadas, exclusivamente, en consideraciones técnico-regulatorias (por esencia, de carácter “*arbitral*” entre los intereses y pretensiones de los agentes económicos y que tiene en vista la sustentabilidad del mercado o del servicio a largo plazo) y no en posiciones o pretensiones que, aún siendo muy respetables, corresponda su tratamiento en ámbitos diferentes al regulatorio⁷¹.

⁶⁴ Así, URBIZTONDO, Santiago, ARTANA, Daniel y NAVAJAS, Fernando, “*La autonomía de los entes reguladores argentinos: Agua y cloacas, gas natural, energía eléctrica y telecomunicaciones*”, op. cit; Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Trabajo R-340, Agosto de 1998, pág. 3

⁶⁵ Así, MAJONE, Giandomenico, “*The Agency Model: The growth of Regulation and Regulatory Institutions in the European Union*”, en EIPASCOPE 1997/3, European Institute of Public Administration.

⁶⁶ Aún cuando se reconoce que el largo plazo de toda inversión en infraestructura dificulta la creación de compromisos creíbles; así, ver SMITH, Warrick, “*Utility Regulators – The Independence Debate*”, op. cit; en Public Policy for the Public Sector, Note No.127, October 1997, pág. 1

⁶⁷ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, op. y vols. Cits; punto XV-4

⁶⁸ Por ejemplo, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala II, in re “*Obras Sanitarias de Mendoza S.A. v. Provincia de Mendoza s/ acción de inconstitucionalidad*”, del 10 de mayo de 2001.

⁶⁹ En este sentido, ver CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, op. y vol. Cits; pág.373. Sobre la relación entre la protección de los derechos de los usuarios y la función del regulador, ver NALLAR, Daniel, “*Entes Reguladores... ¿Misión cumplida?*”, en Suplemento de Derecho Administrativo Revista El Derecho del 20 de Julio de 2001, pág.5

⁷⁰ La jurisprudencia, en un caso, pareció sostener esta postura, cfr. CNFed. Cont. Adm, Sala II, in re “*Metrogas v. ENARGAS*”, del 9/11/94, L.L. 1995-B-108

⁷¹ Lo dicho en el texto se relaciona con otras formas de “*politización*” de la institucionalidad regulatoria tales como la desnaturalización del régimen de audiencias públicas –convirtiéndolas en verdaderas tribunas políticas– o las pretensiones de ciertos políticos y legisladores de lograr en sede regulatoria –y aún, en sede judicial– lo que no han podido conseguir por los mecanismos que la democracia representativa pone a su disposición. Sobre el particular, ver TAWIL, Guido S, “*Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria*”, op. cit; Suplemento de Derecho Administrativo Revista El Derecho del 28 de Julio de 2000 y en “*A propósito del Proyecto de Ley de concesiones, licencias y permisos de servicios públicos nacionales y figuras vecinas*”, op. cit; en Revista Régimen de la Administración Pública, No. 252, Septiembre de 1999. Sobre los riesgos de la politización por vía de los mecanismos de participación pública en los entes reguladores, ver CASSAGNE, Juan Carlos, “*La participación pública en el control de los servicios*”, separata de Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Serie Edición Aniversario, Julio 1999, y del mismo autor, *Derecho Administrativo*, op. y vol. Cits; pág. 394 y sigs.

III. LA INDEPENDENCIA DE LOS ENTES REGULADORES, EL CONTROL ADMINISTRATIVO Y LOS LÍMITES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO.

A) Los problemas de coherencia, adecuación y uniformidad.

Bien ha dicho SPILLER que el problema de la privatización de los servicios públicos radica en cómo acomodar la privatización dentro del marco institucional del país en cuestión⁷². De allí que, en definitiva, la forma en que se organice el fenómeno regulatorio necesariamente estará constreñido y limitado por el marco jurídico-institucional aplicable. Así, soluciones que pudieron haber tenido éxito en determinados países, sectores o sistemas, no necesariamente podrán ser trasladados, sin más, a otros, tal como respecto al régimen argentino lo ha señalado CASSAGNE⁷³.

Por otra parte, amén que en un Estado de Derecho resulta impensable crear organismos y marcos institucionales que no se adecuen a los principios constitucionales, es evidente que de seguirse una solución contraria, la “credibilidad” y “estabilidad” de los compromisos regulatorios a los que hemos hecho mención, quedarían necesariamente amenazados⁷⁴.

Merece tenerse en cuenta que tal como da muestra BIANCHI⁷⁵ no existe, en el campo normativo, un modelo único de ente regulador, motivo por el cual cualquier pretensión de generalización se vuelve, en este tema, muy dificultosa.

En relación al tema que nos ocupa, podemos advertir que, en el orden federal, esa falta de uniformidad se muestra, por ejemplo, en cuatro campos:

Primero, en la jerarquía de la norma de creación, existiendo algunos entes creados por Ley –ENRE, ENARGAS–, otros por decreto –ORSNA, CNC, CNRT– y uno mediante convenio interjurisdiccional –ETOSS–.

Segundo, en la naturaleza jurídico-administrativa del ente, puesto que si bien en su mayoría se tratan de entes autárquicos⁷⁶, la regulación en materia de telecomunicaciones reposa, sustancialmente, en un órgano de la Administración Central como lo es la Secretaría de Comunicaciones, relegando a la CNC –entidad descentralizada– a un carácter de autoridad de mero control⁷⁷. Asimismo, la regulación de los conflictos de interconexión ha sido confiada, conjuntamente, a dicha Secretaría y a la de Defensa de la Competencia y del Consumidor⁷⁸. Por su parte, en materia energética, la Secretaría de Energía inviste facultades reglamentarias⁷⁹, autorizatorias en materia de ingreso de agentes al mercado⁸⁰ y hasta jurisdiccionales⁸¹.

Tercero, en la conformación y estabilidad de los órganos directivos, donde si bien el Poder Ejecutivo interviene en su nombramiento, existen diferencias en la idoneidad y especialización exigidas, en los mecanismos de selección y los procedimientos de remoción, a la par de la posibilidad –o no– de reelección⁸².

⁷² SPILLER, Pablo T; “Compromiso Regulator y Privatización de Servicios Públicos- Implicancias para futuras investigaciones comparadas”, op. cit; en SAIEGH, Sebastián y TOMMASI, Mariano (Compiladores), *La Nueva Economía Política. Racionalidad e Instituciones*, ed. Eudeba, Bs. As., 1998, pág. 252

⁷³ CASSAGNE, Juan Carlos, “Evolución de los Principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”, op. cit; L.L. revista del 27 de febrero de 2002, pág. 4.

⁷⁴ El ajuste de las organizaciones al sistema institucional es una precondición de cualquier decisión económica no oportunista.

⁷⁵ BIANCHI, Alberto, *La Regulación Económica*, op. y tomo cits, págs. 205 y 227, respectivamente.

⁷⁶ Así, Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 228 : 120 y Dictámenes 239 : 115 entre otros.

⁷⁷ Ver Decreto 764/2000.

⁷⁸ Cfr. Reglamento Nacional de Interconexión Aprobado por el Decreto 764/2000, Anexo II. Téngase en cuenta que, en materia de telecomunicaciones, la interconexión es tal vez el campo donde la regulación pública adquiere mayor relevancia.

⁷⁹ Cfr. Ley 26.065, artículo 36.

⁸⁰ Cfr. Resolución 61/92 S.E., y sus modificatorias y complementarias, Anexo 17

⁸¹ Tal lo que ocurre en materia de transporte de hidrocarburos líquidos según lo dispone el artículo 7º, inciso j) del Decreto 44/91

⁸² Sobre el particular, ver, en general, CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, op. y vol. cit; págs.384y sigs; BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, op. y vol. Cits; págs. 215 y sigs; GORZELANY, Liliana B; MAC MAHON, Juan J y ZARCITA, Alberto D; “Entes Reguladores, autarquía e independencia, designación de autoridades”, en Revista Régimen de la Administración Pública No. 213, pág. 104 y sigs; y URBIZTONDO, Santiago, ARTANA, Daniel y NAVAJAS, Fernando, “La autonomía de los entes reguladores argentinos: Agua y cloacas, gas natural, energía eléctrica y telecomunicaciones”, op. cit; Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Trabajo R-340, Agosto de 1998, pág.4

⁸³ En general, sobre esta temática, ver CANOSA, Armando, “El recurso de alzada y la nueva administración”, en A.A.V.V; *130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación 1863-1993*, ed. Oficial, Bs. As; 1993, y *Los Recursos Administrativos*, ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As; 1996, pág. 224 y sigs y SEIJAS, Gabriela, “Los Entes Reguladores y la extensión del Recurso de Alzada”, en Revista de Derecho Administrativo, n° 27/29, pág. 477 y sigs.

Cuarto, en la previsión del recurso de alza contra las decisiones de los entes reguladores⁸³, puesto que mientras en los casos del ENRE⁸⁴, CNC⁸⁵ y ETOSS⁸⁶ el mismo se encuentra previsto sin limitación alguna, existen dudas respecto a su procedencia en el caso de decisiones del ORSNA⁸⁷ y se encuentra expresamente vedado para las resoluciones jurisdiccionales en el caso del ENARGAS⁸⁸. Estas circunstancias –entre otras asimetrías– ha llevado a BIANCHI a exhortar por la necesidad de coherencia en el régimen jurídico de los entes reguladores; puntualizando que dicha coherencia –en los aspectos que aquí nos interesan– debería estar dada por la coordinación de, entre otros aspectos, (i) la naturaleza de su norma de creación; (ii) el alcance de sus facultades y (iii) el control administrativo o de tutela sobre el ente⁸⁹.

B) ¿Exige la Constitución entes independientes de la Administración Central? La cuestión de las secretarías reguladoras.

Ahora bien, una primera cuestión que se impone considerar es si nuestro sistema constitucional impone, o no, la existencia de entes reguladores “*independientes*” de la Administración Central.

En el campo doctrinario GORDILLO ha sido quien con mayor énfasis ha dado una categórica respuesta positiva a este interrogante. Señala que es el artículo 42 de la Constitución Nacional la norma que funda tal exigencia⁹⁰, así como que “*puede hoy en día sostenerse que el debido proceso incluye la existencia de organismos imparciales e independientes del poder concedente que se ocupen en sede administrativa de la tutela de los derechos e intereses de los usuarios, sujeto al necesario contralor jurisdiccional.*”⁹¹

En jurisprudencia, también se ha partido del artículo 42 de la Constitución Nacional para fundar la necesaria existencia de entes reguladores “*independientes*” de la Administración Central; norma ésta que, inclusive, sería de aplicación directa para exigir tal existencia en los sistemas provinciales⁹².

Por nuestra parte, nos parece que no surge de la Constitución Nacional –especialmente, de su artículo 42– la mentada exigencia de “*independencia*” de la Administración Central. En efecto, primeramente, debemos reparar en que el texto constitucional sólo se hace referencia a los “*organismos*” de control sin mayores aditamentos o calificativos. Es decir que no se alude a “*entidades*”, eliminando de esa forma la posibilidad de admitir, inequívocamente, la exigencia constitucional de una personalidad jurídica diferenciada a la de la Administración Central⁹³. Por otra parte, debe notarse que no se califica a dichos “*organismos*” como “*independientes*” ni se les confiere, expresamente, “*autonomía*” alguna⁹⁴, como sí lo ha hecho, a este último respecto, la Constitución Nacional –según la Reforma operada en el año 1994– en relación a instituciones tales como el Defensor del Pueblo, la Auditoría General de la Nación, las universidades nacionales o el Ministerio Público, respectivamente⁹⁵. Asimismo, tal como lo veremos seguidamente, es la propia Constitución Nacional la que establece restricciones para predicar tal independencia, cuando menos, desde el punto de vista político-institucional.

Así, parecería ser que la única exigencia constitucional –en esta materia– estaría dada por la existencia de los organismos de control y no respecto a su independencia frente a la Administración Central.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “*Consumidores Libres*” implícitamente parece haberse pronunciado contrariamente a la existencia de tal requerimiento constitucional –cuando menos, entendido como un derecho de los usuarios emanado del artículo 42 tal como había sido planteado por la asociación recurrente– al desconocer que, *per se*, la intervención dispuesta por el Poder Ejecutivo respecto a

⁸⁴ Ley 24.065, artículo 76

⁸⁵ Decreto 1185/90, artículo 33

⁸⁶ Decreto 999/92, artículo 18, inciso b)

⁸⁷ Decreto 375/97, artículos 29 y 30

⁸⁸ Decreto 1738/92, Capítulo XI “*Procedimientos y Control Jurisdiccional*”, reglamentación artículos 65 a 70, apartado 12)

⁸⁹ BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, op. y vol. Cits; pág. 238. El restante aspecto que indica BIANCHI es el relativo a los límites de la revisión judicial.

⁹⁰ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, 4 ed; Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As; 2000, VII-16, punto 1.1.

⁹¹ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, op. cit; punto XV-5

⁹² Así, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala II, en el ya citado caso “*Obras Sanitarias de Mendoza S.A. v. Provincia de Mendoza s/ acción de inconstitucionalidad*”, del 10 de mayo de 2001.

⁹³ Ello, aún cuando puede advertirse que la Constitución Nacional no utiliza, en materia de organización institucional y administrativa, conceptos técnicos sino políticos.

⁹⁴ Esta cuestión fue introducida en el debate de la Convención Constituyente por la Convencional LIPSZYC, mereciendo –inclusive– la inserción de su propia solicitud en el Diario de Sesiones, mas no surge de la exposición del Convencional IRIGOYEN, Miembro Informante de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías; cfr. *Convención Nacional Constituyente*, Versión Taquigráfica de la 3ª Sesión Ordinaria del 16 de agosto de 1994, en especial, págs. 4171 y sigs.

⁹⁵ cfr. C.N. artículos 86, 85, 75, inciso 19 y 120, respectivamente. En igual sentido, PLAZA, Martín, “*El Organismo regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos*”, en Revista Sindicatura No. 11, Junio de 2000, pág. 2.

la CNC pudiese concretarse en perjuicio de los usuarios y, por lo tanto, otorgar suficiente legitimación para el cuestionamiento judicial de la medida⁹⁶. Repárese en que lo que se discutía en ese caso era, ni más ni menos, que la intervención dispuesta en el órgano directivo de la comisión reguladora, es decir, la medida en que mayormente se demuestra la existencia de un poder de control por parte de la Administración Central⁹⁷.

Lo dicho resulta relevante, especialmente, frente a la existencia de facultades típicamente regulatorias en órganos adscriptos en la Administración Central⁹⁸ como lo son, en materia de telecomunicaciones, la Secretaría de Comunicaciones, la de Defensa de la Competencia y del Consumidor y, en materia de energética, la de Energía, tal como ya ha sido señalado. De esta forma, la calidad de secretarías ministeriales no afecta *per se* la validez constitucional de la atribución de facultades regulatorias.

Respecto a estos supuestos -en los que corresponde afirmar el carácter eminentemente político de sus titulares y la falta de especialización técnica requerida a éstos- cabe señalar que, aún cuando se considere que se tratan de casos de desconcentración administrativa⁹⁹, y más allá de las restricciones que, al efecto, podría sostenerse que surgen de la función materialmente ejercida en cada caso¹⁰⁰, de acuerdo con importante doctrina y jurisprudencia de la Procuración del Tesoro, el Presidente de la Nación estaría habilitado para proceder a avocarse en la labor de tales secretarías¹⁰¹; con lo cual, sumado a la posibilidad de libre y discrecional remoción de sus titulares, surge clara la falta total de “*independencia*” o “*autonomía*” de esta clase de reguladores frente al Presidente de la Nación.

C) Autarquía, independencia y control administrativo.

Sobre la base de que la mayoría de los entes regulatorios han sido creados como entidades autárquicas¹⁰², en general se ha puesto énfasis -en lo que hace a intentar garantizar su independencia frente a la Administración Central- en la circunstancia en que la entidad hubiese sido creada por ley o por decreto.

Al respecto, cabe recordar -como se ha señalado- que la cuestión es de larga data puesto que se remonta a más de cincuenta años atrás con las opiniones discordantes de BIELSA y de VILLEGAS BASAVILBASO¹⁰³. Lo cierto es que, como bien lo recuerdan COMADIRA¹⁰⁴ y BIANCHI¹⁰⁵, tres han sido las posturas que, en lo sustancial, se han invocado sobre el particular.

La primera, mayoritaria y de más antigua data, sostiene que las entidades autárquicas sólo pueden ser obra del legislador; ello, basado -en lo sustancial- en la competencia atribuida al Congreso por el artículo 75, inciso 20 de la Constitución en lo que hace a la “*creación y supresión de empleos*” así como la de “*fixar sus atribuciones*”¹⁰⁶.

⁹⁶ Cfr. causa C. 7. XXXII. C. 1892. XXXI, in re “*Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria s/ amparo*”, del 7/5/98, Fallos 321 : 1352. Cabe señalar que el Tribunal concedió el recurso extraordinario interpuesto tanto por la asociación como por el Defensor del Pueblo por encontrarse en juego la interpretación del artículo 42 de la Constitución Nacional; cfr. Considerando 5).

⁹⁷ A este respecto, repárese en que, como bien ha señalado CASSAGNE “*las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el interventor se rigen por los principios de la jerarquía, pudiendo recibir la entidad autárquica por este medio órdenes dictadas e instrucciones específicas del Poder Ejecutivo*”; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, op. y vol. Cits; pág. 364

⁹⁸ MUÑOZ ha dicho, respecto a la naturaleza jurídica de los entes reguladores que “*algunos son simples órganos de la Administración Pública*.”; cfr. MUÑOZ, Guillermo A.; “*Los Entes Reguladores como instrumentos de control de los servicios públicos*”, en *Actualidad en el Derecho Público* n° 14, Septiembre-Diciembre de 2.000, pág. 72

⁹⁹ Ello, en la medida en que la normativa les habría conferido a esos órganos facultades decisorias en esas materias; cfr. Doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación, dictamen 366/2002, del 30/9/2002, pág. 6. Sobre la desconcentración, ver CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, op. y vol. Cits; págs. 295 y siguientes.

¹⁰⁰ Por ejemplo, en materia jurisdiccional.

¹⁰¹ Así, se considera que la especial atribución de competencias a un órgano desconcentrado en función de su especialidad técnica no es una limitante para la avocación presidencial; cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada*, con la colaboración de Laura MONTI, Tomo I, ed. La Ley, Bs. As; 2002, pág. 163; idem, GONZÁLEZ ARZAC, Rafael, “*La Competencia de los órganos administrativos*”, en A.A.V.V., *Estudios de Derecho Administrativo*, ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As, 1975, pág. 92; Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 219 : 167 y sus citas. Asimismo, la Procuración ha admitido la procedencia de la avocación presidencial respecto de las facultades atribuidas por la ley al Jefe de Gabinete, cfr. Dictámenes 232 : 174. Adicionalmente, cabe señalar que el Alto Organismo Asesor también ha admitido la avocación presidencial frente a un órgano desconcentrado con el fin de proceder a ejercer la facultad revocatoria, cfr. Dictámenes 235 : 446. También se ha admitido la avocación del Poder Ejecutivo para resolver un reclamo impropio interpuesto contra un reglamento dictado por un ministerio; cfr. Dictámenes 192 : 28.

¹⁰² Así, Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 228 : 120 y Dictámenes 239 : 115 entre otros.

¹⁰³ BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, op. y vol. Cits; pág. 227 y sigs.

¹⁰⁴ COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, op. cit.

¹⁰⁵ BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, op. y vol. Cits; pág. 228 y sigs.

¹⁰⁶ Básicamente sostenida por BIELSA y seguida, con matices diversos, por DÍEZ, GORDILLO, LINARES, CANASI, Roberto y Juan Carlos LUQUI, DROMI, DOCOBO y FIORINI; cfr. DE ESTRADA, Juan Ramón, “*Atribución de los Poderes Legislativo y Ejecutivo para crear Entidades Autárquicas*”, L.L. 156 : 1413, en especial, págs. 1417 y sigs.

La segunda, sostiene que se trata de una facultad exclusiva del Presidente de la Nación por ser una manifestación de la “*Administración General del País*” y amparada por la “*Zona de Reserva de la Administración*”¹⁰⁷. No obstante, esta exclusividad no alcanza a las entidades que, por expreso mandato constitucional, deben ser creados por el Legislativo al tratarse de “*administraciones especiales*” confiadas por el constituyente al Congreso –ej. Bancos oficiales y Universidades nacionales–¹⁰⁸.

Finalmente, una tercera postura que considera que se tratan de facultades concurrentes entre ambos poderes¹⁰⁹, con excepción de las entidades que se encuentren relacionadas con las atribuciones expresas que la Constitución Nacional pone a cargo del Congreso¹¹⁰.

Por su parte, la Procuración del Tesoro de la Nación, si bien con una jurisprudencia cambiante a lo largo del tiempo¹¹¹, parece inclinarse por la segunda posición¹¹².

En materia específica de entes reguladores, la doctrina tampoco se encuentra conteste reeditándose, en lo sustancial, los mismos argumentos esgrimidos para la creación de entes autárquicos y que acabamos de reseñar¹¹³.

La cuestión central pasa, entonces, por determinar si la Constitución Nacional al contemplar a los organismos de control ha establecido una solución especial para estos entes a modo de lo previsto respecto de bancos y universidades nacionales. Téngase en cuenta que, en el caso de tratarse de entes que sólo pueden ser creados por el Congreso en función de facultades constitucionales exclusivas, en la postura más favorable a reconocer facultades de creación al Presidente, el control de la Administración Central estaría limitado a cuestiones de legalidad excluyéndose las de oportunidad, mérito y conveniencia¹¹⁴.

Una postura sostiene que el artículo 42 de la Constitución Nacional, al referirse en su texto a la “*legislación*”, impone –en resguardo de los derechos de los usuarios– la necesidad de creación por ley formal de tales entes así como la necesaria adecuación de los creados por decreto en forma previa a la reforma constitucional¹¹⁵. Esta tesis ha sido seguida por cierta jurisprudencia administrativa del ENRE¹¹⁶ así como por alguna jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal¹¹⁷. Así, los entes reguladores sólo podrían ser creados por el Congreso en ejercicio de facultades constitucionales exclusivas, de donde se derivarían ciertas

¹⁰⁷ Sostenida, básicamente, por VILLEGAS BASALVIBASO y MARIENHOFF y seguida por SARRÍA, BIDART CAMPOS y ALTAMIRA, cfr. cfr. DE ESTRADA, Juan Ramón, “*Atribución de los Poderes Legislativo y Ejecutivo para crear Entidades Autárquicas*”, L.L. 156 : 1413, en especial, págs. 1419 y sigs.

¹⁰⁸ Así, MARIENHOFF, Miguel S; *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 5 ed; ed. Abeledo Perrot, Bs. As; 1995, pág. 377 y del mismo autor, “*La potestad constitucional para crear entidades autárquicas institucionales y lo atinente a la extensión del control sobre las mismas, en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación*”, en A.A.V.V.; *120 años de la Procuración del Tesoro 1863-1983*, ed. Oficial, Bs. As; 1983, pág. 54

¹⁰⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, op. y vol. Cits; págs. 297 y 361 y DE ESTRADA, Juan Ramón, “*Atribución de los Poderes Legislativo y Ejecutivo para crear Entidades Autárquicas*”, L.L. 156 : 1413, en especial, págs. 1420 y sigs.

¹¹⁰ Es decir, bancos oficiales y universidades nacionales, cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, op. y vol. Cits; pág. 361

¹¹¹ Así, ver MARIENHOFF, Miguel S; “*La potestad constitucional para crear entidades autárquicas institucionales y lo atinente a la extensión del control sobre las mismas, en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación*”, op. cit. en A.A.V.V.; *120 años de la Procuración del Tesoro 1863-1983*, op. cit; págs. 61 y sigs; y más recientemente, LÓPEZ OLACIREGUI, Martín, “*La doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación en materia de entidades autárquicas*”, en Revista de Derecho Administrativo No.14, págs. 533 y sigs.

¹¹² En este sentido, Dictámenes 236 : 354 y sus citas.

¹¹³ Sobre el particular, ver BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, op. y vol. Cits; págs. 229 y sigs.

¹¹⁴ Así, MARIENHOFF, Miguel S; “*La potestad constitucional para crear entidades autárquicas institucionales y lo atinente a la extensión del control sobre las mismas, en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación*”, op. cit; en A.A.V.V.; *120 años de la Procuración del Tesoro 1863-1983*, op. cit; pág. 64 y sigs. En igual sentido se ha pronunciado la Procuración del Tesoro de la Nación, a pesar de no haber contado, también en este tópico, con una jurisprudencia uniforme, cfr. LÓPEZ OLACIREGUI, Martín, “*La doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación en materia de entidades autárquicas*”, en Revista de Derecho Administrativo No.14, págs. 559 y sigs. Este es el criterio seguido por el artículo 97 del Decreto 1759/72 (t.o. 1991). Por su parte, HUTCHINSON ha criticado la solución reglamentaria sobre la base de considerar que siempre que el ente sea creado por ley el control es limitado a la legalidad; cfr. HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Reglamento de la ley 19.549*, Tomo II, ed. Astrea, Bs. As; 1988, pág.470.

¹¹⁵ Postura básicamente sostenida por GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, op. cit; XV-1 y sigs.

¹¹⁶ El ENRE ha interpretado, al elevar un recurso de alzada interpuesto por EDESUR S.A. contra una decisión dictada en una controversia en los términos del artículo 72 de la Ley 24.065, que el contralor de la Secretaría de Energía resultaba limitado a la legalidad del acto invocando al efecto lo normado en el artículo 97 del Decreto 1.759/72 (T.O. 1991) en cuanto dispone tal solución cuando la entidad autárquica fuese creada por el Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales; cfr. Resolución ENRE n° 4/94. Nos hemos referido a esta jurisprudencia en AGUILAR VALDEZ, Oscar, “*Notas sobre los procedimientos administrativos de solución de controversias entre agentes de la industria por parte de los entes reguladores de servicios públicos (Con especial referencia al caso del ENRE)*”, en A.A.V.V., *Procedimiento Administrativo*, ed. Ciencias de la Administración, Bs. As, 1998.

¹¹⁷ Así, por ejemplo, Juzgado Contencioso Administrativo Federal No. 10, in re “*Nieva, Alejandro y otros v. PEN –Dec.375/97*”, del 30/5/97 y del 8/7/97, confirmadas por la Sala II de la Cámara del Fuero. Merece señalarse que, posteriormente, al resolver la Corte Suprema la conocida causa “*Rodríguez*”, ambos fallos quedaron sin efecto, aún cuando el Alto Tribunal no se pronunció sobre el tema en cuestión.

consecuencias como, por ejemplo, la improcedencia de la intervención, avocación y control por vía del recurso de alzada¹¹⁸.

Desde otra perspectiva, CASSAGNE, reafirmando su concepción sobre la existencia de facultades concurrentes para la creación de entes autárquicos, ha negado que los entes reguladores sean de aquellos que el Congreso deba crear en ejercicio de facultades constitucionales exclusivas al no estar su modo de creación expresamente previsto en la Constitución¹¹⁹.

La Procuración del Tesoro de la Nación, siguiendo también su jurisprudencia tradicional en materia de entes autárquicos, ha considerado que, aún luego de la reforma constitucional, los entes reguladores pueden ser creados por el Poder Ejecutivo, quien ejercerá sobre ellos un control amplio, tanto de legalidad como de oportunidad, mérito y conveniencia¹²⁰, lo que importa, implícitamente reconocer que aún los creados por ley no lo han sido en ejercicio de facultades legislativas exclusivas¹²¹.

Por nuestra parte, coincidimos con COMADIRA y BIANCHI cuando –aún desde diferentes puntos de vista– llegan a la conclusión de que la mención a la “*legislación*” que contiene el artículo 42 de la Constitución Nacional no impone la creación exclusiva por ley formal; ello, en la medida en que el vocablo empleado por la norma no es sinónimo de ésta última sino que también admite su referencia a ley en sentido *material*, lo que habilitaría la creación por reglamento administrativo¹²². No obstante, dentro de una adecuada hermenéutica constitucional, no puede escaparse que, como bien ha señalado COMADIRA, la afectación de derechos particulares por parte de estos entes debería contar con respaldo en ley formal¹²³. Mas ello –que es predicable para toda clase de organización administrativa cuyas competencias sean susceptibles de afectar derechos individuales y no sólo respecto a los entes reguladores– no es fundamento suficiente para equiparar a éstos con los bancos oficiales y con las universidades nacionales a los fines de limitar el control administrativo, puesto que en estos últimos casos, la referencia a las facultades legislativas exclusivas resulta indudable.

Lo dicho deriva en la conclusión que los entes reguladores, aún los creados por ley del Congreso, no dejan de constituir “*administración pública*” y, por ende, subordinados a las políticas administrativas¹²⁴ y al control del Ejecutivo como Jefe y responsable político de la Administración Pública Nacional¹²⁵. En este sentido, debe recordarse que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido sumamente estricta en la vigencia de la jefatura administrativa¹²⁶ sobre las entidades autárquicas, aún respecto a las de raigambre constitucional como lo eran, aún antes de la reforma constitucional, las universidades nacionales¹²⁷. En síntesis: la existencia de un “*cuarto poder*” –el *poder regulatorio*– desvinculado de la Administración Central, y en especial, del poder de control presidencial, resulta un imposible dentro de nuestro sistema constitucional¹²⁸. Siempre hemos pensado que es la existencia de la Jefatura Administrativa y el control que el Ejecutivo tiene en virtud de la misma sobre todas las manifestaciones de la Administración, lo

¹¹⁸ Así, GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, op. cit; XV. En la Resolución ENRE 4/94 antes citada, la consecuencia derivada de esta posición fue propugnar el limitado control del superior por la vía de alzada.

¹¹⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, op. y vol. Cits; pág. 370

¹²⁰ Dictámenes 239 : 115 en referencia al ORSNA.

¹²¹ Cabe señalar que la Procuración del Tesoro de la Nación ha considerado que, aún tratándose de un ente (en el caso, la Superintendencia de Seguros de la Nación) creado por ley, en tanto que no se trate de los creados por el Congreso en virtud de facultades constitucionales exclusivas, el control del Ejecutivo es amplio, cfr. Dictámenes 213 : 291

¹²² COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, op. cit; pág. 235 y BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, op. y vol. Cits; pág. 233.

¹²³ COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, op. cit; pág. 235.

¹²⁴ Así, Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 239 : 26 y Dictámenes 241 : 386, donde se consideró aplicables a entidades creadas por ley (Banco de la Nación Argentina y Comisión Nacional de Valores, respectivamente) las políticas de racionalización y de reducción del gasto público dispuestas por el Poder Ejecutivo.

¹²⁵ Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 239 : 115 y sus citas.

¹²⁶ Así, ya en 1864, en el precedente de Fallos 1 : 456, in re «*Benítez y Cia*», el Tribunal tuvo oportunidad de sostener que «...el Poder Ejecutivo Nacional, en virtud de las atribuciones que le corresponden como Jefe Supremo de la Administración General de la República, ..., puede inspeccionar los procedimientos de aquellos empleados que él nombra al efecto y que obran bajo su dirección y dependencia y reformarlos reparando los perjuicios que hayan causado a los particulares por una errada aplicación de las leyes y de los reglamentos dictados para su fiel observancia».

¹²⁷ Vale recordar lo resuelto en la causa “*Universidad de Buenos Aires v. Estado Nacional*” (Fallos 314 : 570) en donde el Alto Tribunal tuvo ocasión de señalar “que las disposiciones de la Constitución Nacional que confieren al Presidente el carácter de jefe supremo de la Nación, a cuyo cargo se halla la administración general del país (art. 86, inciso 1°) ...acuerdan fundamento suficiente al contralor administrativo que corresponde ejercer a la Administración Central sobre las entidades autárquicas en general...La falta de ese contralor las convertiría en entidades independientes, desnaturalizando el régimen jurídico que les es propio” (cfr. considerando 5°); en igual sentido, in re “*Jurío*”, Fallos 316 : 1723, en especial, considerando 7°)

¹²⁸ En este sentido, ver MAIRAL, Héctor A.; “*La ideología del servicio público*”, en Revista de Derecho Administrativo n° 14, Septiembre-Diciembre 1993, pág. 419.

que le confiere legitimidad democrática a la Administración Pública. Lo dicho es relevante si la regulación tiende a cobrar un cariz redistributivo en lugar de perseguir, exclusivamente, la eficiencia económica. Frente a un mayor cariz redistributivo será exigible un mayor control por parte del Jefe de la Administración.

De esta forma, la pretensión de admitir que el legislador pueda restringir o eliminar la procedencia del recurso de alzada en materia regulatoria¹²⁹ resulta, cuando menos, cuestionable desde el punto de vista constitucional¹³⁰. La concurrencia que es admisible en orden a la creación de tales entes no habilita al legislador a invadir competencias privativas del Ejecutivo como lo sería el control por vía de alzada¹³¹.

En esta línea, CASSAGNE recientemente ha sostenido que por tales motivos, el Congreso no podría cercenarle al Ejecutivo sus atribuciones constitucionales ya sea recortando sus facultades reglamentarias y de control de tutela o bien, creando entidades administrativas que dependan del Parlamento; ello, aún cuando –paralelamente– admite que el control debe limitarse a la legalidad exclusivamente¹³².

Sobre el particular, debemos señalar que en jurisprudencia se ha considerado que la previsión legislativa de un recurso judicial directo contra decisiones de una entidad autárquica no puede, constitucionalmente, vedar la procedencia del recurso de alzada puesto que ello importaría invadir la Zona de Reserva de la Administración¹³³. Esta jurisprudencia permitiría desvirtuar cualquier interpretación en contrario que pretendiese fundar una solución distinta en la circunstancia que, si el particular tiene establecida una vía específica de impugnación judicial no puede recurrir a otras diferentes¹³⁴.

Del panorama expuesto surge que, en rigor, la circunstancia que el ente hubiese sido creado por ley poca relevancia tendría frente a la pretensión de independencia ante la Administración Central, puesto que no quedaría excluido del contralor del Ejecutivo¹³⁵. Por otra parte, las limitaciones impuestas por la jurisprudencia de la Corte Suprema a la posibilidad que el legislador restinja la facultad de remoción que la Constitución le reconoce al Ejecutivo respecto a los demás funcionarios de su rama¹³⁶, también impiden asimilar creación por ley e independencia. De hecho, esto es lo que ocurre con el ENRE y con el ENARGAS –entes creados por ley– respecto a los cuales no puede predicarse –desde el punto de vista de su realidad normativa– independencia alguna frente al Ejecutivo. De poco sirve –para la pretensión de independencia– crear entes por ley si, a pesar de ello, como bien se ha dicho, el Presidente puede remover discrecionalmente a sus directores o controlar sus actos por motivos de oportunidad, mérito y conveniencia. Así, la creación por ley no garantiza en nuestro régimen constitucional la independencia del regulador¹³⁷.

No obstante, en lo que hace al compromiso regulatorio, la creación por ley del ente no deja de tener algunas ventajas frente a la creación por decreto, tal como lo demuestra, por ejemplo, el caso del ENRE y ENARGAS frente al desempeño de otros entes creados por vía reglamentaria.

¹²⁹ En este sentido, además de la postura de GORDILLO ya citada, ver, por ejemplo, BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, op. y vol. Cits; pág. 256; TAWIL, Guido S., “A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de los nuevos entes reguladores”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, ed. Abeledo Perrot, Bs.As; 1998, Pág. 1358 y sigs; idem “Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria”, op. cit; Suplemento de Derecho Administrativo Revista El Derecho del 28 de Julio de 2000 y “A propósito del Proyecto de Ley de concesiones, licencias y permisos de servicios públicos nacionales y figuras vecinas”, en Revista Régimen de la Administración Pública, No. 252, Septiembre de 1999; CANOSA, Armando, “El recurso de alzada y la nueva administración”, op. cit; en A.A.V.V; *130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación 1863-1993*, op. cit, y *Los Recursos Administrativos*, op.cit; pág. 224 y sigs; SEIJAS, Gabriela, “Los Entes Reguladores y la extensión del Recurso de Alzada”, en Revista de Derecho Administrativo, n° 27/29, pág. 484; entre otros. En jurisprudencia, ver Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala II, in re “Obras Sanitarias de Mendoza S.A. v. Provincia de Mendoza s/ acción de inconstitucionalidad”, del 10 de mayo de 2001.

¹³⁰ En este sentido, cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, op. cit; págs. 235/236.

¹³¹ Tal como, paralelamente, la concurrencia de facultades no habilitaría al Presidente a dotar de fondos presupuestarios al ente sin respaldo en ley previa.

¹³² Así, CASSAGNE, Juan Carlos, “Evolución de los Principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”, op. cit; L.L. revista del 27 de febrero de 2002, pág. 4

¹³³ CNFed. Cont. Adm, Sala I, in re “Gramajo, Raúl Ambrosio v. ISSB –Resol.114/96 s/ empleo público”, fallo del 8/10/98, en especial, considerando 8). Asimismo, dicha Sala hizo referencia a esa doctrina en in re “Edenor S.A. v.Resolución ENRE 982/97”, del 27/10/98.

¹³⁴ Doctrina de Fallos 295 : 994; Fallos 310: 2336 y Fallos 312 : 1724, entre otros. En el caso “Moyano”, Fallos 8 : 393, la Corte había negado que la existencia de un recurso judicial directo afectase la Jefatura Administrativa. Sobre la base de esta jurisprudencia se ha admitido la exclusión del recurso de alzada, cfr. CNFed. Cont. Adm; Sala I, in re “Gas Natural Bar”, del 2/9/97 y Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 228 : 138 y sus citas.

¹³⁵ En este sentido, se ha dicho que la posibilidad del control por vía de alzada priva de independencia al ente regulador, cfr.SALOMONI, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, op. cit; pág.411

¹³⁶ Así, Fallos 314 : 1091, con las modulaciones impuestas en Fallos 320 : 2509 y Fallos 321 : 1970, respectivamente

¹³⁷ Así, BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, op. y vol. Cits; pág. 236.

Una primer ventaja radicaría en que le daría al ente una mayor legitimidad política¹³⁸ al haber sido necesario el consenso parlamentario para disponer su creación¹³⁹.

Una segunda ventaja radicaría en que se le otorgaría al ente una mayor estabilidad en su existencia frente al caso de entes creados por decreto¹⁴⁰, donde bastaría otro decreto para disolverlo y, por lo tanto, aún cuando se hubiese otorgado estabilidad a sus directivos, la supresión de la existencia del ente la tornaría vacía de contenido¹⁴¹. La relativa facilidad del Ejecutivo para alterar el marco regulatorio genera situaciones para el oportunismo político que deben ser evitadas¹⁴².

Asimismo, debe señalarse que BIANCHI extrae dos consecuencias diferenciales de la creación por ley frente a la creación por reglamento: (i) la posibilidad de delegarles facultades legislativas y (ii) la posibilidad de eliminar el recurso de alzada. Por nuestra parte, nos parece que la posibilidad de delegarles facultades legislativas, en realidad, no se vincula necesariamente con el acto de creación del ente sino con la norma delegante y con el proceso de delegación mismo, el que puede tener lugar una vez creado el ente por vía reglamentaria¹⁴³. En lo relativo a la posibilidad de suprimir la alzada, las consideraciones expuestas sobre el particular en forma precedente nos generan serias dudas sobre esta "ventaja".

D) Las cuestiones técnicas.

En atención a la prácticamente nula autonomía o independencia que el ordenamiento jurídico es susceptible de reconocer a los entes reguladores –sean creados por ley o por decreto, tal como vimos– y en un intento por lograr algún grado de limitación en el control de los entes por parte de la Administración Central, el Alto Organismo Asesor ha sostenido que no procede el control por vía de alzada de los actos de entes reguladores dictados en ejercicio de competencias que le han sido encomendadas exclusivamente en función de su idoneidad técnica, cuyo objeto fuese técnico y el recurrente impugnase únicamente ese objeto, salvo arbitrariedad¹⁴⁴.

Como bien se ha señalado, es difícil separar las cuestiones técnicas de las referidas a la legalidad. Demostrado el error técnico de un acto, él es ilegítimo y entonces podría ser revocado por el recurso de alzada¹⁴⁵. En todos los casos, el enjuiciamiento de los hechos de acuerdo al contenido u objeto de la norma –técnica– que debe aplicarse, se trata de una operación jurídica que introduce a los hechos dentro del mundo de la conducta debida, y por lo tanto, sujeta al control de legalidad, tal como lo sostuvo FIORINI años atrás¹⁴⁶. Esta última circunstancia nos lleva a señalar que no puede considerarse *per se* a la técnica como configurativa de una cuestión que no pueda ser susceptible de un control de legalidad en la medida en que las reglas técnicas o científicas se subsumen en el ordenamiento jurídico por remisión expresa o implícita de éste a aquellas¹⁴⁷.

Así, en rigor técnico-jurídico, esta doctrina antes que orientarse a vedar el control de mérito lo está haciendo respecto al control de legalidad¹⁴⁸, lo que resulta de difícil comprensión si lo que se pretende es neutralizar políticamente al ente regulador. No obstante, si asumimos que es por medio del empleo de la

¹³⁸ Cfr. OSZLAK, Oscar, "La capacidad de regulación estatal", op. cit; en Enoikos Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, pág.10

¹³⁹ Como se ha señalado, la creación por ley o por decreto obedeció a la posibilidad política, en cada caso, de lograr el apoyo parlamentario; cfr. URBIZTONDO, Santiago, ARTANA, Daniel y NAVAJAS, Fernando, "La autonomía de los entes reguladores argentinos: Agua y cloacas, gas natural, energía eléctrica y telecomunicaciones", op.cit; Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Trabajo R-340, Agosto de 1998, pág. 8

¹⁴⁰ Cfr. OSZLAK, Oscar, "La capacidad de regulación estatal", op. cit; en Enoikos Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, pág. 10

¹⁴¹ Tal lo ocurrido en el caso "Bendimir, Jorge Pablo v. Estado Nacional-M de Economía s/ proceso de conocimiento", fallo del 3/7/2001, resuelto por la CNFed. Cont. Adm. Sala IV; en donde el decreto de creación de la ex Comisión Nacional de Transporte Automotor (CONTA) había otorgado a sus directivos una estabilidad de 6 años en sus cargos. Disuelta por el Ejecutivo dicha entidad, el actor vió privada de contenido su estabilidad. La Cámara consideró que desaparecido el ente desaparecía el derecho a la estabilidad y, por lo tanto, no era posible que el actor continuase siendo director en la CNRT, organismo que sucedió a la ex CONTA.

¹⁴² SPILLER, Pablo T; "El por qué de la regulación de los servicios públicos con implicancias para la Argentina", op. cit; en Fundación Gobierno y Sociedad; Cuaderno 2, Diciembre 1998, pág.10

¹⁴³ Ello, amén que debería determinarse, con precisión, si a la luz del artículo 76 de la Constitución Nacional puede mediar una delegación legislativa directa a favor de los entes.

¹⁴⁴ Dictámenes 227 : 119; Dictámenes 228: 114; 239 : 115, entre otros.

¹⁴⁵ SEIJAS, Gabriela, "Los Entes Reguladores y la extensión del Recurso de Alzada", op. cit; en Revista de Derecho Administrativo, n° 27 / 29, pág. 481 con cita de HUTCHINSON.

¹⁴⁶ FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, Vol. I, 2ª edición actualizada, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1976, pag. 415.

¹⁴⁷ En este sentido, SESIN, Domingo Juan, *Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos Mecanismos de Control Judicial*, Bs. As., 1994, pag. 244. Con acierto decía FIORINI: «Este juicio técnico no podrá imponerse excluyéndose las circunstancias y las normas que reglan el caso. Lo técnico no implica que debe considerarse inoperante el orden jurídico, que la juridicidad y la legalidad de la Administración deben desaparecer»; *Derecho Administrativo*, op. y Vol. cit., pag. 275

¹⁴⁸ Sobre la no diferenciación entre legalidad y mérito, ver la posición de SOTO KLOSS, Eduardo, "El Control de mérito de los actos administrativos", en L.L. Córdoba 1989, pág. 1020 y sigs.

técnica como los reguladores ejecutan las políticas regulatorias lo cierto es que la limitación parecería contradecir el principio constitucional del control amplio ya mencionado. Por otra parte, cabe preguntarse si –en forma análoga a lo que ocurre en materia de limitación a la avocación en casos de desconcentración- dicha restricción puede ser válidamente pregonada respecto del Presidente¹⁴⁹.

De todas maneras, en la medida en que (i) la discrecionalidad regulatoria quede acotada ya sea por las normas de alcance general que el ente deberá aplicar o por el empleo mismo de la “técnica” y, (ii) la “técnica” no encubra la creación de políticas redistributivas por parte del regulador, lo cierto es que la restricción al control de la Administración Central adquiriría mayor andamiaje constitucional.

E) Las restricciones al funcionamiento de los entes derivadas de los límites formales externos de actuación.

En primer lugar, tal como lo hemos dicho en otra oportunidad¹⁵⁰, cabe señalar que conforme al artículo 42 de la Constitución Nacional las funciones del órgano de control y los lineamientos políticos generales de la industria necesariamente deberán estar prefijadas por el respectivo marco regulatorio, el que deberá ser sancionado por un órgano con clara legitimación política (vgr. Poder Legislativo o Poder Ejecutivo). De esta forma, las facultades del ente regulador necesariamente se tendrán que ejercer dentro del *marco regulatorio*, el que –por necesaria implicancia- limita las opciones regulatorias que pudiese adoptar el ente en el ejercicio de las funciones atribuidas. En esta línea de ideas, cobra relevancia lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto al ETOSS, al señalar –categóricamente- que dicho ente no podía actuar más allá de lo habilitado por el marco regulatorio ni desvirtuar el *sentido* del régimen tarifario mediante obligaciones no previstas en él¹⁵¹.

En segundo lugar, cabe señalar que la realidad normativa demuestra –como lo ha señalado con acierto SALOMONI- que en el orden argentino –a diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado- los entes reguladores no ejercen funciones reglamentarias en exclusividad sino que, por lo contrario, las comparten en forma concurrente con el Poder Ejecutivo Nacional¹⁵². Ante esta situación cabe tener presente que recientemente CASSAGNE ha sostenido que “*si conforme la Constitución Nacional el Ejecutivo es el órgano encargado de reglamentar las leyes que contienen los llamados marcos regulatorios, es evidente que una facultad similar le está vedada otorgar al Congreso a los entes de control, no sólo por la anarquía normativa que se produciría sino por que el poder reglamentario la Constitución Nacional lo ha atribuido en exclusiva al Poder Ejecutivo (art. 99, inciso 2, Constitución Nacional)*”¹⁵³. Así, desde esta perspectiva –y sin necesidad de adentrarse al espinoso tema de la admisibilidad de la delegación legislativa en los entes reguladores¹⁵⁴ - se pone en tela de juicio la viabilidad de una de las principales facultades que la teoría de la regulación y el derecho comparado han depositado en los reguladores. De esta manera, los entes reguladores se converti-

¹⁴⁹ Sobre el particular, ver los planteamientos en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada*, op. y vol. Cits; pág.165 y MAURI, Eduardo, “Avocación Presidencial y Entidades Autárquicas”, en *Revista de Derecho Administrativo* No. 33/35, enero-diciembre 2000, págs.485 y sigs.

¹⁵⁰ En “*El Acto Administrativo Regulatorio*”, op. cit; en A.A.V.V; *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, op.cit;pág. 457 y sigs.

¹⁵¹ Cfr. in re “*Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado Nacional –PEN-M□ de Eco. Obras y Serv. Públ.- y otros s/ amparo ley 16.986*”, causas D.1084. XXXII, D.1032. XXXII y D. 1040.XXXII, considerandos n□ 21). En el caso, al haber el Poder Ejecutivo delimitado el sistema, principios y régimen tarifarios –opción que implica el ejercicio de una facultad de apreciación política, máxime si dicho sistema importa perseguir políticas sociales- es claro que el ente no podía desvirtuar el *sentido* de dicho régimen, tal como lo señaló la Corte Suprema. En este sentido, nótese que lo que el Alto Tribunal fulmina, no es ya regular en contraposición a lo expresamente normado en el marco regulatorio, sino el haber desvirtuado el *sentido* del referido régimen. Este precedente, reviste fundamental importancia en orden a la precisión de los límites de las facultades de los entes reguladores, tal como lo ha señalado la doctrina, así, vid MONTI, Laura Mercedes, “*Facultades reglamentarias de los entes de control*”, desgravación de la ponencia expuesta por la autora en A.A.V.V., “*La Transformación Regulatoria. La Seguridad Jurídica y los contratos de gas*”, organizado por la Asociación de Abogados de la Industria del Gas (ADAIG), el 27 de septiembre de 2.000, recopilación de ARGIA, Bs. As., 2.001, pág. 15. Sobre la delimitación de las facultades de los entes por los marcos regulatorios, ver PRITZ, Osvaldo A.F., “*La Reforma Constitucional y los Servicios Públicos*” en SARMIENTO GARCÍA, Jorge H. y otros, *La Reforma Constitucional Interpretada*, op. cit; pág. 230.

¹⁵² SALOMONI, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, op. cit; pág. 411.

¹⁵³ CASSAGNE, Juan Carlos, “*Evolución de los Principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización*”, L.L. revista del 27 de febrero de 2002, pág.4

¹⁵⁴ Sobre el particular, ver CASSAGNE, Juan Carlos, “*Evolución de los Principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización*”, op. cit; L.L. revista del 27 de febrero de 2002,pág. 4 y del mismo autor, *Derecho Administrativo*, op. y vol.cits; págs.379 y sigs; COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada*, op.cit; pag. 137 y sigs; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, op. cit; XV-8; BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, op. y vol. cits; pag. 239 y sigs,

rían en meros “*organismos de control*” que sólo se limitarían a aplicar y fiscalizar el cumplimiento de las normas regulatorias dictadas por la Administración Central¹⁵⁵.

En tercer lugar, e íntimamente vinculado con lo anterior, señalamos que en el concreto ejercicio de sus funciones, el ente no podrá avanzar –alterándolos– sobre aspectos que han sido objeto de acuerdo en el contrato de concesión celebrado entre el Poder Ejecutivo (Autoridad Concedente) y el concesionario. En este sentido, una vez más reiteramos nuestra adhesión a la corriente doctrinaria¹⁵⁶ y jurisprudencial¹⁵⁷ que propugna la necesidad de distinguir entre el papel atribuido al ente regulador y el que le corresponde al Estado concedente, puesto que el primero de ellos, al no ser parte del contrato, carece de facultades para pronunciarse o regular sobre lo acordado entre el órgano concedente –de neta naturaleza política– y el concesionario¹⁵⁸. Adicionalmente, téngase en cuenta que, sin perjuicio del carácter contractual que reviste la concesión de servicio público¹⁵⁹, muchas de sus disposiciones –las denominadas en el derecho francés como *cláusulas reglamentarias*¹⁶⁰– configuran un verdadero marco regulatorio del servicio, establecido en función de criterios de índole política económica y social, y ajenos a la competencia propia del ente regulador¹⁶¹.

Tal como lo señalamos en otro lugar, sin dudas, el régimen regulatorio vernáculo crea verdaderos problemas institucionales al haber pretendido hacer convivir a un instituto como lo es el *ente regulador*, propio de regímenes donde la habilitación no es de naturaleza contractual, con otro sistema como lo es el del *contrato administrativo de concesión*, en el cual la noción de *ente regulador* carece de tradición y hasta de sentido puesto que los poderes del concedente parecerían ser suficientes para asegurar el régimen de prestación¹⁶².

¹⁵⁵ Así, CASSAGNE, Juan Carlos, “*Evolución de los Principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización*”, op. cit; L.L. revista del 27 de febrero de 2002, pág. 4 quien sostiene que se impone la separación de la función regulatoria de las que lleven a cabo los entes de control. En similar sentido, TAWIL, Guido S.; “*A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de los nuevos entes reguladores*”, op. cit; en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, op. Cit; pág. 1358 y *Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria*, Suplemento de Derecho Administrativo Revista El Derecho del 28 de Julio de 2000. Para una postura contraria a convertir a los entes reguladores en organismos de control, ver MATA, Ismael, “*Una visión sesgada de la regulación*”, *Revista de Administración Pública*, n° 259, enero de 2.000, págs. 101 y sigs. y “*Panorama del control sobre los entes reguladores*”, op. cit, pág.1, idem NALLAR, Daniel H., *El Estado Regulador y el Nuevo Mercado del Servicio Público. Análisis jurídico sobre la privatización, la regulación y los entes regulatorios*, ed. Depalma, Bs. As; 1999, págs. 116 y sigs.

¹⁵⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, CASSAGNE, Juan Carlos, “*Evolución de los Principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización*”, L.L. revista del 27 de febrero de 2002, pág.4; del mismo autor, “*Presente y futuro de la regulación económica*”, en L.L. 1996-C- 1133; MAIRAL, Héctor A.; “*La ideología del servicio público*”, en Revista de Derecho Administrativo n° 14, Septiembre-Diciembre 1993, pág. 419; TAWIL, Guido S.; “*A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de los nuevos entes reguladores*”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, op. Cit; pág. 1358; FANELLI EVANS, Guillermo, “*La reforma de la Constitución Nacional y los entes reguladores (La posición jurídica del usuario. Las audiencias públicas)*”, L.L. Revista del 9 de marzo de 1995 y ROSSI, Alejandro, “*El diseño de pliegos para el concesionario del servicio de agua potable y saneamiento en Argentina*”, en Revista Régimen de la Administración Pública, Diciembre de 1999, n° 255, pág.94. Como ya lo hemos visto, GORDILLO extrae de esta situación el axioma que dice que “*quien concede no debe controlar*”, cfr. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, op. cit; XV-3

¹⁵⁷ Esta distinción de roles ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “*Litoral Gas S.A. v. Enargas –resol. 29/94*”, causa L. 25. XXXIII, del 16/4/98, en especial, considerando n° 7).

¹⁵⁸ Estas consideraciones son válidas, por ejemplo, para interpretar el marco y el límite de la delegación efectuada a favor del ENRE de las facultades y responsabilidades de autoridad de aplicación y/o de control de los compromisos asumidos en la documentación licitatoria por los generadores, distribuidores y transportistas de energía eléctrica ante el Poder Ejecutivo Nacional. En este sentido, téngase en cuenta, que expresamente se ha señalado que dicha delegación de facultades no comprende las facultades y atribuciones que corresponden al Poder Concedente en cuanto tal; cfr. Decretos 570/96 y 858/98, respectivamente. Análogamente, en Francia, la recientemente creada Comisión Reguladora del Gas y de la Electricidad carece de competencias respecto a la adjudicación y modificación de licencias de operación, las que le corresponden al Ministro de Energía, cfr. DU PUY-MONTBRUN, Guillaume & MARTOR, Boris, “*French Electricity and Gas Regulatory Commission*”, en Journal of Energy & Natural Resources Law, Vol. 19, Number 2, 2001, pág. 183, en especial, nota pie de página 54.

¹⁵⁹ Circunstancia ésta que, en nuestro derecho, no puede ser negada, al respecto vid CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As.; 1.999, pág. 130, donde califica a la concesión de servicio público como el “*paradigma contractual*”.

¹⁶⁰ En el derecho francés, se ha entendido que las mismas son aquellas que, establecidas en el instrumento contractual o en el pliego de condiciones, se refieren a la organización y al funcionamiento del servicio en relación a los usuarios. Su sentido, puede advertirse en el peculiar régimen contencioso administrativo francés puesto que, al dotar a tales cláusulas de naturaleza reglamentaria, permite a los usuarios demandar su nulidad o la nulidad de actos del concesionario que no se adecuen a las mismas, en ambos casos por la vía del recurso por exceso de poder, cfr. GUGLIELMI, Gilles & KOUBI, Geneviève, *Droit du Service Public*, Montchrestien, Paris, 2.000, págs. 349/350. Sobre el particular, ver nuestras referencias en “*El Acto Administrativo Regulatorio*”, op. cit; en A.A.V.V; *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, op.cit;pág. 457 y sigs.

¹⁶¹ En este sentido, la categórica afirmación de TAWIL, Guido S.; “*A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de los nuevos entes reguladores*”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, op. y pág. cit.

¹⁶² Cfr. AGUILAR VALDEZ, Oscar, “*El Acto Administrativo Regulatorio*”, op. cit; en A.A.V.V; *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, op.cit;pág. 457 y sigs. SPILLER ha establecido, como modelos diferentes de regulación de servicios públicos a la técnica contractual y a la de marco y agencia reguladores; cfr. “*Compromiso Regulador y Privatización de Servicios Públicos- Implicancias para futuras investigaciones comparadas*”, op. cit; en SAIEGH, Sebastián y TOMMASI, Mariano (Compiladores), *La Nueva Economía Política. Racionalidad e Instituciones*, op. cit,pág. 256 y sigs.

De esta forma, los actos de mera fiscalización convencional que pudiesen dictar los entes reguladores y que se vinculen con la relación meramente convencional y no surtan efectos hacia terceros¹⁶³, al no ser, propiamente, actos regulatorios, son plenamente revisables por vía dealzada por parte de la Administración Central Concedente y, por ende, no están sujetos a la limitación que, para los actos exclusivamente regulatorios, ha impuesto la ya analizada jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación¹⁶⁴.

IV. ALGUNAS CUESTIONES RESPECTO DEL CONTROL DE LOS ACTOS JURISDICCIONALES.

Si bien el tema lo hemos desarrollado con amplitud en otras publicaciones anteriores¹⁶⁵, conviene formular en el presente algunas precisiones.

En primer lugar, que al no configurarse los entes regulatorios como tribunales administrativos, no puede fundarse en esta circunstancia su pretendida autonomía o independencia frente a la Administración Central¹⁶⁶.

En este sentido, es dable advertir que si bien es difícil determinar en qué consiste un *tribunal administrativo* en atención a la ausencia de regulación legal sobre el particular¹⁶⁷, sí parecería posible conceptualizarlo como un órgano administrativo que, dotados de especialización y cierta descentralización y autonomía funcional, ejerce, *exclusivamente*, funciones materialmente *jurisdiccionales*. En este sentido, *tribunales administrativos* serían organismos que, salvo por que integran la organización administrativa, si se los transfiriese a la órbita judicial en nada cambiaría la labor que diariamente realizan. Esto lo vemos claramente en *tribunales administrativos* tales como el Tribunal Fiscal de la Nación, el Tribunal Administrativo de la Navegación y los tribunales de faltas; en otros términos, se trata de organismos que realizan tareas que en el orden normal de las instituciones las realizan los jueces¹⁶⁸, es decir, se limitan a resolver controversias en forma exclusiva y, por lo tanto, no ejercen otras funciones estatales¹⁶⁹.

En el campo doctrinario, se le ha negado carácter de tribunales administrativos a los entes reguladores, sobre la base de sostener –entre otras razones– que no se da en éstos la separación entre órganos o funciones de la Administración activa y de la función *jurisdiccional*¹⁷⁰. La principal garantía institucional que es exigible para asegurar la *neutralidad* del órgano que tiene a su cargo el ejercicio de funciones jurisdiccionales, cual es la referida a su separación respecto de los órganos que desempeñan las funciones de administración activa¹⁷¹, se encuentra completamente ausente en el caso de los entes reguladores; los que, por tal motivo y

¹⁶³ Como ha señalado MAIRAL, el regulador aplica un marco regulatorio *exterior* al servicio y no potestades internas de dirección y control, cfr. MAIRAL, Héctor A.; “*La ideología del servicio público*”, en Revista de Derecho Administrativo n° 14, op. cit; pág. 419

¹⁶⁴ En este sentido, AGUILAR VALDEZ, Oscar, “*El Acto Administrativo Regulatorio*”, op. cit; en A.A.V.V.; *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, op. cit; pág. 461

¹⁶⁵ En AGUILAR VALDEZ, Oscar, “*Funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos. Algunas precisiones sobre la resolución administrativa de conflictos en materia de regulación*”, en A.A.V.V. *II Jornadas Internacionales sobre Servicios Públicos*, op. cit; y en “*Reflexiones sobre las funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos a la luz del control judicial de la Administración –con especial referencia al ente regulador del gas y de la energía eléctrica*”, en *Anuario de Derecho I*, Universidad Austral, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1994, pág. 186 y sigs.

¹⁶⁶ Sobre el particular, ver HUICI, Héctor María, “*La potestad jurisdiccional en el control administrativo de los servicios públicos*”, L.L. 1996-B-981, en especial, pág. 990. Asimismo, MUÑOZ ha negado que pueda fundarse la independencia de los entes sobre la base de ejercer funciones jurisdiccionales, cfr. MUÑOZ, Guillermo A.; “*Los Entes Reguladores como instrumentos de control de los servicios públicos*”, en Actualidad en el Derecho Público n° 14, Septiembre-Diciembre de 2.000, pág. 71 y sig.

¹⁶⁷ BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, op. y vol. cit; pág. 317.

¹⁶⁸ Sobre el particular, vid GUASTAVINO, Elías P.; *Tratado de la “jurisdicción” administrativa y su revisión judicial*, Tomo I, 2° ed. Actualizada, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II –Obras– Número 21, Bs. As., 1989, pág. 42. En todo caso, son tribunales que responden a una razón de especialidad en la materia, lo que no obstaría a que conservasen dicha especialización si son transferidos a sede judicial.

¹⁶⁹ En esta línea de ideas, LINARES ha sostenido que la actividad jurisdiccional puede ser ejercida tanto por órganos que habitualmente ejercen una administración activa como por órganos no judiciales que integran la Administración –sin administración activa– llamados “*tribunales*”, entre los que ubica al Tribunal de Faltas, al Tribunal Administrativo de la Navegación y al Tribunal Fiscal de la Nación, cfr. LINARES, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, ed. Astrea, Bs. As; 1986, pág. 387. Asimismo, MAIRAL ha distinguido a entre los “*tribunales administrativos*” –entre los que incluye a los así individualizados por nosotros– y a otros organismos administrativos en los que “*se reúnen en un mismo órgano las tres funciones cuya separación constituye uno de los principios cardinales de nuestra Constitución*”, conf. MAIRAL, Héctor A., *Control Judicial de la Administración Pública*, Tomo I, ed. Depalma, Bs. As; 1984; págs. 438 y sigs. Por nuestra parte, podemos agregar que el *leading case* sobre funciones jurisdiccionales de la Administración, in re “*Fernández Arias*”, Fallos 247: 646, versaba, precisamente, respecto a un tribunal administrativo que exclusivamente ejercía funciones de índole jurisdiccional.

¹⁷⁰ Cfr. MUÑOZ, Guillermo A.; “*Los Entes Reguladores como instrumentos de control de los servicios públicos*”, en Actualidad en el Derecho Público n° 14, Septiembre-Diciembre de 2.000, pág. 72. Sobre esta cuestión, vid USLENGHI, Alejandro, “*El control de los servicios públicos de gestión privada*”, en URRITIGOITY, Javier (Coordinador), *Estudios de Derecho Administrativo II*, Instituto de Estudios Administrativos, ed. Ciencias de la Administración, Bs. As., 2000; pág. 168 y sigs.

¹⁷¹ Cfr. BOSCH, Jorge Tristán, ¿*Tribunales judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, ed. Víctor P. De Zavallía, Bs. As., 1951, págs. 72 y sigs. Cabe señalar que BONNARD sostenía que si bien no toda distinción material supone una

aún cuando ejerzan facultades materialmente jurisdiccionales, no pueden ser caracterizados como verdaderos “*tribunales administrativos*”.

Asimismo, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia ha tenido ocasión de sostener respecto al ENARGAS, que las garantías formales de *independencia* y *neutralidad* previstas para su actuación en la Ley 24.076 sobre designación y remoción de directores, no alcanzan para categorizarlo como *tribunal administrativo*¹⁷².

Como se puede observar, para el Alto Tribunal -que adoptó el criterio oportunamente señalado en doctrina por COMADIRA¹⁷³- resultó determinante, para negarle al ente tal carácter, tanto su falta de *independencia* del poder político como su ausencia de *neutralidad*.

En segundo lugar, admitiendo que los referidos entes no son *tribunales administrativos* dotados de funciones jurisdiccionales en forma exclusiva, entendemos que nada habilita a distinguir -en orden al control administrativo- a este tipo de actos de aquellos otros de incontrovertida naturaleza administrativa.

En esta línea de ideas, CELORRIO ha señalado que aún cuando quedase excluida la potestad de mando del superior no lo quedaría la de *fiscalización* -con las notas de una jerarquía atenuada-¹⁷⁴.

Por otra parte, en aquellos casos donde la vía recursiva ante la Administración Central no está expresamente excluida¹⁷⁵ o está prevista la procedencia del recurso de alzada¹⁷⁶, no parece que resulte aplicable a dicha revisión administrativa la limitación contenida en el artículo 99 del Decreto 1759/72 (t.o. 1991). Ello así, puesto que como lo señala la autorizada opinión de TAWIL¹⁷⁷ - (i) la previsión del *recurso de alzada* -vía impugnativa establecida para cuestionar actividad administrativa y no jurisdiccional- excluye la posibilidad de considerar a dicha actividad como jurisdiccional, (ii) el órgano de la Administración Central que tiene a su cargo la resolución de la vía recursiva antes mencionada -vgr. Secretaría de Energía en el caso de la energía eléctrica- no es un *órgano con facultades jurisdiccionales* tal como el que contempla el artículo 99 del reglamento de la Ley 19.549; motivo por el cual, la limitación al contralor allí establecida no resultaría de aplicación a casos como los comentados¹⁷⁸.

Debe tenerse presente que, aún cuando se entienda que el control de la Administración Central debe ser limitado a los supuestos previstos en el artículo 99 del Decreto 1759/72 (t.o. 1991)¹⁷⁹, lo cierto es que el órgano de tutela estaría habilitado para, en casos excepcionales, modificar y hasta sustituir el contenido del acto impugnado. Al respecto, téngase en cuenta lo dispuesto en el artículo 97 in fine del Decreto 1759/72 (t.o. 1991) que, al resolverse un recurso de alzada, habilita a modificar y sustituir el acto si “*fundadas razones de interés público lo justificaren*”. Por otra parte, si bien no es la norma general, existen supuestos -especialmente, en materia eléctrica- en los que la Administración Central ha modificado -integrando con argumentos propios los fundamentos del ENRE- y sustituido el acto jurisdiccional¹⁸⁰.

distinción orgánica, toda distinción orgánica supone una diferenciación material, cfr. BONNARD, Roger, *Le Controle Jurisdictionnel de l'Administration. Etude de Droit Administratif Comparé*, Librairie Delagrave, Paris, 1934, pág. 10. Por su parte, STASSINOPOULOS sostiene que la mutación de la función administrativa en función jurisdiccional tiene lugar en el momento en que el tribunal no encuentra vínculo alguno con los órganos de donde emanan los actos que deben controlar, cfr. STASSINOPOULOS, Michel, *Traité des Actes Administratifs*, Librairie du Recueil Sirey, 1954; pág. 48

¹⁷² Así, en el caso “*Litoral Gas S.A. v. Enargas -resol. 29/94*”, causa L. 25. XXXIII, del 16/4/98, considerando n° 6)

¹⁷³ COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, op. cit; pág. 248, donde sostuvo que: “...estimo que las garantías formales de independencia y neutralidad previstas para la actuación de los entes, no alcanzan para categorizarlos como tribunales administrativos”. HUICI, hace ya varios años, señaló que los entes reguladores, a diferencia de los tribunales administrativos -en el caso, lo ejemplificó con el Tribunal Fiscal de la Nación-, no se limitan a ejercer exclusivamente funciones jurisdiccionales, lo que repercutía en las garantías de remoción de sus miembros, conf. HUICI, Héctor María, “*La potestad jurisdiccional en el control administrativo de los servicios públicos*”, L.L. 1996-B-981, en especial, pág. 990 y nota 32.

¹⁷⁴ cfr. CELORRIO, Atanasio Hernán, “*Recursos contra el Acto de Naturaleza Jurisdiccional*”, en DíEZ, Manuel M. y otros, *Acto y Procedimiento Administrativo*, ed. Plus Ultra, Bs. As., 1975, pág. 119 y sigs.

¹⁷⁵ Así, por ejemplo, en el orden nacional, el caso del ETOSS.

¹⁷⁶ Así, en el orden nacional, el caso del ENRE.

¹⁷⁷ Conf. TAWIL, Guido S.; “*A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de los nuevos entes reguladores*”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, op. cit; págs. 1392 y sigs.

¹⁷⁸ En este sentido, ha señalado COMADIRA que, cuando los recursos judiciales o los administrativos ante organismos con facultades jurisdiccionales no están expresamente previstos, el artículo 99 del Decreto 1759/72 (t.o. 1991) autoriza a un control amplio del “*superior*” sobre el acto jurisdiccional, cfr. COMADIRA, Julio R.; *La Anulación de Oficio del Acto Administrativo. La denominada “Cosa Juzgada Administrativa”*, 2° ed; ed Ciencias de la Administración, Bs. As.; 1998, pág. 255.

¹⁷⁹ Se ha señalado que la norma en cuestión traduce una relación jerárquica atenuada a su mínima expresión, cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I op. cit; pág. 96 con cita de CELORRIO, Atanasio Hernán, “*El recurso jerárquico en materia tributaria*”, Revista Argentina de Derecho Administrativo, n° 3, pág. 27 y sigs. Por su parte, COMADIRA ha sostenido que dicha norma importa “*una manifestación de la jerarquía en el ámbito específico de la función*”, cfr. COMADIRA, Julio R.; *La Anulación de Oficio del Acto Administrativo. La denominada “Cosa Juzgada Administrativa”*, op. cit, pág. 255.

¹⁸⁰ Así, por ejemplo, Resoluciones Secretaría de Energía nros. 241/95, 394/98 y 528/99, respectivamente. Asimismo, otro caso en el que medió una sustitución por parte de la alzada del acto que resolvía el conflicto regulatorio puede ser ejemplificado en la Resolución n° 100/95 del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos que fue impugnada en el conocido caso “*Impsat*”.

Finalmente, y si el control de legalidad de los actos jurisdiccionales de parte del superior se fundamenta en la existencia de una relación de jerarquía atenuada frente al Poder Ejecutivo, lo cierto es que normas que prohibiesen la procedencia de dicho control –al estilo de lo que ocurre con el ENARGAS¹⁸¹– serían susceptibles de la tacha de inconstitucionalidad por invadir competencias propias de la Jefatura Administrativa¹⁸².

V. COLOFÓN

Cuenta el *Justice* BREYER que, cierta vez, el célebre economista y regulador Alfred KAHN le advirtió: “*Nunca olvides que un sistema de regulación reemplaza el mercado por la decisión de un ser humano... No olvides lo que pasa cuando hay un regulador. En vez del mercado impersonal, despiadado, vas a tener una persona que responderá en forma natural. Entonces ten cuidado de tus buenas intenciones*”.¹⁸³

El control de los entes reguladores de servicios públicos trata sobre lo que KAHN le enseñó al Juez BREYER: controlar las *buenas intenciones* del regulador.

Según hemos podido observar, múltiples son las razones y motivos que, desde el punto de vista institucional, llevan a propiciar la independencia de los reguladores respecto del poder político, o, cuando menos, de las autoridades ejecutivas. No obstante, en otros sistemas jurídicos, esa pretensión sólo fue lograda parcialmente y con grandes cuestionamientos. Razones jurídicas y políticas pesaron en esa suerte.

De allí que no deba extrañarnos que, en nuestro país, resulte sumamente difícil encontrar un fuerte andamiaje constitucional a instituciones originadas en otros sistemas jurídicos y políticos. Lo cierto es que las limitaciones institucionales vernáculas comprometen, seriamente, esa aspiración.

De todas formas, como se ha señalado que las buenas ideas germinan siempre en otros sistemas y como nadie duda de la conveniencia de que el ente encargado de aplicar y controlar la regulación sea, al menos, independiente del Ejecutivo¹⁸⁴, corresponde admitir que no se trata de buscar una independencia absoluta –cuya bondad, desde el punto de vista de la legitimidad política sería, cuando menos, discutible– sino de hacerlo respecto a la máxima que nuestro sistema institucional admita.

Es la *independencia funcional*, fincada, básicamente, en las garantías que rodeen la elección, funcionamiento y remoción de los órganos directivos¹⁸⁵, junto a una gran especialización técnica de éstos lo que permitirá recorrer ese camino. Lo cierto es que, cuanto más se aleje la regulación de aspectos redistributivos, más fácil será lograr esa autonomía funcional sin comprometer la legitimidad democrática de las políticas públicas.

Pero de nada servirá un sistema normativo con vocación de perfección si no se produce un cambio en la institucionalidad particular de cada uno de nosotros. Lamentablemente, bien lo enseñó NINO, anida en nuestra cultura una suerte de *anomia* que hace de nosotros un país al margen de la ley¹⁸⁶. No podemos clamar, permanentemente, por normas que procuren independencia o un mayor control, para que cuando esas normas nos molestan, nos olvidemos de ellas.

¹⁸¹ Admitiendo la improcedencia del recurso de alzada, ver CNFed. Cont. Adm; Sala I, in re “*Gas Natural Bari*”, del 2/9/97

¹⁸² Así, CELORRIO, Atanasio Hernán, “*Recursos contra el Acto de Naturaleza Jurisdiccional*”, op.cit; en DÍEZ, Manuel M. y otros, *Acto y Procedimiento Administrativo*, op. cit; pág.118

¹⁸³ Cfr. BREYER, Stephen, “*De cómo y cuándo regular los servicios de utilidad pública*”, en Estudios Públicos, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, Volumen 78, Otoño 2000, pág. 34

¹⁸⁴ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “*Evolución de los Principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización*”, op. cit; L.L. revista del 27 de febrero de 2002, pág.4

¹⁸⁵ En este sentido, los fallos de la Corte Suprema en los casos “*Solá*”, Fallos 320 : 2509 y “*Cedale*”, Fallos 321 : 1970, pueden servir como buen fundamento para estos fines.

¹⁸⁶ NINO, Carlos S; *Un país al margen de la ley*, ed. Emecé, Bs. As, 1992.

APUNTES SOBRE EL SISTEMA ANGLOSAJÓN DE CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACION

GUSTAVO FISCHER

Profesor Adjunto de Derecho Administrativo en la Universidad de Montevideo

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. III. LA "RULE OF LAW". IV. EL SISTEMA ANGLOSAJÓN Y EL SISTEMA CONTINENTAL. V. LA JURISPRUDENCIA Y LOS PRECEDENTES. VI. ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL REINO UNIDO. VII. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ("JUDICIAL REVIEW"). ALCANCE, LÍMITES Y REMEDIOS. VIII. EL DESARROLLO DEL "JUDICIAL REVIEW" EN LA JURISPRUDENCIA ANGLOSAJONA. IX. EL DERECHO ADMINISTRATIVO NORTEAMERICANO. X. VALORACIÓN FINAL

I. INTRODUCCIÓN.

El derecho público y sistema de control jurisdiccional del derecho anglosajón reconocen caracteres que - en su génesis- resultan sustancialmente diferentes a los del sistema continental francés. Sin embargo, un estudio más detenido del sistema anglosajón y de su evolución posterior nos permitirá detectar que, en definitiva, existen numerosos puntos de intersección entre éste y el sistema continental del "droit administratif" y que - en buena medida - los fines de tutela perseguidos por ambos y los valores protegidos, son coincidentes.

Desde que se señalara por Lord Reid en *Ridge v. Baldwin*, 1963¹ que "No poseemos, un sistema desarrollado de derecho administrativo - quizás porque hasta hace relativamente poco no lo necesitábamos", o aún antes, en 1941 - según la reseña que realiza el profesor Bernard Schwartz² de la carta que ese año escribiera un juez de la *High Court* a uno de los jueces de la Cámara de los Lores, expresando que "Bacon, creo, dijo una vez que los jueces eran los leones debajo del trono, pero la Cámara de los Lores nos ha reducido a meros ratones chillando debajo de una silla del Home Office"³, el derecho administrativo anglosajón ha experimentado un notable desarrollo⁴.

El propósito de las notas que siguen no es otro que el de, - sucintamente y al sólo efecto didáctico - servir como base para discusión y ulterior profundización, volviendo sobre algunas de las claves para la comprensión del sistema anglosajón de control jurisdiccional del actuar de la Administración, de su estructura y organización, su evolución y estado actual, y sobre los fundamentos y límites de la Justicia Administrativa en los países del *common law*, desde la perspectiva y a partir de los aportes de doctrina y jurisprudencia relevados y sistematizados a este fin.

Como expresara el Maestro Sayagués, el análisis de los principales sistemas contencioso-administrativos tiene relevancia como fuente de información y porque permite confrontarlos con el sistema vigente en nuestro país, a fin de establecer semejanzas y diferencias, y discernir entre principios generales y soluciones especiales aplicables únicamente a determinado país⁵.

¹ Cámara de los Lores, *Ridge v. Baldwin*, 1963.

² Schwartz, Bernard, "Lions over the Throne, The Judicial Revolution in English Administrative Law", New York University Press, 1987, pág. 1.

³ El "Home Office" es el departamento gubernamental del Reino Unido a cargo de asuntos del interior de Inglaterra y Gales.

⁴ Cf. Adams, John Clarke, "El derecho administrativo norteamericano", Ed. Eudeba, Bs. As., 1964, pág. 22.

⁵ Sayagués Laso, Enrique, "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo II, Ed. Montevideo, 1972, pág. 452.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Se ha señalado con razón que el Derecho no puede estar dissociado de la vida de las personas, y que constituye un instrumento de convivencia social ⁶.

Como tal, tienen decisiva influencia en la construcción de los sistemas jurídicos, los factores geográficos, sociales y políticos imperantes a lo largo del tiempo, y ello es particularmente cierto en el caso de los orígenes, tradiciones y perspectiva del derecho público anglosajón.

A) La época medieval.

i. En el medioevo, se concebía en términos marcadamente diferentes la relación entre la autoridad política y la ley.

ii. La historia política del medioevo muestra una multiplicidad de pequeñas áreas (feudos) que debían su existencia a la fragmentación de la economía y la sociedad y al hecho de que los poderes públicos eran monopolizados por los líderes de aquellos grupos relativamente aislados, consecuencia del sistema feudal.

Fragmentación que no sólo se daba en lo horizontal, sino también en el entramado vertical del sistema, de forma tal que las personas en la Edad Media muchas veces desconocían a quién de los muchos lores, dignatarios de la Iglesia, ciudades, príncipes y reyes, se encontraban subordinados ⁷.

iii. El Estado como entidad política abstracta no existía aún, y la autoridad política reposaba en la persona del Rey o el Emperador. No existía un régimen central.

iv. La concepción dominante de la ley reposaba en su carácter consuetudinario, derivando su fuerza vinculante del hecho de que el Rey y el pueblo la aceptaban de buen grado.

v. Cuando papas y reyes comienzan a reivindicar la facultad no sólo de interpretar el derecho existente, sino de hacerlo, lo hacían en nombre de Dios (prevalencia del derecho natural – “Dios y la ley hacen al Rey”. Origen de la “Natural Justice”).

La idea de algún tipo de derecho superior, inmutable, la ley de Dios y de la naturaleza, permeó la civilización Medieval.

Los juristas medievales, tales como Bracton, señalaban que no es el rey el que hace la ley, sino la ley la que hace al rey: “...el Rey no estará sujeto a los hombres, sino a Dios y a la ley: dado que la ley hace al Rey...”⁸.

Esta doctrina medieval de un derecho superior persistió en la forma de las teorías de existencia de un Derecho Natural (la “natural justice”).

Es interesante notar que la Magna Carta de 1215 de Juan Sin Tierra a sus barones, es otorgada “por respeto a Dios...”⁹.

Aún en países de la Europa continental en donde existió una monarquía absoluta, las restricciones a la soberanía real se derivaron del derecho natural y fueron reconocidas hasta fines del siglo dieciocho, evitándose en forma efectiva el surgimiento de una doctrina de poder estatal ilimitado.

En Inglaterra, es sólo luego de que la doctrina del “ius divinum” y del “derecho natural” pierden parte de su carácter vinculante, que surge la necesidad de desarrollar un concepto secular de “rule of law” basado en un sistema elaborado de salvaguardias legales y judiciales.

No obstante, algunas características de un incipiente derecho administrativo existen desde esa época.

La presencia de poderes absolutos del monarca medieval llevan a una reorganización de las Cámaras del Rey en el año 1200, de donde surgen el “Exchequer”, con responsabilidad de obtención de recursos, y el “Kings Bench”, que ejercitaba jurisdicción de supervisión sobre tribunales inferiores.

⁶ Como magistralmente lo ha dicho Soto Kloss, “El Derecho existe y se da para regular las conductas de los hombres; él es necesario dada su naturaleza social, que los mueve naturalmente a vivir en multitud” en Soto Kloss, Eduardo, “La contratación administrativa, un retorno a las fuentes clásicas del contrato”, Anuario de Derecho Administrativo, Ed. Chile, 1978.

⁷ Le Goff, Jacques, “Medieval Civilization, 400-1500”, “The formation of Christian Europe”, Ed. Blackwell, 1989, págs. 97 y ss. Pirenne, Henri, “Historia económica y social de la Edad Media”, FCE, México, 1952.

⁸ El jurista medieval Bracton, citado por Lord Irvine of Lairg, The Lord Chancellor, en “The Common Origins of English and American Law, Inner Temple Lecture”, publ. Department for Constitutional Affairs, Ministerial Speeches, Londres, 2000.

⁹ El tratado, conocido más tarde como Magna Carta, firmado en junio de 1215, limitó el poder real, definió las obligaciones feudales entre el Rey y sus barones, y garantizó numerosos derechos. Entre las cláusulas más importantes se encuentran las que configuran la base del “habeas corpus”, por las que ninguna persona podía ser apresada sin un debido proceso, y las que establecieron el derecho de acceso a la Justicia.

B) Orígenes y Concepto de “Common Law”.

i. Orígenes. Desde finales de la Edad Media, Inglaterra siguió un modelo de desarrollo constitucional considerablemente diferente del que pudo observarse en la mayoría de los países de Europa Continental.

Esa época atestigua la lucha de poder entre la Corona y el Parlamento, y el intento de los Estuardo de elevar la prerrogativa real a un rango superior al de la ley ordinaria.

La caída de los Estuardo y los acuerdos constitucionales de fines del siglo XVII confirman la preeminencia de la ley ordinaria.

Los sucesos históricos que anteceden al Bill of Rights de 1688 son conocidos: en 1642, estalla la Guerra Civil Inglesa, y en 1649, Carlos I Estuardo es ejecutado por orden de Oliver Cromwell, quién más tarde es nombrado el Lord Protector de Inglaterra. En 1660 se restaura la monarquía, y Carlos II es coronado rey. En 1685 Jaime II accede al trono de Inglaterra, y en 1688, tiene lugar la “Revolución Gloriosa”, que derroca a Jaime II y tras la cual se ofrece la Corona a Guillermo de Orange, que es coronado en 1689.

El “Bill of Rights” (precursor del Bill of Rights estadounidense), establece estrictos límites sobre las prerrogativas de la familia real, y establece su obligación de obedecer las leyes del Parlamento.

El absolutismo real de los monarcas católicos no se pudo imponer a la burguesía reformada, y de allí que las jurisdicciones especiales que habían sido creadas por el monarca fueron suprimidas (Bill of Rights de 1689).

ii. El concepto de “common law”.

El derecho angloamericano – señala Adams – a diferencia de los sistemas vigentes en el continente europeo – no está fundado sobre códigos ni se origina en actos legislativos, sino que reposa en los jueces, celosos custodios del “common law”¹⁰.

La característica distintiva del “common law”, pues, es que representa la ley de los tribunales tal como se expresa en las decisiones judiciales, que no es otra cosa que representar la costumbre general del reino, por oposición a las costumbres de las jurisdicciones locales que eran aplicadas en los tribunales locales o señoriales.

El “common law” no constituye en sus orígenes – al menos teóricamente – una síntesis de costumbres locales, sino que representa, como señala este autor, una tentativa de eliminación de las divergencias locales derivadas del sistema de justicia feudal, administrada por los barones con base local – a menudo parcial –, por oposición a la justicia del Rey, administrada en forma común a todo el reino.

En el período de formación del “common law”, se evolucionó de la orden personal del Rey (“the king sitting in justice”), a la jurisprudencia de los jueces reales, que viajaban por todo el reino administrando justicia¹¹.

Es a partir de estas sentencias que se va construyendo el “common law”, bajo el sistema vinculante del precedente (“stare decisis”), considerándose al juez del “common law” – al juzgar éste un caso concreto – como el instrumento y la voz del Derecho.

El “common law”, elaborado a partir de fuente jurisprudencial, sin perder su calidad de derecho positivo, fue investido de una dignidad particular, reflejando la opinión ampliamente compartida de que constituía la expresión más acabada de la razón natural y la sabiduría colectiva de muchas generaciones.

La visión de que el “common law” comprendía una suerte de derecho fundamental que estaba por encima de las leyes del Parlamento o de las ordenanzas reales recibió reconocimiento oficial en el fallo del Chief Justice Lord Coke: “...cuando una ley del Parlamento es contraria al derecho común y la razón, o repugna o es imposible de ser cumplida, entonces el “common law” la controlará y la tornará nula...”¹².

En su etapa más temprana, el “common law” fue en gran medida el producto de tres tribunales ingleses: el “Kings Bench”, el “Exchequer”, y la “Court of Common Pleas”,

¹⁰ Adams, John Clarke, “El derecho administrativo norteamericano”, ed. 1957, Editorial Universitaria Buenos Aires..

¹¹ Cf. Adams, op. cit., pág. 11.

¹² Lord Edward Coke, 1552-1634, fué Chief Justice del King’s Bench bajo Jaime I de Inglaterra. Defendió vigorosamente, frente a los reyes Estuardos, la doctrina de que hay principios superiores de derecho y justicia que las leyes del Parlamento no pueden vulnerar. Su caso más conocido es *Dr. Bonham’s*, en el cual el Colegio Real de Médicos intentó imponer al Dr. Bonham una multa por práctica ilegal de la medicina, Lord Coke recurrió al principio del “common law” de que ninguna persona puede ser juez en causa propia. De la afirmación – realizada por Lord Coke en este fallo – sobre los límites del poder del Parlamento frente a los principios superiores de derecho y justicia, y la facultad del “common law” de controlarlo, se ha dicho que “constituye una piedra fundamental de la práctica del control jurisdiccional (“judicial review”), influencia que alcanzó no sólo a Inglaterra, sino que se proyectó también en las bases del derecho administrativo en los Estados Unidos (Cf. Haines, Charles G, “The Revival of Natural Law Concepts. English Higher Law Doctrines”, Harvard University Press, Estados Unidos, 1930; J.H. Baker, “An Introduction to English Legal History”, Butterworth, Reino Unido, 1979).

los que compitieron exitosamente contra otros tribunales en la aplicación de su jurisdicción, y desarrollaron un cuerpo distinto y distinguible de doctrina.

En Inglaterra, es al principio la ley ordinaria la que protege las libertades del pueblo contra el gobierno arbitrario. Los derechos y libertades de los ingleses están en la base de la Constitución inglesa o su forma de gobierno.

Los tres derechos básicos de todo inglés son la “seguridad personal, libertad personal, y propiedad privada”. Dado que la propia esencia del “common law” consiste en la protección de la libertad individual, se entiende que no hay necesidad de crear un cuerpo especial de “derecho público” a fin de imponer límites legales sobre el ejercicio del poder político o administrativo.

En el sistema anglosajón, el remedio apropiado es, entonces, encontrado en la aplicación uniforme de la ley ordinaria a cualquier infracción de la Regla de Derecho, ya sea tal infracción responsabilidad de funcionarios gubernamentales o por personas privadas.

El eminente jurista y profesor británico Wade, al describir las características salientes del sistema de derecho administrativo anglo-americano, apunta que el rasgo fundamental de dicho sistema es que son los tribunales ordinarios - y no tribunales administrativos especiales - los que deciden casos en que se discute la validez de la actuación gubernamental, y que es el derecho común (“the ordinary law of the land”), el que se aplica a ministros, autoridades locales, y otros órganos gubernamentales¹³.

III. La “rule of law”.

A) Noción.

Cuando se habla de “rule of law”, decía el jurista y profesor británico Albert Dicey¹⁴, se entiende, en Inglaterra, que ningún hombre está por encima de la ley, y también que todo hombre, cualquiera sea su rango o condición, está sujeto a la ley ordinaria del reino y sujeto a la jurisdicción de los tribunales ordinarios (“...cada funcionario, desde el Primer Ministro hasta un policía o recaudador de impuestos, está bajo la misma responsabilidad por un acto cumplido sin justificación legal, que cualquier otro ciudadano...”).

Dicey escribe sobre el “droit administratif” y la “rule of law” en su obra “Introduction to the study of the law of the Constitution”, en 1885. Dicey se mostraba satisfecho con la inexistencia de un derecho administrativo en Inglaterra, al que muchos juristas ingleses y americanos asociaba con el reconocimiento de excesivo privilegio a la Administración, y burocracia¹⁵, y alertaba sobre las amenazas a la imparcialidad de los tribunales, que debían ser mantenidos libres de interferencia gubernamental e independientes del ejecutivo.

Real, al comentar lo sustancial de la tesis de la “rule of law” (imperio del derecho) afirma que “en Inglaterra reina el derecho, están excluidos los poderes arbitrarios, mediante la aplicación de un solo cuerpo de derecho, común, a la administración y a los particulares, por unos mismos jueces, del orden judicial, en cuya independencia frente al gobierno se ve la garantía de su imparcialidad y justicia”¹⁶.

Bajo la “rule of law”, todo debe ser realizado de acuerdo a la ley, y aplicado a los poderes del gobierno, toda autoridad gubernamental que cumpla un acto debe poder justificar el mismo conforme a la ley – lo que significa, directa o indirectamente, por una Ley del Parlamento¹⁷.

El profesor español González Pérez señala que la “rule of law” constituía un sistema tradicional, que implicaba la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley aplicada por los tribunales de Derecho Común.

Los litigios suscitados entre funcionarios y particulares no suponían una excepción, y en consecuencia, el conocimiento de los mismos no correspondía a una jurisdicción especial administrativa (al modo del “droit administratif” francés), sino a los tribunales de la jurisdicción ordinaria, situación que permitió a Inglaterra desconocer la institución de los conflictos jurisdiccionales¹⁸.

¹³ Wade, William, “Administrative Law”, 8ava. Ed. (HWR Wade & C.F. Forsyth), Oxford University Press, Reino Unido, 2000, pag. 9 y ss.

¹⁴ Dicey, Albert Venn (1835-1922). Profesor de “Common Law” de la Universidad de Oxford y uno de los más respetados doctrinos del derecho anglosajón. Su obra capital es “Law of the Constitution”, de 1885, en que defiende el sistema británico de constitución no escrita, y advierte de las incursiones contra la “Rule of Law”, las que veía como una amenaza a la libertad individual. Los pilares fundamentales de su doctrina reposaban sobre la idea de la soberanía del Parlamento, la imparcialidad de los tribunales, libre de interferencias del ejecutivo, y la supremacía del “common law”.

¹⁵ Cf. Adams, op. cit., pág. 22.

¹⁶ Real, Alberto Ramón, “El Estado de Derecho”, Montevideo, 1963, pág. 590.

¹⁷ Cf. Wade, “Administrative Law”, cit, pág. 20.

¹⁸ González Pérez, Jesús, “Derecho Procesal Administrativo”, 2da. Ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pág. 369.

Si bien el Parlamento no estaba vinculado a ninguna ley superior en el ejercicio de sus poderes legislativos, la legislación del Parlamento no es vista como una amenaza a la “rule of law” hasta el siglo XX, debido a la peculiar posición del Parlamento entre las instituciones inglesas.

De hecho, la autoridad de hacer leyes recaía no en el monarca autocrático sino en un cuerpo electivo que respondía a los intereses de diversos grupos representados en él, y además, los actos normativos jugaban un rol menor en el desarrollo del derecho, el que procedía – como se señaló precedentemente - principalmente de las decisiones judiciales que interpretaban el “common law”.

En todo caso, las leyes del Parlamento debían ser interpretadas por los tribunales que, a pesar de reconocer su deber de aceptar la voluntad del legislativo, interpretaban los actos legales de conformidad con las libertades y los derechos protegidos por los principios fundamentales del “common law”, a menos que el Parlamento explícitamente señalara que deseaba derogar dichos derechos y libertades, sin perjuicio de los límites impuestos por la “natural justice”.

Debe tenerse presente, que las facultades legislativas del Parlamento emanan de su rol y funciones judiciales como asesor del Rey en cuestiones legales – su designación como “High Court of Parliament” reconoce ese origen – y no existe, durante mucho tiempo, una clara delimitación entre sus funciones judiciales y legislativas.

Cuando a fines del siglo XIX Dicey escribe su famosa “Introduction to the Study of the Law of the Constitution”, el Parlamento era visto todavía más como un tribunal de justicia que como un poder legislativo.

Desde esta perspectiva tradicional, pues, resulta clara la consecuencia de que los “Acts of Parliament” difícilmente son vistos como asociados con otra cosa que no sea el debido proceso legal (“due process of law”).

B) Soberanía Parlamentaria y la “rule of law” en Gran Bretaña.

El sistema inglés de la “rule of law” difiere sustancialmente de las nociones germánica y francesa del “rechstaat” y del “etat de droit” o “principe de legalité”, en el sentido de que el Reino Unido no posee un documento constitucional escrito comprensivo que defina la estructura institucional de la autoridad pública y sus límites en relación con el ciudadano.

Luego del Bill of Rights de Inglaterra de 1688, queda en manos del Parlamento y de los tribunales ordinarios la protección de las libertades civiles:

- En cuanto al Parlamento, asegurando que no se apruebe legislación que infrinja las libertades individuales, y
- Respecto de los Tribunales, interpretando la legislación de forma tal que permita la mayor libertad posible, de acuerdo con los principios fundamentales del “common law”.

La doctrina anglosajona pone de relieve la supremacía del Parlamento como un pilar fundamental del sistema inglés.

Así lo ilustra Schwartz, cuando señala que bajo este sistema, “aún los menos versados en el derecho inglés saben que los jueces deben prestar deferencia a los actos legislativos. Legalmente hablando, no hay restricciones al poder del Parlamento...”, Añade el autor – citando a De Lolme - que “Es un principio fundamental a los abogados ingleses que el Parlamento puede hacer cualquier cosa, excepto tornar a una mujer hombre o viceversa”, y a Jennings, que “El Parlamento tiene el derecho de hacer o deshacer cualquier ley, y ninguna persona o cuerpo es reconocida por la ley de Inglaterra como teniendo el derecho de ignorar o dejar de lado la legislación del Parlamento”¹⁹.

El principio es el de la “soberanía Parlamentaria”. Remarcándose la vigencia de la definición de Dicey de que “el Parlamento tiene el derecho de hacer o deshacer cualquier ley”. Anota Lord Irvine que, durante los últimos trescientos años, los tribunales ingleses no han cuestionado la autoridad del Parlamento de dictar cualquier ley que desee, y - en cita al juez de la Cámara de los Lores Lord Reid - que “la idea de que un tribunal tiene derecho a desaplicar una disposición contenida en una Ley del Parlamento sobre cualquier base debe parecer extraña y sorprendente a cualquiera que conozca un poco de la historia y fundamento legal de nuestra constitución... Desde que la supremacía del Parlamento quedó finalmente demostrada por el Revolución de 1688 cualquier idea a ese respecto se ha vuelto obsoleta”²⁰.

¹⁹ Cf. Bernard Schwartz, “Lions Over the Throne” cit, pág.45.

²⁰ Lord Irvine of Lairg, Lord High Chancellor del Reino Unido, “Sovereignty in comparative perspective: constitutionalism in Britain and America”, 31a. Conferencia James Madison sobre Derecho Constitucional en el New York University School of Law, Ed. New York University Law Review, Vol. 76, Abr. 2001, N° 1.

Se subraya, no obstante, que si por soberanía se entendiera de hecho un poder supremo o absoluto, omnipotencia total, entonces ningún Parlamento es soberano. Toda legislación es rehén de interpretación judicial. .

En la sociedad inglesa pre-industrial, no existía una administración central fuerte, capaz de interferir con los derechos de los individuos, y las funciones administrativas locales estaban en manos de los jueces de paz.

Con el advenimiento de la Revolución Industrial, y el desarrollo de pluralidad de tareas por la administración moderna, y los consecuentes poderes discrecionales que la Administración necesita para cumplir sus numerosas funciones en un Estado de Bienestar, surge el problema de determinar estándares adecuados de revisión de los actos administrativos.

Dicey veía la discrecionalidad administrativa con sospecha: en su opinión, la discrecionalidad administrativa era incompatible con cualquier poder discrecional amplio de parte del gobierno.

Se ha dicho que la soberanía parlamentaria inglesa consagra una suerte de positivismo a ultranza, en tanto al articular la teoría constitucional que requiere lealtad judicial incuestionada hacia cualquier acto del Parlamento, parece institucionalizar la distinción entre, por un lado, validez legal, y por el otro, consideraciones de moralidad.

Así, Dicey señalaba que la idea de la soberanía parlamentaria no reposaba en un consenso popular:

"The courts will take no notice of the will of the electors. The judges know nothing about any will of the people, except in so far as that will is expressed by an Act of Parliament, and would never suffer the validity of a statute to be questioned on the ground of its having been passed or kept alive in opposition to the wishes of electors" ("Introduction to the study of the Constitution", Londres, 1885).

En los albores del siglo XXI, señala Lord Irving, esa doctrina reposa en bases diferentes, en un cambio que, como muchos desarrollos constitucionales británicos, ha sido evolutivo más que revolucionario.

En efecto, en la actualidad, la soberanía legal actualmente ejercida por el Parlamento es vista como derivada del hecho de que la composición del Parlamento es - en primer lugar - determinada por el electorado, en el cual reside, en último término, la soberanía política. Llegándose así a la posición de que, desde una perspectiva contemporánea, el principio de la supremacía parlamentaria encuentra sus raíces en la filosofía que reconoce que el gobierno depende, para su legitimidad, de la voluntad popular ²¹.

IV. EL SISTEMA ANGLOSAJÓN Y EL SISTEMA CONTINENTAL. "RULE OF LAW" Y "DROIT ADMINISTRATIF".

Hacia fines de la era Victoriana, Dicey miraba con recelo y creía que el derecho administrativo no tenía lugar en Inglaterra.

Se consideraba que el "common law" y sus principios residuales eran suficientes para proteger las libertades individuales. La noción de "rule of law" popularizada por Dicey fue desarrollada en una época en que no existía un "derecho administrativo" como tal en Inglaterra.

Observa Wade que la visión de Dicey se fundaba en su interpretación de que el sistema continental francés existía al efecto de proporcionar a los funcionarios de la Administración "un cuerpo de derechos, privilegios o prerrogativas contra los ciudadanos privados", aprobando normas para sí ²². Visión que el autor considera superada, destacando los caracteres positivos del sistema actual imperante en Francia.

Más aún, en época tan reciente como 1963, y como se mencionara anteriormente, uno de los jueces de la Cámara de los Lores - Lord Reid - señalaba que "no tenemos un sistema desarrollado de derecho administrativo - quizá hasta hace poco no teníamos necesidad de él" (v. Ridge v. Baldwin, cit, 1963).

No fue hasta 1980, en el leading case O'Reilly v. Mackman, que se señaló que existía una rama diferente del derecho público en Inglaterra ²³.

²¹ Cf. Lord Irving of Lairg, "James Madison Lecture" cit, pág. 7..

²² Wade, William, "Administrative Law" cit, pág. 24.

²³ Cf. The University of Hong Kong, Department of Law, Constitutional and Administrative Law, "Nature and Theory of Administrative Law", 2000-2001.

V. LA JURISPRUDENCIA Y LOS PRECEDENTES.

Para una adecuada comprensión del sistema anglosajón, corresponde hacer referencia a uno de los elementos característicos del mismo, que es el relativo a la Doctrina de los Precedentes (“Case Law and Precedents”).

Al contrario del derecho civil, en que la jurisprudencia tiene, como fuente del derecho, un rol inferior al del derecho escrito o codificado, en la tradición del “common law” la jurisprudencia (“case law”) regula – a través de los precedentes – la interpretación de los actos legislativos, en base a la forma cómo los casos precedentes han sido resueltos. La jurisprudencia, pues, regula el impacto que las decisiones judiciales habrán de tener en futuros casos.

A diferencia de los países de sistema de derecho civil, los sistemas de “common law” siguen la doctrina del “stare decisis”, por la cual un tribunal inferior debe dictar sus decisiones, usualmente en forma coherente con las decisiones previas de tribunales superiores.

Conforme anota la doctrina angloamericana, por “precedentes” deben entenderse los casos previos que guardan similitud, por sus hechos o por sus fundamentos legales, con el caso bajo consideración²⁴.

La “Doctrina del Precedente” dicta que la decisión alcanzada en casos anteriores en la misma jurisdicción que tratan asuntos iguales o similares, debería ser seguida, a menos que existan una razón fundada para apartarse del precedente.

La decisión de un tribunal vincula a este tribunal, y a los tribunales inferiores de la misma jurisdicción, cuando deciden asuntos tácticamente similares.

“Stare decisis” es un término en Latin que significa “dejad que la decisión sea mantenida”. La aplicación de la doctrina del “stare decisis” desde un tribunal superior hacia un tribunal inferior es llamada a veces “vertical stare decisis”. El *stare decisis* puede tener como efecto que - en ocasiones - un fallo judicial contenga una manifestación expresa de disconformidad del juez con la sentencia que ha dictado, pero que debe dictar conforme al precedente obligatorio.

La Doctrina del Precedente se funda en razones de igualdad y justicia, en la creencia de que las decisiones deben ser coherentes y no arbitrarias de modo tal que las consecuencias legales de una conducta determinada puedan ser anticipadas.

De modo tal que esta doctrina explica porqué los abogados del sistema anglosajón necesitan acceder a los casos anteriormente decididos por el tribunal de más alto rango en la jurisdicción de que se trate.

Los casos decididos en otra jurisdicción, a pesar de no constituir precedentes vinculantes, pueden constituir una valiosa fuente de interpretación para un aspecto no tratado previamente en la jurisdicción donde se ventila el litigio.

¿Puede abandonarse el precedente?

- si un tribunal inferior decide contra un precedente, y el caso no es apelado, la sentencia se mantendrá.
- Un tribunal puede decidir contra un precedente que está en desuso, si considera que el mismo debe ser modificado debido a un razonamiento legal diferente.
- De ese modo, puede forzarse una evolución en el “common law”, fallando en contra del precedente y obligando a una decisión en apelación. Si el tribunal superior adopta un nuevo precedente, vinculará a todos los tribunales inferiores.
- Ej. Lord Denning, High Court of England and Wales, *Central London Property Trust Ltd., v. High Trees House Ltd.* [1947], en su desarrollo e interpretación del concepto de “estoppel”.

La doctrina anglosajona ha discutido en forma extensa las virtudes e irracionalidades del sistema del “case law” y de los precedentes. Uno de los argumentos más frecuentemente utilizados contra el sistema es que revestiría un carácter antidemocrático, dado que en los hechos permite a los jueces – que no son electos por el cuerpo electoral – legislar. En contra de lo anterior, se señala que los jueces no ocupan el rol de legisladores, y que el requisito de la “interest orientation” y de limitar el acceso al “judicial review” sólo a quienes acrediten encontrarse en una situación jurídica subjetiva de interés calificado – con la consecuente limitación de los efectos del fallo a las partes – aleja a los jueces de ocupar el rol de legisladores.

²⁴ Ver más ampliamente en Adams, John Clarke, “El Derecho Administrativo Norteamericano”, cit.; WestLaw Law School Research, “Introduction to the National Reporter System: Case Law, the Courts, and the Doctrine of Precedent”, 2003 (www.lawschool.westlaw.com).

VI. ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL REINO UNIDO.

El sistema orgánico de la Justicia Administrativa en el Reino Unido comprende una pluralidad de órganos, algunos de los cuales actúan en función jurisdiccional y otros – de naturaleza administrativa – cumpliendo función cuasi-jurisdiccional²⁵.

Estos incluyen:

- los “courts”.
- Los “tribunals”
- Los “inquiries”
- Los “ombudsmen”

El concepto de “Justicia Administrativa” no resulta totalmente ortodoxo, dado que comprende no sólo, como se señaló, los tribunales del poder judicial que tienen a su cargo el “judicial review”, sino además abarcan otros mecanismos para la resolución de disputas, a veces a cargo de órganos que tienen funciones cuasi-jurisdiccionales.

Si bien la atención se concentra, normalmente, por su importancia, en el “judicial review” – que en el Reino Unido representa aproximadamente 4,000 casos por año, otros mecanismos de resolución de conflictos, como el Appeals Service en materia de seguridad social, dictó, en 2001, aproximadamente 285,000 decisiones, y los “tribunales” de inmigración resolvieron más de 56,500 apelaciones de inmigración en el 2001²⁶.

La organización moderna de los tribunales en el Reino Unido comienza con la “Judicature Act” de 1873, y fue continuada con la “Courts Act” de 1971.

La estructura actual es la siguiente²⁷:

- o House of Lords. Es el tribunal de apelación supremo en el Reino Unido. En la práctica, únicamente los “Law Lords” intervienen en las apelaciones.
- o Privy Council. Es un tribunal de apelaciones cuya jurisdicción se abre a partir del derecho de todos los súbditos del monarca de apelar a la Corona por revocación.
- o Supreme Court of Judicature, que es el tribunal de instancia de mayor rango en Inglaterra y Gales, establecido en 1873, y que a su vez comprende los siguientes tribunales:
 - Court of Appeal. Posee dos divisiones, civil y criminal, y actúa en apelación de la High Court.
 - High Court of Justice. Funciona como tribunal civil de primera instancia, y como tribunal de apelaciones para asuntos civiles y criminales provenientes de tribunales subordinados. Posee tres divisiones (Queen’s Bench, Chancery y Family).
 - Crown Court. Tiene jurisdicción en asuntos criminales.
- o County Courts y Magistrate’s Courts. Los Magistrate’s Courts tienen intervención en asuntos criminales de menor entidad, sin jurados. Los County Courts son al igual que los Magistrate’s Courts, tribunales inferiores, que conocen de asuntos civiles de menor cuantía o casos de menor complejidad legal.

A su vez, existen órganos de naturaleza administrativa, con funciones cuasi-jurisdiccionales, los “tribunals”, que actúan en pluralidad de materias tales como inmigración, aspectos tributarios, seguridad social, transporte, etc., y que son donde se conocen la mayoría de los casos que involucran a los ciudadanos y el Estado.

Dentro de la High Court, como se señaló, existen tres divisiones, la Queen’s Bench Division, la Chancery Division, y la Family Division.

La Queen’s Bench Division tiene función de supervisión sobre una amplia gama de tribunales de justicia, “tribunals” y entidades o individuos que cumplen función pública (incluyendo Ministros de Gobierno), a través de la Administrative Court. Cumple la función de control jurisdiccional de estas personas o entidades a través del “judicial review”.

- o La Administrative Court (anteriormente la Divisional Court del Queen’s Bench).

En el corazón del sistema de justicia administrativa se encuentra la Administrative Court.

Es allí donde se han desarrollado los principios fundamentales del “judicial review”.

²⁵ Sobre este tema ver más ampliamente Sayagués Laso, Enrique, “Tratado de Derecho Administrativo”, cit., p[á]g. 492 y ss.; Wade, William, “Administrative Law”, cit.; Young, Steve, “United Kingdom Legal Research. Court Structure”, The University of Texas School of Law, Jmail Center for Legal Research, Tarlton Law Library, 2003 (www.tarlton.law.utexas.edu); European Commission, European Judicial Network in Civil and Commercial Matters, Jurisdiction of the Courts – United Kingdom”, 2003 (www.europa.eu.int/comm/justice-home)

²⁶ Council on Tribunals, Annual Report, 2001/2002, cit. en Partington, Martin, “Introduction to the English Legal System, The Administrative Justice System”, Oxford University Press, 2002.

²⁷ European Commission, “Jurisdiction of Courts – United Kingdom”, cit.

- o Los “Tribunals”. El foro para la resolución de la mayoría de los conflictos entre ciudadanos y el Estado se conoce colectivamente como “Tribunals”. Si bien algunos encuentran su génesis en los fines del siglo dieciocho, en su gran mayoría son creados en el siglo XX, como reflejo de una mayor interacción del estado en la vida cotidiana de los ciudadanos.

Durante un tiempo se discutió la competencia de estos “tribunals” para resolver disputas, bajo el argumento de que únicamente los tribunales de justicia tenían competencia para cumplir dicha función. No obstante, a falta de constitución escrita, se consideró que no existe un principio constitucional que requiera en forma *necesaria* que todos los cuerpos que resuelvan disputas tengan el status de tribunal de justicia. De hecho, el sistema de los “tribunals” constituyó una respuesta a los problemas del sistema judicial y el crónico atraso en la resolución de casos que enfrentaban a principios del siglo XX. Ya en 1911, con la National Insurance Act que establece los primeros beneficios de seguridad social, las apelaciones contra las decisiones a ese respecto se dirigen no a los tribunales de justicia, sino a un “tribunal”, denominado “Comité of Referees”.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, se estableció un comité de revisión del sistema de “tribunals”, que reconoció, por la fuerza de los hechos y dado que la mayoría de los tribunales estaban ya en funcionamiento, que sujeto a los principios básicos de transparencia, equidad e imparcialidad, estos “tribunals” deberían ser aceptados como parte del sistema de resolución de conflictos.

Existen actualmente al menos 80 diferentes sistemas de “tribunals”.

Contra las decisiones de estos “tribunals” procede, en vía de apelación, el “judicial review” como enlace jurisdiccional²⁸.

La diferencia de los “tribunals” con los “inquiries” radica en que mientras un “tribunal” tiene facultad de origen o fuente legal para dictar una decisión sobre un asunto ventilado ante el mismo, los “inquiries” tienen la función de recolectar información sobre la base de la cual un ministro de gobierno tomará una decisión. Los autores ingleses señalan que, actualmente, esta frontera se ha desdibujado, y que muchos “inquiries” tienen como resultado el dictado de una decisión, y no un mero dictamen u opinión dada a un ministro.

Hacia fines del siglo XIX, se produce una evolución en la percepción de que, en rigor, no había una verdadera administración con actividades y cometidos amplios, en la medida en que los Ministerios de la Corona tenían atribuciones de administración nacional cada vez más amplias, y al mismo tiempo se crearon numerosas comisiones o tribunales administrativos, con funciones administrativas, judiciales o cuasijudiciales, con o sin recurso ante los tribunales judiciales²⁹.

VII. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. REVISIÓN JUDICIAL (“JUDICIAL REVIEW”).

A) Aspectos generales.

El funcionamiento del sistema de justicia administrativa anglosajón se completa con la instauración de un sistema de “judicial review” de los actos de la administración, en el cual tiene competencia general el juez ordinario.

Es interesante notar que el concepto de control jurisdiccional ha sido preocupación fundamental, y constituye la clave de bóveda para la comprensión del sistema de derecho administrativo en los países que siguen al sistema anglosajón.

Más aún, como señala Wade, el derecho administrativo se definiría como “el derecho del control del poder gubernamental”, siendo su propósito básico o primario, el de mantener al poder gubernamental dentro de los cauces legales, a fin de proteger a los ciudadanos de su abuso. Sobre este pilar básico, dice Wade, se ha erigido una intrincada y sofisticada estructura de normas, que son básicamente reglas de “common law” de elaboración jurisprudencial³⁰.

Concepción que no es ajena a los fundamentos del control jurisdiccional de la Administración en nuestro propio ordenamiento, según ha sido caracterizado por la más calificada doctrina, y en cuya base se encuentra en juego, al decir de Brito, la protección del bien común supraordenado – el interés general – el cual es por

²⁸ Cf. Partington, Martin, “Introduction to the English Legal System. The Administrative Justice System”, cit.

²⁹ Cf. Sayagués, Enrique, “Tratado de Derecho Administrativo”, cit. T. II, pág. 491.

³⁰ Cf. Wade, William, “Administrative Law”, cit., pág. 4 y ss.

naturaleza un bien participado. Siendo el individuo, persona humana, el destinatario final de la protección así instituida y garantizada ³¹.

Aún hoy, el propio concepto de “justicia administrativa” despierta controversia en el Reino Unido, y los análisis tradicionales del sistema legal, no reconocen un sistema separado de “justicia administrativa”.

Esto es también reconocido por los autores estadounidenses, en que se señala que, tanto en el Reino Unido, como en los Estados Unidos (con escasas excepciones), no existe un sistema de tribunales especializados dedicados exclusiva o específicamente a la revisión de los actos y de la acción administrativa ³².

En parte, la falta de un reconocimiento de un sistema diferenciable de justicia administrativa refleja la pervivencia de la influencia de Albert Dicey, quien, como se señalara antes en este esquema negaba que existiera un cuerpo normativo separable de “*droit administratif*”, que visualizaba como nefasto en tanto esto acarrearía como resultado que los funcionarios públicos serían objeto de un tratamiento preferencia, y ofenderían, por tanto, el principio fundamental – caro al “*rule of law*” – de que todos deben ser tratados por igual ante la ley.

En el siglo XXI, la realidad es que, en el Reino Unido y los países del Commonwealth con base en el “*common law*”, el Estado juega un rol cada vez más preponderante en la regulación de la vida en sociedad, y que, si bien conceptualmente puede no existir una rama diferenciable que pueda ser descrita como “derecho administrativo” - como la existente en los países de derecho de corte románico continental - el actual sistema anglosajón de justicia no puede ser comprendido sin asimilar el concepto de “justicia administrativa” ³³.

En efecto, se acepta en la actualidad, por la doctrina anglosajona, que el “derecho administrativo” constituye fuente de competencia para la función pública, establece límites precisos a dicha competencia, instituye un sistema de responsabilidad para los funcionarios públicos, ofrece los remedios legales para impugnar las decisiones administrativas, y constituye la base para la limitación de derechos individuales en lo que refiere a la obtención y el gasto de los fondos públicos.

Se ha señalado asimismo por la doctrina que este sistema tiene como ventajas sobre el sistema del “*droit administratif*”, la:

- a. *unidad*
- b. *simplicidad*
- c. *mejor protección contra los abusos de la administración.*

Se postula, igualmente, que la existencia de un solo orden de jurisdicción, a partir de una jurisdicción suprema única – la Cámara de los Lores (“*House of Lords*”) en el Reino Unido, o la Suprema Corte en los Estados Unidos - permitiría evitar una jurisprudencia divergente. No existe tampoco un conflicto de competencia entre el poder judicial y el poder administrador.

Más aún, en el sistema anglosajón, el procedimiento es el mismo para todos los justiciables, y es el procedimiento judicial el que aporta a estos últimos las mejores garantías en términos de su defensa.

Bajo esta postura, el juez ordinario es considerado como el mejor protector de las libertades de los administrados, de cara al poder de imperio de los órganos de la Administración.

Como contracara de lo anterior, el sistema de corte continental y de raigambre en la solución francesa de la dualidad de jurisdicciones presenta, según sus defensores, las ventajas de la especialización y un procedimiento más simple y menos costoso.

En efecto, se afirma que, siendo el derecho administrativo cada vez más complejo, resulta necesario confiar el contencioso administrativo a jueces especializados, que conozcan bien ese derecho y que sean susceptibles de apreciar la dificultad que los administradores activos tienen para cumplir sus funciones.

B) Concepto de “judicial review”.

Se entiende en el Reino Unido por “*Judicial Review*” el sistema de revisión por parte de los tribunales judiciales, de los actos, determinaciones, decisiones, órdenes y omisiones de los individuos y entidades que cumplen “función pública”, considerada ésta en sentido lato como actividad administrativa ^{34 35 36}.

³¹ Brito, Mariano, “Control Jurisdiccional de la Administración en el Uruguay”, Anuario de Derecho Administrativo, Tomo VIII, FCU, Montevideo, 2000, pág. 81 y ss; Giorgi, Héctor, “El Contencioso Administrativo de Anulación”, Montevideo, 1958, pág. 12 y ss.

³² Cf. Strauss, Peter L., “An Introduction to Administrative Justice in the United States”, ed. Carolina Academic Press, 1989, pág. 211 y ss.

³³ Cf. Partington, Martin, “Introduction to the English Legal System...”, cit., pág. 141.

³⁴ Chauvel, Charles, (Crown Counsel, Crown Law Office, 1994-98), “Judicial Review – An Update. Historical trends and key principles in Judicial Review”, Minster, Ellison, Rudd, Watts, Nueva Zelanda, 2002.

³⁵ Cf. Rishworth, Paul, “Public Law – Course Outline – 2004”, The University of Auckland, Faculty of Law, 2004.

³⁶ El concepto de “judicial review” en los Estados Unidos difiere del inglés en tanto refiere al caso en que los jueces determinan tanto si la legislación, como los actos cumplidos por los órganos de la Administración bajo dicha legislación, son conformes a la Constitución, y

El “judicial review” es visto como un mecanismo fundamental, diseñado para mantener a las autoridades públicas dentro de los límites de su competencia, y sometidas a la regla de derecho ³⁷.

El desarrollo del “judicial review” ha estado marcado por la resistencia de los tribunales a extender el alcance del “judicial review” fuera del cumplimiento por el órgano controlado de los requisitos legalmente impuestos con respecto a forma y procedimiento. Este “self-restraint”, que trataremos más adelante, encuentra su fundamento en la resistencia de los tribunales de justicia de interferir en el ejercicio de la supremacía del Parlamento, y de indebidamente restringir los actos del Ejecutivo por los cuales dicho poder de gobierno es responsable, a nivel político, frente a Parlamento ³⁸.

C) Fundamentos del “judicial review”.

Conforme a la teoría clásica, el judicial review constituye una importante restricción sobre el ejercicio del poder público. Sin embargo, el rol de los tribunales es hacer cumplir la “rule of law”, y restringir el ejercicio de poder. Todo ejercicio de poder debe estar fundado en la ley, y son los tribunales judiciales quienes pueden determinar los límites legales que refieren al ejercicio de ese poder ³⁹.

Como se analizará en mayor detalle más adelante, el control jurisdiccional ejercido mediante el “judicial review” está basado en el principio fundamental de que los poderes de las entidades públicas pueden ser ejercitados válidamente sólo dentro de sus verdaderos límites.

El moderno “judicial review” es visto como una reacción al crecimiento y tamaño del Ejecutivo desde finales del siglo XIX, y en particular a las medidas económicas tomadas desde fines de la década de los años '20, en el siglo XX, para ayudar a la economía del Reino Unido a recuperarse de los efectos de la Depresión, aún cuando sus raíces se remontan a mucho antes (así, por ejemplo, la doctrina anglosajona apunta que pueden encontrarse referencias al principio de “razonabilidad” ya en un caso de 1765, *Allnut v. Inglis*, en que se analizaban los derechos de portazgo y almacenamiento, y su “razonabilidad” habida cuenta del interés público que estaba involucrado en la prestación de tales servicios) ⁴⁰.

Chauvel cita el caso de 1899, *Roberts v. Gwyrfray District Council*, en que el juez Lord Lindley señaló: *“...no conozco deber del Tribunal que sea más importante de observar, ni poder del Tribunal que sea más importante de hacer cumplir, que su poder de mantener a las entidades públicas dentro de sus derechos. En el momento en que las entidades públicas exceden sus derechos, lo hacen en perjuicio y opresión de los individuos, y dichas personas tienen el derecho de ser protegidas frente a los daños que emergen de dicha actividad de las entidades públicas...”*.

Señala este autor que si bien en el siglo XIX, y principios del siglo XX, existía la percepción de que los tribunales actuaban bajo la presunción de que todo acto oficial era válido y regular a menos que hubiera prueba en contrario (lo que se traducía, en los hechos, en una abstención de los tribunales de interferir con las acciones de las autoridades locales), no obstante, para la década del '70, los tribunales en Inglaterra habían dejado de lado dicha actitud, destacándose, en 1971, la afirmación - por Lord Denning - de que “puede ahora verdaderamente afirmarse que tenemos un sistema desarrollado de derecho administrativo (en el caso *Breen v. Amalgamated Engineering*, 1971) ⁴¹.

de serlo, la legislación puede ser invalidada (“struck down”), en tanto en el Reino Unido no existe tal referencia constitucional. Como señalan Pierce, Shapiro y Verkuil, en los Estados Unidos, en primer término, los tribunales confinan los actos de los órganos administrativos a los límites que les han sido establecidos por la Constitución, y el Poder Judicial tiene el derecho de determinar no sólo que un acto administrativo en particular se encuentra fuera de los límites constitucionales, sino también que el Congreso (órgano legislativo) actuó de forma inconstitucional al haber pretendido otorgar a un órgano o entidad administrativa el poder para dictar ciertos actos o realizar determinadas acciones (Cf. Pierce, Richard J. Jr, Shapiro, Sydney A y Verkuil, Paul R., en “Administrative Law and Process”, 2ª Ed., The Foundation Press, Inc., Westbury, New York, 1992, pág. 111).

³⁷ Cf. Wade, “Administrative Law”, cit., pág. 34.

³⁸ Cf. Chauvel, op. cit., pág. 4.

³⁹ Señala Wade que bajo el sistema inglés, el de “judicial review” es radicalmente diferente del sistema de “appeals” (apelaciones), en tanto que mientras que el derecho a un “appeal” debe tener base en una norma legal, el “judicial review” implica el ejercicio del poder inherente que tiene el órgano jurisdiccional a determinar su un acto es o no legítimo, y en este último caso, a acordar el remedio adecuado. Al ejercitar el “judicial review”, el tribunal no hace más que desarrollar en el modo más simple sus funciones jurisdiccionales ordinarias de hacer cumplir la ley, siendo su base, por tanto, el “common law”. Cf. Wade, “Administrative Law”, cit. pág. 33.

⁴⁰ Cf. Chauvel, op. cit., pág. 4.

⁴¹ Cf. Chauvel, op. Cit., págs. 4 y 5.

D) Condiciones para que proceda el “Judicial Review”.

El control jurisdiccional de los actos y omisiones de la administración, en el Reino Unido, tiene el propósito de ofrecer a los ciudadanos un mecanismo expeditivo para que los tribunales puedan revisar la legalidad de las acciones de los organismos públicos.

Las demandas de “judicial review” deben ser instauradas prontamente, y en todo caso, dentro de los tres meses de dictada la decisión que se impugna⁴².

Procede el “judicial review” en asuntos que involucren derecho público, esto es, en casos que involucren un conflicto con base en derecho público, referido a *acciones y omisiones* de una entidad pública.

E) Alcance del “judicial review”.

El control jurisdiccional se extiende a todas las entidades públicas con funciones legislativa, administrativa y judicial, incluyendo los ministros, pero en principio no alcanza al Parlamento.

No alcanza tampoco a la Cámara de los Lores (“House of Lords”), al Tribunal de Apelaciones (“Court of Appeal”), ni a la Corona (“The Crown”).

Debe tratarse de un ejercicio de poder, por quien toma la decisión, que “en sustancia sea público”, o que tenga “importantes consecuencias públicas”.

No todos los actos son procesables. Algunos, con alto contenido político, se consideran fuera de la competencia de los jueces, y por tanto, no constituyen actos procesables⁴³.

F) Las causales para que proceda el “judicial review”.

La doctrina anglosajona identifica tres causales principales para que proceda el control jurisdiccional de la actividad de la administración, y a poco que examinemos las mismas habremos de encontrar – pese a las diferencias en los sistemas legales de base – algunos puntos de contacto con nuestro sistema contencioso administrativo.

Estas causales o “estándares”, responden a los objetivos del “judicial review”, de interpretar las disposiciones legales, controlar la discrecionalidad en el ejercicio del poder, prevenir la desviación de poder, y de desarrollar los principios fundamentales del debido proceso, observando que sean respetados por los tribunales inferiores⁴⁴.

Así, pues, las causales o razones para acordar el “judicial review” pueden subsumirse en las de i) *ilegalidad*, ii) *irracionalidad* y iii) *error de procedimiento*^{45 46}.

- i. Ilegalidad. En cuanto a esta causal, si el administrador contraviene, o ha excedido los términos de la facultad o fuente legal que lo autoriza a tomar la decisión, habrá entonces incurrido en ilegalidad, y su decisión habrá sido tomada “ultra vires”, esto es, fuera de su competencia (lo que también la doctrina anglosajona denomina “excess of jurisdiction”). Este concepto de ilegalidad también es comprensivo de la situación en que el decidente ha perseguido un objetivo diferente de aquel para el cual el poder de toma de decisión le fue conferido⁴⁷, entonces incurre en “ilegalidad”, abriendo la competencia de los tribunales para que proceda el “judicial review”, de forma tal de asegurar que el

⁴² Servicio de Tribunales del Reino Unido (Court Service – Administrative Court), “Notes for Guidance on applying for Judicial Review”, 2003 (www.courtservice.gov.uk).

⁴³ Estos actos no procesables incluyen, por ejemplo, las evaluaciones de política económica y social, consideradas como cuestiones de “alta política” e incluyen la aprobación de tratados, la disolución del Parlamento, la movilización de las fuerzas armadas, y cuestiones de inferior rango pero que involucran consideraciones de competencia política (vide R. v. Secretary of State for the Home Department ex. p. Everett [1989]).

⁴⁴ Cf. Partington, “The Administrative Justice System”, cit., pág. 145.

⁴⁵ Falzon, Frank A.V., “Standard of Review on Judicial Review or Appeal: A Background Paper”, Administrative Justice Project, Ministry of Attorney General, Victoria, British Columbia, 2001, pág. 40. El autor, al examinar la solución inglesa de control jurisdiccional de la administración, y en cita a Smith, Woolf y Jowell – Judicial Review of Administrative Action – señala que el poder puede ser adecuadamente revisado, en la actualidad, bajo los principios de la administración legítima, que Lord Diplock calificó como de “legalidad”, “adecuación procesal”, y “racionalidad”, requisitos que constituyen el fundamento sobre el cual debe edificarse la revisión de la función pública de una administración moderna, y que no dependen de la noción limitada de competencia, o de legalidad, en un sentido estricto.

⁴⁶ Cf. Muralha, Sandra y Cartwright, Martin, School of Legal Studies, University of Wolverhampton, “Notes on Judicial Review”, 1998.

⁴⁷ Nótese la vinculación de esta causal con el concepto de “desviación de poder” bajo nuestro derecho administrativo.

- ejercicio de poder por el decidor se realice de acuerdo con la intención del Parlamento. Se distingue entre los errores de hecho (“errors of fact”), y los errores de derecho (“errors of law”) ⁴⁸.
- ii. Irracionalidad. Esta causal de revisión, que encuentra su fundamento en la labor judicial de controlar el ejercicio discrecional del poder, se basa en el principio de que el ejercicio de la discrecionalidad no debe ser “irrazonable”. El caso más famoso a este respecto es *Wednesbury*, de 1948 (*Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation*), en el cual juez (Lord Greene), señaló que un acto administrativo puede ser desechado “si es tan irrazonable que ningún decisor razonable lo hubiera adoptado”. De esta forma, se ha señalado que si el resultado del ejercicio del poder conferido es irracional, la única inferencia posible es que el poder en sí mismo ha sido mal utilizado ⁴⁹. Esta decisión dio lugar a la “*Wednesbury unreasonableness*”, el estándar que aplican los jueces del sistema del “*common law*”, desde entonces, para juzgar la razonabilidad de la actuación de la Administración. No obstante lo anterior, la cuestión del control de la discrecionalidad de la Administración, tanto en el Reino Unido, como en los Estados Unidos, y en general en los países del “*common law*”, es centro de debate sobre la naturaleza y los límites de los jueces a ese respecto, y en particular, la eventual deferencia debida a los órganos de la administración, sea por razones de especialización, o aún de orden político, aspecto cuyo examen pormenorizado excede el objeto de estos breves comentarios ⁵⁰.
 - iii. Error de procedimiento. Esta causal de control jurisdiccional apunta al procedimiento, y a la justicia y corrección del mismo hasta el dictado del acto procesado. Los principios de la “*natural justice*” son capitales al sistema anglosajón, y al del Reino Unido en particular. Así, los órganos y entidades administrativas y sus funcionarios deben velar y asegurar que sus decisiones cumplan con las reglas de la “*natural justice*”. Los aspectos básicos y fundamentales de la “*natural justice*” exigen que las partes tengan – entre otras garantías - debida noticia de la existencia e instauración de los procedimientos, la oportunidad de ser oídos, y el derecho al dictado de una decisión imparcial ⁵¹.

G) Situación jurídica subjetiva – “*locus standi*”.

Tanto en el sistema del Reino Unido, con en el estadounidense, rige el principio de que el “*judicial review*” no es una acción popular.

La regla en este aspecto es que debe existir un interés “suficiente” en el asunto al cual la reclamación se refiere. Esto significa, esencialmente, que el asunto debe afectar “directamente” al reclamante en alguna forma

Para ello, los tribunales anglo-americanos reposan en el concepto de “*interest orientation*” (orientación de interés). La “*interest orientation*” se traduce en estrictas reglas de legitimación. Los tribunales de ambos países (Reino Unido y Estados Unidos) requieren que los litigantes en casos de derecho público acrediten – en palabras de la Suprema Corte de Justicia - “un daño que sea suficientemente concreto y particularizado o que sea inminente”. Ello significa que el acceso al “*judicial review*” está sólo destinado a aquellos que tengan un interés directo ⁵².

Excepcionalmente, en ambas jurisdicciones, grupos de interés público pueden deducir acciones para obligar al poder ejecutivo a respetar los derechos humanos, pero también son sumamente estrictas las reglas de legitimación para estas entidades: deben estar establecidas, y deben ser verdaderamente representativas del interés público.

⁴⁸ Cf. Muralha et al, cit., pág. 1.

⁴⁹ *Wellington City Council v. Woolworths NZ Ltd.*, 1996, cit, en Chauval, op. cit.

⁵⁰ Así, se señala por la doctrina, en los asuntos en los que se ha conferido discrecionalidad al órgano de la administración (la denominada “*agency autonomy*”), que ello asegura que los tribunales no interfieran de forma improcedente con las decisiones de otras ramas del gobierno, de tal forma que lo que se examina en la instancia del “*judicial review*” se reduce a la legalidad de la decisión de conformidad con las limitaciones legales de los poderes de quien tomó la decisión, de forma de no minar o erosionar la autonomía de las entidades ejecutivas inmiscuyéndose en el mérito de la decisión. Aún frente a cláusulas de “*preclusión*” explícitas, los jueces han rehusado aceptar que constituyen una barrera definitiva al control jurisdiccional.

⁵¹ Cf. Chauvel, Charles, “*Judicial Review – An Update*”, cit., págs. 8-11; Partington, Martin, “*The Administrative Justice System*”, cit., pág. 145; Muralha et al, “*Notes on Judicial Review*”, cit., págs. 1-8; Falzon, Frank A.V., “*Standard of Review on Judicial Review or Appeal*”, cit., págs. 5-6, 40 ss.

⁵² Pierce, Shapiro y Verkuil, comentando el control jurisdiccional estadounidense, señalan el carácter restringido del acceso al “*judicial review*”, en tanto el tribunal sólo habilitará la revisión judicial del acto administrativo a pedido de una persona que tenga un interés calificado, para cuya determinación es aplicable el test desarrollado por la Suprema Corte de Justicia en *Association of Data Processing Service Organizations Inc. v. Camp*, 1970, por el cual el actor debe alegar que el acto impugnado le causó perjuicio, y en segundo término, el interés del reclamante debe, en forma plausible, hallarse dentro de la zona de interés protegida o regulada por la ley, o la garantía constitucional en cuestión. En “*Administrative Law and Process*”, cit, pág. 129.

H) Impugnación de actos.

Existen también, en particular bajo el derecho estadounidense, algunos aspectos relativos al acto impugnado que deben cumplirse para que proceda el “judicial review”.

Asumiendo que el interesado se encuentre en la situación jurídica subjetiva que lo habilite a deducir el accionamiento, deben cumplirse, igualmente, cuatro requisitos: i) que el acto impugnado sea “final”, ii) que el “judicial review” se solicite luego de haber agotado todos los recursos administrativos disponibles, iii) que el acto esté “maduro” (“ripe”) para ser revisado judicialmente, y iv), que la reclamación se plantee dentro del plazo que la ley haya determinado para que pueda deducirse la acción.

El requisito de que se trate de un acto de los que se denominan “finales” (“final agency action”), tiene como objeto evitar que se deduzca la reclamación judicial antes de que haya concluido el procedimiento administrativo para el dictado del acto. No obstante, en algunos casos se han considerado procesables las decisiones de órganos administrativos dilatando o suspendiendo la continuación de procedimientos administrativos.

El “agotamiento” de los recursos disponibles implica que el interesado debe haber agotado todos los remedios y recursos legales disponibles dentro del procedimiento administrativo, antes de que pueda acceder al control jurisdiccional del acto administrativo.

El requisito de “madurez” del acto (“ripeness of administrative action”), guarda relación con el concepto de “ejecutoriedad” del acto administrativo en el derecho administrativo continental, en tanto acto susceptible de causar agravio (como señala Giorgi entre nosotros, la decisión ejecutoria, capaz de “faire grief”) ⁵³. Así, el acto no susceptible de producir un efecto concreto, no puede ser revisado judicialmente. El fundamento es proteger a los órganos de la administración de interferencia judicial hasta que exista un acto administrativo cuyos efectos hayan sido sentido en una forma concreta por las partes. El caso que dio origen a este requisito es *Abbott Laboratories v. Gardner*, resuelto en 1967 por la Suprema Corte de los Estados Unidos ^{54 55}.

I) El derecho aplicable en el “judicial review” en el sistema inglés y en el estadounidense. Natural Justice y Ultra Vires.

Como se ha señalado, en Inglaterra no existe una Constitución escrita, y los derechos constitucionales han sido extraídos del “common law”, y el respeto del imperativo democrático ha resultado en una auto-restricción de los jueces ingleses respecto a la voluntad expresa del legislativo.

En los Estados Unidos la situación es diferente. Al igual que el Parlamento inglés, el Congreso también representa una legislatura electiva que traduce la voluntad popular. Pero las leyes del Congreso no son la ley suprema de los Estados Unidos. La ley suprema está contenida en la Constitución escrita de 1789, instrumento que delega el poder soberano del pueblo y de los Estados en el Congreso, y que retiene los derechos básicos de los ciudadanos en el corazón de sus disposiciones.

Natural Justice. Al desarrollar los principios de la “natural justice”, los tribunales del Reino Unido han diseñado una especie de código de procedimiento administrativo justo, señala Wade. En el derecho administrativo anglosajón, el concepto de “natural justice” se encuentra claramente definido, y comprende dos reglas fundamentales de debido proceso: una persona no puede ser juzgada en su propia causa, y que las defensas de una persona deben siempre ser oídas ⁵⁶.

⁵³ Cf. Giorgi, Héctor, “El Contencioso Administrativo de Anulación”, cit., pág. 157. Para ser impugnables en la jurisdicción anulatoria, anota Giorgi, los actos administrativos deben ser susceptibles, de causar agravio o perjuicio, el que debe entenderse en un sentido puramente jurídico y no en un sentido material. Deben comportar una manifestación de voluntad de la Administración dirigida a producir efectos jurídicos.

⁵⁴ En *Abbott Laboratories*, el laboratorio dedujo una acción de “judicial review” contra un reglamento de la FDA (la Food and Drug Administration de los Estados Unidos, órgano administrativo con competencia en materia de policía de los medicamentos), que requería que todos los medicamentos incluyeran en sus etiquetas y publicidad la denominación genérica de la droga o principio activo del mismo. La FDA se excepcionó alegando que el acto reglamentario no era susceptible de control jurisdiccional dado que no había sido aún aplicado en un procedimiento de ejecución. Contrariamente a lo postulado por la FDA, la Suprema Corte falló que el acto era procesable, dado que el mismo tendría un innegable impacto jurídico en la conducta que debería adoptar el demandante – Abbott – de allí en adelante para cumplir con lo establecido en el reglamento, bajo pena de sanciones civiles y aún penales, por lo que debía permitirse el acceso al control jurisdiccional.

⁵⁵ Cf. Fox, William F. Jr., “Understanding Administrative Law”, Second Edition, Ed. Mathew Bender, Legal Text Series, 1992; Strauss, Peter L., “An Introduction to Administrative Justice in the United States”, cit.; Pierce, Shapiro, Verkuil, “Administrative Law and Process”, cit.

⁵⁶ Cf. Wade, H.W.R., “Administrative Law”, cit., pág. 436 y ss.

Las reglas de la “natural justice” se aplican a todos los órganos judiciales y cuasi-judiciales, y consagran, como se señaló, el principio del debido proceso, tanto para el poder judicial, como para el actuar de los órganos que cumplen función administrativa, incluyendo, entre otros, el principio “audi alteram partem” o el derecho a ser oído (Ridge v. Baldwin), el derecho a ser notificado del proceso, y el derecho a imparcialidad de las audiencias⁵⁷.

Por tanto, una decisión administrativa que viole la “natural justice”, será nula.

Ultra Vires. Una decisión “ultra vires”, como se señalara anteriormente, da lugar a la apertura del “judicial review” en el sistema anglosajón. La doctrina del “ultra vires” data del caso *R v. Electricity Commissioners*, de 1924, que estableció que cuando una entidad tenga la autoridad legal para determinar cuestiones que afecten los derechos de sujetos, y cuando teniendo el deber de actuar judicialmente, actúe excediendo su autoridad legal, estará sujeta a la jurisdicción de control de la King’s Bench División ejercitada por medio de los “writs” de certiorari y prohibition”.

El concepto de “ultra vires” controla los actos de un órgano o entidad pública, que no hayan sido autorizados expresa o implícitamente, por la ley. Todo lo no autorizado por la ley es “ultra vires”, y el “judicial review” deberá detener, o desechar, el acto ilegal.

No existe “judicial review” por razones de mérito, fundado únicamente en la inoportunidad o inconveniencia de la decisión atacada.

J) Remedios Legales – Certiorari, Mandamus, Prohibition, Injunction.

Los tribunales disponen, en el Reino Unido, de recursos especiales para controlar las entidades públicas, recursos que datan del siglo XVII, en que los tribunales habían ya establecido con firmeza su rol de control sobre el ejercicio de poderes administrativos y ejecutivos, a través de los “prerogative writs” que podía dirigir a la administración.

Estos incluyen, entre otros, los “writs” de⁵⁸:

- *certiorari*
- *mandamus*
- *prohibition*

El “certiorari” significa, literalmente, “estar informado”, y constituye una orden dada por un tribunal superior a un tribunal inferior para revocar las decisiones del tribunal inferior o de un órgano cuasi-judicial que haya tomado una decisión reputada “ultra vires”⁵⁹.

Mandamus: es un remedio disponible contra la inacción o la omisión de la Administración en actuar o en dictar un acto debido, y consiste en una orden por la que se compele a una entidad pública o un funcionario que ejerce función pública a cumplir un determinado deber, requerido por la ley. Dado que la esencia del *mandamus* es la de ser una orden real, emitida en nombre de la Corona por la Queen’s Bench Division de la High Court, no resulta de aplicación respecto de la propia Corona⁶⁰.

Prohibition: originado en el siglo XII (en la época de Enrique II y el conflicto de autoridad de los tribunales ordinarios de justicia sobre los tribunales eclesiásticos), constituye una orden para detener un procedimiento seguido por un tribunal que carece de competencia o jurisdicción. La diferencia entre el “prohibition” y el “certiorari” radica en que mientras el *prohibition* es una medida preventiva, el *certiorari* es “ex-post”, esto es, resulta aplicable luego de que la decisión ha sido tomada.

Los remedios de *certiorari* y *prohibition* son aplicados frecuentemente en forma complementaria, dado que el primero es usado para revocar la decisión, y el segundo para evitar su ejecución, empero pueden solicitarse en forma independiente.

⁵⁷ La regla “audi alteram partem” tiene un contenido flexible, y varía de un caso a otro, pero tiene un contenido mínimo que comprende el derecho de una persona a ser notificada de los hechos en que un acto se funda, el de recibir suficiente información para preparar su caso (incluyendo recibir los informes o dictámenes que puedan resultarle perjudiciales), el derecho a ser oído, ofrecer prueba, llamar testigos y presentar defensas y argumentos. Cf. Freedman, Bram, Assistant Legal Counsel, “Rules of Natural Justice”, Handbook for Members of University Tribunals & Administrative Decision-Making Bodies, Office of the General Counsel, Canada, 1993.

⁵⁸ Cf. Garrido Falla, Fernando, “Tratado de Derecho Administrativo”, Vol. I., 13ª. Ed., 2002, pág. 116.

⁵⁹ Señala al respecto González Pérez que la pretensión deducida en ejercicio de un “writ of certiorari” viene a ser una pretensión constitutiva, ya que en ella se solicita la anulación del acto de alguna colectividad pública. Pero para ello es necesario que el acto reúna ciertos requisitos, y fundamentalmente, que se trate de una decisión que revista carácter jurisdiccional, o “cuasi jurisdiccional”, y no se trate de una decisión puramente administrativa (Cf. González Pérez, Jesús, en “Derecho Procesal Administrativo”, cit., pág. 376 y ss.).

⁶⁰ “No puede existir mandamus al Soberano, sin duda alguna, porque sería incongruente que la Reina se ordenase a sí misma realizar una acción...”, en R. v. Powell (1841), cit en Wade, H.W.R. “Administrative Law”, op. cit., pág. 617.

Adicionalmente, pueden seguirse acciones civiles ordinarias promoviendo una *injunction* (que implica una declaración de que la decisión de la entidad pública era inválida y se traduce en una orden positiva para que se tome determinada acción, o bien una orden negativa de abstención de la misma, que pueden ser transitorias o definitivas), o una *declaration* (lo esencial de este remedio está dado por el hecho de que establece o declara los derechos o posición de las partes tal cual se encuentran al momento de emitirse, sin modificárselos en forma alguna ⁶¹).

Ha sido preocupación constante del poder judicial en el sistema anglosajón, en mantener un equilibrio y fijar límites de forma tal que se eviten los peligros de usurpar la función ejecutiva o legislativa, temor que se expresa en la idea del “gobierno de las leyes y no de los hombres” ⁶².

VIII. EL DESARROLLO DEL “JUDICIAL REVIEW” EN LA JURISPRUDENCIA ANGLOSAJONA.

Bajo la teoría clásica del “judicial review”, el rol de los jueces es el de vigilar el cumplimiento del “rule of law” y restringir el ejercicio del poder público.

Desde que el profesor Schwartz pintara un panorama desalentador, al citar las palabras de Harry Street, Profesor de la Universidad de Manchester en Inglaterra, quien señalaba que

“El derecho administrativo americano está tanto más desarrollado que el Británico, que existe poco que el abogado americano tenga para aprender de la experiencia británica – excepto el estar alerta frente a un debilitamiento del control judicial”.

hubieron fases de “quietismo judicial”, seguidas del denominado “activismo judicial” ⁶³.

Schwartz ponía de relieve el desconocimiento, en Inglaterra, de la existencia de un derecho administrativo, así como la impresión de que los tribunales habían retrocedido en su función de control, olvidando o abandonando muchos de los importantes principios que los jueces ingleses habían desarrollado durante siglos para la protección de los ciudadanos.

Señalaba el autor, sin embargo (en 1987), que “la situación del derecho administrativo ha cambiado completamente durante las dos décadas pasadas” ⁶⁴.

En primer lugar, refería el paso hacia un creciente “activismo” de los jueces ingleses, resaltando la existencia de un cambio “dramático” desde mediados del siglo XX, en que los jueces, como resultado de una serie de fallos, impulsaron un resurgimiento del activismo judicial, catalogado por el juez de la House of Lords, Lord Diplock, “como un progreso hacia un sistema comprensivo de derecho administrativo que considero como el mayor logro de los tribunales ingleses en toda mi vida judicial”.

Entre los “leading cases” de dicho activismo judicial, que asentaron la aplicación de los principios de la “natural justice” al control jurisdiccional de la actividad de la administración, cabe destacar *Ridge v. Baldwin*, *Anisminic v. Foreign Compensation Commission*, y *Padfield v. Minister of Agriculture and Fisheries*.

Ridge v. Baldwin y el derecho a ser oído (“audi alteram partem”).

Schwartz señala que el caso que comenzó la revolución judicial en el derecho administrativo inglés fue “Ridge v. Baldwin”, decidido por la Cámara de los Lores en 1963.

El reclamante, jefe de policía de Brighton, había sido absuelto de una acusación criminal de conspirar para obstruir la justicia. Al mismo tiempo, otros dos oficiales de policía habían sido condenados, y el juez, al sentenciarlos, realizó una afirmación que incluía una grave reflexión sobre la conducta del apelante. La autoridad policial de Brighton se reunió y sumariamente destituyó al apelante de su cargo. Ridge presentó una acción para obtener una sentencia declarativa, alegando que su destitución era inválida dado que no había sido notificado de ningún cargo contra él, ni se le había otorgado oportunidad para ser oído en su

⁶¹ Observa Wade que en el derecho administrativo, un gran mérito de la *declaracion* es el de constituir un remedio eficaz contra la actuación “ultra vires” de las entidades gubernamentales, incluyendo a los funcionarios de la Corona, a los Ministros, y en la más reciente jurisprudencia, la Corona misma. Puesto que si se declaran con precisión los derechos de cada una de las partes, cualquier actuación de la Administración transgrediendo los límites de la *declaracion* no gozará de impunidad, y si bien no implica obligatoriedad inmediata, resulta no obstante muy efectiva. Cf. Wade, H.W.R., “Administrative Law”, cit., pág. 562.

⁶² Cf. Real, Alberto R., op. cit., pág. 591 y ss. Citando a José Ellauri, en su discurso como miembro informante de la Asamblea General Constituyente y Legislativa en la elaboración de la Constitución de 1830, “el Poder Judicial, cuya completa organización se deberá a las leyes secundarias, se ve en el proyecto constituido en tal independencia, que ella sola bastará para asegurarnos que no serán en lo sucesivo los hombres quienes nos juzguen, sino las leyes”.

⁶³ Cf. Chan, J., “Constitutional and Administrative Law (Part II)”, 2000-2001, The University of Hong Kong, Department of Law.

⁶⁴ Cf. Schwartz, Bernard, “Lions over the Throne”, cit., pág. 1 y ss.

defensa. El proceso sumario que había culminado en su destitución, señaló, era contrario a lo que “*comúnmente se denominan principios de la justicia natural*”.

Los jueces de la Cámara de los Lores que entendieron en el caso, señalaron que deben seguirse, en la actuación de la Administración, las reglas de la “*natural justice*” (descritas como “*fair play in action*”, esto es, los principios y procedimientos que - en cualquier caso particular o circunstancias- son justos y razonables).

Principios que incluyen las reglas de:

- *audi alteram partem*: el deber de dar una razonable oportunidad a las personas afectadas por una decisión, para presentar sus descargos, y
- *nemo iudex in causa sua debet esse*, (ninguna persona debería actuar como juez en su propia causa) eso es, el deber de dictar una decisión que no adolezca de desviación .

Schwartz observa que, antes de *Ridge v. Baldwin*, los tribunales ingleses habían indicado que no era necesaria una audiencia antes de dictar un acto como la destitución de un oficial de policía. Justificaban lo anterior bajo un razonamiento análogo a la doctrina del “*privilegio*” que prevalecía en el derecho administrativo norteamericano.

En *Ridge v. Baldwin*, la Cámara de los Lores desestimó estos argumentos y señaló que habían sido tomados desconociendo los viejos principios, y por tanto los anteriores fallos no carecían de autoridad y debían ser desechados. Por el contrario, la Cámara de los Lores señala que el apelante no podía haber sido destituido sin habersele otorgado la oportunidad previa de ser escuchado.

La decisión se basó en los principios de la “*natural justice*”. Según Lord Morris que: “es un principio bien asentado que los requisitos esenciales de la “*natural justice*” deben incluir al menos que antes de que alguien sea condenado deba tener la oportunidad de defenderse, y a fin de hacerlo debe ser notificado de los cargos o alegaciones en su contra... Mis Lores, esto es algo básico en nuestro sistema: la importancia de mantenerlo trasciende de lejos el significado de un caso en particular”.

Más aún, la Cámara de los Lores señaló que el hecho de que la decisión se haya tomado como resultado del ejercicio de una función administrativa, y no jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional, es irrelevante en cuanto a la aplicación de las reglas de la “*natural justice*”. La circunstancia de hallarse frente a una actividad de un órgano administrativo no enerva, conforme a *Ridge v. Baldwin*, el deber de sujetar la decisión sobre derechos y obligaciones de particulares, a los principios de la equidad y justicia ⁶⁵.

Adicionalmente, en *Ridge v. Baldwin*, se consagró que el derecho de una persona a presentar sus descargos contra una decisión que afecta sus derechos o intereses necesariamente implica que dicha persona reciba noticia previa de los hechos sobre los cuales la decisión estará basada. El omitir dicha noticia – señaló la Cámara de los Lores - constituye, en sí misma, una negación de la “*natural justice*” y de la equidad, que implicará generalmente que una decisión sea declarada inválida.

La regla *audi alteram partem* requiere no sólo que la parte reciba noticia previa del propósito de la investigación o de la audiencia, sino que la persona reciba suficiente información para preparar su caso. Así, constituyen elementos que componen este derecho el de ser oído en audiencia, ya sea oralmente o proporcionando descargos por escrito, según sea el caso, el derecho a producir pruebas, ofrecer y escuchar testigos, etc.

Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food (1968) y el control de la discrecionalidad.

La doctrina inglesa ha señalado, también, que la principal dificultad asociada con determinar si un decisor ha actuado ilegalmente tiene lugar cuando se le ha otorgado un amplio margen de *discrecionalidad* (“*decisión making power*”).

No obstante, los jueces ingleses han señalado que no existe discrecionalidad absoluta o incontrolable, y que su jurisdicción pervive aún cuando la Ley confiera al decisor un poder discrecional.

El “*leading case*” en este aspecto es *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, en que la Cámara de los Lores señaló que “el uso de ese adjetivo – *discrecionalidad* – en una Ley del Parlamento, no tiene la facultad de impedir el control que el poder judicial tiene sobre el ejecutivo, a saber, el poder de ejercitar sus facultades para que este último actúa de forma legítima, y ello es algo a determinarse examinando la Ley y su alcance y objeto al conferir *discrecionalidad* al administrador, no por el uso de adjetivos” ^{66 67}.

⁶⁵ Comentando la relevancia de este fallo, expresa Wade que marcó un cambio de gran importancia en la política judicial, restaurando la aplicación de la “*natural justice*”, con un alcance amplio, habiendo tenido como efecto un mejoramiento de los estándares administrativos bajo los cuales opera la Administración. También permitió superar la visión que imperaba anteriormente entre los jueces de que “la expresión (*natural justice*) lamentablemente carece de precisión”, concepción que fuera desechada por Lord Reid en *Ridge v. Baldwin*, al indicar que la noción de “*natural justice*” es un concepto suficientemente preciso y que corresponde a los tribunales interpretar su alcance. Cf. Wade, op. Cit., pág. 438.

⁶⁶ House of Lords, 1968. Fundamento de Lord Upjohn.

⁶⁷ El caso refería a un conflicto relativo al sistema de distribución de leche establecido bajo la Ley de Comercialización Agrícola de 1958, Los productores de leche de una región cercana a Londres se sentían perjudicados por el precio del producto fijado por la Junta de

Es interesante notar la característica del sistema inglés de construcción del derecho común (“common law”), en buena medida por la labor de los jueces, que han pasado del quietismo anterior a la década de los ’60, al activismo judicial que refieren los autores de las últimas décadas.

Cabe resaltar que las raíces del sistema del “common law” británico se extendieron por los países del Commonwealth y han dejado una profunda huella en sus sistemas jurídicos. Desde Canadá a Australia, desde la India a Nueva Zelanda, los principios del sistema anglosajón han perdurado, y los fundamentos legales en orden al derecho público permanecen sustancialmente inalterados..

Es así que, en 1993, uno de los abogados de la Oficina del Procurador General de Canadá en su manual de recomendaciones para Tribunales Universitarios y Entidades Administrativas,⁶⁸ señalaba que “el identificar las reglas de la “natural justice” en las variadas circunstancias que enfrentan los administradores ha demostrado ser una tarea formidable, no sólo para las entidades en sí mismas sino también para los tribunales judiciales que supervisan y controlan sus acciones y decisiones. Dado que el derecho administrativo es todavía una rama relativamente nueva del derecho, reinan la confusión y la contradicción. Por ejemplo, se presume que las reglas de la “natural justice se deben aplicar a las entidades a las que se ha confiado funciones judiciales o cuasi-judiciales. Sin embargo, no existe tal presunción cuando se trata de entidades que desarrollan actividades administrativas...”.

IX. EL DERECHO ADMINISTRATIVO NORTEAMERICANO.

Si bien presenta rasgos comunes con el sistema imperante en el Reino Unido, el derecho administrativo norteamericano posee caracteres que lo diferencian de aquél: Supremacía constitucional y Supremacía parlamentaria.

En los Estados Unidos, rige una constitución escrita, producto triunfante de la Independencia, y se postula el principio de la “supremacía constitucional” (desde que, en el famoso fallo *Marbury v. Madison*, 1803, del Juez John Marshall, éste afirmara que la Constitución “es la ley suprema de la tierra”)^{69 70}.

Al igual que el Parlamento inglés, el Congreso de los Estados Unidos también representa una legislatura electiva que traduce la voluntad popular. No obstante, las leyes del Congreso no son la ley suprema de los Estados Unidos. La ley suprema está contenida en la Constitución escrita de 1789, instrumento que delega el poder soberano del pueblo y de los Estados en el Congreso, y que retiene los derechos básicos de los ciudadanos en el corazón de sus disposiciones⁷¹.

Este principio había sido ya articulado por el Juez Samuel Chase, en el caso *Calder v. Bull*, de 1798, que cita Lord Irvine of Lairg: “No puedo suscribir a la omnipotencia de una legislatura estadual, o que sea absoluta o carezca de control”. “Un acto de la Legislatura (que no podría llamar Ley) que sea contrario a los grandes principios originales de la sociedad, no puede considerarse como un ejercicio legítimo de la autoridad legislativa”.⁷²

La determinación, pues, del ajuste de las normas de inferior grado a la Constitución, resulta tan central al constitucionalismo americano, como lo es la soberanía parlamentaria al Reino Unido

En la visión tradicional, existiría una radical oposición entre la Supremacía Constitucional y la Soberanía Parlamentaria, en tanto la primera limita el poder legislativo y defiende los derechos fundamentales, en tanto la última acota un poder previamente ilimitado y garantiza la consecución efectiva de los derechos humanos. Sin embargo, una visión diferente es considerar que representan dos partes de un todo, cada una reflejando visiones distintas de cómo el poder judicial y otras instituciones deberían interactuar y relacionarse.

Se señala, no obstante, que la propia historia de cada una de las naciones puede explicar esta diferencia de enfoques: en tanto en los Estados Unidos, la noción de supremacía constitucional guarda relación con la soberanía popular como principio fundamental – noción de un grupo social involucrado en el proceso político y del cual depende la existencia de las instituciones (“We, the people...”) -el concepto de soberanía

Comercialización de Leche, y elevaron una queja, solicitando la formación de un comité de investigación – previsto por la Ley citada – cuya formación estaba sujeta a “lo que decida el Ministro (de Agricultura)”. En Wade, HWR, op. cit, pág. 358.

⁶⁸ Freedman, Bram, Assistant Legal Counsel, “Rules of Natural Justice”, Handbook for Members of University Tribunals & Administrative Decision-Making Bodies, Office of the General Counsel, Canada, 1993.

⁶⁹ Cf Lord Irvine of Lairg, The Lord Chancellor, en “The Common Origins of English and American Law, Inner Temple Lecture”, cit., pág. 4.

⁷⁰ Spaeth, Harold J., Smith, Edward C., “The Constitution of the United States”, Harpercollins College Outline, 13a. Ed., 1991, pág. 22 y ss.

⁷¹ Cf. Corwin, Edward S., “La Constitución Norteamericana y su actual significado”, Bs. As., Ed. Guillermo Kraft Ltda., 1942.

⁷² Cf. Lord Irvine of Lairg, Lord High Chancellor, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en “Sovereignty in comparative perspective: constitutionalism in Britain and America”, cit., pág. 3.

parlamentaria tendría una connotación diferente, dado que el poder soberano del Parlamento no derivó, originalmente, de la voluntad del pueblo como se comentara anteriormente en estos apuntes ⁷³.

No obstante, observa Lord Irvine que la doctrina de la supremacía parlamentaria en el Reino Unido reposa ahora sobre bases diferentes, en virtud de cambios que, como muchos desarrollos constitucionales británicos, ha sido más evolutivo que revolucionario. En la actualidad, dice el autor, la soberanía legal del Parlamento se percibe como derivada del hecho de que la composición del mismo se determina por el electorado, en el cual reside, en último término, la soberanía política ⁷⁴.

El punto de debate actual, tanto en Estados Unidos, como en el Reino Unido, según Lord Irvine, es cuánto poder deberían tener los tribunales sobre las demás ramas del gobierno, y bajo qué circunstancias, si fuera el caso, sería adecuado que el Poder Judicial dejara de lado a los legisladores debidamente electos, y a los administradores, a fin de salvaguardar intereses individuales o de un grupo determinado.

Es significativo que esta cuestión esté siendo hoy debatida, en los albores del Tercer Milenio, lo que nos trae a cuestiones similarmente debatidas, en nuestro régimen jurídico, sobre el alcance de la cuestión de inconstitucionalidad, la potestad genérica del Poder Judicial de controlar y eventualmente desaplicar los actos de la Administración, las facultades de nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y los rasgos y caracteres de la ejecutoriedad de los actos administrativos entre nosotros, y las medidas provisionales y cautelares a disposición de los ciudadanos administrados.

X. VALORACIÓN FINAL.

Resulta interesante notar que, pese a las diferencias entre el sistema de derecho administrativo angloamericano y el continental de "droit administratif", y su disímil origen, antecedentes históricos, filosóficos y jurídicos, y aún en su evolución en el tiempo, existen numerosos puntos de contacto en orden al control jurisdiccional de la administración, y que las cuestiones que por mucho tiempo han preocupado a la doctrina y jurisprudencia del sistema continental son objeto hoy de consideración y construcción por la doctrina y jurisprudencia anglosajona.

Coincidencia que es dable apreciar en las normas que regulan nuestro contencioso anulatorio, y en el rol de la jurisprudencia en interpretar y aplicar dichas reglas y principios, y en hacer efectivas las garantías y tutela jurisdiccional del individuo que ellas representan.

El análisis particular de tales puntos de intersección, incluyendo los relativos a los presupuestos y elementos para el acceso al control jurisdiccional del poder gubernamental, la persona humana como sujeto tutelado, las reglas y principios aplicables, y los remedios disponibles, excede con mucho el alcance de estos breves apuntes. No obstante, si hemos fomentado el espíritu crítico a su respecto, habremos alcanzado el propósito de este trabajo.

⁷³ Cf. Lord Irvine, op. cit., pág. 12.

⁷⁴ Bajo la concepción inglesa, y dado que una ley ordinaria del Parlamento puede dejar sin efecto cualquier otra norma, sería en principio imposible que el Parlamento declarara una ley inderogable o inapelable, dice Wade. Pero comenta el autor, que el ingreso de Gran Bretaña a la Comunidad Europea aparejó una verdadera revolución a propósito de la soberanía parlamentaria, al haber el Parlamento aprobado la Ley de las Comunidades Europeas de 1972, por la cual un acto comunitario habrá de prevalecer sobre cualquier ley británica, "incluyendo leyes ya dictadas, o las que se dicten en el futuro", con lo cual el Parlamento vinculó a sus sucesores y subordinó toda la legislación futura, al derecho de la Comunidad. Cf. Wade, H.W.R., "Administrative Law", cit., pág. 26 y ss.

LA FUTURA CONSTITUCIÓN DE EUROPA Y LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

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.

SUMARIO

I. LA FUTURA CONSTITUCIÓN EUROPEA Y LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA VISTOS DESDE IBEROAMÉRICA. II. LA FUTURA CONSTITUCIÓN EUROPEA. III. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. IV. UNA VISIÓN IBEROAMERICANA DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LA CARTA.

I. LA FUTURA CONSTITUCIÓN EUROPEA Y LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA VISTOS DESDE IBEROAMÉRICA.

1) Un estudio sobre la futura Constitución de Europa y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea escrita en Iberoamérica, por un iberoamericano, a mediados del año 2003, presenta, además de la importancia y trascendencia del tema en sí mismo, un doble interés adicional.

En primer lugar, por la particularidad del asunto mirado desde Iberoamérica, en relación con la situación interna e internacional actual de la región comparada con la existente en Europa.

En segundo lugar por el momento, cuando la futura Constitución de Europa está en pleno proceso de elaboración, con diferencias, hasta con enfrentamientos teóricos y políticos, respecto de algunos de sus elementos, contenidos y enfoques, después de la fractura que significó la Guerra de Irak, de los intentos de recomodamiento posteriores y en cuanto se ha reactualizado la falta de unanimidad en lo que se refiere a la unidad monetaria, basada en la aceptación del euro.

En cuanto al primer punto, es evidente que la situación actual de Iberoamérica es muy diferente de la existente en la Unión Europea. Los procesos de integración regional existentes, pese a su importancia económica y política, siguen siendo hoy sólo acuerdos entre Estados regidos por el Derecho Internacional.

No puede hablarse de la existencia de un verdadero Derecho Comunitario, aunque hay atisbos de su posible existencia futura si se sigue, como es presumible que así sea, en un camino que ya se vislumbra. Ni el Sistema Interamericano, ni ninguno de los procesos de integración, en su forma institucional existente en la actualidad, constituyen otra cosa que el resultado de tratados internacionales entre Estados.

En tal situación - el concepto mismo de Constitución, como instrumento jurídico para regir a uno o varios de esos sistemas internacionales interetáticos actualmente existentes, - constituye algo muy difícilmente concebible hoy, temporalmente lejano, en Iberoamérica.

La idea de Constitución en Iberoamérica continúa siendo, como lo fuera tradicionalmente en el Derecho Constitucional Europeo, un concepto unido con la idea y con la forma política y jurídica llamada Estado¹, aunque por extensión la doctrina latinoamericana fue pionera en aplicar el calificativo de Derecho Constitucional al Derecho de la organización de la Comunidad Internacional fundada en la Carta de las Naciones Unidas².

¹ C. Ruiz Miguel, Transformación del Derecho Constitucional Europeo, en Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, N^o. 14, Universidad de Murcia, 2002, pág. 120; Paolo Barile, La Costituzione Come Norma Giuridica, Firenze, 1951, pág. 33.

² Eduardo Jiménez de Aréchaga, Derecho Constitucional de las Naciones Unidas, Escuela de Funcionarios Internacionales, Madrid, 1958.

Constitución, Derecho Constitucional y Estado han sido tradicionalmente conceptos que se implican recíprocamente³. Pero esta idea ha comenzado a cambiar en Europa.

El paso del tiempo no ha modificado hasta hoy este pensamiento iberoamericano. En cambio en Europa el proceso de integración, cada vez más acentuado y totalizante, caracterizado por un contenido político, - además de la idea política, existente, en sus fundamentos, principios y objetivos-, llevó a concebir la posibilidad de una Constitución para ese conjunto comunitario europeo, que era - y que sobre todo debía ser -, algo más que una suma internacional de Estados soberanos⁴. Nació así la perspectiva de un Derecho Constitucional europeo que fuera algo diferente de un Derecho Constitucional comparado de Europa, destilación de los principios resultantes de la tradición y de la realidad institucional y política actual del Continente europeo.

La idea de la existencia de un Derecho Constitucional europeo, necesariamente unido con el concepto de Democracia y con el respeto de los Derechos Humanos⁵, junto con la realidad de una Europea integrada en lo económico, parcialmente en lo político y en muy importantes aspectos jurídicos y sociales⁶, está en el origen del pensamiento sustentador de la posibilidad de una Constitución europea, concebida como una etapa posterior, como un perfeccionamiento y en cierto sentido una superación de la etapa en que la Unión Europea fue - y es aún - resultante sólo de tratados internacionales entre Estados. No puede olvidarse a este respecto que toda Constitución cumple una función de "unificación del sistema jurídico"⁷ y que sin duda, este efecto de una futura Constitución, se ha de producir con respecto a la Unión Europea. No es posible, asimismo, dejar de recordar que el concepto de Constitución, implica la idea de supremacía, la de cúspide de un ordenamiento jurídico⁸.

La diferencia existente, por tanto, entre Iberoamérica y Europa, en lo que se refiere a la aplicación de nuevas formas políticas, distintas del Estado tradicional, justifica plenamente un enfoque diverso de la cuestión de la Constitución Europea y de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, hecho desde la costa americana del Atlántico.

En lo que se refiere al segundo enfoque. Estamos hoy, cuando escribo estas líneas, a unos meses del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional de Sevilla (diciembre de 2003), inmediatamente después de la Cumbre de Salónica (Porto Carras) en un momento muy especial del proceso de elaboración de la futura Constitución Europea. A comienzos del año 2002 no se pensaba en la fractura que los prolegómenos de la Guerra de Irak y esta Guerra en sí misma, habría de producir en la política de los países de la Unión Europea. Esta fractura y además, la imposibilidad en los días que corren de una unificación monetaria, en virtud, en especial, de la postergación de la aceptación por Gran Bretaña del Euro, hacen que el momento actual sea particularmente complejo para la culminación exitosa del proceso que conducirá a la adopción de lo que habrá de ser la Constitución de Europa.

El futuro, por tanto, aún siendo optimista, está lleno de incertidumbres y dudas, que sólo el paso del tiempo permitirá aclarar.

2) Hay otra precisión preliminar que hay que hacer.

La Carta de Derechos Fundamentales, sobre la que luego fijaremos especialmente nuestra atención, se suma a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa, así como a sus múltiples protocolos adicionales. Esta Convención, es un tratado internacional del que son partes los Estados miembros del Consejo de Europa, muchos de los cuales son, a su vez, o lo serán próximamente, miembros de la Unión Europea.

³ Paolo Barile, op. cit; pág. 32.

⁴ Noemí García Gestoso, Algunas Cuestiones sobre la Soberanía en el Proceso de Integración Europea, Revista de Derecho Político, Universidad Nacional de Educación a Distancia, N.º. 57, Madrid, 2003.

⁵ Pedro Cruz Villalón, La Curiosidad del Jurista Persa y otros Estudios sobre la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, en especial el artículo "Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales" y el comentario de Manuel Aragón, titulado "Derecho Constitucional y Democracia", publicado en "El País" de Madrid; Pedro de Vega, Constitución y Democracia, en La Constitución de la Monarquía Parlamentaria, FCE, Madrid, 1983; Javier Ruipérez, La Constitución Europea y la Teoría del Poder Constituyente, Madrid, 2000; Javier Tajadura Tejada, La Crisis de la Constitución en el Proceso de Integración Europea, Cap. II, El Principio Democrático, en Revista de Derecho Político, N.º. 53, Madrid, 2002, pág. 246 - 251. El carácter necesariamente democrático de la Unión Europea y de los Estados Miembros, se encuentra impuesto y reafirmado por los Tratados de Maastrich (1992), Ámsterdam (1997) y Niza (2000).

⁶ Tarea esencial del Consejo de Europa, organización internacional distinta de la Unión Europea, dedicada, en especial, a la elaboración de instrumentos en el campo jurídico, en particular en cuanto a los Derechos Humanos, dentro de cuyo marco nació la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, cuyo órgano de aplicación es hoy la Corte Europea de Derechos Humanos (Estrasburgo). Véase: Paul M.G. Levy, The Council of Europe, en Europe, Dream - Adventure - Reality, Elsevier, Brussels, 1992.

⁷ Santantino Mortati, La Costituzione in Senso Materiale, Milano, 1940, Cap. III, 3b (L'unificazione del Sistema Giuridico), págs. 47 - 150

⁸ Humberto Nogueira Alcalá, Consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en América y Europa, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tomo 4, Madrid, 2000.

En el Sistema Interamericano, existe una Convención, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que tuvo como una de sus fuentes a la Convención Europea y que se funda en principios análogos y posee una estructura similar a ésta ⁹. La Convención Americana, de lo que no son parte, ni los Estados Unidos, ni Canadá, ni algunos Estados de lengua inglesa del Caribe, es en el Continente Americano un texto paralelo a lo que es en Europa la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 y sus Protocolos Adicionales.

Pero no hay en Iberoamérica, ni se encara la existencia futura, de algo análogo, a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea por las mismas razones, que ya hemos expresado, con respecto a la inexistencia en América de un proceso similar al Europeo, que pudiera conducir a la existencia de una Constitución Iberoamericana.

II. LA FUTURA CONSTITUCIÓN EUROPEA

1) La futura Constitución europea está hoy en pleno proceso de elaboración, luego de la aprobación en Salónica, (Grecia, Porto Carras) en junio – julio de 2003, del proyecto de la Convención presidida por Valery Giscard D'Estaing, proceso que deberá terminar presumiblemente con su adopción final en el año 2006.

Hay que comenzar, por tanto, por resumir el proceso que llevó a la idea de cristalizar en un texto escrito, en un instrumento que tuviera el carácter de una constitución formal, con un contenido material y con una jerarquía propia y específica, que constituyera una etapa distinta y posterior a la que institucionalizó la Unión Europea, en base únicamente a tratados internacionales multilaterales, en lo relativo a los principios y a la organización institucional de esta Unión. Aunque estos tratados han sido calificados como “la Carta constitucional de una Comunidad de Derecho” por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y por una cierta doctrina ¹⁰, no hay duda de que estos tratados son algo diferente de la Constitución cuya elaboración y aprobación se encara ahora.

Este resumen debe ser continuado con la somera descripción del proceso de elaboración de esa futura Constitución, de los apoyos que ha recibido y de las críticas que ha generado.

2) Pese a que esta futura Constitución, por lo menos a corto y mediano plazo, deberá necesariamente emanar de un tratado internacional, la idea de esa Constitución se construyó en parte, en base a una concepción diferente: la de que esta Constitución por su contenido, y por sus elementos simbólicos, pudiera ser entendida como tal, con toda la carga tradicional y política que el concepto de Constitución tiene en la historia europea y que, además, por el procedimiento o método ideado para la elaboración del proyecto, éste fuera, por lo menos en su fase inicial, algo distinto del clásicamente usado - las conferencias diplomáticas integradas exclusivamente por representantes gubernamentales de Estados - para la elaboración de los tratados multilaterales ¹¹.

La Convención, organismo atípico integrado por representantes del Parlamento Europeo, los Parlamentos Nacionales, los Gobiernos y la Comisión, con representantes de los países candidatos a la adhesión, sin derecho a voto, llegó el 13 de junio de 2002 en Bruselas, luego de 15 meses de trabajo, a un acuerdo sobre el proyecto de Constitución para la Europa ampliada.

Según Giscard D'Estaing, la Convención al preparar el proyecto de Constitución, combinó “idealismo e innovación para avanzar con realismo político para construir”.

Este proyecto fue presentado a la Cumbre de Salónica (Porto Carras) en la reunión celebrada entre el 19 y 21 de junio del 2003 y aprobado en principio, sin perjuicio de retoques futuros y de puntos en los que no se logró un acuerdo final.

Para la percepción de la “ciudadanía europea”, para el europeo que piensa en función de la historia en virtud de la cual se formó y es, la idea de una Constitución para Europa es algo muy distinto de lo que puede ser un tratado o un conjunto de tratados internacionales, unidos necesariamente a la idea de un Derecho

⁹ Héctor Gros Espiell, *La Convention Européenne et la Convention Américaine des Droits de l'Homme, Analyse Comparative*, Academie de Droit Internatioanal, Recueil des Cours, La Haye, 1989, tome 218.

¹⁰ Gil Carlos Rodríguez Iglesias, ¿Una Constitución para Europa?, *El País*, Madrid, 1 de marzo de 2002; Antonio Carlos Pereira Menant, Introducción al Estudio de la Constitución de la Unión Europea, *Revista de Derecho Político*, N.º 53, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2002, pág. 209 y sigs; M.ª L. Fernández Esteban, La Noción de Constitución Europea en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 40, Madrid, 1994; Conseil de l'Europe, Commission de Venise, *Le Droit Constitutionnel et l'Integration Européenne* (CDL. Inf. (99)7), Estrasburgo, 21 avril 1999, Rapport de synthèse de Armando Toledano Laredo, que cita (pág. 11), el “point 21 de l'Avis N.º 1/91 de 14 de diciembre 1991, en cuanto dice: “...le traité CEE, bien qu'il conclut sous la forme d'un accord international, n'en constitue pas moins la Charte Constitutionnelle d'une Communauté de Droit”.

¹¹ Héctor Gros Espiell, Una Constitución para Europa, *Patria*, Montevideo, 15 de marzo de 2002; L. Díaz Preazo, Reflexiones sobre la Idea de Constitución Europea, *Revista de Instituciones Europeas*, 1993 – 2, Madrid; E. García de Enterría, El Proyecto de Constitución Europea, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 45, Madrid, 1995.

Internacional aplicable a un conjunto de Estados, aunque ellos hayan llegado a constituir una Comunidad de Derecho regulada por un Derecho Comunitario.

3) Esta futura Constitución nacerá “de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa de construir un futuro común...” (Parte I, Título I, Artículo I – 1: Creación de la Unión, del Proyecto aprobado en Salónica en junio de 2003).

Es decir que el Poder constituyente de la Unión Europea resulta no sólo de los Estados, sino de la conjunción de la voluntad de los Estados con la de los ciudadanos de la Unión ¹².

Es un concepto novedoso y revolucionario, que innova de una manera esencial en la idea y en la forma de cómo constituir una nueva entidad política integrada por Estados.

Como lo ha dicho Robert Badinter:

*“D’abord, les délégations de souveraineté consenties par les Etats-membres au long des traités successifs. A cette souveraineté déléguée par les États s’en ajoute une autre, moins évidente mais plus directe: celle des citoyens de l’Union. Se conjuguent ainsi, au sein de l’Union, deux sources de légitimité: celle des Etats – membres et celle du peuple de l’Union composé de l’ensemble des citoyens de l’Union, sans distinction de nationalité”*¹³.

4) El proceso para la redacción de la futura Constitución Europea, precedido de una concientización ideológica – fundada naturalmente en una idea de Europa ¹⁴ y de sus principios tradicionales históricos y políticos y de la evolución de una opinión pública que había conocido ya iniciativas anteriores, como los proyectos Spinetta de 1984, Luster de 1989 y Hermann de 1994 presentados en el Parlamento Europeo, así como otras iniciativas y propuestas ¹⁵ –, comenzó realmente con la Declaración de Laecken del 15 de diciembre de 2001 sobre el futuro de la Unión Europea, que planteó concretamente la cuestión de si para que Europa llegase a ser más democrática, más transparente y más eficaz”, no sería necesaria “la adopción de un texto constitucional”.

Esta futura Constitución europea fue concebida como un paso adelante en la existencia actual de un Derecho Comunitario, que a su vez, ya había superado el enfoque anterior de concebir la Unión Europea como un sistema basado en la aplicación exclusiva del Derecho Internacional ¹⁶.

5) No hemos de seguir paso a paso el proceso de elaboración del proyecto de Constitución, preparado por la Convención presidida por Valéry Giscard D’Estaing ¹⁷, que ha sido comentado, a partir del conocimiento del primer ante proyecto o borrador en octubre de 2002, por una importante doctrina ¹⁸ y que dio lugar a proyectos o contribuciones paralelos, entre las cuales destaca el libro de Robert Badinter ¹⁹.

6) Cuando se escriben estas líneas, en diciembre de 2003, el proceso se encuentra en la siguiente situación. En los últimos meses del año 2002 Giscard D’Estaing presentó el “esqueleto” o anteproyecto de Constitución preparado por la Convención que calificó de “prudente, razonable, pero no carente de ambición”.

¹² Antonio La Pégola, La Unión a Través de la Ciudadanía Europea, Una Propuesta de la Comisión de Venecia, en Héctor Gros Espiell Amicorum Liber, Bruylant, Bruxelles, 1997, Vol. I, págs. 610 – 639.

¹³ Robert Badinter, Une Constitution Européenne, Fayard, Paris, 2002, págs. 25 – 26.

¹⁴ Jean – Baptiste Duroselle, Qu’est – ce que l’Europe, en Jean Baptiste Duroselle, L’Europe, Histoire de ses Peuples, Perrin, 1990, págs. 11 – 21; Hendrik Brugmans, Europe: One Civilisation, one Destiny, once Vocation, in Europe, Dream – Adventure – Reality, cit, págs 11 – 38. Esta “idea” de Europa es evidentemente algo más que un concepto geográfico. ¿Cómo no recordar a este respecto las palabras de Paul Valéry?: “L’Europe deviendra – t- elle ce qu’elle est en réalité, c’est-à dire: un petit cap du continent asiatique?. Ou bien l’Europe restera – t- elle ce qu’elle paraît, c’est-à- dire: la partie précieuse de l’univers terrestre, la perle de la sphère, le cervau d’un vaste corps?”. “Cette Europe triomphante qui est née de l’échange de toutes choses spirituelles et matérielles, de la coopération volontaire et involontaire des races, de la concurrence des religions, des systèmes, de intérêts, sur un territoire très limité, m’apparaît aussi animée qu’un marché où toutes choses bonnes et précieuses sont aportes, comparées, discutés, et changent de mains”. “Je dirais presque, ma pensée abusant de mon langage, qu’une Europe est une espèce de système formé d’une certaine diversité humaine et d’une localité particulièrement favorable; façonnée en fin par une histoire singulièrement mouvementée et vivante. Le produit de cette conjoncture de circonstances est un Européen”. (Paul Valéry, Oeuvres, I. Bibliothèque de la Pléiade, Paris, 1968, La Crise de l’Esprit, 2^a. Lettre, págs. 995, 1005, 1007.

¹⁵ Una enumeración de estos antecedentes puede encontrarse en: Comentarios al Proyecto de Constitución Europea Dirigidos por Carlos Francisco Molina del Pozo, Editorial Comanes, Granada, 1996, pág. 2 y siguientes.

¹⁶ Cesáreo Gutiérrez Espada, De Nuevo Sobre las Relaciones entre la Constitución y el Derecho Comunitario, Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario N^o. 10, Madrid, 1998.

¹⁷ Valéry Giscard D’Estaing, como presidente de la Convención y principal redactor del proyecto elaborado y presentado por ésta, ha escrito innumerables artículos y concedido muy numerosas entrevistas de prensa. He tenido en cuenta las publicaciones hechas en Le Figaro, Le Monde, Liberation, El País y ABC.

¹⁸ La amplísima bibliografía sobre el tema que es en su mayoría anterior a la redacción del proyecto examinado en Salónica, es imposible citarla aquí en su integridad. Parte importante de ella se encuentra referida en las notas de esta Ponencia. Naturalmente es una bibliografía especial y particularmente europea, a la que la doctrina latinoamericana no ha agregado hasta hoy, con alguna excepción, aportes de significativa importancia. La consideración del proyecto de Constitución adoptado en Salónica, provocará, sin duda, el surgimiento de una nueva y abundante bibliografía sobre este proyecto.

¹⁹ Robert Badinter, Une Constitution Européenne, cit., Fayard, Paris, 2002.

Lógicamente la polémica siguió a esta primera presentación del ante proyecto, no sólo entre los partidarios y los contrarios a la idea de una Constitución para la Unión Europea, sino entre los que, siendo favorables, discrepaban con determinadas soluciones, fórmulas o enfoques.

A través de sucesivas etapas, luego de la aprobación del proyecto por la Convención, en junio de 2003, en Bruselas, se ha llegado, cuando escribimos estas líneas, en junio 19 – 22 de 2003, a la reunión cumbre de Salónica (Porto Carras), en que el proyecto de Constitución ha sido oficialmente presentado a esta instancia decisiva, última que se ha de celebrar bajo la presidencia griega, a la que le seguirá la presidencia italiana. Y la Cumbre lo aprobó.

Luego del debate en Salónica, que constituyó un triunfo para el proyecto elaborado por la Convención, presidida por Giscard D'Estaing, la misma Convención procederá a retocar el proyecto, recogiendo los resultados de la reunión de Salónica, que será presentado a los Gobiernos reunidos en una o sucesivas Conferencias Intergubernamentales y en reuniones en la Cumbre.

Es imposible, realísticamente, predecir hoy como terminará el proceso de adopción de la Constitución Europea, luego de las intensas y difíciles negociaciones políticas, con sucesivas reuniones, que se escalonarán en los próximos meses.

Hay temas concretos aún sin resolver, como por ejemplo, entre otros: la forma y la ponderación de los votos en los órganos de la Unión. La Presidencia y la existencia de un Ministro de Relaciones Exteriores, son temas no resueltos.

Y además ¿Cómo se tomarán las decisiones en cada país miembro de la Unión para ratificar el tratado constitucional?

¿Cómo tomará su decisión cada Estado miembro?. ¿Habrán referéndums nacionales?.

El camino a recorrer no es, por tanto, nada fácil. Pero está iniciado el proceso, ha progresado mucho, no puede ser abandonado y es imposible retornar a lo que existía antes de que la idea de una Constitución europea naciera y germinara. La crítica de alguna doctrina, que en 2002, sostenía que la idea de una Constitución europea, era todavía "prematura", parece que hoy ya no se mantiene y que pese a las dificultades y obstáculos que habrá de salvar, la idea en sí misma, es decir de la pertinencia de una Constitución Europea, ha sido muy mayoritariamente aceptada.

Sin embargo en los últimos meses las diferencias se han acentuado y las dificultades se presentan mucho más grandes que lo que inicialmente se habrá previsto. En noviembre de 2003 luego del fracaso de la Conferencia Intergubernamental -, en su intento de lograr un consenso – y cuando continúan las discrepancias en especial respecto del sistema de votación en los órganos previstos en la futura Constitución –, resulta evidente que el proceso de adopción del proyecto se habrá de dilatar, sin duda más allá del fin del año 2003, y que sólo será posible esperar un eventual acuerdo en el curso del año 2004.

El 28 de noviembre se reunió en Nápoles la Conferencia de Ministros de Relaciones Exteriores de la Unión de los países que ingresarán (15 + 10), en un intento de superar las diferencias existentes.

Aunque hubo algunos acuerdos, las diferencias más importantes no pudieron ser salvadas.

Una nueva reunión, esta vez de jefes de gobierno, se realizó en Bruselas el 12 y 13 de diciembre. Terminó también sin un acuerdo. La presidencia italiana (2003) terminará así sin haber logrado la superación de las diferencias. Queda ahora el año 2004, durante la presidencia irlandesa, como la próxima etapa en la que se intentará salir del impasse actual

7) No hemos de entrar a la cita y menos aún al comentario de cada una de las etapas cumplida hasta hoy ni a los distintos aspectos del debate que ha generado el tema y el proyecto de Constitución europea de su proceso redaccional. Sólo deseamos señalar que, el proyecto presentado en Salónica, además de incluir como contenido lo referente a la relación de la futura Constitución con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ha tenido como uno de sus puntos más importantes y controversiales el tema de la inexistencia de referencias a Dios y al aporte religioso a la idea de Europa, asunto sobre el que ha hecho especial hincapié la Iglesia Católica, a través de múltiples pronunciamientos, incluso del Papa Juan Pablo II ²⁰.

²⁰ Mensaje de Juan Pablo II a la Conferencia de la Universidad Católica de Roma sobre la Constitución de la Unión Europea, (22 de junio de 2002); Declaración de los Presidentes de las Conferencias Episcopales Europeas (22 de octubre de 2002, Lovaina); Declaración de los Cristianos por Europa, 22 de febrero de 2003, Barcelona. Frente a esta actitud, 252 parlamentarios de los 15 miembros de la Unión Europea han firmado un "Llamamiento para el Respeto de los Principios de Libertad Religiosa y de Laicidad del Estado en la Futura Constitución Europea". Un punto de vista sumamente interesante es el de Fernando Savater que reconociendo las raíces cristianas de Europa, apoya y comparte el criterio seguido por el proyecto de la Convención presidida por Giscard d'Estaing (El País, Montevideo, 10 de agosto de 2003, Fernando Savater, "Raíces Cristianas y la Constitución")

8) El contenido del proyecto de Constitución es análogo, en principio, y en general, al de las Constituciones europeas que forman el actual Derecho Constitucional comparado de Europa. Pero su materia, mucho más compleja, está condicionada por el hecho de que se trata de una Constitución tan atípica como la que resulta de un texto que ha de regir para el conjunto de Estados que forman la Unión Europea, al mismo tiempo que para una población europea que debe ser considerada en su carácter de tal. Deberá, en consecuencia, encarar cuestiones que generalmente escapan a las constituciones estatales.

Contendrá sin duda un Preámbulo, los principios fundamentales constitutivos, lo relativo a los derechos fundamentales, - ya que la futura Constitución se integrará con la Carta Europea de Derechos Fundamentales ²¹, a la ciudadanía europea ²², a la estructura orgánica, al régimen de votación y al tipo de mayoría que se exigirá para las decisiones de sus órganos colectivos. La cuestión del tipo de votación y de las mayorías es un tema tremendamente polémico, en el que se manifestaron en Salónica discrepancias muy hondas y subsisten hoy. A todo esto se agregará lo relativo a la defensa y a la política exterior.

Los temas son, en consecuencia, de una complejidad abrumadora y presentan dificultades graves. El trabajo a realizar es aún muy grande y los plazos para encontrar las soluciones no pueden ser breves.

Pero el camino se ha iniciado y se ha previsto que termine en el año en un plazo predeterminado.

Este es uno de los casos en que, como ya dijimos, iniciado el camino, el mismo no puede ser abandonado, ni es posible regresar a la situación anterior.

9) El tema de los Derechos Humanos no puede, ni podrá estar ajeno a la Constitución en proceso de elaboración. No sólo hay claras y expresas referencias a ese asunto en el proyectado Preámbulo, sino también en lo referente a los "valores" de la Unión Europea.

Estos "valores" de la Unión entre los que cabe declarar aquí, la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad y los derechos humanos, constituyen, asimismo, en cuanto a los derechos fundamentales garantizados por la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, "principios generales" integrantes del "Derecho de la Unión". En efecto el artículo I-7.3 dispone:

"I-7:3.- Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales".

Pero además, el asunto está presente en la cuestión - que involucra varios aspectos y decisiones a tomar, - de la relación entre la futura Constitución y la Carta Europea de los Derechos Fundamentales.

El Preámbulo proyectado dice respecto de la Democracia, la Libertad y los Derechos Humanos en la futura Constitución:

"Nuestra Constitución se llama democracia... porque el poder no está en manos de unos pocos sino de la mayoría. Tucídides II, 37.

Conscientes de que Europa es un continente portador de civilización, de que sus habitantes, llegados en sucesivas oleadas desde los albores de la humanidad, han venido desarrollando los valores que sustentan el humanismo: la igualdad de las personas, la libertad y el respeto a la razón. Con la inspiración de las herencias culturales, religiosas y humanitarias de Europa, cuyos valores siguen presentes en su patrimonio y han hecho arraigar en la vida de la sociedad su visión del valor primordial de la persona y de sus derechos inviolables e inalienables, así como el respeto del derecho.

En el convencimiento de que la Europa ahora reunida proseguirá por esta senda de civilización, progreso y prosperidad en bien de todos sus habitantes, sin olvidar a los más débiles y desfavorecidos; de que esa Europa quiere seguir siendo un continente abierto a la cultura, al saber y al progreso social; de que desea ahondar en el carácter democrático y transparente de su vida pública y obrar en pro de la paz, la justicia y la solidaridad en el mundo".

Y en cuanto a los valores, el Artículo I - 2 expresa:

²¹ L. M. Díaz Picazo, ¿Una Constitución sin Declaración de Derechos? (Reflexiones Constitucionales sobre los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea), Revista Española de Derecho Constitucional, N.º. 32, Madrid, 1991.

²² Proyecto de Constitución Europea, Parte I, Título II, (De los Derechos Fundamentales y Ciudadanía de la Unión; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Capítulo V, Ciudadanos, arts. 39, 40 y 42 que se refieren a "todos los ciudadanos de la Unión". P. Biglímio Campos, Ciudadanía Europea y Legitimidad Democrática, Revista de Estudios Europeos, N.º. 9, 1995; M.º. D. Blázquez Peinado, La Ciudadanía de la Unión, Valencia, 1998; Antonio La Pégola, op. cit, nota 12.

“La Unión se fundamenta en los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la no discriminación”^{22 bis}.

En lo que se refiere a la relación entre la futura Constitución y la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, la cuestión está regulada en el Título II del proyecto de Constitución (De los Derechos Fundamentales y la Ciudadanía de la Unión).

Así es que el artículo I – 7 establece:

“1.- La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos fundamentales que constituye la segunda Parte de la presente Constitución.

2.- La Unión procurará adherirse al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. La adhesión a dicho Convenio no afectará a las competencias de la Unión que se definen en la presente Constitución.

3.- Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

10) ¿Es necesaria hoy una Constitución para la Unión Europea? ²³.

Aunque esta cuestión en este momento es objeto de un renovado debate, la posición mayoritaria – aunque con un abanico de diferentes posiciones y criterios – parece ser ampliamente favorable a la idea de la necesidad de una futura Constitución. El tema sigue abierto.

Por mi parte tengo una posición favorable a la idea. Creo que la necesidad de esta Constitución se acentúa frente a la realidad de hoy y que esta necesidad es ahora mayor que la que ya existía en el año 2000.

Una Constitución es un imperativo ineludible para dar un paso cierto y determinante en el proceso de unificación de Europa, para pasar a ser una Comunidad fundada en el Derecho Comunitario, que en última verdad está determinada por el Derecho Internacional, a ser algo más estricto y profundo, a ser una Comunidad regida por una Constitución, que será expresión de la voluntad de los Estados partes y, además, de la ciudadanía europea, de una ciudadanía común, expresión final y fuente última de la soberanía en Europa.

Y este proceso de constitucionalización pienso que tendrá efectos fructíferos, no sólo para la Unión Europea, sino para la Comunidad Internacional, en su conjunto, ya que puede llegar a ser un elemento para impulsar el deseable reequilibrio de poder, necesario para que esa Comunidad universal, que todos integramos, sea realmente equilibrada, pluralista, y multipolar.

Pero no puedo dejar de manifestar mis dudas y temores. El peso, la importancia capital de los Estados nacionales que integran la Unión, las diferencias políticas y los distintos criterios económicos que subsisten, son elementos que no pueden dejarse de considerar al reflexionar sobre el tema.

11) Subjetivamente, como fundamento personalísimo de mi actitud positiva y favorable, deseo citar las hermosas palabras de Robert Badinter que, en última instancia, provocan y generan mi actitud. Dicen así:

*“J’aime les constitutions. Toute constitution est à la fois un instrument politique, une architecture juridique, un moment historique et une oeuvre littéraire”*²⁴.

A estas bellas expresiones, yo sólo quiero agregar lo que hace muchos años, en 1985, escribí cuando el Uruguay retornó a la Democracia:

*“La Constitución retomó, de tal modo su significado más alto: el de ser no sólo un conjunto de normas situadas en la cúspide normativa del orden jurídico estatal, sino el de simbolizar las aspiraciones democráticas del pueblo y constituir la bandera de la lucha por el progreso, el desarrollo y la convivencia pacífica de todos en un orden de Libertad y Justicia”*²⁵.

La Constitución proyectada será, así, un símbolo de Europa.

^{22 bis} Sobre los “valores” y su relación con los “principios”, véase: Pedro Cruz Villalón, Política Constitucional de la Unión Europea: Un marco de Análisis, VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, Diciembre de 2003 y Pedro Cruz Villalón, El Espacio Constitucional Europeo, El País, Madrid, 6 de diciembre de 2003, en el Suplemento “La Constitución del Siglo XXI”, pág. 19.

²³ D. Grimm, Does Europe Need a Constitution? European Law Journal, N°. 13, 1995.

²⁴ Robert Badinter, Une Constitution Européenne, cit., pág. 9.

²⁵ Héctor Gros Espiell, El Uruguay en la Actual Evolución Constitucional Democrática en Iberoamérica, en Estudios Constitucionales, Ingranusi, Montevideo, 1998, pág. 169.

III. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.

1) Corresponde ahora entrar al tema de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁶. Este texto, ya en vigencia, es un instrumento internacional de la Unión Europea.

Unión Europea y Consejo de Europa son organizaciones internacionales distintas, con diferente membresía, aunque entre ambas hay evidentemente una similitud de principios, una incidencia común, una comunión de ambas en cuanto a la idea de Europa y a todo lo que resulta de su tradición y de su historia.

No puede dejarse de señalar que en la Unión Europea, desde hace ya muchos años, existe, basado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con sede en Luxemburgo, un cierto control del respeto de los Derechos Humanos - que forman parte de los principios generales cuyo respeto este Tribunal debe asegurar - en los países miembros de la Unión en su accionar dentro del marco de esta Unión.

La Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención Europea de Derechos Humanos del Consejo de Europa son, además, diferentes por su naturaleza jurídica.

La Carta es todavía hoy un texto no convencional. No nació ni se sustenta actualmente en un tratado multilateral entre los Estados partes de la Unión Europea. Esa es su situación al día de hoy. La cuestión cambiará cuando se resuelva el tema de su relación con la futura Constitución europea.

En cambio, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales es un tratado, o mejor dicho un sistema fundado en un tratado original y en sus múltiples protocolos adicionales. Es un sistema de naturaleza convencional, con la consiguiente fuerza jurídica, que posee un régimen orgánico y funcional de vigilancia en su aplicación, para asegurar el control y garantía internacional, de naturaleza jurisdiccional, de los derechos y libertades.

Tener en cuenta esta distinta situación actual de los dos instrumentos es fundamental, para analizar la naturaleza jurídica, el contenido y el sistema de control de la aplicación de la Carta Europea y para poder encarar su posible futuro.

Sin embargo hay que considerar que el Proyecto de Constitución de la Unión Europea encara la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. I - 7,2 del Título II) y que los "derechos fundamentales que garantiza este Convenio" y "los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros", "forman parte del Derecho de la Unión como principios generales" (art. I - 7, 3 del Título II).

2) La Carta fue elaborada por una Convención encargada de esa tarea por el Consejo Europeo, Convención integrada por representantes de los Gobiernos, de los Parlamentos nacionales y de Parlamentarios europeos. Fue dirigida por el Presidente Herzog. El proyecto de la Convención fue adoptado por la Cumbre de Niza en diciembre de 2002.

3) La Carta ha recogido, naturalmente, elogios y críticas.

En cuanto a los primeros, coinciden, en general, con los criterios que afirmo a continuación. Pero no han faltado las críticas, que pensamos que son exageradas e injustas, resumidas en un reciente estudio de particular interés, que califica a la Carta de "conjunto desordenado de derechos, principios generales y normas programáticas de comportamiento"²⁷.

²⁶ Héctor Gros Espiell, La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Revista de Derecho Público, N°. 19, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2001; Alberto Herrero de la Fuente, La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Una Perspectiva Pluridisciplinaria, Cuadernos del Instituto Rei Afonso Henriques de Cooperación Transfronteriza, Zamora, 2003; Albertche Weber, La Carta Europea de los Derechos Fundamentales desde una Perspectiva Comparada, en Derechos Fundamentales y Estado, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2002, pág. 729; Emmanuel Decaux, Héritage Religieux et Droits de l'Homme (à propos de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne), en Melanges Offerts à Silvio Marcus Helmon, Bruylant, Bruxelles, 2003, pág. 41; Melchior Wathelet et Sean Van Raepenbush, La Protection des Droits Fondamentaux au Sein de l'Union Européenne après la Traité de Nice, en Melanges Offerts à Silvio Marcus Helmons, cit, pág. 345; G. Braibant, Vers une Charte des Droits Fondamentaux de l'Union, Table Ronde du 18/V/2000 organisée par Cohen - Jonathan, Decaux et Dutherie de la Rochère, La Documentation Française, N°. Special N°. 264, aout 2000.

²⁷ Claudio Zanghi, Premières Observations sur la Charte de Droits Fondamentaux de l'Union Européenne, en Mèlanges Offerts à Silvio Marcus Hemons, Bruylant, Bruxelles, 2003, pág. 377.

4) En un análisis preliminar de la Carta Europea, que realicé en enero de 2001, calificué a este instrumento como “un texto vivo e innovador”²⁸.

Dije entonces:

“En materia de derechos humanos, y de su protección interna e internacional, nada es – ni debe ser – estático. El reconocimiento expreso de nuevos derechos y su necesaria protección, mediante adecuadas garantías, es la consecuencia del carácter abierto de esta temática y de su necesaria evolución – en el respeto de principios inalterables, emanados de la dignidad humana y de la moral -, acompañando los cambios sociales y los avances científicos y tecnológicos”.

La Carta Europea de Derechos Fundamentales es un ejemplo de apertura y de innovación, de comprensión de la incidencia necesaria de los cambios sociales y culturales en la cuestión de los Derechos Humanos y de la impuesta recepción de las consecuencias de los progresos de la ciencia y de la tecnología en esta cuestión, pero al mismo tiempo de respeto de la tradición y de los grandes principios fundamentales en materia de garantía, defensa y protección de los Derechos Humanos.

En tal sentido la Carta Europea de Derechos Fundamentales, además del valor que tiene hoy y del que tendrá en el futuro en la Unión Europea, cuando forme parte de su Constitución, constituye un ejemplo de particular interés para los países iberoamericanos.

5) Hay además que destacar que esta modernidad, apertura e innovación, han permitido que la Carta incluya cuestiones que no se encuentran expresamente encaradas en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa. Es el caso, entre otros muchos de: la protección del medio ambiente (art. 37), la protección de los consumidores (art. 38) y el derecho a la integridad física y psíquica en el marco de la medicina y la biología, en especial en lo que se refiere al consentimiento libre e informado, la prohibición de la eugenesia y de las prácticas que tienen por finalidad la selección de las personas, la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo se conviertan en objeto de lucro y la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos (art. 3).

Todo esto además de una actualización de la formulación de la caracterización de los derechos protegidos, en función de las realidades de hoy, utilizando asimismo una visión prospectiva.

6) La Carta Europea se titula Carta de los Derechos Fundamentales. Opta así por una terminología que no utiliza la expresión Derechos Humanos. Es una fórmula, la de Derechos Fundamentales, que se encuentra en muchos de los textos constitucionales de los sistemas europeos, en algunos de los instrumentos internacionales regionales de Europa, y que se emplea corrientemente por la doctrina europea. Pero no es la expresión usada generalmente en el ámbito de las Naciones Unidas, no se utiliza en el Sistema Regional Americano de Protección de los Derechos Humanos, y que no sigue en general, la doctrina latinoamericana del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sin entrar ahora al debate doctrinario respecto del sentido, naturaleza y alcance de las expresiones Derechos Humanos y Derechos Fundamentales, no puedo ocultar mi preferencia por la denominación Derechos Humanos. Si al decir Derechos Fundamentales quiere señalarse el carácter fundamental o esencial de todos los Derechos Humanos, nada encontraríamos de negativo o contra producente en su empleo. En cambio, si al referirse a los Derechos Fundamentales se está insinuando que hay otros Derechos Humanos que no son fundamentales, y que por tanto están al margen, o discriminados, respecto de su protección internacional, e incluso de su protección constitucional interna, no me es posible disimular mi preocupación. A esto agregó que, eventualmente, el uso de la expresión Derechos Fundamentales, y no de la fórmula Derechos Humanos, podría llevar a exclusiones del reconocimiento de tales derechos, que han de ser siempre inherentes o innatos, a ciertas categorías de personas humanas, como por ejemplo los extranjeros y los inmigrantes ilegales, etc., etc.

Naturalmente esta conclusión no desconoce la necesidad de distinguir - lo que hace el Derecho Internacional general -, entre los derechos en general, en particular, los “derechos civiles”, los “económicos, los sociales y culturales”, y los “derechos políticos”, cuya titularidad puede ser atribuida sólo a los ciudadanos, así como el caso de los derechos que resultan de la nacionalidad.

Quiero creer, y tengo la esperanza de que esa fórmula de “Derechos Fundamentales”, no sea contradictoria ni restrictiva de la que yo acepto y empleo, es decir “Derechos Humanos”.

7) Pasamos ahora a resumir, brevísimamente, el contenido de la Carta.

Se inicia con un extenso y evocador Preámbulo.

Sólo nos referiremos a dos extremos.

²⁸ Héctor Gros Espiell, Un Texto Vivo e Innovador, El Observador, Montevideo, 10 de enero de 2001.

Primero. La afirmación del carácter abierto y evolutivo de la enumeración y garantía de los derechos humanos, “dotándolos de mayor presencia en una Carta que refuerza la protección de los derechos fundamentales a tenor del progreso social y de los desarrollos científicos y tecnológicos”.

Segundo. El reconocimiento expreso de que “el disfrute de los derechos origina responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás como frente a la comunidad humana y las generaciones futuras”.

Sin perjuicio de estas dos precisiones, es necesario señalar que el Preámbulo “reafirma”, respetando el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos por “las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y las obligaciones internacionales de los Estados miembros.

La lectura completa del Preámbulo de la Carta es, sin embargo, necesaria para comprender cabalmente su sentido y su objeto.

Dice así:

“Los pueblos de Europa, al crear entre sí una Unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes.

Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la Democracia y del estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación.

La Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros de la organización de sus poderes públicos en el plano nacional, regional y local; trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible y garantiza la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, así como la libertad de este establecimiento. Para ello es necesario, dotándolos de mayor presencia en una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos.

La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los Derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados Miembros, el tratado de la Unión Europea y los Tratados Comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El disfrute de tales derechos origina responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás como de la Comunidad Humana y de las futuras generaciones.

En consecuencia, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados a continuación”.

8) La Carta enuncia los “Derechos Fundamentales” distribuyéndolos en Cinco Capítulos (Dignidad, Libertades, Igualdad, Solidaridad, Ciudadanía, Justicia y Disposiciones Generales).

Es una clasificación novedosa, que no sigue los modelos o ejemplos más conocidos, ni los existentes en el Derecho Internacional - tanto los instrumentos de carácter universal como los de tipo regional - ni los del Derecho constitucional estatal. No se afilia tampoco a las más divulgadas clasificaciones emanadas de la doctrina.

Adopta así, una propia clasificación capaz de provocar positivas reflexiones y algunas críticas. Yo, por mi parte, - que nunca estuve convencido por la teoría de las generaciones de los Derechos Humanos y que prefiero llamarlos “nuevos Derechos Humanos”, nacidos en el proceso nunca cerrado de normativización de derechos aparecidos, proclamados y protegidos como consecuencia de las nuevas necesidades humanas, individuales y colectivas, y que en cierta forma podrían considerarse implícitos, simplemente no enunciados, - me felicito de este enfoque de la Carta Europea.

La Carta es un instrumento distinto en su forma, pero novedoso y moderno, de proclamar Derechos Fundamentales. Es, en cuanto tal, que debe ser bienvenida.

9) El Capítulo I, de la Carta, titulado “La Dignidad” se integra con cinco artículos ²⁹

El primero relativo a la inviolabilidad, el respeto y la protección de la dignidad humana.

El segundo sobre el Derecho a la Vida. Su párrafo 2 establece que nadie puede ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado.

²⁹ Héctor Gros Espiell, La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, en Dignidad Humana, Cátedra UNESCO de Derechos Humanos, Montevideo, 2002.

El tercero relativo a la integridad de la persona, es especialmente actual y destacable. Después de afirmar que toda persona tiene derecho a su integridad física y mental, establece que “en el marco de la medicina y de la biología, deben en especial ser respetados: el consentimiento libre y esclarecido de la persona concernida, según las modalidades definidas por la ley; la interdicción de las prácticas eugenésicas y en especial aquellas que tienen por fin la selección de las personas, la prohibición de hacer del cuerpo humano o de sus partes, en tanto que tales, una fuente de beneficios económicos y la interdicción de la clonación humana reproductiva.

El artículo cuarto prohíbe la tortura y el quinto la esclavitud y el trabajo forzado.

El Capítulo II se titula “Libertades”.

Declara el derecho a la libertad y a la seguridad (art. 6), el respeto a la vida privada y familiar (art. 7) y a la protección de los datos de carácter personal (art.8). Este artículo – sumamente interesante y necesario en el mundo en que vivimos, - da a “toda persona el derecho a acceder a los datos recopilados que le conciernen y de obtener su rectificación; todo ello bajo el control de una autoridad independiente”.

El artículo 9 reconoce el derecho a contraer matrimonio y a formar una familia.

El 10 se refiere a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y se refiere a la objeción de conciencia, que “se reconoce según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

El artículo 11 trata de la libertad de expresión y de información.

El artículo 12 de la libertad de reunión y de asociación.

El 13 establece que la libertad artística, de investigación, científica y la libertad de cátedra deben ser respetada.

El artículo 14, es el relativo al derecho a la educación, a la gratuidad de la enseñanza, que debe ser obligatoria, a la libertad de enseñanza “en el respeto de los principios democráticos” - y al derecho a los padres a asegurar la educación y la enseñanza de los hijos, conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas”.

El 15 se refiere a la libertad profesional y al derecho al trabajo. Incluye el derecho de los trabajadores de terceros Estados a condiciones de trabajo iguales a los que benefician a los ciudadanos o ciudadanas de la Unión.

El siguiente artículo reconoce la libertad de empresa.

El 17 garantiza el derecho de propiedad. Se prevé su privación “por causa de utilidad pública en los casos y condiciones previstas por una ley y mediante, en tiempo útil, el pago de una justa indemnización”. Se protege la propiedad intelectual.

El artículo 18 garantiza el “derecho de asilo” en el respeto de las reglas de la Convención de Ginebra del 28 de julio de 1951 y del Protocolo del 31 de enero de 1967”.

El artículo 19 prohíbe las expulsiones colectivas y proscribire las expulsiones o extradiciones hacia un Estado donde exista un serio riesgo de aplicación de pena de muerte, de tortura o de otras penas o tratamientos inhumanos o degradantes.

El Capítulo III trata de la “Igualdad”.

El artículo 20 proclama la igualdad ante la Ley.

El 21 prohíbe toda discriminación.

El 22 asegura el respeto de la diversidad cultural, religiosa y lingüística.

El 23 trata de la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos. Sin embargo se dispone que el “principio de la igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que prevean ventajas especiales a favor de un sexo menos representado”.

El 24 se refiere a los derechos del niño, entre los que incluye el de “expresarse libremente”, en función de su “edad y madurez”.

Los artículos 25 y 26 son de gran interés. Se refieren a las personas mayores” (de tercera edad), que tienen “derecho a una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural (art. 25) y a las personas discapacitadas, que deben beneficiarse” de medidas dirigidas a asegurarles su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad” (art. 26).

El Capítulo IV se titula “Solidaridad”.

Es imposible intentar resumir los once artículos (27 a 38) de este capítulo.

Pero hay que recordar que bajo la denominación de “solidaridad”, incluye una materia muy diversa y la enunciación de derechos de diferente naturaleza y caracterización jurídica. Están, así, enunciados derechos de típico contenido social, o que a veces han sido denominados de la segunda generación³⁰, otros de los

³⁰ Héctor Gros Espiell, Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Su Protección y Promoción Internacionales, OEA, Washington, 1984; Héctor Gros Espiell, Los Derechos Culturales en cuanto Derechos Humanos, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, N°. 92, Montevideo, 1994; Kéba M'baye, Tension Droits Civils et Droits Economique, Sociaux et Culturels en Droits International,

cuales se encuentran enunciados en otros capítulos de la Carta, junto con derechos de posterior individualización jurídica, que también alguna doctrina ha llamado, de la tercera generación³¹, sin perjuicio de la existencia de otras denominaciones.

Lo interesante es recordar que todos estos derechos se engloban, creo que parcialmente con razón, bajo el título común de “Solidaridad”, expresión que en ciertas ocasiones ha sido utilizada para referirse a algunos de los “nuevos derechos”³² de los individualizados, como de la tercera generación y que en otras ocasiones han sido tipificadas como “derecho de vocación comunitario”³³. Pero este criterio debe ser relativizado con la consideración de que todos los Derechos Humanos, todos los Derechos Fundamentales, requieren la solidaridad y se integran necesariamente con ella – aunque quizás en distinto grado y forma - para configurarse plenamente en su conceptualización jurídica y en su eficacia y aplicación real.

Por lo demás es esencial tener en cuenta que al incluir estos artículos, enunciados en el Capítulo IV entre los “Derechos Fundamentales”, la Carta, certeramente, les atribuye el carácter de verdaderos derechos y no como ha sostenido algún erróneo criterio político gubernamental, de nuevas aspiraciones u objetivos sociales.

A estas posiciones es necesario agregar que tal como está redactada la Carta, reconoce y afirma que todos los Derechos Fundamentales se relacionan y se condicionan recíprocamente siendo interdependientes entre sí.

Tratan estos once artículos del derecho a la información y a la consulta a los trabajadores en el seno de la empresa (art. 27), a la negociación y acción colectiva (art. 28), a los servicios de colocación (art. 29), a la protección contra el despido injustificado (art. 30), a las condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31), a la prohibición del trabajo de los menores y a la protección del de los jóvenes (art. 32), a la vida familiar y profesional (art. 33), a la seguridad social y a la asistencia social (art. 34), a la protección de la salud (art. 35), y al acceso a los servicios de interés económico general dirigidos “a promover la cohesión social y territorial de la Unión” (art. 36).

Los dos últimos artículos de este capítulo, se refieren a la protección del medio ambiente (art. 37), “según el principio” del “desarrollo sostenible” y a la protección de los consumidores (art. 38).

El Capítulo V trata de la “Ciudadanía”.

Comienza con el derecho de los ciudadanos de la Unión a ser electores y elegibles en las elecciones del Parlamento Europeo y en las elecciones municipales en el Estado miembro en que resida, (arts. 39 y 40). Incluye el derecho a “una buena administración” (art. 41).

Hay que destacar el “Derecho de acceso a los documentos”, reconocido a todas las personas físicas o morales residentes o con sede en un Estado miembro de la Unión, a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (art. 42).

El derecho a someter al Defensor del Pueblo de la Unión, es decir al ombudsman comunitario (art. 43), los casos de mala administración, en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión de la materia jurisdiccional.

El derecho de petición (art. 44), el de circulación y residencia, reconocido a todo ciudadano de la Unión (art. 45) y el derecho a la protección diplomática y consular de todo ciudadano de la Unión, en un tercer país en el cual el país del cual es ciudadano no esté representado (art. 46).

Este Capítulo VI se titula “Justicia”.

Este Capítulo contiene cuatro artículos (47 a 50).

Se refieren al derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (art. 47), a la presunción de inocencia y al derecho a defensa (art. 48), al principio de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas (art. 49) y al derecho a no ser acusado o condenado dos veces por el mismo delito (art. 50).

El Capítulo VII (Disposiciones Generales), comienza con lo relativo al ámbito de aplicación de la Carta, de acuerdo con el principio de subsidiariedad (art. 51).

Interesa especialmente destacar el artículo 52 referente a las eventuales limitaciones, de los derechos y las libertades reconocidas en la Carta, que deben siempre resultar de “la ley y respetar el contenido esencial de

Bitan et Perspectives, (Red. Gen. M. Bedjaoui), Pedone – Unesco, París, 1991, pág. 1119 – 1122; Michele Jacquart, Droits Economiques, Sociaux et culturels en Droits International, Bitan et Perspectives, cit, Chapitre XLIX, págs. 1153 – 1173.

³¹ Karel Vasak, Pour Une Troisième Génération des Droits de l’Homme, Etudes et essais en l’honneur de Jean Pictel, Genève, La Haya, 1984; Karel Vasak, Revisiter la Troisième Génération des Droits de l’Homme avant leur Codification, en Hécator Gros Espiell Amicorum Liber, Vol. II, págs. 1649 – 1679, Bruylant, Bruxelles, 1997; Patrice Meyer Bisch, D’une Succession de Générations à un Système des Droits de l’Homme, en Karel Vasak Amicorum Liber, Bruylant, Bruxelles, 1999; Diego Uribe Vargas, Karel Vasak y la Tercera Generación de Derechos Humanos, en Karel Vasak Amicorum Liber, Bruylant, Bruxelles, 1999; Abderihmane Youssoufi, Réflexions sur l’Apport de la “Troisième génération des Droits de l’Homme”, en Karel Vasak Amicorum Liber, Bruylant, Bruxelles, 1999.

³² Jorge Carpizo, Los Nuevos Derechos Humanos, Le Monde Diplomatique, edición española, México, mayo 1985.

³³ Mohamed Bedjaoui (Redacteur Général), Droit International, Bilan et Perspectives, Tome 2, Pedone – Unesco, París, 191, Titre II, Les Droits a Vocation Communautaire, Introduction par Hécator Gros Espiell, pág. 1237 – 1247.

los derechos, deberes y libertades” y el artículo 53 (“nivel de protección”), que establece el principio que la Carta no podrá interpretarse como limitadora de los derechos humanos reconocidos en el Derecho Internacional o en las Constituciones de los Estados miembros.

Por último, bajo el título de “Prohibición del Abuso de Derecho”, el artículo 54 dispone que la Carta no podrá interpretarse en sentido que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendiente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la Carta.

10) La Carta no posee un sistema de aplicación propio y autónomo.

Esto es la consecuencia de su actual naturaleza jurídica. Sin perjuicio de sus efectos como “texto de inspiración y referencia”, -efectos ya reconocidos por la jurisprudencia europea, - su aplicación podrá eventualmente ser hecha por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo de la Unión Europea o, incluso, por la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo del Consejo de Europa.

La cuestión cambiará cuando pase a ser la Parte II de la futura Constitución Europea, porque entonces la aplicación de la Carta estará asegurada en la misma forma, por los mismos órganos y con la misma fuerza, que todo el resto de la Constitución.

11) ¿Cuál es hoy la naturaleza jurídica de la Carta?. ¿Cuál es el efecto de este instrumento internacional?. ¿Cuál es su incidencia sobre los sistemas constitucionales de los países miembros de la Unión Europea?.

Todas estas preguntas se refieren a lo que la Carta es hoy.

Pero además es ineludible encarar la cuestión de lo que la Carta será, o de lo que significará, cuando entre en vigencia la proyectada Constitución europea.

12) Empecemos por analizar la significación actual de la Carta.

La Carta Europea de Derechos Fundamentales no es un Tratado. Por tanto, a priori, su naturaleza jurídica es distinta de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa y de la Carta Social de Europa ³⁴.

Carece, por tanto, la Carta de la fuerza jurídica directa que tendría si constituyera un tratado internacional. Como ha dicho Robert Badinter ella constituye hoy “un texto de inspiración y de referencia” ³⁵.

Cuando fue elaborada se encaró la posibilidad de que llegara a constituir una convención multilateral, uno de los instrumentos de los que resultan “las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados Comunitarios...”.

Pero esta idea inicial se frustró no sólo por problemas y dificultades jurídicas, sino también por razones políticas circunstanciales.

13) Teniendo en cuenta el principio de la subsidiariedad, la Carta reafirma los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de que son parte los Estados miembros de la Unión, especialmente los de carácter regional europeo y en particular la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y la Carta Social Europea, ambos instrumentos pertenecientes al sistema del Consejo de Europa. Todo esto se encuentra expresado y reconocido en el Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.

De tal modo la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se integra con el reconocimiento de los Derechos Humanos proclamados y garantizados por el Derecho Internacional convencional, específicamente con el que resulta de las convenciones el Consejo de Europa.

Pese a la distinta naturaleza jurídica de la Carta y de estos tratados, se produce como consecuencia de su coexistencia, en materia de Derechos Humanos, una acción recíproca entre los sistemas jurídicos de la Unión Europea y del Consejo de Europa, una suma de derechos y garantías y una recepción de fórmulas protectoras y de soluciones jurisprudenciales, en beneficio de los ciudadanos y de los seres humanos que viven en la Unión Europea.

14) El efecto que hoy tiene la Carta de los Derechos Fundamentales en Europa, con respecto a la Unión Europea y de sus Estados Miembros deriva naturalmente de su naturaleza jurídica actual.

³⁴ Héctor Gros Espiell, *La Convention Européenne et la Convention Americaine*, cit., *Academie de Droit Internatioanl*, *Recueil de Cours*, Tome 218, págs. 181 – 183; Raquel Sanz Moreno, *Derechos Humanos y Unión Europea*, *Revista de Derecho Público*, N°. 21 – 22, *Fundación de Cultura Universitaria*, Montevideo, 2002.

³⁵ Robert Badinter, *Une Constitution Europeéne*, cit, pág. 26.

Pero sin perjuicio de las limitaciones que de ello resultan, no puede desconocerse que como texto que sirve “de inspiración y de referencia”, ha incidido e incide, no sólo en la política general de la Unión Europea en materia de Derechos Humanos, sino también en la interpretación de las normas constitucionales internas y en la recepción de nuevos conceptos en cuanto a los Derechos Fundamentales, hecha en especial por los Tribunales constitucionales de algunos países miembros de la Unión ³⁶.

No es del caso analizar ahora cada uno de esos aportes jurisprudenciales. Únicamente queremos destacar este extremo y recordar que algo parecido empezó a ocurrir en los años posteriores a 1948 con la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando comenzó a ser citada por algunos tribunales nacionales como guía e inspiración para los Derechos Nacionales, antes de que su valor propio como fuente de Derecho, fuera reconocido por la Corte Internacional de Justicia, por la doctrina y por las Conferencias Internacionales de Derechos Humanos de Teherán (1969) y Viena (1994) ³⁷.

15) La Carta llegará a ser parte de la futura Constitución europea. En efecto ella constituirá “la segunda Parte de la presente Constitución”, según lo que dispone el párrafo 1 del artículo I – 7 del Título II, que asimismo expresa: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales”.

Con una redacción distinta la fórmula adoptada en el proyecto de Constitución es una expresión de la misma idea contenida en el proyecto de Robert Badinter, cuyo artículo 3 expresaba: “L’Union considère la Charte des droits fondamentaux comme partie intégrante de la Constitution” ³⁸.

En su libro Badinter, justificando este texto, ha dicho con razón:

“Toute Constitution contemporaine s’ouvre par une Déclaration des droits fondamentaux. La Charte deviendra dans la déclaration de Droits de l’homme de l’Union, et ses dispositions auront alors valeur constitutionnelle” ³⁹.

En efecto, como ya he dicho precedentemente, cuando la Carta esté integrada en la futura Constitución europea, será parte de la misma, su contenido será materia constitucional y su aplicación se hará efectiva y será garantizada por los mismos órganos y con la misma fuerza que todo el resto de la normativa de la Constitución de Europa.

IV. UNA VISIÓN IBEROAMERICANA DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LA CARTA.

La visión de la significación de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y del proceso de elaboración de la futura Constitución de Europa, no puede ser igual para un europeo que para un iberoamericano.

Para el primero, sujeto de la aplicación de la Carta, ésta incide ya hoy en la situación de los Derechos Humanos en el ámbito geográfico en el que él habita y en la comunidad humana en la que él vive y que se relaciona directamente con las situaciones constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea, de uno de los cuales él es nacional además de ser un ciudadano de la Unión. Para el primero, para el habitante de Europa, además, la futura Constitución europea, será el texto bajo el cual habrá de vivir, que se sumará al de su propia Constitución nacional, instrumento aquél de nueva naturaleza, que regulará la existencia y el accionar de una Europa unificada y unida, bajo una inédita y trascendente forma institucional.

Cuando la Carta forme parte de la Constitución también será diferente la apreciación europea de la iberoamericana.

Para un iberoamericano, que contempla y analiza la cuestión desde fuera de Europa, y al que no se aplica hoy la Carta y al que tampoco se le aplicará mañana esta Carta ni la Constitución futura de Europa, el tema le interesa y le atrae por el significado de la evolución de que éstos dos instrumentos - uno actual y otro futuro - son expresión. Le atrae y le interesa como muestra de lo que ocurre en Europa, de las enseñanzas a

³⁶ Alfonso Celeotto, Carta dei Diritti Fondamentali e Costituzione Italiana: Verso il “Tratado Costituzionale Europeo”, en: Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Debates de Actualidad, Año XVIII, N°. 189, Buenos Aires, oct. 2002 – marzo 2003, pág. 133 – 141; Scala, L’Emergere della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea nella Giurisprudenza, Giurisprudenza Italiana, 2002; Santini, Diritto ad una Buona Amministrazione: La Prima Applicazione della Carta dei Diritti Fondamentale dell’Unione Europea, Giurisprudenza Italiana, 2002

³⁷ Héctor Gros Espiell, Les Droits de l’Homme et la Cour Internationale de Justice; Une Vision Latino – Americaine, Liber Amicorum Judge Shigeru Oda, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002, Vol. II, Págs. 1449 – 1469.

³⁸ Robert Badinter, op. cit., Pág. 20.

³⁹ Robert Badinter, op. cit., Pág. 49.

extraer de esa experiencia y como elemento de reflexión comparativo, - político y jurídico - , sobre la situación actual de América Latina y sus perspectivas futuras.

Pero además, el tema – para ambos, para el iberoamericano y para el europeo - , presenta un interés muy grande en cuanto a lo que es - y lo que será -, el límite siempre impreciso, movedizo, cambiante y evolutivo, entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno y la ubicación del Derecho Comunitario frente a esta cuestión ⁴⁰.

El asunto genera, asimismo, reflexiones sobre la aparición en Europa – y quizás el desarrollo en el mañana en otros ámbitos geográficos -, de realidades políticas y de formas político - sociales, que sin ser estrictamente de Derecho Interno, contienen elementos de analogía – y de diferencia también - con la idea tradicional de Confederación ⁴¹. Son modelos que quizás, en sentido muy amplio y con elementos de diversidad con los modelos tradicionales, podrían calificarse de Confederación.

Son estos aspectos, derivados de la consideración del tema de la futura Constitución Europea y de la actual Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los que pienso que generan hoy, especialmente, el interés de los iberoamericanos.

Es un interés análogo con el que provoca en los europeos. Pero que al mismo tiempo contiene elementos diferenciales, con los que este gran momento que vive el pensamiento político jurídico constitucional, nacional e internacional, genera en los ciudadanos de Europa.

⁴⁰ En mi estudio "Los Derechos Humanos. Tendencias Actuales y Previsibles del Constitucionalismo", en Constitución y Constitucionalismo Hoy, Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García Pelayo, Caracas, 2001, págs. 298 – 299, he dicho a este respecto:

"En su Derecho Constitucional comparado, Manuel García Pelayo destacó la relatividad histórica del contenido específico del Derecho constitucional y señaló que "no es un categoría eterna".

La idea tradicional de que existía un ámbito o un espacio propio del Derecho interno y otro totalmente diferente del Derecho de gentes, cada uno de los cuales contenía una materia distinta, hace años que ha perdido total validez y significación.

Hoy se comprende y se sabe que los límites de los dos derechos son imprecisos, cambiantes y evolutivos, y que hay temas – y en los procesos de cambio previsible de la historia sin fin, habrá en el mañana otros muchos – que están en la materia de ambos".

⁴¹ ¿Federación de Estados Naciones (Jacques Delors), Federación de Estados Europeos (Robert Badinter) o Confederación?. Véase: Louis Le Fur, Etat Federal et Confederation d'Etats, París, 1896, de permanente utilidad por la profundidad de su análisis y su perspectiva histórica, como lo ha puesto de manifiesto, con un enfoque actual, Charles Leben en el "Avant Propos" de la edición facsimilar hecha en el año 2000 por la Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París; Antonio La Pégola, La Confederación, en: Los Nuevos Senderos del Federalismo, Madrid, 1994; Juan Fernando López Aguilar, Constitución y Federación Europea, Conversación con el Profesor Antonio La Pégola, Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, N.º 14, Asamblea Regional de Murcia, Universidad de Murcia, 2002.

LA RELACIÓN JURÍDICA DE SEGURIDAD SOCIAL

SANTIAGO PÉREZ DEL CASTILLO

Profesor de Derecho Laboral, Universidad de la República
Profesor de Seguridad Social, Universidad de la República
Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Montevideo.

SUMARIO:

- I. SISTEMA JURÍDICO II. CONCEPTO DE RELACIÓN JURÍDICA III. LA INCLUSIÓN COMO SITUACIÓN JURÍDICA.
IV. RELACIÓN JURÍDICA DE AFILIACIÓN V. RELACIÓN JURÍDICA DE COTIZACIÓN O RELACIÓN CONTRIBUTIVA
VI. RELACIÓN JURÍDICA DE PRESTACIÓN VII. RELACIÓN JURÍDICA ASISTENCIAL VIII. CONEXIÓN ENTRE
LAS RELACIONES JURÍDICAS DE SEGURIDAD SOCIAL

Referirse a la Seguridad Social sin agregado alguno es propio de economistas, sociólogos y políticos. En cambio si nos referimos al Derecho de la Seguridad Social aludimos clara y exclusivamente a un enfoque jurídico de la materia. Para efectuarlo, el concepto de relación jurídica de seguridad social es un instrumento central y como tal, objeto primario de estudio.

Conviene subrayar la importancia de un enfoque jurídico de las obligaciones y derechos, y de encararlas de acuerdo a la técnica habitual en otros campos y con la terminología adecuada, cosa que no suele cuidarse por las normas legales en el Derecho de la Seguridad Social. Se trata pues de jurisdizar esta área pero no para introducir innecesarios obstáculos sino precisamente para lo contrario. El esfuerzo que se ponga en el rigor terminológico, será bien recompensado luego, porque el primer paso para resolver los problemas es plantearlos bien. Poniendo cuidado en el uso de los términos, se sabrán distinguir mejor los conceptos y habrá más claridad para encontrar las soluciones¹.

Para Almansa Pastor la relación jurídica de seguridad social “debe concebirse como relación principal y compleja entre el Estado y el sujeto protegido, que engloba e integra en su contenido otras relaciones simples, subordinadas e instrumentales de afiliación, cotización y prestaciones”².

I. SISTEMA JURÍDICO.

Esa relación engloba e integra a otras accesorias y entre todas conforman un sistema. El concepto de sistema jurídico de seguridad social alude al conjunto de varias relaciones jurídicas conectadas entre sí y ordenadas por un determinado objetivo: la protección de necesidades sociales.

De manera especial enfoca la conexión de las tres siguientes:

- Relación jurídica de *afiliación*,
- Relación jurídica de *cotización*,
- Relación jurídica de *prestación*, que es el núcleo del sistema y puede ser considerada la relación jurídica previsional.

La relación jurídica *asistencial* es una subespecie de la relación de prestación.

¹ El término “juridicidad” de un conjunto de normas puede usarse para señalar que determinada área está reconocida por el ordenamiento jurídico como verdadera rama del Derecho. Américo PLA RODRIGUEZ, (*La juridicidad del Derecho del trabajo* en rev. Derecho laboral, t. XXVII, n.136, p.677) considera que en relación al Derecho laboral resulta perogrullesco fundar que es derecho y sin embargo sale al paso de cierto descrédito que para algunos tiene, llamando la atención sobre la jerarquía que, del punto de vista jurídico, posee el Derecho laboral. Aquí no dudamos que el Derecho de la Seguridad Social forma parte del ordenamiento jurídico. Juridizar la Seguridad Social es simplemente considerarla desde una perspectiva jurídica. Darle juridicidad no significa aportar nada nuevo en su esencia pero sí en la perspectiva para encararlo buscando que el Derecho de la Seguridad Social sea técnicamente más preciso. Juan P. CAJARVILLE PELUFO usa el término “juridicidad” para significar existencia jurídica y no como sinónimo de “legitimidad”, sentido en que también es a veces utilizado (*Invalidez de los actos administrativos en la ley N. 15.524. Desviación, abuso o exceso de poder o violación de una regla de derecho*, Montevideo 1984, pág. 12). En el sentido mencionado, el acto administrativo adquiere juridicidad cuando, por contar con los distintos elementos que lo forman o constituyen, nace a la vida jurídica. Los elementos del acto administrativo se vinculan con su perfeccionamiento, su incorporación al orden jurídico.

² ALMANSA PASTOR, José M., *Derecho de la Seguridad Social*, 7ª. ed., Madrid 1991, pág. 117. Véase de manera especial el capítulo V.

Pueden enumerarse además de las anteriores, otras relaciones que vinculan entidades y ya no sujetos individuales, como:

- Relación jurídica entre el Estado y la entidad o entidades gestoras del sistema, incluyendo en Uruguay no sólo el Banco de Previsión Social como ente autónomo con su recaudación propia pero que depende financieramente de los ingresos que le provienen de rentas generales. También de esta clase es la relación del Estado con otras entidades que intervienen en el sistema de seguridad social (cajas paraestatales, administradoras de fondos de ahorro previsional –AFAP-, etc...)

- Relación jurídica entre las diversas entidades: Banco de Previsión Social con AFAPs, AFAPs con empresas de seguros, Banco de Previsión Social con instituciones de asistencia médica colectiva, etc...

Podemos presentar lo anterior en forma de tabla que nos servirá además de guía para el resto del estudio.

		Sujetos	Objeto	Normas uruguayas
1	Relación jurídica de prestación	Beneficiario y Entidad gestora	Prestación	Beneficios de pasividad y actividad
2	Relación jurídica de afiliación Distinta del alta Diferente de la inclusión (Ley 12.138 de 13.X.54: cuatro elementos)	Afiliado y afiliante Diferente de sujeto protegido	Acto administrativo de afiliación (Historia laboral)	Decreto 40/998 Ley 16.190 de 20.VI.91, art.2
3	Relación jurídica de cotización Relación jurídica asistencial	Sujeto pasivo y ente recaudador Los mismos que en la primera	CESS No existe la conexión que la primera tiene con la segunda y la tercera	Ley 16.713, título IX.
	Relación jurídica entre el Estado y las entidades de gestión			
	Vínculos jurídicos entre diferentes entidades que integran el sistema.			

Como se advierte, estamos frente a una estructura de naturaleza compleja pero que presta gran utilidad para enfocar jurídicamente la materia. Vamos a considerar de manera especial las tres primeras, que son el triángulo central del sistema. Las demás presentan también aspectos jurídicos relevantes que merecen un estudio particular y cuyas patologías podrían ser asimismo objeto de un contencioso de seguridad social específico.

En efecto, del análisis de las diversas situaciones así como de la combinación entre ellas, se ve la necesidad de una jurisdicción especializada para todas estas relaciones jurídicas, dejando de lado la distribución actual de la competencia fragmentada entre el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, los Tribunales de Apelaciones en lo Civil y los juzgados letrados de primera instancia en lo civil y en lo contencioso administrativo en su caso³.

³ GIGLIO, Wagner G., *Execucao das contribuicoes previdenciarias – Lei n. 10.035/2000 en rev. LTr*, junio 2001, p. 647, se pronuncia en contra de que la justicia laboral sea competente en los juicios para obtener la recaudación de aportes.

II. CONCEPTO DE RELACIÓN JURÍDICA.

Para COUTURE la relación jurídica es “el vínculo que la norma de derecho establece entre el sujeto a quien concretamente se asigna el poder y el sujeto a quien se impone el deber”⁴.

Por su parte afirma Giorgio DEL VECCHIO que la norma jurídica pone siempre en relación varias personas, de las cuales a una le corresponde una facultad, y la otra tiene una obligación correlativa. En esto consiste la relación jurídica, que puede definirse como el *vínculo entre varias personas, en mérito del cual, una de ellas puede pretender algo a lo que la otra está obligada*⁵. De manera que, en el plano objetivo, es toda relación social disciplinada por el derecho y en el plano subjetivo, el vínculo entre dos o más individuos dotados de obligatoriedad.

Más modernas son las definiciones de Manuel ALBALADEJO⁶ para quien “*relación jurídica es aquella situación en que se encuentran varias personas entre sí, regulada orgánicamente por el Derecho, partiendo de un determinado principio básico*”. Y agrega el autor español, que la relación tiene su origen en un hecho jurídico y engloba o puede englobar un conjunto, una trama de poderes, facultades, deberes, etc. que corresponden a las personas que en ella intervienen.

Es similar a la definición de Federico DE CASTRO, quien la considera como “*la situación jurídica en que se encuentran respectivamente unas personas, organizadas unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico*”⁷.

Desde ya podemos apreciar que el principio ordenador es, en el caso de la relación jurídica de seguridad social, el principio de solidaridad, ya que es objetivo primordial del orden jurídico en este campo, procurar el apoyo recíproco entre los individuos.

No debe confundirse relación jurídica con negocio jurídico. Este último, que es acto jurídico bilateral, constituye una relación jurídica obligacional, pero es especie dentro de un género. Quedan otras posibles fuentes de relaciones jurídicas.

Respecto de la obligación y la relación jurídica cabe citar la definición de la primera que nos aportan tres autores argentinos⁸ “*La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual un sujeto (deudor) tiene el deber jurídico de realizar a favor de otro (acreedor) determinada prestación*”.

Y agregan estos autores que “*La relación jurídica obligacional es una de las varias relaciones jurídicas que surgen de la conducta humana (por ej. relaciones jurídicas reales, de familia, etc.)*”. Se elige esa expresión y no de la situación jurídica porque denota adecuadamente la conexión de los sujetos activo y pasivo de la obligación.

“En la relación jurídica –con mucha nitidez, por lo menos, en la relación jurídica obligacional– se advierten, en situación bipolar, un *deber jurídico* y un *derecho subjetivo*. Aquél implica la sujeción a determinada conducta y éste la facultad o poder del sujeto activo”⁹.

La relación jurídica tiene una estructura:

Personas o sujetos. Uno activo y otro pasivo. El primero cuenta con un derecho subjetivo. El segundo está vinculado por un deber jurídico.

Objeto o materia social sobre la que versa la relación.

Contenido. constituido por la masa de poderes, facultades, deberes, etc. que la relación encierra. Pueden ser de igualdad, preeminencia o subordinación.

III. LA INCLUSIÓN.

Para ser precisos, en este campo es necesario distinguir los conceptos de inclusión (ámbito subjetivo), afiliación (acto de incorporación) y protección (sujetos protegidos).

Inclusión: es el efecto causado por una norma –generalmente legal– que declara cierta actividad dentro del sistema: quienes se desempeñan en ella están comprendidos en el régimen y por tanto obligados a afiliarse. Se produce de pleno derecho cuando se desempeña la actividad prevista por la norma dentro de

⁴ *Vocabulario jurídico*, Depalma, 5ta. Reimpresión, 1993, pág. 515.

⁵ *Filosofía del derecho*, y LUIS RECASENS SICHES. *Estudios de Filosofía del Derecho*, t. I México 1946, p. 313 y ss y 387 y ss (en este último sitio reseña la posición de Kelsen al respecto).

⁶ *Derecho Civil, Introducción y Parte General*, t. I, vol. II, 14a. Ed., Barcelona 1996, pág. 9.

⁷ *Derecho civil de España, Parte general*, I, 3ª.ed. Madrid 1955, pág. 616.

⁸ Atilio Aníbal ALTERINI, Oscar José AMEAL, Roberto M. LÓPEZ CABANA: *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, 2da. ed. Actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

⁹ ALTERINI y otros, cit. pág. 21.

ciertas condiciones y sin registraci3n previa. Los incluidos ser3n generalmente los amparados, pero no siempre.

Afiliaci3n: es el acto de inscribirse o registrarse dentro del sistema. El individuo o en su caso el empleador, est3 obligado a declararse tal y disponerse a generar una relaci3n jur3dica de seguridad social. Puede producirse de oficio¹⁰.

Protecci3n: es el estado en que se encuentran los que actualizaron su derecho a percibir las prestaciones. Los sujetos protegidos, o amparados, pueden ser terceros que no est3n comprendidos en una relaci3n jur3dica de afiliaci3n o cotizaci3n pero con los cuales exista s3, una relaci3n jur3dica de protecci3n.¹¹ Esta nace de la conexi3n con un sujeto incluido. Donde se ve mejor la diferencia entre el concepto de incluido y el de protegido es en el campo de las prestaciones familiares. Otro ejemplo que muestra la diferencia es el beneficiario de pensi3n que resulta causada por un incluido en el sistema, con el cual aquel tiene lazos familiares. Y otro m3s todav3a, es el de la renta servida al causahabiente de un fallecido por accidente de trabajo.

En este apartado veremos la inclusi3n, en el siguiente la afiliaci3n y el restante cuando encaremos la relaci3n jur3dica prestacional o asistencial.

A) ¿La inclusi3n es ya una relaci3n jur3dica?

La ley identifica ciertas situaciones de hecho para otorgarles consecuencias jur3dicas. De ese modo, en la norma que dispone la inclusi3n a la seguridad social hay una situaci3n de vida preexistente, que el derecho toma como supuesto. El acaecimiento de la situaci3n de hecho descrita, configura el supuesto de la inclusi3n. Quien realiza determinada actividad queda incluido en el sistema. El efecto de la inclusi3n, que se produce por llevar a cabo tal actividad, es el deber jur3dico de afiliaci3n.

Seg3n se vio, inclusi3n en la seguridad social y afiliaci3n a la misma, son dos cosas diversas. La doctrina espa1ola considera como relaci3n jur3dica s3lo a la afiliaci3n¹². Sin embargo podr3amos preguntarnos si la inclusi3n en el sistema no es ya en s3 misma una relaci3n jur3dica. A favor de esta posici3n se puede advertir que se dan los diversos elementos de la relaci3n:

Sujetos: persona incluida y entidad gestora del sistema;

Objeto: inserci3n en el sistema que le conceder3 protecci3n, satisfacci3n de necesidades sociales;

Contenido: obligaci3n impuesta a un particular de afiliarse (trabar una Relaci3n de afiliaci3n) y de cotizar (Relaci3n jur3dica contributiva).

Pero ¿existe ya un sujeto activo y un sujeto pasivo?. Si la respuesta es afirmativa tambi3n es cierto que habr3a ya una relaci3n jur3dica en el momento que el supuesto de hecho considerado por la ley se produce.

Se puede afirmar en contra que hay un deber jur3dico de afiliarse por el sujeto pasivo pero no hay un derecho subjetivo de nadie para hacerlo exigible. La entidad gestora no tiene un derecho subjetivo a que el incluido se afilie. Tiene una situaci3n jur3dica activa diversa, an3loga a las dem3s en las que el Estado debe exigir que los particulares cumplan las obligaciones establecidas en forma imperativa¹³.

T3ngase en cuenta que las relaciones jur3dicas originan derechos subjetivos a favor de las personas que en ellas intervienen. No es el caso aqu3, donde hay un deber jur3dico de particulares pero no hay un derecho subjetivo de alguien para hacerlo exigible.

La entidad gestora puede controlar que el obligado a afiliarse, porque su actividad est3 incluida, lo haga. Pero el que est3 incluido o no, es resorte de la ley. No hay una relaci3n jur3dica porque no hay un sujeto activo, s3lo un obligado por la ley a afiliarse en virtud de desempe1ar una actividad con inclusi3n en el sistema de seguridad social.

La inclusi3n no es pues una relaci3n jur3dica, y debe ser considerada una situaci3n jur3dica propia del derecho p3blico. Aquella persona que configura el hecho previsto por la ley para ser incluido, tiene en su momento el deber jur3dico de afiliarse y cotizar.

El hecho que est3 en la base de la inclusi3n es por eso un hecho jur3dico. En cambio, en la base de las dem3s relaciones jur3dicas que conforman el sistema, -afiliaci3n, cotizaci3n, prestaci3n- hay actos jur3dicos.

¹⁰ Cfr. DE LOS CAMPOS, Hugo, *Manual de Derecho Jubilatorio y Pensionario*, F.C.U. Montevideo 1990, p3g. 19.

¹¹ Al respecto v. PLA RODRIGUEZ, Am3rico, *Personas protegidas, asegurados y beneficiarios*, en Estudios de la Seguridad Social, F.C.U., Montevideo 1999, p3g. 341.

¹² Cfr. ALMANSA PASTOR, cit. p3g. 260 y ss.

¹³ V. Luis Raul ROSSI BAETGHEN: *Introducci3n al estudio de las situaciones jur3dicas*, F.C.U., Montevideo 1998, p3g. 33.

Así por ejemplo, la afiliación es un acto administrativo mediante el cual la entidad de seguridad social reconoce la condición de incluida en el sistema de seguridad social a la persona física que por primera vez realiza una actividad determinante de su inclusión en el ámbito de aplicación del mismo.

Sea como sea -situación jurídica o relación-, corresponde de todos modos tratar la inclusión antes que la relación jurídica de afiliación. Y ello porque ésta última depende de que aquella exista.

B) La inclusión en el Derecho uruguayo.

En el régimen uruguayo la llamada ley de actividades lícitas establece la inclusión jubilatoria residual a la entonces Caja de Jubilaciones de Industria y Comercio, de toda aquella actividad que no estuviera comprendida antes en otro organismo.

Existió un proceso de inclusión progresiva que terminó con la mencionada ley que llevó el n° 12.138 del 13 de octubre de 1954. Esta norma incluyó en la Caja de Industria y Comercio, al resto de las actividades remuneradas que hasta esa fecha no habían sido incluidas por ley especial en ningún organismo jubilatorio. En 1957, con la ley n° 12.380 del 12 de febrero se agregan dos elementos: que se trate de tareas desempeñadas en forma habitual o profesional; y que constituya para el trabajador su principal medio de subsistencia.

De manera que se establecen cuatro elementos o características que debe reunir el trabajo:

- Licitud,
- Carácter remunerado,
- Profesionalidad,
- Medio principal de subsistencia.

Pero el proceso de sucesivas incorporaciones no llegó a un alcance general para todo trabajo. Se requiere la presencia simultánea de las cuatro características mencionadas.

La primera de ellas deviene de la aplicación del artículo 10 de la Constitución de la República, que indica que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Mientras que no exista prohibición legal de trabajar en algo, se trabajará en algo lícito.

La segunda, excluye el trabajo benévolo o familiar. Por trabajo benévolo se entiende en Derecho laboral aquella actividad prestada por motivaciones altruistas como pueden ser las religiosas, filantrópicas, sindicales, ideológicas, políticas, etc. En esos casos no existe una motivación onerosa a la hora de desarrollar una tarea. La persona se mueve por razones diversas a las habituales de quien presta un servicio con fin de obtener una retribución. No quiere decir que se excluya íntegramente toda ventaja económica, o toda posibilidad de que lo económico esté subyacente o implícito, o que se trate de actividades en donde no se maneje dinero, o medios económicos. Se pueden recibir donaciones de diferente especie pero eso nunca colocará a quien presta el servicio en una dependencia respecto del donante.

La tercera característica sirve para señalar que sólo está comprendido en el sistema público de seguridad social el trabajo profesional y habitual. Con esta exigencia la ley de actividades lícitas excluye a las relaciones no durables¹⁴. Eso deja al margen de los sujetos protegidos a los trabajadores eventuales.

Finalmente, por la cuarta característica se requiere que la actividad constituya el medio de subsistencia de la persona que la realiza. Cabe preguntarse si esta nota se refiere al mayor ingreso o a un ingreso esencial para subsistir. Podría tratarse de un funcionario que tiene su medio de vida en el ejercicio de la profesión pero que de tanto en tanto vende un cuadro con suceso, y obtiene una importante retribución; tendría dos profesiones lícitas pero solamente una de ellas es la principal.

* La inclusión se realiza por el ejercicio de un trabajo. La mayor parte de los incluidos y por tanto de quienes tienen obligación de afiliarse, son trabajadores dependientes o subordinados. Si quien desempeña la actividad no es subordinado tiene un régimen diferente.

Para señalar cuando estamos frente a un trabajador a efectos previsionales, la existencia en su vínculo de las notas de subordinación y ajenidad son criterios determinantes. En la legislación española hay una preferencia expresa en el uso del término "trabajadores por cuenta ajena", sobre "trabajadores subordinados".¹⁵ Ello tiene origen en una ley de accidentes de trabajo. Pero en Seguridad Social no hay una definición expresa de trabajador: el concepto lo suministra el Derecho Laboral.

En virtud de estas normas sobre inclusión, queda al margen según quedó dicho, el *trabajo benévolo*, por ejemplo el de los religiosos.¹⁶ Lo propio ocurre con el trabajo familiar, aunque para el cónyuge colaborador existen ciertas regulaciones específicas.

¹⁴ Por otro lado no son contratos de trabajo en la posición de PLÁ RODRÍGUEZ que exige la durabilidad como un elemento típico, *Curso de Derecho Laboral*, tomo II, vol. I.

¹⁵ ALMANSA, cit. pág. 134.

En el caso de los *profesionales universitarios* existe una inclusión específica por la ley 12.597 del 28 de noviembre de 1961. Tenerlo presente es indispensable antes de considerar si frente a un vínculo que importe prestación de servicios con ellos, estamos o no frente a un hecho generador que da lugar a una relación de cotización con otra. El análisis de la inclusión es lógicamente previo al examen de esta última. Si no queda encuadrada la actividad en una Caja, no podrá analizarse si estamos o no frente a un hecho generador y a materia gravada.

Por citar sólo otro de los ejemplos posibles, cabe mencionar a quienes se desempeñan en *zonas francas*. La ley 15.921 de 17 de diciembre de 1987, art. 20 inc. 2, admite que cuando el personal extranjero que trabaje en zona franca exprese por escrito su deseo de no beneficiarse del sistema de seguridad social vigente en la República, no tendrá obligación de realizar los aportes correspondientes.

El régimen vigente para trabajadores *extranjeros* fue recordado por el Banco de Previsión Social en un comunicado de prensa publicado en los diarios de la capital el 13.V.95¹⁷. Existen otras normas que configuran la situación jubilatoria según razones de nacionalidad incluyendo exigencias de índole migratoria y documental¹⁸.

IV. RELACIÓN JURÍDICA DE AFILIACIÓN.

Consiste en una obligación del particular con la administración legalmente impuesta. En realidad son tres los *sujetos*: afiliante, afiliado y entidad gestora.

El *objeto* es el acto administrativo de afiliación.

El *contenido* son los derechos, intereses y deberes de tal afiliación.

Consiste en una relación preliminar, e instrumental de la relación jurídica previsional¹⁹. Si bien lo es, se trata de la primera relación jurídica que se produce. Vincula al individuo con el sistema de Seguridad Social de un país concreto. Se trata de una obligación jurídica del individuo y/o del empresario (según el caso), que deriva del simple hecho de encontrarse inserto en la esfera de aplicación de las leyes de Seguridad Social de ese determinado país y que establece el deber de darse de alta y/o afiliarse y cotizar a ese sistema de protección social. Esta primera situación jurídica es la que ocasiona la pertenencia o entrada en la esfera de protección del sistema de Seguridad Social de los estados y sin la cual, la protección no se materializa si se produce algún riesgo.²⁰

Según se ha visto antes, encarar la relación jurídica de afiliación no es lo mismo que tratar del *ámbito subjetivo* de aplicación del régimen, o de los *sujetos protegidos* por el mismo.

En el derecho uruguayo, el artículo 2 de la ley 16.190 de 20 de junio de 1991 puso a cargo de los empleadores la obligación de solicitar la afiliación de sus trabajadores dependientes que no registren incorporación previa, así como comunicar el alta o la baja para los casos de los trabajadores que registren afiliación al sistema, dentro de los plazos que fije la reglamentación.

¹⁶ V. al respecto DE LOS CAMPOS, cit., pág. 33.

¹⁷ Lo transcribimos aquí:

1. Los trabajadores extranjeros residentes en el país tienen el derecho y la obligación de afiliarse al sistema de Seguridad Social.
 - 1.1. La prohibición en cuanto a que las empresas no podrán tomar a su servicio extranjeros indocumentados, no libera a las mismas de las obligaciones tributarias que como contribuyentes y agentes de retención la ley les impone.
 - 1.2. El no cumplimiento de tales deberes así como las transgresiones y ocultamientos que puedan producirse determinarán la aplicación de las sanciones que el ordenamiento vigente establece.
2. El Banco de Previsión Social no está habilitado a dar trámite a ninguna solicitud o gestión de reconocimiento de servicios o de concesión de las prestaciones a su cargo sin que se acredite previamente la obtención de la Cédula de Identidad.
 - 2.1. Sin perjuicio de lo expuesto, se recibirán y tramitarán las denuncias que los trabajadores extranjeros indocumentados puedan presentar, no obstante lo cual el Banco no podrá proceder al pago de las sumas o porcentajes sobre las multas que en definitiva pueden corresponder mientras no se obtenga la regularización de su residencia.
3. Quedan exceptuados de lo precedentemente establecido:
 - a. Los representantes diplomáticos y consulares debidamente acreditados ante el Gobierno de la República, los representantes y los funcionarios de los organismos internacionales, y los familiares de unos y otros cuando sean extranjeros.
 - b. Los trabajadores que al amparo de los convenios internacionales de Seguridad Social suscritos por la República se acojan al régimen de traslado temporario, quienes continuarán vinculados a los regímenes de Seguridad Social de sus respectivos países por un período determinado.
 - c. El personal extranjero que trabaje en zonas francas cuando expresen por escrito su deseo de no beneficiarse del sistema de Seguridad Social vigente en la República.

¹⁸ Decretos 28.II.947, y 441/001 del 13 de noviembre de 2001. Puede mencionarse también el art. 5 del decreto 392/980. En relación a la cédula de identidad la ley 14.768 del 23 de marzo de 1978, de manera especial su artículo 20, que la exige para dar curso a jubilaciones.

¹⁹ PERSIANI, cit. p. 72.

²⁰ Cfr. SAGARDOY & ABOGADOS: *Factbook Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona 2002, pág.60.

El decreto 40/998 de 11 de febrero de 1998 dictó las normas reglamentarias para la afiliación, altas y bajas de los trabajadores dependientes. En su Resultando I expresa que “la afiliación es el acto por el que se establece el vínculo jurídico entre el trabajador y el Banco de Previsión Social que cubre las contingencias sociales amparadas por el sistema; el alta es el acto por el cual dicha institución toma conocimiento que el trabajador desempeña una actividad incluida en el amparo; y la baja es el correspondiente cese de esa actividad”.

V. RELACIÓN JURÍDICA DE COTIZACIÓN O RELACIÓN CONTRIBUTIVA

Constituye la base de lo que puede llamarse el Derecho tributario de la seguridad social.²¹

Vincula a *sujetos* pasivos del tributo y entidades receptoras. Estas no necesariamente serán las gestoras del sistema, ya que podrían ser recaudadoras de tributos en general.

El *objeto* es la contribución especial de seguridad social. En España se habla de cuota y en otros países se usa también el término cotización para esta prestación en dinero. Su naturaleza jurídica, como una especie dentro del género de los tributos, no está en discusión en Uruguay.²²

Hay un **hecho generador** del tributo que es el desempeño de determinada actividad, cuya inclusión en el sistema, ha sido declarada por ley. Generalmente se trata de trabajo dependiente, aunque no en forma exclusiva.

A partir de la realización de esa actividad por alguna persona, surge la obligación tributaria apoyada en determinada **materia imponible**, que suele ser el salario percibido –aunque no siempre lo es–, sobre el cual se aplica una alícuota o porcentaje de aportación.

El sujeto pasivo, o en su caso el agente de retención, debe inscribirse en la entidad receptora.²³ No se debe confundir este registro con la afiliación del individuo. Se trata aquí de inscribir a la empresa o en su caso, al cotizante, que puede no ser empresa.

* Debe subrayarse que el hecho generador es el desarrollo de una actividad laboral. Hay que cuidar pues de distinguir “trabajo” como hecho generador, de “salario” como materia imponible. Ocurre que ese hecho generador puede tener según algunos, ciertas condiciones para perfeccionarse. ¿Se trata del “trabajo” a secas, o del “trabajo remunerado”?

El artículo 148 de la ley 16.713 recoge la segunda alternativa cuando establece bajo el nomen juris Principio de actividad, el concepto de hecho generador, y afirma que “*las contribuciones especiales de seguridad social destinadas al Banco de Previsión Social, se generarán por el desarrollo de actividad personal remunerada de cualquier naturaleza, comprendida en el ámbito de afiliación del citado Banco*”.

Se ha discutido entre nosotros acerca de si el salario como materia imponible será el devengado o el percibido.²⁴ Si se adopta el criterio de lo percibido, se está señalado una condición necesaria para perfeccionar el hecho generador: la existencia de una actividad laboral que haya traído consigo el pago del salario correspondiente.

Se sigue por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo el criterio de lo realmente percibido como materia imponible, no de lo devengado. Así lo expresó en ocasión de un asunto donde la entidad previsional exigió el pago de aportes por aguinaldo de un funcionario de alta jerarquía que no lo percibía efectivamente.²⁵ Si así fuera, la conexión con el Derecho laboral, tan importante a la hora de organizar el sistema, se quiebra puesto que, así como en el contrato de trabajo, habiendo actividad se genera directamente el crédito por salarios impagos y además, su no pago dará lugar en el momento del cobro, a reajustes e intereses, así en cambio, en la relación jurídica de cotización, la obligación de aportar aparecería en la medida que se produzca el pago efectivo de las partidas que constituyen materia gravada.

²¹ V. Ramón VALDES COSTA, *Curso de Derecho Tributario*, Buenos Aires, Santa Fe de Bogotá, Madrid, 1996, p. 295 y ss. analiza el concepto de relación jurídica tributaria, prefiriendo ese término al de obligación, y señalando que tiene su fuente exclusiva en la ley, la que debe establecer todos los elementos necesarios para determinar la existencia y cuantía de aquella.

²² En España en cambio se suele encarar como prestaciones patrimoniales de carácter público y no se les proyecta directamente la disciplina general para los tributos; conf. SÁNCHEZ URÁN, Yolanda, en SAGARDOY, ob. cit. p. 227.

²³ V. al respecto Informativo Seguridad Social de Cade, n 194, de 31.VII.97.

²⁴ V. Santiago PEREIRA CAMPOS: *Exigibilidad de la obligación tributaria en las Contribuciones Especiales de Seguridad Social: consolidación del criterio de “lo percibido”* (Resolución del BPS n.º 30-2/99) en Revista Tributaria, t. XXVII, núm. 156, p.307, mayo-junio 2000. En una postura claramente diferente, algunos autores –que además revisten como técnicos del BPS– sostienen que el criterio de la entidad previsional no ha variado: Héctor OLMOS CLÉRICO *Aportes se exigen según el “criterio de lo devengado”*, en rev. Aportes, setiembre 2000, n. 3 pág. 4 y Antonio GRZETICH *La financiación de la seguridad social*, Montevideo 2000, pág. 38 y ss

²⁵ Sentencia n. 545/95.

El Banco de Previsión Social siguió sosteniendo el criterio de lo devengado, aunque en la Resolución del Directorio 30-2/99 de 8.IX.99, se adoptó el criterio de lo percibido cuando se discute la forma de cálculo del beneficio. Eso ocurre por ejemplo en ocasión en las horas extras en días de descanso, si el incremento es de 250 o 350 % el monto de las mismas o en el caso del salario vacacional y el aguinaldo ²⁶. En la actualidad el Banco de Previsión Social sostiene un criterio intermedio entre lo devengado y lo percibido: el de la exigibilidad. Son exigibles las contribuciones cuando es exigible la partida laboral por el trabajador.

* La primera realización de la tutela previsional contemplaba exclusivamente al trabajador subordinado y como su fundamento era encontrado en el riesgo profesional, el pago de las contribuciones estaba a cargo de los empleadores de los sujetos protegidos. ²⁷ Así nace la contribución patronal.

La contribución del Estado a la financiación, que en Uruguay hoy deriva de un texto constitucional expreso, resulta primariamente de la necesidad de auxiliar a los entes respectivos y va concretándose en una manifestación de la solidaridad nacional respecto de los sujetos con necesidades.

En los modelos no contributivos o modelos presupuestarios la carga recae sobre los recursos del Estado, sean éstos los recursos generales o procedentes de impuestos especiales a estos efectos. En cambio, un sistema contributivo requiere que al abrirse el derecho expectante de las prestaciones se abra también la obligación inmediata de cotizar y contribuir económicamente al sistema. Estos modelos contributivos están básicamente financiados con cuotas de los asegurados y sus empresarios. ²⁸

VI. RELACIÓN JURÍDICA DE PRESTACIÓN.

Puede ser considerada la verdadera relación previsional porque a través de ella se cumple el objetivo del sistema: la satisfacción de necesidades sociales. Sobre la misma se incardinan el resto de las relaciones jurídicas. Se le podría llamar también relación jurídica de protección o lisa y llanamente, previsional, como hace Persiani. Para Almansa Pastor va en camino de ser la única y confundirse con la propia relación jurídica de seguridad social.

Los *sujetos* de esta relación jurídica de prestación, son los beneficiarios y las entidades gestoras.

El *objeto* lo constituyen las prestaciones o beneficios.

El *contenido* está integrado por la obligación de la entidad gestora de conceder la prestación y por el derecho del beneficiario a recibirla.

Encarar esta relación jurídica en forma exhaustiva, de lo que no se trata aquí, importa hacer el análisis de cada uno de los beneficios previstos para los sujetos protegidos, tanto sean prestaciones de actividad como de pasividad ²⁹.

A pesar de constituir la razón de ser del sistema y su núcleo, la relación jurídica previsional no puede ser estudiada sin tener en cuenta las demás relaciones que forman parte del sistema y sin considerar los nexos que vinculan a todas.

El objeto de esta relación jurídica es la prestación de seguridad social, o prestación previsional, en su caso. La entidad gestora tiene obligación de suministrarla y el beneficiario tiene el derecho a recibirla y por tanto a exigirla. La naturaleza jurídica de la prestación previsional no puede ser vista como la contraprestación de un contrato sinalagmático, lo cual podría pensarse en una relación de seguro social. Persiani señala que tampoco debe buscarse en el salario, ni en la reparación de un daño. Según el autor italiano debe concebirse como una prestación administrativa reconocida a los particulares, servida por el Estado o un ente público en ejecución de una obligación específica para la tutela, no tanto del interés del beneficiario singular, cuanto del interés público general. ³⁰

La relación jurídica de protección se inicia una vez que se ha materializado alguna de las contingencias protegidas. Mientras ello no ocurra la situación jurídica del sujeto protegido es una situación de expectativa. ³¹ Sin embargo existe, antes del surgimiento del derecho a la prestación previsional, una tutela legal de

²⁶ De paso conviene tener presente que la IGSS ratificó recientemente su antigua posición y dijo que era un 250 % sobre la hora de día hábil y no sobre la hora ya doble del día de descanso o feriado.

²⁷ PERSIANI, cit. pág.49

²⁸ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz y GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel, en SAGARDOY, cit. pág. 61.

²⁹ Los diversos aportes del libro colectivo PLA RODRÍGUEZ, Américo y otros, *La Seguridad Social en el Uruguay* F.C.U. 2da. ed., Montevideo 1991, dan buena cuenta del punto.

³⁰ PERSIANI, Mateo, *Diritto della previdenza sociale*, Padova 1983, p.83. Véase los capítulos II, III y IV que interesan para un enfoque jurídico de esta índole.

³¹ ALMANSA PASTOR, ob. cit. pág. 129, distingue al sujeto protegido del beneficiario, afirmando que el primero es todo aquel que tenga un derecho potencial o un derecho actual, o un derecho potencial a algunas prestaciones y actual a otras. El término beneficiario alude en cambio sólo a quien actualizó ese derecho genérico a la prestación.

dicha posición, cuando se trata de una prestación de base contributiva. En Uruguay, la confección y el cuidado del Registro de la Historia Laboral, es un ejemplo de esa protección.³² Otras manifestaciones están ligadas a la vigilancia que respecto de la cotización puede efectuar el sujeto protegido o amparado. Este tiene derecho a denunciar que no se efectuó la aportación correspondiente en su cuenta personal, lo cual puede comprobar porque no aparece en la historia laboral, y al hacerlo genera derecho al 50 % de la multa³³.

VII. RELACIÓN JURÍDICA ASISTENCIAL

La relación jurídica asistencial es propia de sistemas no contributivos. Se da cuando la relación jurídica de prestación no se apoya en, o mejor, no está conectada con, una relación jurídica de cotización subyacente.

En un sistema asistencial el pago de las prestaciones en dinero se realiza con cargo a las rentas generales de manera que la legislación reguladora de la relación de protección tendrá un marcado carácter territorialista. Pero si el sistema es contributivo o de seguro, la prestación dependerá de las cotizaciones abonadas y la legislación podrá tener un carácter personalista. En el primer caso será requisito imprescindible para tener derecho a la prestación, el "domicilio" o "residencia habitual" en dicho Estado, mientras que el segundo requerirá que se encuentre al corriente del pago de las cuotas.³⁴

Cuando la relación principal es la relación jurídica asistencial, se llegaría a un punto al cual la Seguridad Social siempre aspiró de alguna forma. Significa recoger el principio de solidaridad en estado puro: un estado en el cual se otorgan las llamadas prestaciones no contributivas. En este nivel, la relación jurídica de seguridad social se simplifica en una sola relación de protección, ya que la no contributividad hace desaparecer la relación de cotización y se puede llegar incluso a que la universalización subjetiva haga innecesario el control administrativo de la afiliación.

"Así, pues, la estructura de la relación jurídica asistencial comprenderá:

- Como *sujetos*, el Estado y su entidad gestora instrumental de una parte y el sujeto protegido de otra.
- Como *objeto*, el estado de necesidad real y efectiva, tipificado legalmente.
- Como *contenido*, la protección de la necesidad mediante prestaciones asistenciales.
- Como *principio jurídico*, la solidaridad genérica de toda la colectividad, en cuanto financiadas las prestaciones por los presupuestos generales del Estado."

Dice Almansa³⁵ que "cuando el ordenamiento establece un sistema de seguridad social asistencial, desaparecidas las obligaciones de afiliación y cotización, la relación jurídica de protección tiende a elevarse y a confundirse con la propia relación jurídica de seguridad social, desapareciendo en su papel anterior de relación subordinada e instrumental".

Y agrega que "concebida como una relación jurídica principal y compleja, la de seguridad social, y otras subordinadas e instrumentales, entre éstas no existe reciprocidad ni sinalagmaticidad, genética ni funcional, porque cada una tiene sujetos propios, a veces coincidentes, pero con posiciones jurídicas subjetivas distintas; cada una de ellas tiene su propio objeto diverso, y cada una presenta un contenido obligacional distinto e independiente. No obstante, todas ellas se encuentran conectadas entre sí por el mismo principio fundamental inspirador y por la situación de instrumentalidad con respecto a la relación principal de seguridad social, que las cohesiona, aunque sin interdependencia".

VIII. CONEXIÓN ENTRE LAS RELACIONES JURÍDICAS DE SEGURIDAD SOCIAL

Entre la relación jurídica contributiva y la relación jurídica de prestación no hay un vínculo sinalagmático estricto pero:

- a) Existe una **correspondencia** entre materia gravada y asignación computable; lo que llevó aportes es lo que se tiene en cuenta para calcular la prestación (se trata del llamado Principio de Congruencia

³² Ley n. 16.190, de 20 de junio de 1991, art. 7 y ley n. 16.713, de 3 de setiembre de 1995, arts. 86 a 91.

³³ Ley 16.244, de 30.III.92, art. 10 y decreto reglamentario 337/992 de 17.VII.92. V. Ponencia de Juan Fancisco DIESTE: *Consecuencias económicas derivadas de la extinción del vínculo laboral (Técnicas normativas para combatir al trabajo clandestino)* para Jornadas Rioplatenses de Derecho Laboral, mayo de 2.001. Se ha podido apreciar que existe un considerable número de denuncias por este tema, pero en la práctica no es fácil el cobro de lo estipulado.

³⁴ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz y GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel, cit, pág. 61

³⁵ Ob. cit. p. 118

entre el monto de la cotización y el monto del beneficio, que está previsto en los arts. 11 y 146, inc. 1, de la ley n. 16.713)

- b) El aporte obrero puede ser visto como **una forma de pagar hoy el servicio** de mañana y también puede ser visto como un ahorro para constituir un capital que sea rentable en el futuro. .
- c) En relación al aporte personal del dependiente conviene tener presente también que si en cierto modo podría compararse con un impuesto a la renta, sobre todo cuando hay topes máximos de las prestaciones³⁶, la naturaleza jurídica correcta es la de un tipo de tributo específico: la **contribución especial** de seguridad social, y esta tiene por definición una conexión con un posible retorno en el futuro.

Téngase en cuenta que cierto carácter sinalagmático o cierta bilateralidad, se puede entrever también cuando se advierte que si el responsable de verter las cotizaciones no las vertió, el sujeto protegido no cobra los beneficios en el Banco de Previsión Social. En el campo jubilatorio no está prevista como en otros países,³⁷ la **automaticidad** de las prestaciones. Si es así, el beneficio se genera en el mismo momento que se configura la casual, sin averiguar si se efectuaron los aportes respectivos por los años de servicios que se reconocen. En Uruguay ello ocurre así en el régimen de accidentes de trabajo donde sí se pagan las prestaciones previstas. El régimen vigente prevé una relación directa entre el beneficiario y el ente asegurador que es el Banco de Seguros del Estado. Si bien la Relación jurídica de prestación no tiene total autonomía respecto de la Relación jurídica de cotización entre el ente y el empleador, el trabajador asegurado puede acudir directamente al Banco de Seguros y no sólo recibir asistencia médica sino también prestaciones en dinero. Será un beneficiario por el cual no se hicieron las cotizaciones previas. El hecho de que la Relación jurídica de prestación está conectada y depende de la Relación jurídica de cotización, se deduce de la posible acción del Banco de Seguros contra el empleador omiso en su deber de contratar el seguro.³⁸ En el caso de las prestaciones de pasividad, de todos modos, la prescripción decenal de los aportes opera quebrando el vínculo entre cotización y beneficio, ya que los períodos no cubiertos por las contribuciones –porque fueron prescritos–, deberían considerarse para el cálculo de las prestaciones.³⁹

La ausencia de relación automática entre cotización y prestación tiene un fundamento en el carácter contractual del sistema, que deriva de su configuración constitucional como función estatal y de naturaleza pública.⁴⁰ El Tribunal Constitucional español propugna la consideración plural de las relaciones jurídicas de Seguridad Social que diferencia la relación jurídica de cotización y de protección, respondiendo cada una a reglas propias y, en consecuencia aceptando la falta de reciprocidad o equivalencia entre ellas⁴¹.

³⁶ En el nuevo régimen previsional uruguayo, al estar topeado el monto por el cual se hacen aportes obligatorios (aproximadamente todo aquello que exceda de \$ 15.000 de 1996 -2.500 dólares de la época-), no es posible trasladar esa idea de cierta naturaleza de impuesto a la renta por que queda exenta buena parte en el caso de altos ingresos.

³⁷ v.g. PERSIANI cit. p. 35

³⁸ La naturaleza jurídica del seguro de accidentes ha quedado con esta modificación, más cerca de un seguro social que de una contratación mercantil. La prestación directa servida de este modo por el Banco de Seguros se acerca a una prestación de seguridad social no contributiva, propia de una Relación jurídica asistencial. De todos modos, el monto de la prestación directa en dinero, está topeado por una salario mínimo nacional. Está dispuesto en el art. 8 de la ley 16.704 que dice así:

El Banco de Seguros del Estado prestará asistencia médica y abonará las indemnizaciones que correspondieran a todos los obreros y empleados comprendidos por la presente ley, con independencia de que sus patronos hayan cumplido o no con la obligación de asegurarlos. Ello sin perjuicio de las sanciones y recuperos a que hubiere lugar.

Las indemnizaciones que abonará el Banco a siniestrados dependientes de patronos no asegurados se calcularán tomando como base un salario mínimo nacional.

A aquellos funcionarios públicos dependientes de Organismos que no estén al día en el pago de las primas no hayan asegurado a sus funcionarios, sólo se les brindará asistencia médica.

El Banco de Seguros del Estado deberá exigir en todos los casos del patrono no asegurado, la constitución del capital necesario para el servicio de renta y reembolso de los gastos correspondientes, conforme al procedimiento establecido en el artículo 36.

Constituido el capital correspondiente y pagados los demás gastos anexos por el patrono, o convenida con el Banco de Seguros del Estado una fórmula de pago, se efectuarán las reliquidaciones que correspondan.

³⁹ PERSIANI cit. pág. 36.

⁴⁰ Cfr. SÁNCHEZ URÁN, Yolanda, en Sagardoy, cit. pág. 227.

⁴¹ El autor desea expresar su agradecimiento especial a los Dres. Hugo de los Campos y Santiago Pereira Campos que han leído un trabajo preliminar y cuyas observaciones en buena parte han enriquecido diversas partes de este artículo.

EL NUEVO RÉGIMEN DE LIQUIDACIÓN DE BANCOS EN EL URUGUAY

RICARDO OLIVERA GARCÍA

Profesor de Derecho Comercial y Bancario, Universidad de Montevideo.
Decano Emérito, Universidad de Montevideo.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE LIQUIDACIÓN DE BANCOS. III. EL NUEVO RÉGIMEN DE LA LEY N° 17.613. IV. MANTENIMIENTO DEL RÉGIMEN DE LIQUIDACIÓN ADMINISTRATIVA. V. LIQUIDACIÓN DE LA ENTIDAD DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA Y DE SUS EMPRESAS COLATERALES. VI. CASOS EN QUE PROCEDE LA LIQUIDACIÓN. VII. PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN. VIII. FACULTADES DEL LIQUIDADOR. IX. LA CREACIÓN DE FONDOS DE RECUPERACIÓN DE PATRIMONIOS BANCARIOS. X. VENTA DE CUOTAS PARTES DEL PATRIMONIO BANCARIO. XI. ACUERDOS CON LOS ACREEDORES O CON CATEGORÍAS DE ÉSTOS. XII. LA SITUACIÓN DE LOS BANCOS SUSPENDIDOS.

I. INTRODUCCIÓN.

Durante el año 2002, el sistema bancario uruguayo vivió la más grave crisis de su último siglo de existencia.

Padeció una crisis de liquidez profunda, de carácter sistémico, que dejó inerte al Estado uruguayo, impidiéndole perseverar en la política de sostenimiento de las entidades bancarias en crisis, que había mantenido en forma consistente durante las últimas cuatro décadas¹.

La crisis se tradujo en una pérdida masiva de depósitos del sistema, los cuales cayeron 43% entre el 31 de diciembre de 2001 y el 31 de julio de 2002, pasando de USD 14.868 millones a USD 8.547 millones. La corrida fue sensiblemente mayor en la banca privada, donde la reducción alcanzó el 48%, mientras que en la banca pública fue sólo del 28%. Se perdieron el 61% de los depósitos de no residentes y el 26% de los depósitos de residentes.

La crisis de liquidez del 2002 afectó, en mayor o menor grado, a todo el sistema financiero uruguayo. Fueron reprogramados por decisión legal los depósitos en moneda extranjera constituidos en los bancos públicos (Banco de la República Oriental del Uruguay y Banco Hipotecario del Uruguay)², los cuales representaban casi el 33% del total del sistema. Fueron suspendidos y liquidados, o debieron promover procedimientos concursales bancos representativos del 30% del total del sistema³. Es decir que el 63% del sistema bancario entró en cesación de pagos, en tanto que el resto del mismo debió enfrentar serios problemas de liquidez.

La inminencia de tener que solucionar los problemas de los bancos en crisis a través de un sistema de naturaleza concursal obligó al legislador a rever la escasa e imprecisa legislación nacional en materia de liquidación de bancos, dictada en un contexto económico en el cual no se preveían instancias concretas de aplicación del régimen.

Con la finalidad de crear instrumentos que permitieran enfrentar el proceso de liquidación de bancos en forma más eficiente, así como de ajustar otros aspectos relativos al funcionamiento de estas entidades, con fecha 27 de diciembre de 2002, fue sancionada la ley N° 17.613 (de reestructura del sistema financiero), que será objeto de nuestro comentario en este trabajo.

¹ Vé. OLIVERA GARCÍA, BRAGARD, y LEIZA ZUNINO, *El sistema bancario uruguayo a partir de la crisis*, Punta del Este, 2003, pág. 25 y ss.

² Dispuesta por la ley N° 17.523 de 4 de agosto de 2002 (arts. 3 a 5).

³ Se trató de los bancos Comercial, Montevideo, La Caja Obrera, de Crédito y Galicia, de la Compañía General de Negocios S.A.I.F.E. y de la Cooperativa CAYCU.

No obstante, previo a ingresar en la consideración del nuevo régimen legal, nos parece importante realizar algunas breves reflexiones respecto a la evolución de la normativa en materia de liquidación de bancos, con la finalidad de ubicar la nueva legislación en el contexto de sus precedentes históricos.

II. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE LIQUIDACIÓN DE BANCOS.

Previo a la aprobación de la ley N° 17.613, la liquidación de bancos había estado regulada por escasas normas aisladas o especiales, que debían ser interpretadas en forma armónica con aquéllas que conforman el marco jurídico de los procedimientos concursales.

La evolución de esta regulación puede ser dividida en diferentes etapas, cada una de las cuales presenta características específicas.

A) La aplicación del régimen concursal general.

Hasta 1938 no existió en el Uruguay ninguna disposición que se refiriera específicamente al régimen de liquidación de bancos. Los casos de cesación de pagos de las entidades bancarias estaban sujetos al régimen general en materia de quiebras, previsto por el Código de Comercio para todos los comerciantes y sociedades comerciales.

En 1893, en el marco de la importante crisis bancaria que afectó a nuestro país a fines del siglo XIX, el problema coyuntural enfrentado por el Banco Inglés del Río de la Plata –banco de depósitos, descuentos y emisión– motivó la sanción de la ley N° 2.230 de 2 de junio del mismo año, la cual introdujo en nuestro marco normativo la figura del concordato preventivo y sancionó un régimen especial de ejecución concursal para las sociedades anónimas en estado de cesación de pagos, al cual denominó la ley “liquidación judicial”. A partir de esta norma, generada en el marco de una crisis bancaria profunda, en el Uruguay las sociedades anónimas no quiebran sino que entran en estado de liquidación judicial⁴.

B) La Ley de Bancos de 1938.

La primera solución especial en materia de liquidación de bancos fue incorporada por la ley N° 9.756 de 10 de enero de 1938 que reguló, también por primera vez en forma orgánica, el funcionamiento de las entidades bancarias en el Uruguay.

Esta ley disponía que, cuando procediera la liquidación de una entidad bancaria organizada como sociedad anónima, por mandato judicial o por imperio de la ley, la liquidación debía llevarse a cabo por el Banco de la República Oriental del Uruguay (BROU)⁵, investido en funciones de liquidador (art. 11)⁶.

Esta norma planteó discrepancias respecto a su armonización con las disposiciones en materia de liquidación judicial. Mientras parte de la doctrina⁷ entendió que el BROU debía sustituir a los síndicos definitivos, en sus funciones de liquidación y reparto de los bienes de la masa, otro sector⁸ sostuvo que, decretada por el Juez la liquidación judicial, el BROU⁹ sustituía en sus funciones a la totalidad

⁴ La calificación del proceso de ejecución concursal de las anónimas como liquidación judicial obedece a la postura de la doctrina francesa de la época. Expresaba MASSÉ (*Doit Commercial*, París, 1874, t. III, n. 1169) que en las sociedades anónimas no existen socios solidarios y, consecuentemente, no existe ningún individuo en el que se personifique la sociedad y al que puedan aplicársele los efectos de la quiebra. Por su parte, decía RENOARD (*Traité de Faillites et de Banqueroutes*, París, 1857, t. I, pág. 261) que una quiebra, con el cambio de estado que provoca la pérdida de los derechos civiles o comerciales a ella vinculados, una quiebra que supone la declaración del nombre de los quebrados, la representación de su persona, su prisión en ciertos casos, me parece un estado imposible si se le quiere aplicar no a personas sino a capitales que son cosas.

⁵ El BROU, creado en 1896 como una empresa de capital mixto pero que nunca llegó a emitir su capital privado, fue el primer banco estatal del país. Desde 1911 tuvo el monopolio para la emisión de papel moneda, en 1931 pasó a tener el control de la actividad cambiaria (ley N° 8.729) y en 1939 la ley reformó su carta orgánica, estructurándolo sobre la base dos unidades: el Departamento Bancario, que cumplía funciones de banca comercial, y el Departamento de Emisión, que cumplía funciones bancocentralistas (ley N° 9.808).

⁶ OLIVERA GARCÍA, *Liquidación de instituciones bancarias*, RDCyE, enero-julio 1980, N° 13-14, pág. 41 y ss.

⁷ PÉREZ FONTANA, *El control de la banca privada en el Uruguay*, Rev. Derecho Comercial, año XXII, n. 206, págs. 47-48.

⁸ CARVALHO, *Posición de los acreedores en la liquidación de bancos privados por el Banco Centra*, RDJA, t. 66, pág. 18 y ss.

de los órganos de la liquidación judicial (síndicos provisorios, síndicos definitivos, junta de acreedores, etc.). Esta última fue la posición sustentada por la jurisprudencia¹⁰ y consolidada por la práctica, con lo cual puede afirmarse que la ley de 1938 consagró un sistema de liquidación de las entidades bancarias en sede administrativa.

C) La crisis de 1965 y las soluciones legislativas especiales.

La crisis bancaria padecida por el sistema bancario uruguayo en el año 1965 dejó en evidencia las limitaciones del régimen resultante de la armonización de la Ley de Bancos de 1938 con las disposiciones generales en materia concursal.

Esto motivó la adopción de varias soluciones legislativas especiales.

La primera de éstas fue la sanción de la ley N° 13.608 de 8 de setiembre de 1967, la cual dispuso que la liquidación de las entidades bancarias tendrá fuero de atracción respecto de sus colaterales, otorgando al Banco Central del Uruguay (BCU) –sucesor del BROU en sus funciones como liquidador– la facultad de determinar dichas empresas colaterales.

Más tarde, a los efectos de desconcentrar del BCU la función liquidatoria de numerosas entidades bancarias, la ley N° 13.892 de 20 de octubre de 1970 creó tres comisiones liquidadoras integradas cada una por tres miembros: el primero designado por el Poder Ejecutivo, el segundo por el BCU y el tercero entre los doce mayores acreedores del banco con mayor pasivo dentro de cada grupo (arts. 474 a 482). Estas comisiones tenían los más amplios poderes de administración y disposición, sin limitación de especie alguna, cometiéndoles igualmente la verificación de créditos, la definición de la masa solvente e insolvente, la conversión de obligaciones en moneda nacional o extranjera, la determinación del orden preferencial de pagos, el prorrateo de los fondos y demás competencias para el logro de sus fines.

El fracaso en el funcionamiento de las comisiones liquidadoras determinó que el decreto-ley N° 14.189 de 30 de abril de 1974 devolviera al BCU el cometido de las mismas. Igual solución fue luego extendida a otros bancos en liquidación, por los decretos-leyes N° 14.332 de 23 de diciembre de 1974 y N° 14.446 de 23 de octubre de 1975¹¹.

D) El régimen de la Ley de Intermediación Financiera

Con fecha 17 de setiembre de 1982 fue aprobado el decreto-ley N° 15.322 (Ley de Intermediación Financiera), el cual constituye –con algunas reformas posteriores– la norma marco que regula el funcionamiento del sistema bancario uruguayo¹².

La Ley de Intermediación Financiera derogó en forma expresa (art. 34) las principales normas anteriores de regulación bancaria, entre las que se encontraba la ley N° 9.756 y, con ella, la norma del artículo 11. Con esta derogación, desapareció formalmente del régimen uruguayo la única norma que establecía un régimen especial de liquidación de entidades bancarias, quedando las mismas estrictamente sujetas al mismo régimen concursal general de las demás entidades comerciales¹³.

Sin perjuicio de la desaparición formal de este régimen, en los casos de liquidación judicial de dos casas bancarias¹⁴ ocurridos en este período, el BCU solicitó y los jueces actuantes hicieron lugar a que las mismas continuaran siendo liquidadas administrativamente por el BCU.

⁹ Con la creación del Banco Central del Uruguay por la Constitución de 1967, el mismo asumió la totalidad de las competencias atribuidas por la ley al Departamento de Emisión del BROU (Vé. DELPIAZZO, *El Banco Central del Uruguay*, 2ª ed., Montevideo, 1998, pág. 43 y ss.)

¹⁰ Sentencia del Juzgado Letrado en lo Civil de 18º Turno de 7 de noviembre de 1967 (RDJA, t. 66, pág. 21 y ss.)

¹¹ Vé. OLIVERA GARCÍA, *Manual de Derecho Bancario Uruguayo*, Montevideo, 1989, págs. 227-229.

¹² Vé. OLIVERA GARCÍA, *Sistema de Intermediación Financiera en el Uruguay*, Montevideo, 1982.

¹³ OLIVERA GARCÍA, *Manual, cit.*, págs. 229-230.

¹⁴ Para el régimen jurídico de las casas bancarias: vé. OLIVERA GARCÍA, *Casas bancarias y apertura financiera*. Montevideo, 1980.

E) La reforma de la Ley de Intermediación Financiera (1992).

A los diez años de su vigencia, la Ley de Intermediación Financiera sufrió una reforma importante, introducida por la ley N° 16.327 de 11 de noviembre de 1992, la cual se caracterizó, entre otras cosas, por un fortalecimiento de los poderes de control del BCU sobre las entidades de intermediación financiera.

Esta norma introdujo nuevamente una disposición especial en materia de liquidación bancaria, otorgando al BCU la calidad de liquidador, en sede administrativa de las empresas integrantes del sistema de intermediación financiera y de sus colaterales (art. 41).

Reproduciendo los cometidos que, para determinadas entidades bancarias particulares, la ley de 1970 había conferido a las comisiones liquidadoras, la reforma de 1992 otorgó al BCU, entre otras, las facultades de: declarar la disolución y el consiguiente estado de liquidación; determinar las empresas que se consideran colaterales; administrar y disponer, sin limitaciones de especie alguna, de los bienes, acciones, derechos y obligaciones de las sociedades o empresas comprendidas en la liquidación; levantar los embargos e interdicciones trabados; verificar los créditos, definir la masa solvente e insolvente; convertir las obligaciones en moneda nacional o extranjera, o en unidades reajustables; determinar el orden de preferencia de sus pagos y prorrateo de los fondos.

Las decisiones del BCU en su calidad de liquidador eran recurribles ante los Tribunales de Apelaciones en lo Civil, por el mismo procedimiento que la ley había previsto para las resoluciones de las comisiones liquidadoras (art. 480, ley N° 13.892).

El alcance de las potestades del BCU emanadas del régimen descrito fueron objeto de controversia en el caso de la liquidación de una institución financiera externa declarada por la justicia. El BCU consideró ilegítima la declaración de liquidación, entendiéndolo que la misma era de su resorte privativo, recurriendo la decisión y declarando más tarde la liquidación de la misma en vía administrativa¹⁵.

La evolución planteada revela que, en el Uruguay, desde 1938 la liquidación de bancos constituye un procedimiento de liquidación administrativa, realizado primero por el Departamento de Emisión del BROU y, a partir de su creación, por el BCU. Aún en períodos en los cuales, por un error de técnica legislativa, se derogó la norma que servía de sustento a dicho régimen de liquidación administrativa, el BCU reivindicó y la justicia le concedió continuar con el mismo régimen de liquidación.

Hasta el conflicto planteado con motivo de la liquidación de una institución financiera externa, el procedimiento consistió históricamente en la declaración judicial del estado de liquidación, pasando luego a la autoridad administrativa las restantes etapas del proceso de liquidación. Por su parte, tanto en el régimen de las comisiones liquidadoras de 1970, como de la reforma de 1992, el procedimiento de liquidación administrativa mantuvo una instancia de control judicial, por el mecanismo de apelar las decisiones administrativas ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil.

III. EL NUEVO RÉGIMEN DE LA LEY N° 17.613.

La ley N° 17.613 aprobó una nueva y especial regulación al régimen de liquidación de entidades bancarias en el Derecho uruguayo.

Puede afirmarse, sin lugar a dudas, que es la primera vez en la historia de la legislación bancaria nacional que se adopta un régimen integral para la liquidación de entidades bancarias. Si bien este régimen se ve impregnado por el subjetivismo propio de la necesidad de dar solución al problema concreto de la crisis del 2002, sus normas tienen la generalidad y la abstracción necesarias para realizar una regulación de los principales problemas que la liquidación bancaria plantea.

El régimen establecido por la nueva ley presenta básicamente las siguientes características¹⁶:

¹⁵ En el caso de Compañía General de Negocios S.A.I.F.E., el BCU actuando en su calidad de interventor de la entidad con sustitución de autoridades promovió ante el Juzgado Letrado de Concursos de 1° Turno un procedimiento de moratoria, bajo el régimen establecido por el título XIX del Código de Comercio (arts. 1764 y ss.). El magistrado actuante entendió que no se reunían los requisitos establecidos por la ley para la aplicación de este instituto y decretó la liquidación judicial de esta entidad, por aplicación de lo dispuesto por el art. 1771 del Código (redacción dada por la ley N° 17.292 de 25 de enero de 2001). El BCU recurrió la resolución judicial, por entender que la Justicia carecía de facultades para decretar la liquidación judicial, por ser ésta de competencia exclusiva del BCU. El litigio quedó carente de contenido luego que la ley N° 17.613 interpretó auténticamente que la liquidación de las entidades bancarias se tramitará exclusivamente en vía administrativa y que las normas de la ley N° 17.292 no son aplicables a estas entidades. Paralelamente, el propio BCU dispuso la liquidación administrativa de Compañía General de Negocios S.A.I.F.E. por resolución de 29 de julio de 2002.

¹⁶ OLIVERA GARCÍA, BRAGARDY y LEIZA ZUNINO, ob. cit., pág. 58 y ss.

- a) Mantiene el principio de la liquidación administrativa de las entidades por el BCU, siguiendo con la línea normativa marcada desde la Ley de Bancos de 1938.
- b) Elimina todo control judicial, tanto previo como posterior al proceso de liquidación, sustituyéndolo por el régimen general de control jurisdiccional de los actos administrativos.
- c) Consagra un régimen de ejecución concursal del patrimonio de las entidades liquidadas fundado en los principios y reglas de los procedimientos concursales
- d) Introduce nuevas alternativas para llevar adelante el proceso de liquidación, como la creación de fondos de inversión con los activos de las entidades liquidadas o la venta de todo o de cuota partes del patrimonio de la entidad en forma competitiva, como forma de mantener total o parcialmente las entidades liquidadas en funcionamiento.
- e) Prevé la posibilidad de celebración de acuerdos con los acreedores o con grupos de éstos, quebrando el principio del tratamiento general igualitario de los acreedores.

La ley establece disposiciones especiales respecto de las entidades que se hallaban suspendidas a la fecha de aprobación de la ley, adaptando algunas soluciones del régimen general a la situación específica de las mismas.

Dispone además la ley que el BCU ejercerá sus potestades como liquidador “con la finalidad primordial de proteger el ahorro por razones de interés general” (texto dado al art. 41 inc. 2 del decreto-ley N° 15.322 por el art. 13 de la ley N° 17.613).

IV. MANTENIMIENTO DEL RÉGIMEN DE LIQUIDACIÓN ADMINISTRATIVA.

El régimen de la ley N° 17.613 reitera el principio contenido en las leyes anteriores de la naturaleza administrativa del procedimiento de liquidación de entidades bancarias, llevado adelante por el BCU como liquidador. Dispone la ley que “*El Banco Central del Uruguay será liquidador en sede administrativa, de las empresas integrantes del sistema de intermediación financiera y de sus colaterales*” (art. 13).

Este procedimiento abarca todas las etapas de la liquidación de la entidad: desde la propia declaración de liquidación, pasando por la verificación, graduación, administración de la cartera, prorroto pago.

La ley dispone que la disolución de sociedades y el consiguiente estado de liquidación serán declarados por el BCU (art. 14 inc. 1). A éste compete, como liquidador, la verificación de los créditos, la definición de la masa solvente e insolvente, la conversión de la moneda de las obligaciones, la determinación del orden de preferencia de los pagos, el prorroto de los fondos y demás competencias necesarias para el logro de sus fines (art. 14 inc. 2). Confiere además al BCU los más amplios poderes de administración y disposición (art. 15).

Dispone más adelante que las liquidaciones de empresas integrantes del sistema de intermediación financiera se declararán y tramitarán exclusivamente en vía administrativa, bajo el control jurisdiccional previsto para los actos administrativos (art. 41). Esta disposición es establecida por la ley con carácter interpretativo de las normas de la ley N° 17.292, con la finalidad de superar el conflicto judicial en curso, respecto a las facultades de la Justicia de declarar la liquidación judicial de una entidad de intermediación financiera, en caso de rechazo de un pedido de moratoria¹⁷.

La ley elimina todas las etapas de control judicial del proceso de liquidación de las entidades bancarias.

Elimina el control previo, en la medida que el BCU no sólo tiene el poder de declarar administrativamente la liquidación de las entidades respecto de las cuales se verifiquen los supuestos que prevé la ley, sino que esta facultad es de carácter exclusivo, lo cual elimina toda posibilidad de declaración judicial de liquidación.

La ley modifica además el régimen anterior en materia de recursos contra las resoluciones del BCU en materia de liquidación. La reforma a la Ley de Intermediación Financiera introducida por la ley N° 16.327 preveía que contra dichas decisiones podían oponerse los recursos de reposición y, en subsidio, para el caso denegatorio, el de apelación para ante el Tribunal de Apelaciones, los que debían interpo-

¹⁷ Véase el caso de Compañía General de Negocios S.A.I.F.E. en nota 15.

nerse en forma conjunta y debidamente fundados, dentro del plazo de diez días a partir de la notificación (art. 480, ley N° 13.892)¹⁸.

La nueva ley sustituye este sistema recursivo por el régimen general de recursos en sede administrativa y de acción de nulidad frente al Tribunal de lo Contencioso Administrativo que prevé la Constitución de la República (arts. 317 y ss.) para todos los actos administrativos¹⁹.

V. LIQUIDACIÓN DE LA ENTIDAD DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA Y DE SUS EMPRESAS COLATERALES.

La ley N° 17.631 mantiene la redacción del art. 41 del decreto-ley N° 15.322 (texto dado por la ley N° 16.327) estableciendo que el BCU será liquidador en sede administrativa “*de las empresas integrantes del sistema de intermediación financiera y de sus respectivas colaterales*”.

La ley no realiza distinción alguna respecto a la forma jurídica que adopten las empresas integrantes del sistema de intermediación financiera. En consecuencia, podrá tratarse de entidades organizadas como sociedades anónimas, como sociedades cooperativas o bajo cualquier otra forma societaria²⁰, así como de sucursales en el país de entidades de intermediación financiera constituidas en el exterior²¹.

La competencia del BCU para disponer y realizar la liquidación en sede administrativa será entonces independiente de la forma jurídica que las mismas hubieran adoptado.

La misma norma extiende la potestad liquidadora del BCU a las empresas colaterales, otorgando a este banco la potestad de determinar las empresas que se consideren colaterales.

La extensión de la liquidación bancaria a las colaterales tiene su antecedente en la ley N° 13.608 la cual disponía que “*la liquidación de una institución bancaria tendrá fuero de atracción con respecto a la liquidación de sus empresas colaterales, cualesquiera sea la naturaleza jurídica y la índole del giro de éstas*” (art. 34 inc. 2). La misma norma facultaba al BCU la determinación de las empresas colaterales de las instituciones bancarias en liquidación (inc. 3).

La ley N° 13.892 de 19 de octubre de 1970 aclaró el concepto de fuero de atracción en el marco de la ley N° 13.608, disponiendo que, para el caso de la liquidación, la institución bancaria y sus colaterales serán consideradas como una sola entidad patrimonial, con prescindencia de su diversidad jurídica (art. 475).

Ninguna de ambas normas fue objeto de derogación expresa. Es más, el decreto-ley N° 15.322 derogó expresamente otros artículos de la ley N° 13.608, pero no el art. 34.

La reforma del decreto-ley N° 15.322 introducida por la ley N° 16.327 prescinde del concepto de “fuero de atracción”, limitándose a disponer que el BCU será liquidador, en sede administrativa, de las empresas integrantes del sistema de intermediación financiera y de sus respectivas colaterales. Agrega que el BCU determinará las empresas que se consideren colaterales (art. 41). El mismo texto fue mantenido por la ley N° 17.613.

Ni las leyes anteriores ni la nueva ley aclaran qué debe entenderse por empresas colaterales, limitándose a otorgar al BCU la facultad de su determinación.

La doctrina ha estudiado el concepto de concentración de empresas, analizando sus diferentes formas y modalidades, tanto económicas como jurídicas²². En el ámbito de las diferentes formas de con-

¹⁸ Este era el régimen de recursos previstos por la ley N° 13.892 de 19 de octubre de 1970 para las Comisiones Liquidadoras creadas para la liquidación de un conjunto de entidades bancarias en particular.

¹⁹ De acuerdo con el art. 317 de la Constitución, los actos administrativos pueden ser impugnados con el recurso de revocación, ante la misma autoridad que los haya cumplido, dentro del término de diez días, a contar del día siguiente de su notificación personal, si correspondiere, o de su publicación en el Diario Oficial. Cuando el acto administrativo haya sido cumplido por una autoridad sometida a jerarquías, podrá ser impugnado, además, con el recurso jerárquico, el que deberá interponerse conjuntamente y en forma subsidiaria, al recurso de revocación. La nulidad del acto administrativo podrá ser demandada ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (art. 309), una vez agotada la vía administrativa (art. 319). Vé. DELPIAZZO, *Régimen jurídico de los recursos administrativos, Análisis de la ley 15.524*. Montevideo, 1984; CAJARVILLE PELUFFO, *Recursos administrativos*, 3ª ed., Montevideo, 2000.

²⁰ De acuerdo con la Ley de Intermediación Financiera, los bancos deben preceptivamente organizarse como sociedades anónimas, excepto que sean sucursal de una sociedad extranjera (art. 17). Lo mismo dispone el decreto 381/989 de 16 de agosto de 1989 para las instituciones financieras externas (art. 4). Sin embargo, la ley no establece ningún requerimiento para las restantes modalidades de entidades de intermediación financiera. La única limitación la constituye la norma de la ley N° 16.060, que les prohíbe adoptar la forma de sociedad de responsabilidad limitada (art. 518).

²¹ Sobre los efectos internacionales de los procesos concursales de las entidades bancarias, véase: JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Efecto de la moratoria acordada a un Banco en el Uruguay con relación a su sucursal en la Argentina*, RDJA, t. 59, pág. 44 y ss.

²² CHAMPAUD, *Los métodos de agrupación de sociedades*, RDCO, año 2, N° 8, pág. 118 y ss.; GUYENOT, *Los grupos de interés económico y el derecho de las sociedades*, Rev. Derecho Comercial, año XXV, N° 224/225, pág. 3 y ss. En el derecho uruguayo, el tema de la

centración empresarial, el concepto de “empresa colateral” parecería encontrarse entre las formas de concentración por subordinación, en la cual existe una empresa controlante y una empresa controlada.

La ley N° 16.060 dispone que “*Se considerarán sociedades controladas aquellas que, en virtud de participaciones sociales o accionarias o en mérito a especiales vínculos, se encuentran bajo la influencia dominante de otra u otras sociedades*” (art. 49). Antes de la vigencia de la ley, la más prestigiosa doctrina²³ sostenía que existe un fenómeno de contralor de empresas cuando una empresa se encuentra sometida a un vínculo de subordinación o dependencia respecto a otra, en virtud del cual esta última está en condiciones de determinar por medios jurídicos o económicos, con cierta continuidad y permanencia, su propia voluntad e imponerle las normas directrices de su gestión.

En alguna oportunidad²⁴ sostuvimos que el concepto de empresa colateral va más allá que el de empresa controlada. No es suficiente que la institución bancaria esté en condiciones de determinar la voluntad de la sociedad en cuestión; es necesario además que la entidad bancaria se sirva de la sociedad colateral para desarrollar actividades conexas con su giro, existiendo vinculación patrimonial u operativa entre ambos sujetos de derecho. Si bien la entidad colateral puede desarrollar giro no bancario, debería tratarse de una actividad vinculada económicamente con el banco.

VI. CASOS EN QUE PROCEDE LA LIQUIDACIÓN.

La ley N° 17.613 dispone que la disolución de las sociedades y el consiguiente estado de liquidación serán declarados por el BCU, en los casos en que proceda conforme a la legislación vigente en materia de sociedades de intermediación financiera y la demás aplicable a las sociedades anónimas (art. 14)²⁵.

Esta norma resulta imprecisa en cuanto a su alcance.

En el régimen vigente, no existe ninguna causal de disolución específica para las sociedades de intermediación financiera. La disolución de las sociedades constituidas en el país que realizan intermediación financiera se rige por las disposiciones relativas a las sociedades comerciales en general, contenidas en los diferentes numerales del art. 159 de la ley N° 16.060. Por su parte, la disolución de las sociedades constituidas en el exterior se rige por las disposiciones de la ley del lugar de su constitución (art. 192).

Además de las disposiciones legales, la regulación del BCU para las entidades de intermediación financiera prevé un régimen de liquidación privada, por las propias autoridades designadas por la entidad, en el caso de disolución voluntaria de entidades que sean solventes²⁶.

Estrictamente, pueden identificarse tres situaciones diferentes de liquidación de las entidades bancarias:

- a. Liquidación privada, por las propias autoridades de la entidad, en caso de la disolución voluntaria de las entidades solventes.
- b. Liquidación administrativa por el BCU en los casos que proceda que sea declarada la disolución y el consiguiente estado de liquidación, de acuerdo con la legislación vigente.
- c. Liquidación administrativa por el BCU en caso de cesación de pagos de la entidad.

Un tema importante es distinguir entre las causales de disolución de las sociedades comerciales, cuáles darán lugar a una liquidación privada de la entidad por las propias autoridades designadas por la entidad, y cuáles habrán de motivar la liquidación administrativa por el BCU.

Consideramos que el criterio a seguir habrá de depender del juicio que se realice sobre la solvencia de la entidad.

concentración societaria fue estudiado con especial detenimiento por FERRO ASTRAY, *Uniones de Empresas*, Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture, Montevideo, 1957, pág. 227 y ss.; *Participaciones societarias. Sociedades controladas y vinculadas. Joint ventures. Sociedades de sociedades. Legalidad. Personalidad jurídica*, La Información, t. XXXI, N° 544, pág. 469 y ss.; *Apuntes para una estructuración jurídica de la concentración empresarial*, Contratos de Empresa, Montevideo, 1977, pág. 21 y ss.

²³ FERRO ASTRAY, *Empresas controladas*, Buenos Aires, 1961, pág. 13 y ss.

²⁴ OLIVERA GARCÍA, *Liquidación de instituciones bancarias*, cit., pág. 51.

²⁵ El decreto-ley N° 15.322, en la redacción dada por la ley N° 16.327, disponía que la disolución y liquidación serían declaradas por el BCU en los casos en que correspondiera conforme a la ley (art. 41). Por su parte, la ley N° 9.756 preveía la liquidación de los bancos privados por el BROU en caso de liquidación por mandato judicial o por imperio de la ley misma (art. 11).

²⁶ El artículo 5 de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero dictadas por el BCU (RNRCSF) dispone que “*La disolución voluntaria de una empresa de intermediación financiera privada sólo podrá aplicarse a entidades solventes. La intención de disolver la sociedad comercial deberá comunicarse al Banco Central del Uruguay con una antelación no inferior a noventa días corridos a la fecha de la adopción de la resolución definitiva*”.

En el caso de entidades solventes, en las cuales exista una razonable certeza de los poderes públicos respecto a la posibilidad de cancelación de las obligaciones con el producido de sus activos o con aportes adicionales de los accionistas, no existe dificultad alguna para que la liquidación sea realizada por las propias autoridades designadas por la entidad, en el marco de las normas generales sobre liquidación privada de sociedades comerciales²⁷, aunque bajo el control del BCU²⁸.

En cambio, cuando estamos en presencia de entidades insolventes, aun cuando las mismas no hayan entrado en cesación de pagos, será cometido del BCU proceder a su liquidación en vía administrativa, con la finalidad de proteger el ahorro, asegurando una participación equitativa de los acreedores en el activo a ser liquidado.

De lo expuesto surge que, en los casos de disolución por pérdidas (art. 159 num. 6), imposibilidad de consecución del objeto por revocación de la autorización para funcionar (num. 9), realización continuada de actividades ilícitas o prohibidas (num. 10), o en cualquiera de los restantes situaciones previstas por la ley societaria, el BCU podrá declarar que la entidad de intermediación financiera se encuentra disuelta y proceder a su liquidación administrativa, en la medida que estemos en presencia de entidades insolventes.

Esta liquidación administrativa será de naturaleza concursal. Esto surge de la referencia que realiza la ley a institutos tales como la verificación de créditos, la determinación del orden de preferencias o el prorrateo de los fondos, que son propios de los procedimientos concursales (art. 14 inc. 2).

De más está decir, por aplicación de las normas en materia de liquidación judicial de sociedades anónimas, igual facultad corresponde al BCU en el caso de que la entidad de intermediación financiera se encuentre en estado de cesación de pago de sus obligaciones (art. 15, ley N° 2.230).

Este régimen de liquidación será aplicable a todas las entidades de intermediación financiera, cualquiera sea la forma jurídica que las mismas adopten. Incluso, estarán comprendidas en este régimen las entidades organizadas como sucursales de sociedades constituidas en el exterior.

VII. PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN.

La ley N° 17.613 dispone que *“la liquidación se regirá por las disposiciones de la presente ley, y subsidiariamente y en lo pertinente, por las normas de liquidación de sociedades anónimas”* (art. 14 inc. 1).

Como expresáramos, la liquidación administrativa de las entidades de intermediación financiera es un procedimiento reservado para las entidades insolventes, revistiendo la naturaleza de un procedimiento concursal. Por lo tanto, la remisión de la ley a las normas de liquidación de sociedades anónimas no puede entenderse realizada al régimen de liquidación privada de las sociedades anónimas, sino al régimen de liquidación judicial.

Por otra parte, no existe un régimen especial de liquidación privada de las sociedades anónimas, sino que las mismas se encuentran sometidas al régimen general de liquidación previsto por la ley societaria para todas las sociedades comerciales (art. 167 y ss.).

Sólo es posible concluir que el legislador quiso referirse inequívocamente al régimen concursal específico de las sociedades anónimas, que es la liquidación judicial regulada por la ley N° 2.230.

Por lo tanto, la determinación del procedimiento liquidatorio de las entidades de intermediación financiera habrá de provenir de la adecuada armonización de las normas de la ley N° 17.613 con el régimen general de la ley N° 2.230.

En este sentido, la naturaleza administrativa del procedimiento de liquidación determina que exista una sustitución por parte del BCU no solamente de la figura del juez, sino de los restantes órganos de la liquidación judicial: síndicos provisorios, síndicos de definitivos, junta de acreedores, junta de vigilancia.

La legitimación activa para promover el procedimiento de liquidación administrativa corresponderá a los acreedores, a la propia entidad de intermediación financiera o al BCU, de oficio, tanto en los casos de cesación de pagos como cuando se produzca una causal de disolución unida a la situación de insolvencia de la entidad.

²⁷ Arts. 167 a 183 de la ley N° 16.060.

²⁸ De acuerdo con el art. 15 del decreto-ley N° 15.322, las entidades de intermediación financiera están sometidas al control del BCU anterior, concomitante y posterior a su gestión. Los arts. 8 y 9 de la RNRCFS establecen la información inicial y periódica que los liquidadores deberán suministrar al BCU.

Durante el procedimiento de liquidación corresponderá al BCU la composición, conservación y administración de la masa activa, la verificación de los créditos que forman la masa pasiva, la determinación del orden de preferencia en los pagos (graduación), el prorratio de los fondos, y todas las demás tareas que implican la ejecución concursal del patrimonio de la entidad en liquidación.

La ley se refiere también a la potestad del BCU para declarar la masa solvente o insolvente, la cual era otorgada por la ley N° 2.230 a la junta de acreedores (art. 32). Esta declaración procederá solamente en los casos de liquidación administrativa por cesación de pagos, ya que las restantes hipótesis de liquidación administrativa se encuentran reservadas, según vimos, a las entidades insolventes²⁹.

También prevé la ley la posibilidad de conversión de las obligaciones en moneda nacional o extranjera o en unidades reajustables u otros procedimientos de actualización monetaria.

En todos los casos, la ley N° 17.613 dispone que los actos del BCU previstos precedentemente y sus antecedentes se pondrán de manifiesto por el término de diez días hábiles, a través de edictos publicados en el Diario Oficial y en dos diarios de circulación nacional. Vencido el término de diez días se considerarán notificados a todos los interesados a los efectos de que éstos puedan oponer los recursos contra los actos administrativos, previstos en el art. 317 de la Constitución de la República³⁰.

VIII. FACULTADES DEL LIQUIDADOR.

La ley N° 17.613 establece que el liquidador dispondrá de los más amplios poderes de administración y disposición, sin limitaciones de especie alguna, sobre los bienes, acciones, derechos y obligaciones de las sociedades o empresas comprendidas en la liquidación, a cuyo efecto podrá levantar los embargos e interdicciones trabados (art. 15 inc. 1). El levantamiento de los embargos trabados contra la entidad no es un efecto jurídico de la declaración de liquidación administrativa, sino una prerrogativa del BCU en el marco del procedimiento de liquidación.

En su carácter de liquidador, el BCU tendrá las facultades necesarias para la mejor gestión y recuperación de los créditos contra terceros, incluyendo la de efectuar quitas y esperas, renovar créditos y celebrar acuerdos de pago referidos a los créditos, mantener operativa las carteras de tarjetas de crédito y similares según la reglamentación que establezca el propio BCU, debiendo adoptar la solución que en cada caso posibilite la mejor recuperación en beneficio de la masa en atención a las circunstancias (art. 15 inc. 2). Además, las resoluciones consentidas y definitivas del BCU, dictadas en su calidad de liquidador, por las cuales se liquiden créditos de las empresas en liquidación contra terceros, constituirán título ejecutivo (art. 15 inc. 3).

Sin perjuicio de las restantes facultades y poderes otorgados al liquidador, la real innovación de la ley N° 17.631 consiste en la inclusión de tres institutos no consagrados en los regímenes de liquidación de bancos anteriores –basados en un sistema concursal tradicional de realización de activos y cancelación de pasivos a prorrata– los cuales buscan poner en manos del BCU herramientas que le permitan una liquidación más eficiente de los patrimonios bancarios. Estas nuevas facultades son:

- a. La creación de fondos de recuperación de patrimonios bancarios.
- b. La venta como universalidades de cuotas partes del patrimonio de la sociedad en liquidación.
- c. La celebración de acuerdos colectivos con los acreedores de la sociedad o con categorías determinadas de ellos.

Se analizarán por su orden estos tres institutos.

²⁹ De acuerdo con el régimen de liquidación judicial de anónimas, la consecuencia de que la masa sea declarada solvente o insolvente habrá de incidir en la posibilidad de que los accionistas puedan nombrar un interventor en la liquidación (art. 52) así como en la forma de venta de los inmuebles que integran la masa (arts. 54 y 55).

³⁰ Dentro del término de diez días previsto en la citada disposición constitucional deberá deducirse cualquier reclamación contra dichos actos, incluso las que deriven de la invocación de nulidad o anulabilidad de actos anteriores de la sociedad en liquidación (art. 14 inc. 3).

IX. LA CREACIÓN DE FONDOS DE RECUPERACIÓN DE PATRIMONIOS BANCARIOS.

La ley N° 17.613 establece que el BCU, en su carácter de liquidador, “*podrá disponer que con activos y pasivos del intermediario en liquidación que a tal efecto determine, se constituyan uno o más fondos de recuperación de patrimonios bancarios, que se regirán en lo pertinente por la Ley N° 16.774 de 27 de setiembre de 1996 y su modificativa N° 17.202, de 24 de setiembre de 1999*” (art. 16 inc. 1).

La figura concursal novedosa introducida por la ley consiste en separar de la entidad de intermediación financiera en liquidación todo o parte de sus activos, con la finalidad de constituir con ellos un patrimonio de afectación, el cual será objeto de un proceso de liquidación independiente.

Ante la ausencia en el derecho uruguayo de una ley de fideicomisos, el legislador acude a la figura de los fondos de inversión, cuya ley consagra una afectación patrimonial de los bienes transferidos al fondo.

La ley N° 16.774 define el fondo de inversión como un patrimonio de afectación independiente, integrado por los aportes de personas físicas o jurídicas bajo el régimen de la ley, para su inversión en valores y otros activos. Carecen de personalidad jurídica y deben ser gestionados por una sociedad administradora de fondos a quien se atribuyen las facultades del dominio sin ser propietaria (art. 1). Los aportantes al fondo de inversión son copropietarios de los bienes que integran el patrimonio del mismo, los que permanecerán en estado de indivisión por todo el plazo de su existencia (art. 3). Las participaciones en el fondo pueden ser representadas por títulos negociables denominados cuotas partes, los cuales se regulan por las estipulaciones específicas de la ley y su reglamentación y, subsidiariamente, por las normas aplicables a los títulos valores (decreto-ley N° 14.701 de 12 de setiembre de 1977) (art. 4).

La alternativa propuesta por la ley consiste en la liquidación total o parcial de la entidad de intermediación financiera a través de la creación de un fondo de inversión especial (fondo de recuperación de patrimonios bancarios), en el cual participen los acreedores de la entidad en calidad de cuotapartistas³¹.

Para la adaptación de los fondos de inversión a la función de liquidación de entidades bancarias, la ley N° 17.613 realiza algunos ajustes en su estructura (art. 16):

- Se transferirán al fondo los créditos contra la sociedad en liquidación, invertidos en los créditos de la misma sociedad contra terceros. No regirán a esos efectos los requisitos de homogeneidad o analogía ni de garantía requeridos por la ley para los fondos de inversión cerrados de crédito (art. 30 inc. 1 de la ley N° 16.774, con la redacción dada por la ley N° 17.202).
- Los créditos contra la sociedad (pasivos) se transformarán en aportes al fondo por su importe calculado con valor a la fecha de constitución del fondo de acuerdo a lo pactado originariamente con la sociedad de intermediación.
- Los titulares de los créditos serán considerados cuotapartistas del patrimonio de afectación a prorrata de ese monto. La ley prevé que podrán emitirse cuotas partes de condominio, de crédito o mixtas, según lo que se establezca en el reglamento respectivo.
- Los cuotapartistas podrán recibir por sus cuotas medios de pago o valores, según las disposiciones del reglamento.
- La publicación de la constitución del fondo de recuperación en el Diario Oficial y en dos diarios de circulación nacional tendrá como efecto la transferencia al fondo, de pleno derecho, de todos los derechos y obligaciones, sus títulos y garantías, transferencia que se hará constar expresamente en todas las publicaciones.
- Los patrimonios de los fondos de recuperación de patrimonios bancarios no responderán por las deudas de los cuotapartistas, de las sociedades administradoras o depositarias (solución ya comprendida en el régimen de la ley N° 16.774). Tampoco responderán esos patrimonios de afectación por las deudas de la sociedad de intermediación financiera en liquidación.

La expresión legal pretende excluir cualquier responsabilidad solidaria del fondo por los pasivos de la entidad bancaria liquidada, en su carácter de entidad sucesora de aquélla. Esta expresión se

³¹ Esta alternativa de liquidación de las entidades de intermediación financiera y de sus colaterales, que la ley consagra como una facultad del BCU, tiene como excepción el caso de las entidades que, a la fecha de promulgación de la ley, tuviesen sus actividades suspendidas por disposición del BCU (bancos de Montevideo, La Caja Obrera, Comercial y de Crédito). En estos casos, la ley dispuso que la resolución de disolución y liquidación de estas entidades determinará la constitución de pleno derecho de un fondo de recuperación del respectivo patrimonio bancario y la transferencia al fondo de todos los derechos y obligaciones, títulos y garantías, de la sociedad en liquidación.

alineada con la contenida en el art. 38, el cual dispone que *“Las transferencias de universalidades previstas en esta ley no implican sucesión a título universal, sino sólo la sustitución exclusivamente en las situaciones jurídicas activas y pasivas comprendidas en la delimitación de la universalidad que se transmite. Por consiguiente, los bienes incluidos en la universalidad no responderán por obligaciones no comprendidas en su delimitación. No se adoptarán medidas cautelares, provisionales, anticipadas ni de ejecución en protección o para la satisfacción de derechos ajenos a la universalidad transmitida”*.

La administración de esos fondos estará en principio a cargo del BCU, el que podrá también encomendar esa gestión a una institución bancaria o a una de las sociedades de administración de fondos de inversión reguladas por la ley N° 16.774, mediante un procedimiento competitivo. En estos casos, al encomendarle la administración, el BCU determinará las facultades del administrador del fondo para la mejor gestión y recuperación de los créditos contra terceros, pudiendo incluir la de efectuar quitas y esperas, renovar créditos y celebrar acuerdos de pago referidos a los créditos, y vender como universalidades o formando parte de ellas activos o pasivos comprendidos en el fondo que a tal efecto determine. En cada caso, deberá adoptar la solución que posibilite la mejor recuperación en beneficio del fondo en atención a las circunstancias del caso (art. 17).

X. VENTA DE CUOTAS PARTES DEL PATRIMONIO BANCARIO.

La ley N° 17.613 otorga igualmente al BCU, como liquidador bancario, la facultad de enajenar, como universalidad, un conjunto de bienes que integren el patrimonio de la entidad en liquidación (art. 18). Se sustituye el procedimiento concursal tradicional de venta individual de los bienes, por la venta de un conjunto de ellos como una universalidad, con la clara finalidad de que se obtengan mejores resultados económicos en beneficio de la masa.

La ley establece que las ventas de las cuotas partes del patrimonio de las entidades en liquidación se realizarán por el procedimiento competitivo que determine el BCU por razones de buena administración, respetando los principios de igualdad de los interesados y publicidad, y se adjudicarán al oferente que proponga la mejor contraprestación.

Si los activos o pasivos comprendidos en la o las cuotas vendidas se hubieran incluido en un fondo de recuperación de patrimonios bancarios, el BCU, como liquidador, o en su defecto el administrador del fondo, podrán proceder a desglosarlos del mismo y transferirlos al comprador en la forma que corresponda conforme a derecho, siempre que se mantenga razonablemente la proporción entre aportes y activos del fondo existente al momento de su constitución (art. 18 inc. 2).

XI. ACUERDOS CON LOS ACREEDORES O CON CATEGORÍAS DE ÉSTOS.

La ley prevé también que el BCU, como liquidador, pueda celebrar acuerdos con los acreedores de los bancos en liquidación o con categorías determinadas de éstos (art. 19)³².

Esta facultad podrá ser utilizada por el BCU con alguna de las siguientes finalidades:

- Transferir los respectivos pasivos a otros intermediarios financieros;
- Aportar los pasivos para la constitución de un fondo de recuperación de patrimonios bancarios;
- Desglosar esos pasivos de un fondo de recuperación de patrimonios bancarios ya constituido, respetando la proporción entre aportes y activos.

Los acuerdos podrán ser propuestos a los acreedores de la sociedad en liquidación por el BCU, el intermediario financiero destinatario de esa transferencia o, en su caso, el administrador del fondo de recuperación de patrimonios.

Estos acuerdos podrán ser celebrados con los acreedores de la sociedad en liquidación o con categorías determinados de éstos, con lo cual la ley quiebra el principio de la *par conditio creditorum*, que informó tradicionalmente el sistema concursal uruguayo.

³² Esta es la opción escogida por el BCU como administrador del Fondo de Recuperación de Patrimonio Bancario de Banco de Crédito.

Los acuerdos colectivos a ser celebrados con los acreedores podrán tener los siguientes contenidos:

- Sustitución del deudor;
- Quita o reprogramación de los vencimientos de los créditos con el nuevo deudor;
- Aportación de los créditos a la constitución de fondos de inversión;
- Capitalización de los créditos;
- Las demás soluciones acumulativamente

Las propuestas podrán contemplar soluciones diferenciales en beneficio de ciertas categorías de acreedores o de créditos hasta cierto valor absoluto, respetando la igualdad entre los acreedores de la misma categoría y sin alterar el prorrateo que en definitiva corresponda a todos los acreedores³³. Estas propuestas sólo podrán ser presentadas a los acreedores cuando cuenten con la opinión favorable de la Superintendencia de Instituciones de Intermediación Financiera del BCU, fundada en la viabilidad actual y futura de la entidad destinataria.

El BCU, en su calidad de liquidador, convocará a adherir al acuerdo colectivo a los acreedores destinatarios de la propuesta, mediante publicaciones en el Diario Oficial y en dos diarios de circulación nacional, determinando la forma y el plazo en que los acreedores podrán prestar su consentimiento.

Las mayorías requeridas para la aprobación del acuerdo son las siguientes:

- La adhesión de acreedores alcanzados que representen el 66% de los pasivos afectados por el acuerdo.
- En el caso de acuerdos relativos a la emisión de obligaciones negociables, el consentimiento de tenedores de obligaciones que representen la mayoría del capital circulante.

El acuerdo propuesto, con el consentimiento de las mayorías establecidas, será obligatorio para todos los acreedores alcanzados por el mismo, sean éstos adherentes o no adherentes.

XII. LA SITUACIÓN DE LOS BANCOS SUSPENDIDOS.

Además de consagrar soluciones generales en materia de liquidación de las entidades de intermediación financiera, la ley N° 17.613 estableció también remedios de aplicación inmediata para las entidades bancarias suspendidas a la fecha de su vigencia, de forma de atenuar el fuerte impacto que su paralización generó en la economía uruguaya.

El procedimiento especial aprobado por el legislador pretende mejorar tanto la capacidad de recuperación de los depósitos como la situación de otros actores fuertemente perjudicados: los deudores y funcionarios bancarios.

Para ello se establecen soluciones tendientes a mantener activas las carteras de los bancos suspendidos, dinamizando los mecanismos de liquidación, flexibilizando el accionar del BCU y aislando esos activos de las posibles acciones judiciales que pudieran promoverse. Esta solución, previó además la creación de un nuevo banco, integrado en parte con las estructuras de los bancos suspendidos³⁴.

Este complejo plan se compuso conceptualmente de tres elementos:

- La transferencia de todos los activos de la entidad bancaria suspendida a un Fondo de Recuperación Patrimonial;
- La enajenación mediante proceso competitivo de todos o parte de los activos desde el Fondo a una institución bancaria adquirente; y
- La constitución de una nueva entidad bancaria.

Adicionalmente, se otorgaron al Poder Ejecutivo diversas facultades con clara intención de mejorar la recuperación de los ahorristas.

³³ El establecimiento de soluciones diferenciales para determinados grupos o categorías de acreedores fue propuesta en nuestro proyecto de Ley de Concursos para el Uruguay, presentado por el Poder Ejecutivo al Parlamento el 28 de mayo de 1998. Vé. OLIVERA GARCÍA, *Anteproyecto de Ley de Concursos*, Montevideo, 1999, págs. 330 y 396.

³⁴ Esta opción fue utilizada en el proceso de liquidación de los bancos Comercial, Montevideo y La Caja Obrera.

A) Constitución de pleno derecho del fondo de recuperación patrimonial.

El primer elemento del proceso de liquidación de las entidades suspendidas es la constitución, de pleno derecho y como consecuencia de la decisión de disolución y liquidación, de un Fondo de Recuperación Patrimonial por cada entidad liquidada, administrados por el BCU (art. 24)³⁵.

La ley prevé la utilización de un vehículo especial por cada entidad, independiente del patrimonio del banco suspendido y del BCU, denominado Fondo de Recuperación del Patrimonio Bancario, a través del cual se procesará la liquidación.

Por imperio de la ley, la misma resolución de disolución y liquidación determinó, también de pleno derecho, la transferencia a favor de los fondos de todos los derechos y obligaciones del banco disuelto, sus títulos y garantías, e incluso sus activos líquidos.

De esta forma, los depositantes que originariamente eran acreedores de la entidad bancaria suspendida, vieron modificada su posición jurídica por la de cuotapartistas de cada uno de estos fondos.

B) Enajenación de los activos como universalidad, mediante procedimiento competitivo.

El segundo elemento de este procedimiento es la oferta parcial de sus activos por parte de cada uno de los Fondos, mediante un procedimiento competitivo, a otras entidades de intermediación financiera autorizadas a operar en el país. Esta oferta resulta realizada por el BCU en su carácter de liquidador y administrador de los Fondos (art. 25 inc. 1).

Dispuso la ley que las enajenaciones se realizarían en cada caso como universalidad, por el procedimiento competitivo que determine el BCU por razones de buena administración, respetando los principios de igualdad de los interesados y la publicidad. La adjudicación debía realizarse al oferente que propusiera mejor contraprestación, sobre la base de las dos terceras partes de su valor conforme a las reglas de contabilización y valoración de activos que rigen para las entidades de intermediación financiera, según la normativa bancocentralista y, en su defecto, por las reglas generalmente admitidas, según el estado de situación de la sociedad a la fecha de suspensión de sus actividades, con los ajustes posteriores que determine el BCU como liquidador (art. 25 inc. 2)³⁶.

La enajenación de los activos de cada Fondo es realizada como universalidad, con la particularidad que la transferencia a la institución adquirente no implicará sucesión a título universal sino sólo la sustitución en las situaciones jurídicas activas y pasivas, comprendidas en la universalidad que se determine. Los bienes que se trasmitan no responderán por obligaciones no comprendidas en su delimitación. En consecuencia, no podrán adoptarse medidas cautelares, provisionales, anticipadas ni de ejecución en protección o para la satisfacción de derechos ajenos a la universalidad transmitida (art. 38).

Finalmente, la ley dispone una exoneración genérica de todos los tributos, aún los establecidos por leyes especiales, que pudieran gravar la transferencias de dominio de bienes o de otros derechos como consecuencia de la enajenación como universalidad (art. 39 inc. 2).

³⁵ Con fecha 31 de diciembre de 2002 el BCU dispuso la disolución y liquidación de los Bancos Comercial S.A., de Montevideo S.A. y La Caja Obrera S.A.. Al mismo tiempo, el BCU declaró constituido los Fondos de Recuperación de Patrimonios Bancarios de cada una de esas entidades y aprobó el correspondiente reglamento de funcionamiento. En esa misma fecha se produjo la transferencia a los Fondos constituidos, de todos los derechos y obligaciones, sus títulos y garantías, incluso los activos líquidos.

³⁶ Con fecha 17 de febrero de 2003 se realizó el llamado a oferta de precios para la enajenación de los activos de los Fondos de Recuperación de Patrimonios, subasta mediante, enajenaron sus mejores activos (100% de las carteras categoría 1, 2 y 3; 60% de la cartera categoría 4; y 20% de la cartera categoría 5). El 24 de febrero de 2003 se adjudicó la oferta al Nuevo Banco Comercial S.A., único oferente en el llamado.

C) Creación por el Estado de una nueva sociedad con giro bancario.

El último elemento es la creación de una nueva entidad de intermediación financiera, con el objeto de participar en el proceso competitivo de enajenación de los activos de los Fondos de Recuperación de Patrimonios. Con esta finalidad, la ley autorizó al Estado a constituir una sociedad anónima de giro bancario y ser titular de parte de sus acciones (art. 32). La ley previó que la nueva entidad fuese organizada como persona jurídica de derecho privado, bajo la modalidad de banco comercial, con las más amplias facultades para desarrollar el giro bancario.

Esta entidad será regida por el derecho aplicable a las entidades privadas de intermediación financiera en todos sus aspectos, incluyendo los relativos a su estructura y funcionamiento societarios, a la autorización, habilitación, supervisión y control de su actividad, la enajenación de acciones y a la contratación de cualquier naturaleza con terceros.

En ejercicio de la facultad legal, el 31 de diciembre de 2002, el Poder Ejecutivo creó, por acto único, la nueva entidad de intermediación financiera con la denominación de Nuevo Banco Comercial S.A., realizando la correspondiente integración de capital.

D) Facultad de afectar los recursos correspondientes al Estado en beneficio de los depositantes

Como parte de la política de mejoramiento del porcentaje de recupero por los ahorristas, la ley N° 17.613 había autorizado al Poder Ejecutivo a destinar, en beneficio de los mismos, parte de los recursos en efectivo o en valores que le corresponderían al Estado en los bancos suspendidos (art. 27).

El Estado se transformó en acreedor de las entidades bancarias suspendidas, en función de la transferencia a su favor de los créditos contra estas instituciones correspondientes al BCU y a la Corporación Nacional para el Desarrollo.

La ley no prevé otorgar este beneficio en forma uniforme a todos los depositantes. El mismo se encuentra restringido a los depositantes del sector no financiero, habilitándose al Poder Ejecutivo a beneficiar a categorías de depositantes o de depositantes hasta ciertos montos, dando prioridad a los titulares de cuenta corriente, caja de ahorro y depósitos a plazo fijo, por los primeros USD 100.000, o su equivalente en moneda nacional u otras monedas.

Es decir que se establece un marco normativo para que el Estado proteja el ahorro público, sacrificando su calidad de acreedor de las entidades suspendidas en beneficio de los ahorristas de las mismas.

LA EXPERIENCIA ARGENTINA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: UNA VISIÓN INSTITUCIONAL

JUAN ANTONIO TRAVIESO

Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos, Facultad de Derecho,
Universidad de Buenos Aires.
Director Nacional de Protección de Datos Personales.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. LAS DIRECTRICES. III. HACIA DÓNDE VAMOS.

I. INTRODUCCIÓN

La protección de los datos personales garantiza el derecho al honor y a la intimidad de las personas y las defiende del uso indebido de sus datos, por eso ha sido consagrada por normas constitucionales, leyes y reglamentos. Pero nada de ello tendría sentido sin que el Poder Ejecutivo arbitre los resortes necesarios para lograr el nivel de protección deseada.

La Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, en su breve existencia, ha trazado directrices de gestión que apuntan a controlar el cumplimiento de las disposiciones de la Ley N° 25.326 para asegurar la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos o privados.

En especial, el accionar de la DNPDP está dirigido a velar por el derecho de la comunidad al acceso a la información personal contenidos en archivos, registros, bancos de datos, y, en el caso que se trate de datos falsos o erróneos, su rectificación, actualización o supresión.

Como Órgano de Control de la Ley de Protección de Datos Personales la DNPDP tiene atribuida la competencia para dictar las normas y reglamentaciones que se deben observar en el desarrollo de las actividades comprendidas por esta ley y su decreto reglamentario (Decreto N° 1558/01).

Desde hace un corto tiempo hemos comenzado a delinear la dura tarea que implica la protección de los datos personales. Estamos en pleno tránsito de una etapa muy dura y estamos dispuestos a producir los cambios que sean necesarios. En materia de datos personales estamos en el comienzo de un camino y hay mucho por hacer.

II. LAS DIRECTRICES.

Desde el inicio hemos comprendido que la protección de los datos personales implicaba una tarea en varios frentes. No podíamos desconocer las problemáticas de nuestro país, la situación en las provincias. También existía una realidad internacional ante la cual la Argentina no puede permanecer indiferente.

Pero antes que todo debemos enfrentarnos a una realidad ineludible, la protección de los datos personales, como lo son en cierto modo los derechos del consumidor, resulta una materia que merece una adecuada difusión.

Sin estrategias de comunicación y educación, será muy difícil alcanzar un nivel aceptable de protección de datos. Sobre todo porque en materia informática, lo mejor es prevenir, es enseñar para de este modo lograr que los ciudadanos sean conscientes de cuáles son sus derechos y de ese modo los puedan hacer valer ante cada circunstancia. Y de esta manera se aliviará también el caudal de procedimientos en la justicia y los innumerables reclamos a nivel administrativo. Por eso la DNPDP está ideando una serie de contenidos a ser incluidos en las curriculas correspondientes a los programas del Ministerio de Educación para Escuelas

Nacional es, y hará lo propios con las Provinciales. Porque difundir y prevenir son las herramientas esenciales para una buena política de protección de datos.

A) Las acciones en materia internacional: compartiendo la preocupación mundial por la protección de datos personales.

Desde su formación, la Dirección comenzó a adentrarse en el mundo de las llamadas DPAs (Data Protection Agencies). Tal vez la piedra fundamental en ese sentido haya sido la obtención de la calificación positiva en los informes técnicos y políticos en el marco del trámite para el reconocimiento de la adecuación de la legislación argentina sobre protección de datos personales, ante la Unión Europea.

La Directiva 95/46/CE prohíbe a los países miembros de la Unión Europea transferir datos personales a países que no acrediten un adecuado nivel de protección de datos. En consecuencia, la calificación positiva traerá aparejado además del reconocimiento internacional, ventajas económicas para empresas argentinas en el rubro del comercio electrónico y podría provocar un efecto expansivo a toda Latinoamérica incrementando aún más las referidas ventajas, a nivel regional. El trámite de aprobación del Parlamento Europeo, se ha efectivizado. De esta forma Argentina es el quinto país del mundo en obtener esa calificación.

Por otro lado, se ha desarrollado la relación institucional con las Agencias de Protección de Datos del Reino de España, Canadá, Francia e Inglaterra para establecer mecanismos de colaboración y asistencia en la materia específica de la protección de datos personales. Estas Agencias se han mostrado particularmente cooperativas con la DNPDP, prestando todo su apoyo a la gestión.

Asimismo, se iniciaron los trámites a fin de acreditar a la DNPDP como autoridad de protección de datos independiente en el marco de la Resolución adoptada por la 23ª Conferencia Internacional de Comisionados para la Protección de Datos. Este procedimiento, que se encuentra en una etapa avanzada del trámite, significa colocar a la DNPDP entre las autoridades independientes de protección de datos en el ámbito mundial.

La DNPDP desarrolló un intenso contacto con el Grupo Internacional de Protección de Datos en Telecomunicaciones (IWGDPT) que está compuesto por algunos protectores de datos de Europa, investigadores y empresarios y se dedica a aplicar políticas de protección de datos exclusivamente en el sector de las telecomunicaciones. El IWGDPT ha encomendado a la DNPDP la organización de su primera reunión del 2004, de la que Buenos Aires será su sede.

Además, la DNPDP proyectó una Red Iberoamericana de Protección de Datos Personales que funcionaría con el mismo criterio que la Red Argentina. Dicha iniciativa fue contemplada en el Seminario Iberoamericano sobre Protección de Datos realizado en el mes de junio en Antigua, Guatemala, con el apoyo técnico de la Agencia de Protección de Datos del Reino de España.

B) La organización interna:

Para asegurar el tratamiento de uniforme de la protección de datos personales en todo el país. La DNPDP desarrolla la implementación de la Red Argentina de Protección de Datos Personales con el objeto de cumplir con la protección integral en todo el territorio. En este marco, los estados provinciales deberían adherir a fin de homogeneizar la protección de datos personales en todo el país.

Cada organismo provincial de protección de datos será un nodo de la Red y se realizarán actividades de capacitación conjuntas, interrelación de los registros públicos, entre otros emprendimientos que tiendan a aunar los esfuerzos para la protección de los datos en todo el territorio nacional.

Desarrollo de la página web de la Dirección Nacional (www.jus.gov.ar/minjus/dpdp). No obstante encontrarse en construcción, ya ofrece al público información institucional acerca de la Dirección Nacional, los textos de la Ley N° 25.326 y Decreto N° 1.558/01, modelos de formulario para ejercer los derechos de acceso, rectificación, actualización o supresión de datos personales, y antecedentes varios sobre la materia.

Realización de dos reuniones (los días 16/10/02 y 18/03/03) del Consejo Consultivo, órgano asesor de la Dirección Nacional, creado por el artículo 29 del Decreto N° 1558/01. Este es un importante logro de la Dirección, porque el Consejo Consultivo es un órgano que está integrado heterogéneamente y realiza aportes de importancia a la gestión de la DNPDP.

Se analizó un emprendimiento conjunto con la Secretaría de Medios de Comunicaciones de la Presidencia de la Nación para el desarrollo de políticas para la defensa de la inviolabilidad de las fuentes periodísti-

cas. Las reuniones de trabajo incluyeron en la primera etapa a representantes de los periodistas acreditados ante la Casa de Gobierno e incorporará a entidades representativas del sector. El objetivo es elaborar y proponer los mecanismos técnicos y jurídicos para el efectivo resguardo de la inviolabilidad de las fuentes periodísticas. Existe también la propuesta de elaborar un manual sobre la Protección de Datos Personales en los medios de comunicación que incluya derechos de los periodistas con relación a la protección de datos personales, cómo actuar frente a una violación del secreto de las fuentes periodísticas y los mecanismos técnicos para la protección de los datos periodísticos.

Además se están desarrollando manuales de protección de datos personales en el ámbito de la información financiera y crediticia, así como aunar esfuerzos en cuestión de datos sensibles relacionados a la salud.

C) Algunas herramientas de gestión de la DNDP

En cuanto a la comunicación con órganos gubernamentales, es de destacar que la contestación de oficios, informes y presentaciones diversas de entidades públicas y privadas (Defensor del Pueblo, Defensa del Consumidor, etc.), constituye una manera de ir instruyendo a los servidores públicos acerca de las incumbencias y misiones de la DNPDP.

La Ley N° 25.326 otorga la facultad de presentar denuncias penales ante infracciones a sus normas. LA DNPDP ha incoado una denuncia penal ante la Justicia Federal para investigar la presunta comisión de delitos contemplados en el art. 157 bis del Código Penal, por una supuesta transferencia internacional de datos efectuada en contraposición al lo normado por la Ley de Protección de Datos Personales. La denuncia tiene su origen en una nota periodística del matutino Clarín, que da cuenta que una empresa privada estadounidense habría vendido datos de carácter personal de ciudadanos argentinos al gobierno de los Estados Unidos de América.

Asimismo, y volviendo sobre la estrategia de comunicación, la realización del Primer Seminario Internacional e Interdisciplinario sobre Protección de Datos Personales, el pasado mes de julio, resultó un éxito total, y generó nuevas inquietudes y voluntades de cooperación.

Finalmente, se sancionó la Disposición 01/2003, por la que se clasificaron las sanciones administrativas previstas en la Ley N°25.326.

En estos días se está completando la fase previa para la puesta en marcha del Registro Nacional de Bases de Datos. Este Registro, que será la herramienta fundamental de la Dirección, intentará poner a disposición de los ciudadanos la posibilidad de constatar qué bases pueden tener sus datos, cuál es su ubicación y quién es el responsable. Esto también permitirá que se ejerzan los derechos de supresión, rectificación y actualización de los datos personales y al mismo tiempo alivianar el nivel de conflictos judiciales que esta materia genera, creando una herramienta ágil y de gran utilidad, instruyendo a los ciudadanos en sus derechos.

III. HACIA DÓNDE VAMOS

En este escaso tiempo todos hemos aprendido, con los aportes y propuestas recibidas. Ha sido un tiempo de sembrar, como lo serán los que vienen. Una vez más afirmamos la difusión y educación como herramientas fundamentales para una efectiva protección de los datos personales.

Contamos con buenos recursos técnicos y humanos. Lo posible en la Argentina de hoy. Tenemos la firme voluntad de todos los sectores en converger para lograr un marco de protección adecuada de la privacidad. Estamos trabajando para fertilizar constructivamente en la protección de los datos personales.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

- **Beltrán Sánchez, Emilio** – «*El Derecho concursal español. La ley concursal de 9 de julio de 2003*»
- **Olivera García, Ricardo** – «*La formación del abogado*»

EL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL. LA LEY CONCURSAL DE 9 DE JULIO DE 2003*

EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ

Catedrático Derecho Mercantil
Universidad San Pablo-CEU de Madrid

SUMARIO

- I. LA UNIDAD DEL DERECHO CONCURSAL. II. LA DECLARACIÓN DE CONCURSO. III. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.
IV. LOS EFECTOS DEL CONCURSO DE ACREEDORES. V. LA MASA ACTIVA. VI. LA MASA PASIVA.
VII. LAS SOLUCIONES DEL CONCURSO. VIII. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO. IX. LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO

I. LA UNIDAD DEL DERECHO CONCURSAL

El nuevo derecho concursal español es el resultado de un esfuerzo continuado -aunque no uniforme-, que se inició con el Proyecto de Código de Comercio de 1927 –es decir, inmediatamente después de la Ley de Suspensión de Pagos, de 1922- y continuó con el Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos de 1959, redactado bajo la dirección del maestro GARRIGUES, aunque los textos decisivos han sido, sin duda, el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, elaborado por una Comisión Especial de la Comisión General de Codificación presidida por el profesor OLIVENCIA, de la que formaban parte VACAS MEDINA, CARRERAS, JIMÉNEZ y ROJO, y la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, redactada –por encargo de la propia Comisión General de Codificación- por el profesor ROJO. Esos dos textos eran, sin embargo, inconciliables, porque perseguían finalidades distintas, lo que acabaría por constituir un importante lastre para la reforma (un pormenorizado análisis crítico del nuevo derecho, realizado en fase de Proyecto de Ley, puede verse en ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2003). Así, mientras el Anteproyecto de 1983 constituía un verdadero paradigma de la denominada *filosofía de la conservación*,

por lo que las soluciones a los principales temas concursales eran buscadas atendiendo a la conservación de la empresa del deudor y de los puestos de trabajo correspondientes, la Propuesta de 1995, redactada doce años después por el profesor ROJO, tomaba en consideración las numerosas leyes concursales publicadas en los más importantes ordenamientos en aquellos años, reformas en las que se apreciaba un nítido y brusco cambio de rumbo del derecho concursal, consistente en asignar a los procedimientos concursales una *finalidad neutral* -la mayor satisfacción posible de los acreedores- sin prejuzgar el instrumento más adecuado en cada caso -la conservación o la liquidación de la empresa-, por lo que las soluciones ofrecidas a los principales temas diferían notablemente de las del texto anterior.

No es preciso insistir en la lamentable situación de la legislación que se deroga, anclada en el siglo XIX (la Ley de Suspensión de Pagos, aunque pertenecía formalmente al siglo XX (1922), constituye un desarrollo del sistema codificado). Más interés tiene señalar que el nuevo derecho concursal se caracteriza, como señala la Exposición de Motivos, por una triple unidad: legal, de disciplina y de sistema. Frente a la dispersión legislativa del derecho anterior, una sola ley regula los aspectos sustantivos y los procesales del concurso de acreedores, incluyendo los laborales, los tributarios, los internacionales –aunque no los penales-. Merece destacarse el esfuerzo de la

* Reconstrucción de la Conferencia Magistral pronunciada en la Universidad de Montevideo sobre la base del trabajo de investigación «La reforma del Derecho concursal español: antecedentes y objetivos», financiada por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (PROYECTO BJU2003-02024), referida a la situación anterior a la sanción del texto actualmente vigente en España.

Ley por dictar unas normas procesales generales (título VIII), que se completarán con la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como una detallada regulación de los concursos internacionales (título IX), siguiendo las líneas generales de las previsiones de la Ley Modelo de la ONU y del Reglamento comunitario sobre procedimientos de insolvencia. No puede ocultarse, sin embargo, que la unidad legal se encuentra matizada por la existencia de una *Ley Orgánica para la Reforma Concursal* y por la subsistencia de una *legislación concursal especial*. La Ley Concursal va acompañada de una Ley Orgánica para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, que regula varias cuestiones fundamentales. En primer lugar, se regulan los posibles efectos del concurso sobre *derechos fundamentales del concursado* o de sus administradores (intervención de las comunicaciones, deber de residencia y registro domiciliario), que se justifican por la necesidad de conocer exactamente el patrimonio del deudor y evitar un alzamiento de bienes, cuya regulación se basa en la doctrina del Tribunal Constitucional de requerir que la correspondiente decisión judicial sea motivada, idónea, proporcionada y limitada en el tiempo. En segundo lugar, se atribuye al juez del concurso *competencia exclusiva y excluyente sobre el patrimonio concursal*. En tercer lugar, se crean los llamados *juzgados de lo mercantil* con competencia en materia concursal.

La segunda matización a la unidad legal viene dada por el reconocimiento expreso de una legislación concursal especial. En el largo debate acerca de si las empresas bancarias, de inversión y de seguro, caracterizadas por un especial control público, deben sustraerse a los procedimientos concursales generales (en este sentido se orientan la Ley Modelo de Naciones Unidas sobre la Insolvencia Transfronteriza, el Reglamento comunitario sobre procedimientos de insolvencia y las Directivas de Saneamiento y Liquidación de Compañías de Seguro y de Entidades de Crédito) o de si, por el contrario, deben integrarse en la legislación concursal general, aun con especialidades (en materia de órganos, respecto de los sistemas de pagos, etc.), el nuevo derecho se ha inclinado finalmente en esta segunda dirección, pero reconociendo un régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras.

La unidad del nuevo derecho concursal significa también *unificación de los procedimientos concursales por razones subjetivas*, de modo que «la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor». La unificación obliga a establecer algunas especialidades para los deudores empresarios o profesionales (se exige una documentación más completa para la solicitud de concurso a aquellos

deudores obligados legalmente a llevar contabilidad) o, en sentido contrario, para la *insolvencia del no empresario o del pequeño empresario* (v. gr., menor documentación, nombramiento de un solo administrador concursal, a través del llamado procedimiento abreviado). Con todo, la novedad más sobresaliente en este punto -y probablemente en toda la Ley- es la relativa al tratamiento de las *personas especialmente relacionadas* con el concursado, procedente de la Propuesta de 1995, que justifica por sí misma la reforma de la legislación. Si el concursado es persona física, merecen esa condición su cónyuge o asimilado o quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores al concurso; los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de los sujetos anteriormente mencionados y los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado. Respecto de las personas jurídicas, se califican como especialmente relacionados los socios con responsabilidad ilimitada y aquellos otros titulares de un cinco por ciento del capital social, si la sociedad cotiza en bolsa, o del diez por ciento en el caso de sociedad no cotizada; los administradores, liquidadores y apoderados generales actuales y que lo hayan sido dentro de los dos años anteriores al concurso y, en fin, las sociedades pertenecientes al mismo grupo que la sociedad concursada y sus socios. Pues bien, las personas especialmente relacionadas con el deudor sufren diversos efectos en el concurso. El principal es que los créditos de que sean titulares frente al concursado quedan legalmente postergados. Además, las adquisiciones de bienes realizadas del concursado a título oneroso por dichas personas en los dos años anteriores a la declaración de concurso se presumen perjudiciales -y, por tanto, son rescindibles-, salvo prueba en contrario. Y, en tercer lugar, puede producirse en algunos casos la *acumulación* de los correspondientes concursos de algunas personas especialmente relacionadas, siempre que todas ellas sean deudoras, unas veces a petición del propio acreedor solicitante y otras, a instancias de la administración concursal. Es preciso recalcar que en ningún caso se produce la *extensión* del concurso ni tampoco la comunicación de responsabilidad, sino que simplemente puede alcanzarse la *acumulación* de concursos.

La unidad del nuevo derecho concursal español significa, finalmente, la sustitución de los tradicionales procedimientos de *suspensión de pagos y de quiebra*, que planteaban gravísimos problemas de delimitación, por un procedimiento único, bajo la clásica denominación de *concurso de acreedores*, desglosado en dos fases. La primera, la denominada «fase común de tramitación del concurso de acreedores», cuya finalidad es la formación de las masas activa y pasiva. La segunda tiene un carácter alter-

nativo: o la *fase de convenio*, que recuerda a la suspensión de pagos, o la *fase de liquidación*, que evoca a la quiebra. El nuevo derecho concursal ha prescindido, pues, de toda solución preconcursal.

Ese inmenso vacío ha tratado de llenarse, siquiera sea parcialmente, con el *convenio anticipado*, que constituye una de las piezas básicas del nuevo derecho, y que permite anticipar la solución del concurso y, por tanto, reducir sus costes, mediante la superposición de las fases de tramitación y de convenio. Sin embargo, el convenio anticipado no constituye una solución general, sino que es un beneficio reservado a aquellos deudores que cumplan una serie de requisitos de «merecimiento».

II. LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

1. La insolvencia del deudor común.- El presupuesto objetivo del concurso de acreedores lo constituye la *insolvencia*, que se define como el estado en que se encuentra «el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles» (art. 2.2 LC). La insolvencia es, pues, la incapacidad del patrimonio de un deudor para satisfacer regular e íntegramente a todos sus acreedores. En realidad, sin embargo, el presupuesto objetivo es más complejo y está en función de que la solicitud de concurso sea presentada por el deudor o por un acreedor. Si la solicitud de concurso de acreedores la presenta el propio deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente, entendiéndose que se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (art. 2.3), y, en tal caso, el juez declarará el concurso (art. 14.1).

Más complicado se presenta el presupuesto objetivo del concurso cuando la solicitud sea presentada por un acreedor. En tal caso, en efecto, la solicitud de concurso de acreedores no debe estar fundada en rigor en la existencia de insolvencia del deudor, sino en alguno de los hechos específicamente enumerados en la Ley, que constituyen manifestaciones legales del estado de insolvencia, que pueden calificarse como *hechos de insolvencia* o *hechos de concurso* y que son los siguientes (art. 2.4): La *inexistencia de bienes libres bastantes para el pago* derivada de una ejecución individual, el *sobreseimiento general* en el pago corriente de las obligaciones del deudor; la *existencia de embargos* por ejecuciones pendientes que afecten de una manera *general* al patrimonio del deudor; el *alzamiento* o la *liquidación apresurada o ruinoso* de sus bienes por el deudor y el incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias, de

la seguridad social y asimilables y salariales, correspondientes todas ellas a los tres últimos meses (son los denominados *sobreseimientos sectoriales*). Ahora bien, la prueba de alguno de esos hechos no es suficiente para la declaración del concurso de acreedores, porque el deudor puede ofrecer la prueba de que no se encuentra en estado de insolvencia (art. 18.2).

2. La declaración de concurso.- El concurso ha de ser instado por persona legitimada, sin que sea posible, en ningún caso, su declaración de oficio por el juez (art. 3 LC), ni a solicitud del ministerio fiscal, a quien únicamente se le atribuyen determinadas facultades derivadas del conocimiento de la insolvencia que pueda adquirir en los procedimientos penales en que intervenga (art. 4 LC). Los legitimados son, con carácter general, el propio deudor (en caso de persona jurídica, los administradores o los liquidadores) y sus acreedores, salvo aquellos que hubieren adquirido su crédito a título singular y por actos *inter vivos* dentro de los seis meses anteriores. Están legitimados igualmente para solicitar el concurso de la sociedad sus socios ilimitadamente responsables, y para solicitar el concurso de la herencia, los acreedores y herederos del fallecido y el administrador de la misma.

Existe un *deber del deudor* de solicitar su propio concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art. 5), deber que, en caso de persona jurídica, recae en el órgano de administración o de liquidación. Se presume que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando hubiera concurrido alguno de los denominados *hechos de insolvencia*. Al escrito de solicitud deberá el deudor acompañar una serie de documentos (art. 6): *poder especial* para la solicitud, *memoria expresiva* de su historia económica y jurídica, de sus actividades y establecimientos, así como de las causas de su estado de insolvencia y de las valoraciones y propuestas sobre su viabilidad patrimonial, o, en su caso, la propuesta de plan de liquidación; *inventario de bienes y derechos*; *relación de acreedores*; si el deudor estuviera legalmente obligado a ello, cuentas anuales, informes de gestión e informes de auditoría de los tres últimos años, y, si el deudor forma parte de un grupo de empresas, cuentas anuales e informe de gestión consolidados de los tres últimos ejercicios con el correspondiente informe de auditoría.

Es competente para conocer del concurso de acreedores el *juez de lo mercantil* en cuya jurisdicción tenga el deudor el centro de sus intereses principales y también, siempre que el referido centro de intereses se encuentre en España, el juez de lo mercantil donde radique el domicilio del deudor (arts. 8

y 10). El juez del concurso tiene jurisdicción exclusiva y excluyente para la declaración del concurso y para todas aquellas materias civiles y sociales que afecten al patrimonio del deudor, incluyendo las acciones ejecutivas y las medidas cautelares (v. arts. 8 LC y 86 *ter* LOPJ).

Cuando la solicitud de concurso sea presentada por el deudor, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores si considera acreditada la insolvencia (art. 14). Por el contrario, si la solicitud hubiera sido presentada por otro legitimado, el juez deberá dictar auto de admisión a trámite, ordenando el emplazamiento del deudor, que podrá formular oposición a la solicitud (art. 15), y adoptando, en su caso, las medidas cautelares que estime necesarias para asegurar la integridad de su patrimonio hasta que se determine si procede o no declarar el concurso de acreedores (art. 17). Si el deudor se allana o no formula oposición, el juez declarará inmediatamente el concurso (art. 18). Si el deudor formula oposición, tendrá lugar el correspondiente procedimiento que concluirá con la declaración de concurso o con la desestimación de la solicitud (arts. 19 y 20).

Junto a la declaración formal del concurso de acreedores, el auto debe contener necesariamente otros pronunciamientos, entre los que destacan la determinación de los efectos sobre las facultades patrimoniales del deudor, el nombramiento y facultades de los administradores concursales y el llamamiento a los acreedores para que comuniquen sus créditos (art. 21.1). El auto de declaración de concurso se notificará a los comparecientes y, en su caso, al órgano público de control y será objeto de publicidad, tanto registral como extrarregistral (arts. 23 y 24), aunque «producirá sus efectos de inmediato» (art. 21.2).

La Ley prevé la posibilidad de que un acreedor inste la *declaración conjunta de concurso* de varios de sus deudores, cuando exista entre ellos confusión de patrimonios o, siendo personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones (art. 3.5). Además, se contempla la posibilidad de *acumulación de concursos ya declarados* de distintas personas vinculadas entre sí (art. 25). La acumulación procederá en varios supuestos: el concurso de socios ilimitadamente responsables podrá acumularse al concurso de la correspondiente persona jurídica; el concurso de sociedades dominadas podrá acumularse al concurso de la sociedad dominante de un grupo, el concurso de un cónyuge podrá acumularse al concurso del otro cónyuge y, finalmente, podrán acumularse los concursos de quienes sean miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica y respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de ésta.

III. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

El órgano de administración y representación del concurso de acreedores recibe el nombre de *administración concursal*. A la administración concursal se le encomiendan las más importantes funciones del concurso, entre las que destaca la *emisión de un informe*, que será fundamental para la solución de la crisis por la vía del convenio o la de la liquidación. El informe deberá dictarse en un plazo de dos meses (art. 74), contendrá un análisis de la memoria presentada por el deudor, un estado de la contabilidad del deudor, una memoria de sus principales decisiones y actuaciones y una exposición motivada de la situación patrimonial del deudor, e irá acompañado del inventario de la masa activa y de la lista de acreedores (art. 75). Además, corresponde a la administración concursal –entre otras muchas funciones concretas– completar las facultades patrimoniales del deudor concursado (art. 40), así como ejercitar las acciones de reintegración de la masa (art. 72) o realizar, en su caso, las operaciones de liquidación (art. 148). En cambio, desde la eficacia del convenio cesarán en su cargo los administradores concursales, sin perjuicio de las funciones que el convenio pudiera encomendar a todos o a algunos de ellos hasta su íntegro cumplimiento (art. 132.2-II). Cuando la complejidad del concurso lo exija, la administración concursal podrá solicitar autorización judicial para *delegar* algunas de sus funciones en *auxiliares* que serán designados por el juez y retribuidos por la propia administración concursal (art. 32). El juez podrá designar asimismo *expertos independientes* que asesoren a la administración concursal para la valoración de los bienes y derechos de la masa activa y para la viabilidad de las acciones de reintegración de la masa (art. 83).

El nombramiento de los administradores concursales será realizado por el juez en el auto de declaración del concurso de acreedores. Tanto las condiciones subjetivas como el sistema de nombramiento están en función del tipo de concurso de que se trate (art. 27). A) Con carácter general, la administración concursal estará integrada por un abogado con experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo; un auditor de cuentas, economista o profesor mercantil colegiados, con la misma experiencia profesional del anterior, y un acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general que no esté garantizado. Ahora bien, si el acreedor nombrado por el juez es una persona jurídica, habrá de designar necesariamente un auditor de cuentas, economista o profesor mercantil colegiados, a menos que sea una Administración Pública o

una entidad de derecho público, en cuyo caso podrá designar a un funcionario con titulación de licenciado en áreas económicas o jurídicas. Los dos administradores profesionales serán nombrados entre quienes reúnan las condiciones legales y hayan manifestado su disponibilidad para el desempeño de la función al Registro oficial de auditores de cuentas o al correspondiente colegio profesional. B) En los concursos de entidades emisoras de valores y de empresas de servicios de inversión el profesional económico es sustituido por personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y, en su caso, los otros dos administradores serán nombrados a propuesta del fondo de garantía al que esté adherida la entidad, y en los concursos de entidades de créditos y aseguradoras en lugar del acreedor será nombrado el fondo de garantía de depósitos que corresponda o el Consorcio de Compensación de Seguros, y respecto a los profesionales, serán designados por el juez entre los propuestos por el Fondo de Garantía de Depósitos o por el Consorcio de Compensación de Seguros. C) En los concursos de poca entidad a los que se aplique el procedimiento abreviado, la administración concursal podrá estar integrada por un solo miembro, que deberá ser abogado, auditor de cuentas, economista o profesor mercantil con las características ya vistas.

El abanico de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones para desempeñar el cargo de administrador concursal es muy amplio (art. 28) y se extiende, lógicamente, al representante de la persona jurídica designada (art. 30.3). De un lado, no podrán ser nombrados quienes no puedan ser administradores de sociedades anónimas, ni quienes hayan prestado servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con él en los últimos tres años, ni aquellos profesionales que hubieran sido designados para el cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores, ni quienes hubieran sido separados de su cargo dentro de los dos años anteriores, ni quienes hubieran sido inhabilitados por sentencia firme de desaprobarción de cuentas en un concurso anterior. De otro lado, el nombramiento de administrador acreedor no podrá recaer en persona especialmente relacionada con el deudor, ni en acreedor que sea competidor del deudor o que forma parte de un grupo de empresas en el que figure entidad competidora. Además, no podrán coincidir en el mismo concurso personas que se encuentren vinculadas personal o profesionalmente.

Los administradores concursales serán retribuidos con cargo a la masa, salvo cuando se trate del personal de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de un Fondo de Garantía de Depósitos o del Consorcio de Compensación de Seguros (art. 34.1) o

de profesionales designados por la Administración Pública o entidad de derecho público que hubiera sido nombrada como administrador acreedor (art. 27.4 *in fine*). Un arancel reglamentará la retribución atendiendo fundamentalmente a la cuantía del activo y del pasivo y a la previsible complejidad del concurso, teniendo en cuenta, además, que las retribuciones de los profesionales serán idénticas entre sí y de doble cuantía que la del administrador acreedor persona natural que desempeñara personalmente el cargo (art. 34).

Los administradores concursales actuarán colegiadamente y si no se alcanzase la mayoría, resolverá el juez, aunque se pueden atribuir competencias específicas a algunos de sus miembros (art. 35.2). Además, desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal (art. 35.1) y, en consecuencia, responderán de los daños y perjuicios que causen a la masa o directamente a deudor, acreedores y terceros por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia (art. 36). La administración concursal estará, además, sometida a la supervisión del juez del concurso (art. 35.6), que podrá cesar a cualquiera de sus miembros cuando concurra justa causa (art. 37), procediendo de inmediato a efectuar un nuevo nombramiento (art. 38).

IV. LOS EFECTOS DEL CONCURSO DE ACREEDORES

1. Los efectos sobre el deudor.- La declaración de concurso implica una limitación de las facultades patrimoniales del deudor (art. 40), que puede ser de distinto grado: una simple limitación de esas facultades, que se traduce en una *intervención* de los administradores concursales, o la *suspensión* de su ejercicio, que implica la *sustitución* del deudor o de sus administradores o liquidadores por la administración concursal. La decisión corresponde al juez del concurso, quien, en el propio auto de declaración, acordará la intervención en caso de concurso voluntario y la suspensión en caso de concurso necesario, salvo que haya razones que justifiquen lo contrario. En cualquiera de los dos casos, los actos del deudor que infrinjan las limitaciones dispuestas podrán ser anulados a solicitud de la administración concursal, que podrá asimismo convalidar o confirmar dichos actos. Salvo casos excepcionales, la simple declaración de concurso no impedirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera desarrollando el deudor, que, sin embargo, quedará sometida a la referida limitación de facultades: en caso de intervención, la administración concursal determinará los actos que quedan autorizados con ca-

rácter general, y en caso de suspensión corresponderá a la propia administración concursal adoptar las medidas necesarias para la continuación (arts. 43 y 44). De acuerdo con ello, el deudor deberá poner a disposición de la administración concursal sus libros y documentos (art. 45) y se mantendrán los deberes de formular y de auditar las cuentas anuales, salvo en el caso de sociedades que no estén sometidas a especial control público (art. 46).

El deudor concursado tiene unos específicos deberes de *comparecencia*, de *colaboración* y de *información* ante el juez del concurso y la administración concursal, que se extienden a sus apoderados y que, en caso, de persona jurídica, se imponen a los administradores o liquidadores que lo sean en el momento de la declaración o lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores (art. 42), cuyo incumplimiento será sancionado, en su caso, con la calificación del concurso como culpable.

La declaración de concurso puede producir importantes efectos sobre los *derechos y deberes fundamentales* del deudor, a través de tres medidas que permite aplicar la Ley Orgánica para la Reforma Concursal (a la que se remite el art. 41 LC), que naturalmente deberán respetar todas las garantías constitucionales: la *intervención de las comunicaciones* de cualquier deudor, el *deber de residencia* del deudor persona natural, que podrá conducir incluso a la imposición de *arresto domiciliario*, y la posibilidad de *registro domiciliario*. En caso de persona jurídica, esas medidas podrán acordarse también respecto de todos o algunos de sus administradores o liquidadores que lo sean en el momento de la declaración o lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores.

Se concede al concursado persona natural el derecho a recibir *alimentos* con cargo a la masa activa, con la cuantía y periodicidad que determinen el juez del concurso y la administración concursal, derecho que se extenderá a las personas respecto de las cuales el propio concursado tuviera el deber de prestar alimentos, si no pudieran percibirlos de otras personas (arts. 47 y 84.2-4°).

La Ley presta una especial atención a los efectos del concurso sobre el deudor *persona jurídica* (art. 48). La declaración de concurso *no* constituye causa de *disolución* de la persona jurídica, sino que produce efectos sólo sobre sus órganos y sobre los socios. A) Por lo que se refiere a los *órganos sociales*, el concurso afecta a su funcionamiento, como consecuencia de la limitación o la suspensión de las facultades patrimoniales de la persona jurídica. Además, durante el concurso los administradores concursales tendrán derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados de la persona jurídica y la administración concursal estará legitimada para

el ejercicio de la *acción social de responsabilidad* contra administradores, liquidadores y auditores de la sociedad sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios. Por último, a fin de asegurar el cumplimiento de la condena que pudiera tener lugar en sede de calificación del concurso, el juez podrá ordenar el *embargo* de bienes y derechos de los administradores o liquidadores de la sociedad que lo sean en el momento de la declaración de concurso o lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas.

B) Los efectos del concurso de la sociedad *sobre los socios* se diferencian en función de que hayan asumido responsabilidad limitada o ilimitada. Respecto a los primeros, el concurso habilita a la administración concursal a reclamar inmediatamente el desembolso de las *aportaciones sociales* que hubiesen quedado diferidas así como el cumplimiento de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento. En el caso de socios de responsabilidad ilimitada, el concurso de la sociedad no produce el de los socios (no hay, pues, extensión), sino que implica únicamente la legitimación exclusiva de la administración concursal para exigir el pago de las deudas sociales anteriores a la declaración de concurso, debiendo, además, esperar a la aprobación del convenio o a la apertura de la liquidación.

2. Los efectos sobre los acreedores y sobre los créditos.- Los efectos del concurso sobre los acreedores se centran en el principio de igualdad o de *par condicio creditorum*, que se traduce en la paralización de sus acciones individuales, sustituidas por la agresión colectiva del patrimonio del deudor, y en la formación de la *masa de acreedores* o masa pasiva, en la que se integran todos los acreedores anteriores a la declaración de concurso que vean reconocidos sus créditos en el propio procedimiento (acreedores concursales concurrentes). Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares ni seguirse apremios contra el patrimonio del deudor, aunque podrán continuarse los procedimientos administrativos y las ejecuciones laborales iniciadas con anterioridad, siempre que los bienes embargados no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial (art. 55). Además, los acreedores con garantía real sobre bienes afectos a la actividad del deudor no podrán iniciar ni continuar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio que no afecte al ejercicio de ese derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la

liquidación, si bien la administración concursal podrá rescatar en cualquier momento el bien objeto de la garantía satisfaciendo el crédito garantizado con cargo a la masa (arts. 56 y 155).

Respecto a las *acciones declarativas*, es preciso distinguir. Por lo que se refiere a los nuevos juicios, si se trata de acciones civiles o laborales de las que deba conocer el juez del concurso, los jueces sobre quienes se interponga demanda se abstendrán de conocer y serán nulas de pleno derecho las actuaciones que pudieran practicar en violación del deber de abstención (art. 50.1), y si se trata, en cambio, de acciones penales o sociales o contencioso-administrativas que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor, los jueces o tribunales correspondientes emplazarán a la administración concursal (art. 50.2). Y por lo que se refiere a los juicios pendientes en el momento de la declaración de concurso, continuarán hasta la firmeza de la sentencia, si bien se acumularán aquellos que sean competencia del juez del concurso y siempre que éste estime que su resolución incidirá de forma sustancial en la formación de la masa activa o de la masa pasiva.

La Ley Concursal dispone expresamente que, declarado el concurso, *no procederá la compensación* de los créditos y deudas del concursado, aunque sí producirá efectos la compensación cuando los requisitos concuerden con anterioridad a la declaración (art. 58). Cuando se trate de concursos internacionales, se estará, sin embargo, a la ley que rija el crédito recíproco (art. 205).

Desde la declaración de concurso quedará *suspendido el devengo de intereses* –tanto legales como convencionales–, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía (art. 59). Se trata, en efecto, de una suspensión, ya que los intereses podrán ser satisfechos si se alcanza un convenio que no implique quita de los créditos y, en caso de liquidación, si resultare remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales.

Desde la declaración de concurso y durante la tramitación del procedimiento, quedará *interrumpido el cómputo del plazo* de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración y contra los socios, administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica, plazo que volverá a iniciarse nuevamente, en su caso, en el momento de conclusión del concurso (art. 60).

Finalmente, en sede de *reconocimiento de créditos*, se regula el tratamiento en el concurso de los *créditos condicionales* y de los *litigiosos*, así como de las *garantías personales* (art. 87) y se ordena el *cómputo de los créditos en dinero* (art. 88).

3. Los efectos sobre los contratos pendientes.-

La Ley Concursal se enfrenta al tema tradicionalmente complejo de los efectos del concurso sobre los contratos que hubiera concluido el deudor común y que no se contemplen en disposiciones especiales (art. 63; por ejemplo, contrato de seguro o contrato de agencia) y sienta la importante regla de que se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución del contrato o su extinción por el mero hecho del concurso (art. 61.3). Regulación especial merecen también los contratos de trabajo (arts. 64 y 65), los convenios colectivos (art. 66) y los contratos con las Administraciones Públicas (art. 67).

Si, declarado el concurso, el concursado ya hubiera cumplido íntegramente su prestación y la contraparte no, existirá un crédito en la masa activa que deberá ser cobrado como cualquier otro, y si quien hubiera cumplido íntegramente su prestación fuese sólo la contraparte, existirá un crédito concursal que deberá ser reconocido y cobrado dentro del concurso, por la vía del convenio o de la liquidación (art. 61.1). Si ninguna de las partes hubiese cumplido íntegramente su prestación, el contrato continuará a pesar del concurso, considerándose como crédito contra la masa la prestación del concursado, si bien podrá solicitarse la resolución del contrato en interés del concurso, siempre que la indemnización que corresponda se satisfaga también con cargo a la masa (art. 61.2).

Por otro lado, cada una de las partes del contrato conservará durante el concurso su facultad de resolver el contrato en caso de incumplimiento, si bien el juez podrá acordar el cumplimiento en interés del concurso, cumplimiento que será con cargo a la masa (art. 62).

En fin, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado, podrá, en interés del concurso, rehabilitar los contratos de crédito a favor del concursado cuyo vencimiento anticipado por impago de cuotas se hubiera producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso, así como los contratos de adquisición de bienes con precio aplazado que se hubieran resuelto dentro de ese mismo período, siempre que satisfaga las cantidades debidas y asuma los pagos futuros con cargo a la masa (arts. 68 y 69). Además, la administración concursal podrá enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor antes de la declaración de concurso y rehabilitar el contrato de arrendamiento hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento, asumiendo la masa el pago de las rentas pendientes y de las futuras y las costas causadas (art. 70).

V. LA MASA ACTIVA

1. Concepto y delimitación.- La masa activa del concurso se integra por todos los bienes presentes y futuros que sean de titularidad del deudor, salvo aquellos bienes y derechos legalmente inembargables (art. 76). En particular, se integrarán en la masa activa los saldos íntegros de las cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto, a menos que se pruebe que no es su titular (art. 79). En caso de concurso de persona casada en régimen de sociedad legal de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa los bienes gananciales cuando deban responder de obligaciones del concursado (art. 77.2). En caso de concurso de persona casada en régimen de separación de bienes se establecen dos complejas presunciones: «que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado» y, cuando no se pueda probar la procedencia de la prestación, «que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso» (art. 78.1).

Para la correcta formación de la masa debe tenerse en cuenta asimismo que los titulares de bienes o derechos que se encuentran en poder del deudor y sobre los cuales no exista un derecho de retención, de uso o de garantía que justifique su posesión por el concursado podrán separarlos (art. 80). Cuando los bienes susceptibles de separación hubieran sido transmitidos a un tercero de quien no puedan reivindicarse, el titular del derecho de separación se convierte en acreedor concursal por el valor que tuviera el bien más el interés legal, a menos que todavía no hubiese sido satisfecha la contraprestación, en cuyo caso podrá exigir la cesión por parte del concursado del derecho a recibir esa contraprestación (art. 81).

La Ley Concursal delimita con gran detalle los créditos contra la masa (art. 84.2), que serán satisfechos en prelación (art. 154). Entre los créditos contra la masa se incluyen algunos *créditos salariales anteriores* a la declaración de concurso, con la evidente finalidad de otorgarles la máxima preferencia, así como todos los que resulten de *responsabilidad extracontractual* del concursado con posterioridad a la declaración del concurso de acreedores. El régimen jurídico de los créditos contra la masa se basa en su carácter *extraconcursal*, de modo que no necesitan ser comunicados, no sufren los efectos previstos para los singulares créditos del concursado y deben ser satisfechos de forma inmediata o a su ven-

cimiento (art. 154). En caso de convenio, no se someten a sus quitas y esperas, a pesar de lo cual se establece que los créditos concedidos al concursado para la financiación del plan de viabilidad del convenio se satisfarán en los términos del propio convenio (art. 100.5-II). En caso de liquidación, antes de proceder a la distribución entre los acreedores concursales han de separarse las cantidades necesarias para satisfacer los créditos contra la masa que aún se encontrasen pendientes de pago. Finalmente, la Ley Concursal soluciona expresamente el eventual conflicto entre créditos contra la masa y créditos con privilegio especial, en el sentido de que la prelación de los créditos contra la masa sólo podrá hacerse con cargo a los bienes y derechos que no estén afectos al pago de créditos con privilegio especial (art. 154.3).

2. La reintegración de la masa.- El sistema de reintegración de la masa del nuevo derecho concursal trata de alejarse del tradicional sistema de *retroacción de los efectos de la quiebra* y se basa en la técnica de la *acción rescisoria por fraude de acreedores* del derecho común (arts. 1.111 y 1291.3° CC), pero con importantes *especialidades*. Se establece, en efecto, que serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta (art. 71.1). El elemento subjetivo del fraude propio de la acción rescisoria se sustituye, pues, por el elemento temporal de realización del acto (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso). Es indiferente la intención del deudor y en cuanto a los terceros, la buena o mala fe sólo se tendrá en cuenta para la calificación del crédito de restitución (art. 73). Para que el acto sea rescindible, sí es necesario, en cambio, que concorra el elemento objetivo propio de la acción rescisoria, es decir, el *perjuicio* sobre el patrimonio del deudor, si bien en algunos casos se presume su existencia. Así, los actos de disposición a título gratuito y los pagos anticipados se presumen perjudiciales para la masa activa sin posibilidad de prueba en contrario (art. 71.2), mientras que en los actos de superposición de garantías reales y de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado puede probarse la falta de perjuicio (art. 71.3). Fuera de esos casos especiales, el perjuicio patrimonial deberá ser probado (art. 71.4), si bien no podrán ser objeto de rescisión las operaciones ordinarias del tráfico a que se dedicara el deudor siempre que se realizaran en condiciones normales, así como los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados (art. 71.5).

La *legitimación* para el ejercicio de las acciones rescisorias se atribuye no sólo a la administración concursal, sino también, de forma subsidiaria, a aquellos acreedores que previamente se hubieran dirigido por escrito a la administración concursal solicitando el ejercicio de alguna acción (art. 72).

El *efecto* de la sentencia que acoja la acción rescisoria y, por tanto, declare la ineficacia del acto impugnado, es la restitución de las correspondientes prestaciones (art. 73.1). Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero de buena fe, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal, y si la sentencia apreciare mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa (art. 73.2). En cuanto al derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión, tendrá la consideración de crédito contra la masa, aunque en caso de mala fe se considerará crédito concursal subordinado (art. 73).

VI. LA MASA PASIVA

Constituyen la masa pasiva los créditos contra el concursado existentes a la fecha de la declaración de concurso, que, deberán ser comunicados y reconocidos. La *comunicación* de créditos se impone a todos los acreedores concursales, de modo que su falta implica la pérdida de derechos en el procedimiento y el retraso convierte el crédito en postergado. El *reconocimiento* de créditos se encomienda a la administración concursal y, a través de las correspondientes reclamaciones, al juez del concurso, si bien la Ley Concursal dicta —como ya adelantamos— reglas detalladas para el reconocimiento de créditos (arts. 86 a 88).

Los créditos concursales se clasifican en tres categorías: privilegiados, ordinarios y subordinados (art. 89.1). A su vez, los créditos privilegiados pueden serlo con privilegio especial, si el privilegio afecta a determinados bienes o derechos, y con privilegio general, si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor (art. 89.2). Son créditos ordinarios todos aquellos que no merezcan la calificación de privilegiados o de subordinados (art. 89.3).

Son créditos con *privilegio especial* (art. 90): 1.º Los créditos garantizados con hipoteca de cualquier clase o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes hipotecados o pignoralos. 2.º Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado. 3.º Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados. 4.º Los créditos por cuotas de

arrendamiento financiero o plazos de compraventa, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de impago. 5.º Los créditos con garantía de valores registrados, sobre los valores. 6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignoralos.

Constituyen créditos con *privilegio general* (art. 91):

1.º Los créditos por salarios en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes, así como las indemnizaciones por despido o accidente de trabajo anteriores a la apertura del concurso.

2.º Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social realizadas por el concursado.

3.º Los créditos por trabajo personal no dependiente y los que correspondan al autor por la cesión de los derechos de explotación de una obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores al concurso.

4.º Los créditos tributarios y de la Seguridad Social, pero sólo hasta el cincuenta por ciento de su importe, en concurrencia con los créditos por daños personales no asegurados.

5.º Los demás créditos por responsabilidad civil extracontractual.

6.º Los créditos de que fuera titular el acreedor que hubiera instado el concurso, pero sólo hasta la cuarta parte de su importe.

Son *créditos subordinados* (art. 92): 1.º Los créditos reconocidos tardíamente. 2.º Los créditos que, por contrato, se posterguen respecto de todos los demás. 3.º Los créditos por intereses, salvo los correspondientes a créditos hipotecarios y pignoralos hasta donde alcance la respectiva garantía. 4.º Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias. 5.º Los créditos de que fuera titular alguna de las *personas especialmente relacionadas con el deudor*. 6.º Los créditos derivados de una acción rescisoria a favor de quien haya sido declarado parte de mala fe en el acto rescindido.

VII. LAS SOLUCIONES DEL CONCURSO

1. La opción entre convenio y liquidación.— Existen dos soluciones del concurso de acreedores: el convenio y la liquidación. Las dos soluciones son alternativas y excluyentes, ya que el convenio no podrá consistir en ninguna forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas. La única forma de liquidación del

patrimonio concursal es la contemplada legalmente tras la apertura formal de la fase de liquidación. Se admite, sin embargo, que el convenio tenga por finalidad la transmisión de la empresa.

La opción concreta entre convenio y liquidación corresponde realizarla al deudor y los acreedores. El deudor puede imponer la liquidación, sea desde el primer momento con la solicitud de concurso voluntario, sea en cualquier momento a lo largo de la fase común de tramitación del concurso (art. 142). Alternativamente, el deudor que cumpla unos rigurosos requisitos podrá presentar propuesta anticipada de convenio desde el mismo momento de la solicitud, propuesta que se tramitaría simultáneamente a la fase común. Si el deudor no hubiera optado por la liquidación y no hubiera presentado tampoco propuesta anticipada de convenio, el propio deudor o acreedores que representen el veinte por ciento del pasivo podrán presentar propuesta ordinaria de convenio en el último tramo de la fase común de tramitación del concurso. En fin, deberá abrirse la liquidación siempre que no fuese posible culminar la solución convenida, algo que obliga a distinguir varios supuestos: de un lado, el deudor deberá pedir la apertura de la fase de liquidación cuando conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio, y, caso de no solicitarla, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de un hecho de concurso (art. 142.3 y 4), y, de otro lado, la fase de liquidación se abrirá de oficio por el juez cuando no llegare a presentarse ninguna propuesta de convenio o no llegare a concluirse o a aprobarse o se declarase la nulidad o la resolución del convenio por incumplimiento (art. 143).

2. El convenio.- La Ley Concursal establece importantes límites al *contenido del convenio*, ya que se prohíben los convenios de liquidación global y de cesión de bienes en pago o para pago de deudas, aunque no aquellos que incluyan enajenaciones de bienes concretos y determinados ni los convenios de enajenación de la empresa, siempre que el adquirente asuma la continuación de la actividad. Además, se establece como regla general que la máxima quita posible es el cincuenta por ciento de los créditos ordinarios y la máxima espera de cinco años, si bien dichos límites podrán ser superados en caso de propuesta anticipada de convenio y en caso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía (art. 100).

A fin de mitigar el coste del concurso de acreedores y de ofrecer a determinados deudores una solución rápida a su insolvencia, la Ley Concursal permite, en determinadas condiciones, que el convenio

se tramite de forma simultánea a la fase común y, por tanto, de una manera anticipada. El *convenio anticipado* no es aplicable a todos los deudores, sino únicamente a aquellos que cumplan una serie de requisitos de "merecimiento" (art. 105): no haber sido condenado por determinados delitos económicos, haber cumplido sus obligaciones contables en los tres últimos años, estar inscrito en el Registro Mercantil, no haber sido declarado en concurso en los tres años anteriores, no haber realizado en los tres últimos años ningún acto considerado rescindible por la propia Ley, y no haber incumplido el deber de solicitar su concurso. Además, para su admisión a trámite por el juez la propuesta de convenio anticipada debe ir acompañada de las adhesiones –iniciales– del veinte por ciento del pasivo (art. 106).

La propuesta de convenio debe ser *aceptada* por una mayoría de los acreedores. En caso de propuesta anticipada, la aceptación es escrita, por adhesiones; y en caso de propuesta ordinaria, mediante votación en la junta de acreedores. Pero no todos los acreedores concursales tienen derecho de voto. Carecen de él los titulares de créditos subordinados, a pesar de que el convenio les afecta, y aquellos que hubieran adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración de concurso. Los acreedores privilegiados ocupan una posición especial, pues sólo quedarán sometidos a las quitas y esperas pactadas si optan por votar a favor del convenio. (art. 123).

Una propuesta de convenio se entenderá aceptada, con carácter general, cuando vote a favor, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso (art. 124.1 y 3); pero cuando se trate de tramitación ordinaria y la propuesta consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en un plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento, será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo ordinario superior a la que vote en contra, (art. 124.2).

El convenio aceptado por los acreedores no está completo hasta que no se produzca la *aprobación judicial*. A tal fin, se establece que el juez podrá, de oficio, rechazar el convenio aceptado si apreciare infracción formal o en el contenido del convenio (art. 131), y que la administración concursal y los acreedores no asistentes y los que hubiesen votado en contra (o no se hubiesen adherido, en caso de convenio anticipado) podrán formular oposición a la aprobación judicial del convenio (art. 128).

Si el convenio es aprobado judicialmente, el concurso entra en la fase de *ejecución*, que es común a las dos formas de tramitación (anticipada u ordinaria). A partir de la sentencia de aprobación judicial (art. 133.1), las facultades de actuación del deudor y los derechos de los acreedores vendrán

determinados por el propio convenio, si bien el concurso no finalizará hasta su cumplimiento íntegro. Respecto del *deudor*, cesarán los efectos de la declaración de concurso, que podrán ser sustituidos por las medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición que pueda fijar el convenio, y cesarán en su cargo los administradores concursales, sin perjuicio de las funciones que el convenio pudiese encomendar a todos o algunos de ellos (arts. 133 y 137).

Respecto a los *acreedores*, se establece la obligatoriedad del convenio respecto de los créditos ordinarios y subordinados anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos (art. 134). El convenio no afecta, pues, a los créditos privilegiados, a menos que renuncien a su privilegio votando a favor del convenio. El convenio será obligatorio, en cambio, para los créditos subordinados, quienes, además, se someterán a una espera mayor, ya que para ellos los plazos se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de los ordinarios. Los créditos con *garantía personal* se aproximan a los privilegiados, en el sentido de que si no votan a favor del convenio mantendrán íntegros sus derechos frente a fiadores y avalistas del concursado (art. 135).

El deudor deberá informar semestralmente al juez del concurso sobre el cumplimiento del convenio (art. 138) y, cuando estime que está íntegramente cumplido, solicitará al juez la declaración de cumplimiento y, en consecuencia, de conclusión del concurso (arts. 139, 141 y 176.1-2°). Por el contrario, el deudor deberá solicitar la apertura de la fase de liquidación cuando conozca la imposibilidad de cumplir el convenio y las obligaciones contraídas con posterioridad (art. 143.3), lo que, en su defecto, podrá hacer cualquier acreedor que justifique la concurrencia de uno de los hechos de insolvencia (arts. 143.4 y 2.4). Además, cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte podrá solicitar la declaración judicial de incumplimiento (art. 140) cuya firmeza producirá la apertura de oficio de la fase de liquidación (art. 143.1-5°).

3. La liquidación.- La apertura de la fase de liquidación produce importantes *efectos* sobre el concursado y sobre los créditos concursales. La situación del *concurtido* será necesariamente la de *suspensión* del ejercicio de las facultades de administración. Además, si el concursado fuera persona natural, se extinguirá su derecho a alimentos. Y si el concursado fuera persona jurídica, la apertura de la liquidación producirá la disolución –si no estuviere ya acordada– y el cese de sus administradores o

liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal (art. 145). Respecto de los *créditos concursales*, la apertura de la liquidación producirá el vencimiento anticipado de los aplazados y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones (art. 146).

La liquidación deberá realizarse conforme a un *plan* elaborado por la administración concursal, que se someterá a las observaciones de deudor, acreedores y representantes de los trabajadores, y deberá ser aprobado por el juez, en el que deberá contemplarse, siempre que sea posible, la enajenación unitaria de la empresa deudora (art. 148). Si el plan no fuera aprobado, las operaciones de liquidación se someterán a reglas legales supletorias: la empresa deberá ser enajenada de forma global y todos los bienes y derechos del concursado se enajenarán de acuerdo con las disposiciones establecidas para el procedimiento de apremio en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 149). Además, se establece una prohibición de que los administradores concursales adquieran, por sí o por persona interpuesta, bienes y derechos de la masa activa, cuyo incumplimiento se sanciona con la inhabilitación para el ejercicio del cargo, con la reintegración a la masa del bien adquirido sin contraprestación alguna y con la pérdida de su crédito (art. 151).

Realizadas las operaciones de liquidación, el pago de los créditos en el concurso se realizará del modo y por el orden siguiente: En primer lugar, con cargo a los bienes y derechos afectos, se satisfarán los *créditos con privilegio especial*, que incluso pueden ser pagados con cargo a la masa y sin realización de los bienes si así lo acordara la administración concursal (art. 155), y, con cargo al resto de la masa, los *créditos contra la masa* (art. 154). Satisfechos los créditos con privilegio especial y los créditos contra la masa, con el resultado de la liquidación de la masa activa se atenderá, por el orden legalmente establecido, al pago de los *créditos con privilegio general* (art. 156). A continuación, en su caso, deberán pagarse los *créditos ordinarios*, que serán satisfechos a prorrata juntamente con los créditos con privilegio especial que no hubieran sido íntegramente satisfechos (art. 157). Y, en caso de que fueran íntegramente satisfechos todos los créditos ordinarios, se procederá al pago de los *créditos subordinados*, por el orden legalmente establecido y, en su caso, a prorrata dentro de cada número (art. 158).

La Ley dicta también algunas reglas especiales para el pago de los créditos. Así, de un lado, se establece que aquellos créditos que fueran satisfechos antes de la fecha de vencimiento prefijada se pagarán con el descuento correspondiente (art. 159); de otro lado, se dictan algunas normas para el pago de créditos provistos de garantía personal (arts. 160 y

161), y, por último, se dicta una regla de coordinación con los pagos realizados en la fase de convenio precedente.

VIII. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

Una de las mayores innovaciones se produce en sede de calificación del concurso, que no procederá en todo concurso, sino que se hace depender de la solución de la crisis. Así, el concurso deberá ser necesariamente calificado en caso de apertura de la fase de liquidación, pero en caso de convenio sólo se formará la sección de calificación cuando se establezca una quita superior a un tercio de los créditos o una espera superior a tres años (art. 163.1). En otros términos, cuando el deudor alcance una solución razonable con sus acreedores no será calificado su concurso, lo que le evitará toda sanción.

El concurso de acreedores se calificará como fortuito o como culpable (art. 163.2). El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes legales o de sus administradores o liquidadores (art. 164.1) y, en cualquier caso, cuando concurra cualquiera de los siguientes hechos (art. 164.2): Incumplimiento sustancial del deber de contabilidad del deudor, incluyendo la doble contabilidad y la comisión de irregularidades relevantes para la comprensión de su situación patrimonial; inexactitud grave o falsedad en los documentos presentados en el concurso; apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio imputable al concursado; alzamiento de bienes; realización de actos que obstaculicen la eficacia de un embargo; salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio del deudor en los dos años anteriores a la apertura del concurso; realización antes del concurso de cualquier acto jurídico de simulación de su situación financiera.

El concurso será también calificado como culpable, salvo prueba en contrario, cuando concurra cualquiera de los siguientes incumplimientos de deberes (art. 165): el de solicitar el concurso; el de colaborar con el juez del concurso y con la administración concursal, incluyendo la inasistencia a la junta de acreedores, y los de formular cuentas anuales, someterlas a auditoría o depositarlas en el Registro Mercantil respecto de alguno de los tres años anteriores a la declaración de concurso

Tendrán la consideración de *cómplices* las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable (art. 166).

La calificación del concurso como culpable produce importantes efectos, que se recogerán en la correspondiente sentencia (art. 172.2). En primer lugar, la *inhabilitación* del concursado o de sus representantes legales o de sus administradores o liquidadores para administrar bienes ajenos y representar a cualquier persona durante un período de dos a quince años. En segundo lugar, la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación y los declarados cómplices tuvieran como acreedores en el concurso, así como, en su caso, la devolución de los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente y la indemnización de los daños y perjuicios causados. En fin –como ya se adelantó– si la sección de calificación se hubiera abierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá condenar a administradores y liquidadores, de hecho o de derecho, y a quienes hubieren tenido esa condición en los dos años anteriores a la apertura del concurso, a *pagar a los acreedores concursales*, total o parcialmente, el importe de sus créditos que no reciban en la liquidación.

IX. LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO

Como ya hemos indicado, las causas ordinarias de conclusión del concurso son el cumplimiento íntegro del convenio y la liquidación y pago de los créditos. Junto a esas causas ordinarias, la Ley contempla, como causas extraordinarias de conclusión, la revocación de la declaración de concurso, el pago íntegro de todos los créditos, la inexistencia de bienes y derechos y, en fin, el desistimiento y la renuncia de todos los acreedores (art. 176.1). No es causa de conclusión del concurso el fallecimiento del concursado persona natural, ya que el procedimiento continuará como concurso de la herencia, que se mantendrá indivisa durante la tramitación (art. 182).

Consideración especial merece el supuesto de *inexistencia de bienes y derechos*, que puede producirse en cualquier estado del procedimiento y que se producirá necesariamente en todos aquellos casos de liquidación en que no puedan ser satisfechos todos los créditos. La Ley dicta para ese caso varias reglas especiales: sólo podrá acordarse cuando no existan acciones de reintegración de la masa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas (art. 176.3); el deudor continuará siendo responsable de los créditos no satisfechos (art. 178.2); en caso de persona jurídica, se acordará simultáneamente su extinción y

la cancelación de los asientos registrales (art. 178.3), y será posible la reapertura del concurso (art. 179).

En todos aquellos casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, es posible la reapertura del concurso, si bien en caso de persona jurídica se limitará a la fase de liquidación

de los correspondientes bienes (art. 179). La característica fundamental de la reapertura del concurso es que se trata del mismo procedimiento, que continúa, y no de un nuevo concurso. Por ello, el procedimiento reabierto se limitará a actualizar la masa activa y la masa pasiva y proceder en consecuencia (art. 180).

LA FORMACIÓN DEL ABOGADO (*)

RICARDO OLIVERA GARCÍA

**Profesor de Derecho Comercial y Bancario, Universidad de Montevideo.
Decano Emérito de la Facultad de Derecho**

Es para mí un honor asumir el dictado de la clase magistral de esta celebración, en la que se festeja la colación de los cursos de grado y de postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Quiero comenzar mi presentación formulando un pedido de disculpas. Disculpas a quienes hoy egresan de la 13ª promoción de Masters en Derecho de la Universidad y se suman a las varias veces centenaria lista de profesionales que han pasado por la más antigua de las actividades académicas de esta Institución. En la etapa anterior a su reconocimiento universitario, nuestra Universidad, actuando entonces bajo el nombre de Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo (IEEM), fue la primera entidad en nuestro país en dictar cursos de postgrado en materia jurídica.

Ustedes representan un ejemplo de trabajo, de responsabilidad profesional, de amor por el Derecho, de deseo de superación. Somos conscientes y valoramos infinitamente el esfuerzo que implica armonizar el cumplimiento de los duros requerimientos de un curso de postgrado con las obligaciones naturales de la vida familiar y profesional. Son dignos de nuestra mayor consideración y de nuestro mayor respeto. La Universidad se siente orgullosa de contar con vuestra participación y vuestro apoyo.

Es por la razón de estos incuestionables merecimientos que me resulta más gravoso excusarme ante Ustedes debido a que el centro de mi presentación no va a estar dirigido a mis queridos alumnos de los programas Master, sino a quienes con ellos comparten hoy esta fiesta: la primera generación de Doctores en Derecho egresados de esta Universidad.

Cuando en 1986, un grupo de jóvenes abogados (Carlos Delpiazzo, Alberto Faget, Jorge Peirano Basso, Santiago Pérez del Castillo y quien les habla) poníamos en marcha el Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo y encarábamos la realización del primer curso de Postgrado en Derecho de la Empresa, lejos estábamos de imaginarnos que un día tendríamos la inmensa responsabilidad de ofrecer al

mercado profesionales del Derecho (Abogados). Nuestro modesto objetivo era crear un ámbito de estudio en el cual se analizaran los problemas específicos que plantea la empresa moderna, desde la óptica del Derecho, la Dirección de Empresas y la Economía, como disciplinas sistemáticamente armonizadas.

De esa primera hora, nuestro sentido reconocimiento y homenaje a los Miembros Académicos que apoyaron la iniciativa: Horacio Cassinelli Muñoz, José A. Ferro Astray, Jorge Gamarra, Adolfo Gelsi Bidart, Héctor Gros Espiell, Eduardo Jiménez de Aréchaga, Daniel Hugo Martins, Didier Operti Badán, Juan Carlos Peirano Facio, Américo Plá Rodríguez, Ramón Valdés Costa y Enrique Vescovi. Sin su respaldo y estímulo, generoso y desinteresado, nuestro proyecto seguramente no hubiera podido ser llevado adelante.

El transcurso del tiempo, la respuesta obtenida por los postgrados y el requerimiento permanente de mucha gente amiga nos hizo comenzar a trabajar en la idea de organizar una carrera de grado en Derecho. Esta idea se transformó en un imperativo demandante cuando en 1997 el Poder Ejecutivo reconoció al Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo el estatuto jurídico de universidad privada, pasando a actuar bajo el nombre de Universidad de Montevideo. El camino jurídico había sido allanado; ya no se justificaban más dilatorias.

Sin embargo, de una cosa estábamos convencidos: para dar este paso trascendente debíamos ofrecer un producto académico diferenciado, que otorgara una alternativa a las excelentes opciones ya existentes en la plaza.

En la tarea de poner en marcha esta carrera diferenciada, apelamos a las más diversas experiencias universitarias dentro y fuera del país, pero además – y fundamentalmente – a nuestra propia experiencia, derivada de la actividad docente y profesional. Se trataba de diseñar una carrera que colmara las necesidades de capacitación y formación que el mundo moderno demanda. Diseñar una carrera que cum-

* Clase magistral pronunciada en oportunidad de la Primera Colación de Grados de Doctores en Derecho de la Universidad de Montevideo, realizada el 28 de abril de 2004.

pliera con el test de poderla recomendar a nuestros propios hijos.

Nuestro objetivo era formar personas capaces de analizar los problemas jurídicos y participar en su solución, desde las diversas posiciones que hubieran de ocupar.

Bajo el lema "*Conocer la ley no es saber Derecho*", pretendíamos dar a los estudiantes una formación abierta y dinámica, que los hiciera capaces de adaptarse rápidamente a los cambios que ocurren en el mundo del Derecho, considerado éste, no solamente como un sistema normativo, sino también como un conjunto de situaciones reales que requieren soluciones de justicia.

Para esto, la carrera incorporaba una metodología de enseñanza crítica, participativa y práctica, de modo que el estudiante no solamente conociera el contenido de las normas jurídicas, sino que se ejercitara en la aplicación de las mismas a la solución de problemas concretos, tomando también en consideración los criterios valorativos que entrañan la aplicación de los institutos jurídicos.

Buscábamos que el abogado, como universitario, contara con una formación humanística acorde con la formación técnica que adquiere en su disciplina. Esto le permitiría comprender mejor los aspectos valorativos que subyacen tras las soluciones jurídicas e incidir en su evolución, ampliando sus horizontes intelectuales y superando el riesgo creciente de una visión estrecha y superficial del mundo y de las cosas.

Era fundamental desarrollar además las habilidades profesionales del abogado, de modo que éste no sólo supiera sino que supiera hacer. Esto fue complementado con un encare especial del estudio de idiomas extranjeros, a través de su aplicación al análisis de temas jurídicos y el conocimiento de otros sistemas de Derecho.

Las características del programa propuesto se complementó con un alto nivel de exigencia, de modo que los estudiantes adquirieran sólidos hábitos de estudio, que incorporaran con provecho a su vida profesional, cada vez más exigente y necesitada de una actualización permanente.

Esta nuestra aspiración y éste nuestro objetivo: formar abogados con iniciativa, libremente responsables, ilusionados con su futuro profesional, comprometidos con el valor de justicia y plenamente capacitados para encarar más eficazmente los desafíos que propone el futuro profesional.

Queridos egresados de esta primera generación de Doctores en Derecho de la UM. Ustedes son el producto vivo de nuestro proyecto educativo. Ustedes son los encargados de probar que nuestro sueño era posible, que los ambiciosos objetivos que nos proponíamos podían ser alcanzados.

Estamos orgullosos de Ustedes. Seguimos con satisfacción vuestra evolución. Vimos como poco a poco iban madurando e incorporando sus conocimientos jurídicos, al tiempo que los integraban con la realidad de la vida. Fuimos testigos de vuestro descubrimiento del Derecho, primero, y de vuestra comprensión del Derecho, después. Y créanme que comprender el Derecho no es fácil. Supone integrar en un modelo lógico todos los conocimientos adquiridos. Estamos persuadidos de que Uds. lo han logrado. Tenemos plena confianza en la formación que han adquirido. Les auguramos un auspicioso futuro personal y profesional.

Sin embargo, sean conscientes que han dado recién el primer paso en el largo camino de vuestro desarrollo profesional. Un paso sólido, contundente, seguro, pero sólo el primer paso. Restan aún muchos pasos a dar y es importante que los mismos sigan la misma senda segura que han emprendido.

Para que carguen en sus mochilas durante este camino, quiero dejarles algunas reflexiones y consejos. Tómenlos como provenientes de alguien mayor que Uds., que le tocó vivir la misma etapa que Uds. están viviendo ahora; alguien a quien le preocupa y le seguirá preocupando vuestra formación y desarrollo profesional; alguien que los quiere bien. Consejos de un amigo mayor. Los mismos consejos del corazón que le daría a cualquiera de mis hijos.

Tengan confianza en Uds. mismos. Vuestra primera sensación al traspasar las puertas de la Universidad será que han dado un salto al vacío, que no saben nada. Esto no es cierto, saben mucho, muchísimo. Tienen una excelente formación. Búsquenla en Uds. mismos. Pero, además, han incorporado una metodología de estudio y de análisis que les permitirá resolver cualquier problema jurídico que se les plantee.

Trabajen, trabajen mucho. La época de trabajo no ha terminado, sino que recién empieza. La profesión se ejerce un 10% con la cabeza y un 90% con la parte opuesta del cuerpo. Vuestro futuro dependerá de vuestro empeño. En estos años nos esforzamos por transmitirles una cultura del trabajo y del esfuerzo. No la pierdan. Es un tesoro.

No dejen nunca de estudiar. Han aprendido mucho, pero es muchísimo, muchísimo más lo que les queda por aprender. De acá en más no todo es práctica, gran parte, la mayor parte es estudio. Sigán estudiando. Háganlo sistemáticamente, perfeccionense en lo que deseen, en lo que más les guste, en lo que la vida les brinde la oportunidad, pero perfeccionense, mejoren. Estamos en un Mundo tremendamente competitivo y exigente, si no mantienen y desarrollan sus conocimientos se quedarán rezagados. Aprendan de vuestros hermanos mayores, que comparten esta graduación con Uds.

Ellos volvieron a las aulas, a veces después de muchos años, para complementar su formación.

Tengan paciencia. Los resultados del esfuerzo y de la dedicación no siempre llegan de inmediato. A veces se esconden, se hacen esperar. Es más, los éxitos tempranos pueden ser éxitos fugaces. Tengan la paz de espíritu y la tranquilidad de conciencia de que un esfuerzo constante, sostenido y serio siempre paga. Les toca enfrentar momentos difíciles del país y del Mundo, les toca actuar en una sociedad competitiva. No desfallezcan, no pierdan la calma. Hay lugar para todos, para todos los que estén dispuestos a hacer el esfuerzo necesario para destacarse.

Sean responsables. El abogado tiene en sus manos bienes muy valiosos para sus clientes: la libertad, el honor, el trabajo, el patrimonio. Estos depositan en él su confianza, en muchos casos su confianza ciega. Ya sea que desarrollen vuestra actividad en forma liberal o bajo relación de dependencia, deben velar por la preservación de esos valores de personas, empresas e instituciones cuidando de los mismos aún más que de los propios, ya que carecemos de derecho de disponer sobre ellos.

Sean aguerridos. No se den nunca por vencidos. Peleen todos los casos que tengan entre manos con imaginación y con entusiasmo. En todo asunto hay siempre algo más que ver, un punto de vista adicional que considerar, una gestión más que hacer. Ese "más", es lo que hará la diferencia. El ejercicio profesional es un permanente desafío a la imaginación y al esfuerzo.

Tengan ideales. Que el fragor de la lucha diaria no logre transformarlos en grises aplicadores del Derecho, en pragmáticos del ejercicio profesional. Tengan un espíritu crítico frente a las situaciones y las soluciones jurídicas, y luchen para mejorarlas. El Mundo no lo hacen los conformistas, lo hacen los románticos, los soñadores. Mantengan siempre el espíritu de los 20 años. Ponderado por la experiencia y los conocimientos que vayan adquiriendo, ponderado por el sentido común que nunca deben perder, pero preserven a ultranza ese espíritu. Les ayudará mucho a vivir. Sin este espíritu romántico de mucha gente, esta Universidad seguramente no existiría.

Tengan siempre presente que el Derecho es un instrumento de la Justicia. Si bien pueden existir apartamientos coyunturales, Derecho y Justicia siempre se juntan. Luchen con convicción por lograr soluciones justas. Tengan confianza en que las soluciones justas finalmente prosperan y triunfan, aun cuando no vean claro hoy el camino jurídico.

Sean profundamente éticos en el ejercicio profesional. El conocimiento jurídico les dará poder. Poder para actuar bien y para actuar mal. Van a sentir la sensación de tener en vuestras manos un arma poderosa. Deben usarla siempre bien, en sintonía con los valores adquiridos y que no habrán de perder. Sean éticos y leales con sus clientes, con sus colegas, con los jueces. No pierdan nunca el norte. No se trata solamente de un tema moral e interno. La profesión se sana naturalmente, segregando a quienes no actúan correctamente. Es triste la imagen proyectada por aquellos colegas que abandonaron el camino correcto.

Respeten y háganse acreedores al respeto profesional. Sean conocidos en el medio profesional como hombres y mujeres de bien. Como hombres y mujeres responsables y confiables. Háganse acreedores al respeto profesional de colegas y clientes teniendo con ellos el más profundo respeto por su dignidad personal y profesional. Eso vale tanto o más que la capacidad y los conocimientos que tengan o que puedan adquirir.

Ustedes son la primera generación de la UM. El emblema de nuestra carrera de Derecho. Sientan el orgullo de ser la primera generación de la Universidad de Montevideo. Sean nuestros embajadores dentro y fuera de fronteras. Pongan las bases para el prestigio de vuestra generación y de las que les sigan.

Y por último, no se olviden de nosotros. Nosotros, vuestros profesores, que tenemos vocación de seguir siéndolo toda la vida. Es nuestra aspiración preservar este vínculo en forma permanente. Deseamos que se sigan sintiendo parte de esta familia y de esta casa.

La Universidad tendrá siempre sus puertas abiertas para recibirlos cuando nos necesiten. Esta seguirá siendo siempre su casa. Acá siempre hallarán un consejo, una ayuda, en síntesis: una mano amiga.

Buena suerte y hasta siempre.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

- *Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno N° 127/02 de 14 de agosto de 2002.*
- **Bugallo, Beatriz** – «*Dos temas frecuentes en el Derecho de marcas: responsabilidad de los directores de sociedades anónimas frente a los ilícitos marcarios y protección jurídica simultánea con el derecho de autor*»

SENTENCIA N° 127/02 DE 14 DE AGOSTO DE 2002

*TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE 6TO. TURNO,
MINISTRO REDACTOR DR. FELIPE HOUNIE.*

Montevideo, 14 de agosto de 2002.

VISTOS:

En segunda instancia y para sentencia definitiva estos autos caratulados: «BEIERSDORF AG c/ SAGRIN S.A. y otros . Cese en el uso de marcas y derechos de autor», Fa. N° 295/2001, venidos a conocimiento de esta Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia N° 61/2001 dictada a fs. 698/711 por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 16° Turno, Dra. Elizabeth Ansuberro.

RESULTANDO:

I) El referido pronunciamiento, a cuya relación de antecedentes se remite la Sala, falló: «I) Desestimando las excepciones opuestas; por no corresponder a derecho. II) Revocando los autos Nos. 4285/99 de fs. 596 y 4287/99 de fs. 598, en su lugar ordenando el desglose de la prueba acompañada con los escritos de fs. 490, 576 y 593; por extemporánea. III) Ordenando a la parte demandada, el cese en el uso de los colores y diseños de los envases detallados en los puntos 3.1), 3.2) y 3.3) de la demanda, cuyos origina□les obran a fs. 57 y

DOS TEMAS FRECUENTES EN EL DERECHO DE MARCAS: RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS FRENTE A LOS ILÍCITOS MARCARIOS Y PROTECCIÓN JURÍDICA SIMULTÁNEA CON EL DERECHO DE AUTOR.

I. INTRODUCCIÓN

Los conflictos que involucran al derecho de marcas se caracterizan por merecer un análisis casuístico y por plantear simultáneamente muy variados problemas.

Ejemplo de ello lo constituye la sentencia que se transcribe, en la que se debaten temas tan diversos como la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas frente a los ilícitos marcarios, la protección jurídica simultánea con el derecho de autor, la prescripción de la acción de cese de uso, la consideración de la buena o mala en el uso de la marca.

De todas estas cuestiones, elegimos para destacar dos temas que se encuentran con gran frecuencia en el contexto de la infracción marcaria.

Por un lado, se estudiará la incidencia que tiene la infracción en la responsabilidad de los directores de la sociedad anónima en cuyo nombre se realizan los actos violatorios del derecho de marcas. Constituye un hecho

58. *En caso de incumplimiento, se establecen U\$S 100 dólares diarios por concepto de lo dispuesto por el art. 374.2 del C.G.P. Sin especial condenación».*

II) Contra esa decisión dedujo la demandada el recurso de apelación en estudio (fs. 712/721), por entender, en síntesis, que: 1) debió acogerse la excepción de falta de legitimación pasiva respecto de los directores de Sagrin S.A., porque al no existir en autos ninguna solicitud de condena en daños y perjuicios no se puede aplicar el art. 391 de la Ley N° 16060; 2) pese a que en el fallo no existe condena respecto de los derechos de autor, en caso de interpretarse que, en virtud de alguna referencia aislada que se efectúa a los mismos en la sentencia, también se ampara la demanda a su respecto, se opone a ello por las razones expuestas en la contestación de la demanda; 3) debió acogerse la excepción de prescripción con relación al cese en el uso de las marcas; 4) con relación a la marca Hansaplast-envase (marca no registrada) el art. 100 de la Ley N° 17011 resulta inaplicable, porque no se probó su uso anterior por parte de la actora en las condiciones previstas en el art. 24 de dicha ley; 5) con relación a las dos marcas registradas, no se probó que Sagrin S.A. hubiese actuado de mala fe, ni la notoriedad de las mismas ni su eventual confundibilidad con las utilizadas por Sagrin S.A.; 6) la comparación de las marcas obrantes a fs. 57 que se hace en la sentencia es ilegal, por tratarse de una etiqueta no registrada y a cuyo respecto la actora no solicitó amparo alguno; 7) no correspondía la imposición de astreintes y su monto es excesivo;

8) la prueba documental contenida en el sobre adjunto debe ser desglosada, ya que no existe providencia alguna que hubiese ordenado su agregación.

evidente la realización de actos de comercio a través de sociedades anónimas, tipo social en el cual la responsabilidad del administrador se califica con cierto rigor, diverso del caso de las sociedades comerciales en general.

Por otro lado, es de notar que además del destino distintivo que determina la utilización marcaria de una creación, ésta – en tanto creación intelectual - puede ser objeto de la protección del derecho de autor. En este caso, coinciden las protecciones y en un mismo acto de apropiación de marca ajena pueden tener lugar actos de infracción a los derechos del autor en relación con la obra. Esto implica una mayor gravedad de la infracción y la posibilidad de exigir sanciones en dos planos jurídicos.

En relación con estos puntos, presentaremos algunos conceptos generales, analizaremos el tratamiento que ha merecido para los magistrados en este caso y formularemos nuestras propias consideraciones.

II. EL CASO PLANTEADO EN LA SENTENCIA

En el caso dos sociedades comerciales que tenían una relación contractual ya rescindida se enfrentan por considerar la actora que la demandada utilizaba signos distintivos de la anterior contratante, a sabiendas.

En cuanto a los temas que analizaremos, se solicita la declaración de que existencia de responsabilidad solidaria de los directores de la sociedad anónima demandada por incumplimiento del artículo 391 de la ley de sociedades comerciales N° 16.060 (en adelante LSC), al amparo del artículo 11 del Código General del Proceso.

Además, se requiere el cese de uso de las citadas marcas tanto sobre la base del derecho marcario propiamente como en función del derecho de autor, consideradas tales marcas una creación protegida.

III) A fs. 726/740 la actora contestó los agravios, abogando por el mantenimiento de la sentencia recurrida; concedido el recurso de apelación (fs. 741) y recibidos los autos en esta Sala (12 de diciembre de 2001, fs. 742), previo pasaje a estudio, se acordó dictar decisión anticipada, conforme a lo dispuesto en el art. 200.1 Nral. 1 del C.G.P.

CONSIDERANDO:

I) Los agravios formulados (salvo el que refiere a la pretensión de cese en el uso de derechos de autor) no son de recibo, por lo que se confirmará parcialmente la sentencia impugnada.

II) En el caso, Beiersdorf AG, empresa que gira en el ramo de productos cosméticos, productos para el cuidado personal y de heridas, promovió juicio de cese de uso de marcas y derechos de autor contra Sagrin S.A. y sus directores en relación a las siguientes marcas: 1) diseño de logotipo, registrado con el N° 288.625, consistente en un rectángulo con su porción superior de color azul, curvada hacia arriba en el lado derecho, y el campo inferior de color naranja, separado del campo azul por una franja de color blanco; 2) Hansaplast Footcare, registrada con el N° 299.838; 3) Hansaplast envase, utilizada para identificar su envase de venditas por 10 unidades, marca en uso, no registrada.

Alegó que Sagrin S.A. comercializa en nuestra plaza envases de venditas individuales y envases para 10 unidades de las mismas venditas bajo la denominación Readyplast (marca registrada por Sagrin S.A. y que la actora no objeta) imitando servilmente sus diseños de logotipo y de envase.

III. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE DIRECTORES DE SA FRENTE A ILÍCITOS MARCARIOS

A) Caracterización de la responsabilidad

La ley N° 16.060 establece un régimen especial de responsabilidad de los administradores y representantes de la sociedad anónima, conjugando la disposición específica contenida en el artículo 391 LSC¹, en particular su inciso 1°, con la norma contenida en la parte general, aplicable a todas las sociedades comerciales, del artículo 83 LSC².

Los directores de la sociedad anónima, según el artículo 391 LSC responderán solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros en dos supuestos acumulativos:

- a. por los daños y perjuicios resultantes, directa o indirectamente, de la violación de la ley, el estatuto o el reglamento, por el mal desempeño de su cargo según el criterio del artículo 83;
- b. y por aquellos producidos por abuso de facultades, dolo o culpa grave.

En cuanto al criterio del referido artículo 83 LSC, destaca la norma que los administradores de sociedades comerciales deberán actuar:

- a. con lealtad;
- b. y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

¹ Art. 391.Inciso 1° "(Responsabilidades). El administrador o los directores responderán solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por los daños y perjuicios resultantes, directa o indirectamente, de la violación de la ley, el estatuto o el reglamento, por el mal desempeño de su cargo según el criterio del artículo 83 y por aquellos producidos por abuso de facultades, dolo o culpa grave." ...

² "Art. 83.(Diligencia y responsabilidad de los administradores y representantes). Los administradores y los representantes de la sociedad deberán obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que falten a sus obligaciones serán solidariamente responsables frente a la sociedad y los socios, por los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión. El Juez determinará la parte contributiva de cada responsable en la reparación del daño."

III) En cuanto a la excepción de falta de legitimación pasiva de los directores de Sagrin S.A. (ver Resultando I, Nral. 1). No es de recibo el agravio.

La legitimación pasiva de los directores demandados en autos se basa en el art. 391 Ley N° 16060 que, como dice Rippe, debe juzgarse en función de un nuevo criterio de valoración de actuación: el del buen hombre de negocios (art. 83 Ley N° 16060), que si bien se relaciona con ciertas aptitudes, idoneidades y conductas adecuadas y oportunas para la realización de actividades mercantiles, es de interpretación flexible atendiendo al lugar, tiempo y circunstancias, consagrando una responsabilidad amplísima, incluso más severa que la establecida en la legislación anterior (Sociedades comerciales, 5a. ed., ps. 55/56 y 139/139v.).

Si bien es cierto que en la demanda no se pidió una condena por daños y perjuicios, sino que se declarara la responsabilidad solidaria de los directores de Sagrin S.A. frente a Beiersdorf AG por violación de normas marcarías y autorales, tal omisión no conlleva la irresponsabilidad de los directores por los hechos de autos.

Y ello porque cuando se pide solamente una declaración de responsabilidad por un determinado hecho ilícito, debe entenderse que lo que se pretende es, en puridad, una declaración de culpabilidad, que luego podrá hacerse valer en un juicio posterior por daños y perjuicios, donde se discutirá, naturalmente, la existencia y monto de los mismos, y el nexos causal vinculado a los hechos de autos, que es, precisamente, lo que la actora pretende al haber hecho «expresa reserva a la reclamación y obtención, por juicio separado, de la reparación de los daños y perjuicios resultantes de la conducta ilícita de Sagrin S.A. por violación a sus marcas y derechos de autor, a la pena civil establecida en la legislación autoral, y la responsabilidad solidaria frente a Beiersdorf AG por todos los conceptos reseñados precedentemente de los directores de Sagrin S.A., co-demandados en este proceso» (petitorio 4.6 de fs. 151v.).

La Ley exige un desempeño eficiente al director de la sociedad anónima, en función de la actividad comercial de cada sociedad, mediante una expresión que presenta alguna similitud al «buen padre de familia» del Código Civil, como patrón o estándar jurídico. No se trata de una estricta analogía con tal expresión pues el soporte del órgano de administración y representación debe actuar más allá de la diligencia de un buen padre de familia, con la diligencia propia de aquel que ha hecho de los negocios su forma de vida.

La apreciación de esta calidad deberá tomar en cuenta otras variables, tales como el objeto de la sociedad, las dimensiones de la misma, las funciones confiadas a los directores, las circunstancias en que se desempeñó su accionar, entre otros aspectos. Además, este patrón para la determinación de la actuación de un administrador o representante debe ser aplicado a cada caso concreto: no puede tener igual exigencia la administración de una casa de composturas de calzado que la administración de un laboratorio farmacéutico o la de un banco.

De todas maneras, se puede afirmar que un buen hombre de negocios sigue “usos honrados” en el ejercicio del comercio, es precavido y no se comporta de manera desleal en el mercado, pautas estas que corresponden a la conducta de lealtad que se espera de todo competidor³.

El Juez, según las circunstancias de cada caso deberá apreciar cuál ha de ser la dimensión de esta exigencia, que implica conocimientos técnicos de la materia así como experiencias propias de la actividad negocial. La apreciación deberá ser complementada con el cumplimiento de la obligación de lealtad, convergente a tales efectos.

Corresponde agregar que, como en toda hipótesis de aplicación del sistema legal de responsabilidad, el director de la sociedad anónima ha incurrido en ilícito del que es responsable cuando se constata la existencia de los extremos correspondientes a cualquier situación de imputación de responsabilidad: culpa, nexos causal, daño.

³ En el derecho uruguayo no encontramos una norma que enumere o describa con precisión las conductas que pueden calificarse como competencia desleal, tal como se encuentra generalizadamente en el derecho comparado. Al efecto hemos de recurrir solamente al artículo 10 bis del Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial de 1883, en el texto del Acta de París de 1971 que constituye ley nacional en virtud del decreto ley N° 14.910.

¿Podía la actora pedir aquí una declaración de tal naturaleza?

Sí, porque así lo permite el art. 391 Ley Nº 16060 y el art. 11.3 C.G.P., norma esta última que incluye a texto expreso la pretensión de mera declaración, cuya cualidad es satisfacer el interés del actor con la sola declaración y que puede definirse como aquella acción que no tiende a conseguir ni la condena ni la producción de efectos jurídicos nuevos, distintos de la simple eficacia de la cosa juzgada (C.G.P. anotado, T. 1, ps. 234/235).

En suma: se confirmará el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta, pero precisando que el alcance del pronunciamiento declarativo sobre la responsabilidad solidaria de los directores de Sagrin S.A. está limitado a dos de los elementos de la responsabilidad: el hecho ilícito y la culpabilidad; los dos restantes (daño y nexo causal) serán objeto de un eventual juicio posterior, conclusión que es la única posible de acuerdo al contenido y alcance de la pretensión deducida en autos.

IV) En cuanto a la condena respecto al cese en el uso de los derechos de autor (ver Resultando II, Nral. 2).

Es cierto que el fallo apelado ninguna referencia hizo a los derechos de autor que la actora pretendió hacer valer respecto de los diseños y arte gráfico con que se venden los productos Hansaplast, y que están contenidos en el «Manual de diseño para empaque» agregado a fs. 70/139v.

No obstante, podría entenderse que la expresión contenida en el Nral. III del fallo apelado, que refiere genéricamente al «cese en el uso de los colores y diseños de los envases detallados en los puntos 3. 1, 3. 2 y 3. 3 de la demanda...» comprende tanto el cese en el uso de las marcas como el cese en el uso de los derechos de autor, tal como así se solicitó en los petitorios Nos. 4.1, 4.2 y 4.3 de la demanda (fs. 151/151v.).

Finalmente, destacamos que la responsabilidad de los directores de la sociedad anónima se puede calificar como subjetiva, solidaria, ilimitada, in comittendo o in vigilando y, además, será contractual o extracontractual según el caso.

Es *subjetiva* pues se trata de una responsabilidad por culpa y no objetiva, pues los directores no responden del resultado obtenido sino de haber actuado - o no - con la diligencia requerida. La doctrina dominante sostiene que estamos ante la aplicación del concepto de culpa derivada del incumplimiento de obligaciones preestablecidas por la ley para el cumplimiento de la función societaria que ejercen⁴.

En el texto legal se impone la valoración de la participación personal del administrador o del director cuya conducta se está analizando. Cuando se califica la ilicitud se exige una conducta profesional personal, contraria a la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, así como actuación con abuso de facultades, dolo o culpa, en consonancia con la voluntad del legislador que surge del análisis de la discusión legislativa⁵.

Por añadidura, encontramos la normativa que regula los eximentes de responsabilidad del director no partícipe de la resolución que genera un daño, artículo 391 incisos 2 a 4 LSC, avalando esta posición. Efectivamente, se trata de un sistema riguroso, con diversas formalidades simultáneas a cumplir para que opere la eximente de responsabilidad, pero se atiende siempre a que los directores inculpados hayan tenido algún tipo de participación.

Además de subjetiva, la responsabilidad de los directores de la sociedad anónima es *solidaria* frente a la sociedad los accionistas y los terceros, tal como surge de la primera frase del artículo 391 inciso 1º LSC.

La solidaridad se fundamenta en que todos los directores integran un cuerpo colegiado en el cual las decisiones resultan de la coincidencia de la mayor parte de las voluntades individuales que lo integran, de lo cual resulta lógico que todos los que forman parte del cuerpo estén ligados por la misma responsabilidad⁶.

⁴ SASOT BETES, Miguel A., SASOT, Miguel F., ¿Sociedades anónimas. El órgano de administración?, Buenos Aires: Abaco, 1980, pág. 524.

⁵ Tanto en la discusión de la Comisión Especial de la Cámara de Representantes, Carpeta 1148/88 pág. 15 y ss., Carpeta 1174/88 pág. 24 y ss., como en el texto del Informe que culmina la actividad de dicha Comisión, resulta evidente dicha posición.

⁶ SASOT/SASOT, "El órgano de administración", pág. 530.

Partiendo de esta interpretación, corresponde hacer lugar al agravio, en tanto se coincide con la demandada en que la finalidad perseguida por la actora a través de la utilización de sus marcas es exclusivamente la identificación comercial de sus productos en el mercado y no la de producir una obra intelectual, razón por la cual la cuestión relativa al uso de las marcas debe regirse, en la especie, por el derecho de la propiedad industrial y no por las normas que regulan los derechos de autor (fs. 203).

Es cierto que, como bien señala la demandada, pueden existir zonas grises entre los derechos marcarios y los de autor (fs. 202v.); pero también es cierto que para que una marca pueda a la vez ser protegida como obra intelectual debe tener un contenido artístico que trascienda el mero fin de la marca, que no es otro que el de distinguir mercancías, productos o servicios de una persona física o moral de las mercancías, productos o servicios de los demás (cfr. F.R. Beier y A. Reimer, citados por Mario Daniel Lamas, en Derecho de Marcas en el Uruguay, p. 18).

En el caso, las marcas cuyo uso exclusivo la actora intenta proteger mediante esta acción carecen del contenido artístico, literario o científico requerido para pretender también ser protegidas por la legislación de derecho de autor.

Tal conclusión se impone si entendemos, con el Prof. Ricardo Antequera Parilli, que para hablar de bienes intelectuales, en el sentido de «obra», como objeto de derecho de autor, es menester partir de tres premisas fundamentales, a saber: 1) que el objeto de la tutela debe ser el resultado del talento creativo del hombre en el dominio literario, artístico o científico; 2) que esa protección es reconocida con independencia del género de la obra, su forma de expresión, mérito o destino; 3) que ese producto del ingenio humano, por su forma de expresión, exige características de originalidad (Seminario sobre derecho de au-

Los Directores responden por la conducta de los otros como principio general, pero no necesariamente⁷. Efectivamente, la solidaridad se plantea exclusivamente entre quienes son responsables. En el régimen legal, cualquier director que se encuentre exento no será responsable y, por lo tanto, a su respecto no regirá la solidaridad.

En el caso de delegación de funciones⁸ la propia ley uruguaya establece que se mantendrá la solidaridad de los directores aún en el caso de delegación de funciones, artículo 383 LSC.

En cuanto a daños causados originariamente por directores que ya no componen el directorio corresponde sostener que, la responsabilidad no podrá extenderse a los nuevos directores. Habrá solidaridad en los daños causados por los directores anteriores exclusivamente cuando la gestión de los actuales hubiera podido atenuar o eliminar las consecuencias dañosas y solamente en proporción a este criterio⁹.

La responsabilidad de los directores de sociedad anónima también es *ilimitada*, puesto que cada obligado responder con la totalidad de su patrimonio. La finalidad del propio régimen de responsabilidad justifica que, cuando se trata de responder patrimonialmente, no rija limitación cuantitativa: hay una finalidad indemnizatoria que no aparece restringida por disposición legal alguna.

Puede darse en dos supuestos, según la actitud del infractor. Se tratará de culpa *in commitendo*, por expresa realización de actos conducentes al daño, o *in vigilando*, por omisión del cumplimiento de las obligaciones de control. En el caso de pluralidad de directores, será responsable quien haya expresamente adoptado las resoluciones dañosas por culpa *in commitendo*. Los restantes administradores culpables, lo serán por culpa *in vigilando*, generada en el incumplimiento del deber de diligencia si habiendo tenido oportuno conocimiento de la resolución no hayan informado a los socios su oposición en los términos regulados por la ley¹⁰.

⁷ FISCHER, Rodolfo, ¿Las sociedades anónimas. Su régimen jurídico?, traducción del alemán por M. Roces, Madrid: Reus, 1934, pág. 305, dice que la solidaridad no implica que "todo miembro directivo haya de responder de los daños causados por otro".

⁸ Nos referimos a supuestos tales como: a. se ha confiado la gestión de negocios a un comité ejecutivo; b. se han delegado funciones ejecutivas en gerentes; c. se autoriza estatutariamente actos de representación a algunos directores en particular.

⁹ En este sentido OTAEGUI, Julio C., ¿Administración societaria?, Buenos Aires: Abaco, 1979, pág. 405.

¹⁰ En este sentido OTAEGUY, pág. 386.

tor y derechos conexos en el área del sistema judicial uruguayo, Montevideo, 8 a 11 de junio de 1993).

Es justamente la primera condición la que permite excluir de la tutela del derecho de autor a las invenciones, con un sentido meramente utilitario, que son objeto de la llamada «propiedad industrial».

Ello no impide, como destaca el citado profesor, que una creación, aunque destinada a la industria, pueda invocar también, por su carácter literario o artístico, la protección por el derecho de autor; por ejemplo: una obra artística utilizada como dibujo o modelo industrial, hipótesis en la cual el derecho de autor es independiente y compatible con los derechos de propiedad industrial que pueda existir sobre la obra.

No es éste el caso de autos, razón por la cual corresponde desestimar la pretensión que dice relación al cese en el uso de los derechos de autor acumulativamente deducida a la del cese en el uso de las referidas marcas.

V) En cuanto a la excepción de prescripción de la acción marcaría (ver Resultando II, Nral. 3). No es de recibo el agravio.

La Sala coincide con Mario Daniel Lamas en que la acción de cese de uso de la marca en infracción, tanto en el régimen anterior como en el regulado por la Ley N° 17011, no está afectada por caducidad ni prescripción alguna, «porque ello significaría, ni más ni menos, que dar una patente de impunidad a un delincuente o dejarlo adquirir vía prescripción adquisitiva derechos sobre un signo que comenzó a utilizar en forma ilegítima.»

«El Derecho Marcario no solamente vela por los derechos del titular de la marca, sino también por los derechos del consumidor, que se consideran coincidentes con los de aquél.»

Finalmente, se puede establecer que la responsabilidad de los directores frente a la sociedad anónima y los accionistas es *contractual*, mientras que en relación con daños generados a terceros sería *extracontractual*¹¹. La responsabilidad de los directores nace del contrato social, estatuto de la sociedad anónima, cuando tiene su causa en el incumplimiento de una obligación impuesta por su condición de tal en el estatuto. En base a ello, también se sostiene que si la causa surge de circunstancias ajenas al contrato mismo, se tratará de una responsabilidad *extracontractual*¹².

B) Ilícitos en materia de marcas

La ley de marcas consagra derechos para los titulares de la marca, que se instrumentan sobre la base de un derecho de exclusión de uso del signo cuyo monopolio surge en el titular del registro. Por lo tanto, nos encontramos ante un ilícito en materia de marcas cuando hay una transgresión a tales derechos.

Cada vez que se utiliza a sabiendas una marca ajena sin autorización del titular, se está actuando en infracción a la ley de marcas, con culpa grave o dolo, seguramente de la manera opuesta a como lo haría un buen hombre de negocios. Para determinar si hay efectiva responsabilidad en quien lleva a cabo esta acción hay que analizar cada caso.

De todas formas, la conducta de buen hombre de negocios se mide distinto según el caso. No merece igual consideración el caso de un muy modesto emprendimiento, por ejemplo, una venta ambulante de algún alimento en ocasión de un espectáculo popular, que utiliza un signo confundible con marca notoria frente a la situación de un restaurante que se instale formalmente en una avenida principal y utilice como marca un signo confundible con una marca notoria. En ambas situaciones hay infracción, por lo que no podrán seguir utilizando el signo. No obstante, es diversa la consideración que merece uno y otro responsable: corresponde exigir del titular del restaurante mayor nivel y capacidad de gestión que al primer emprendedor mencionado.

¹¹ En ese sentido destacan ZALDÍVAR y otros, "Cuadernos de derecho societario", Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1980, t. II, 2da parte, pág. 526.

¹² Cfme.: SASOT/SASOT, pág. 523.

«En consecuencia, existe una razón adicional para considerar que la caducidad no puede ser equivalente a una patente de impunidad para que el infractor continúe con la adulteración que, a la vez, perjudica al titular de la marca y al público que no va a poder distinguir entre los productos legítimos y los adulterados.»

«La Ley N° 17011 incluyó dentro del mismo Capítulo la disposición del art. 88, repitiendo innecesariamente la norma del art. 14. Esta inclusión podría dar lugar a pensar que, ahora sí, la acción de cese de uso está afectada por la misma prescripción y caducidad. Entiendo que no es así. La acción a que hace referencia el art. 89 es la penal y la civil por daños y perjuicios, igual que sucedía con la Ley N° 9956. Esta interpretación coincide con lo dispuesto por el art. 6 bis Nral. 3 del Convenio de la Unión de París, en virtud del cual «no se fijará plazo para reclamar... la prohibición de uso de las marcas... utilizadas de mala fe.» (obra cit., p. 287)

En el mismo sentido, Rippe sostiene que, tratándose de una marca notoriamente conocida, la anulación o prohibición de uso no tiene plazo para su reclamación cuando la marca es registrada o utilizada de mala fe, en aplicación del art. 6 bis del Convenio de París, incorporado a nuestro orden jurídico por el Decreto Ley N° 14910 de 19/7/1979 (consulta agregada a fs. 258/273).

En el caso, resulta un hecho no controvertido que por espacio de más de 30 años (desde 1962 a 1996) Sagrin S.A. fue licenciataria para el Uruguay de la fabricación y venta de venditas Hansaplast.

Tan larga vinculación comercial entre ambas empresas hace presumir que la demandada conocía la marca de la actora y que intentó aprovecharse de su prestigio cuando en julio de 1996, una vez rescindido el contrato de licencia, comenzó a utilizar la marca Readyplast, cuyo parecido con los diseños, combinación de colores y envases de los productos Hansaplast es harto elocuente y no puede considerarse casual.

C) Nuestra opinión

Las circunstancias de imputación de responsabilidad mencionadas en la sentencia, merecen que se haga efectiva la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas en el régimen general de responsabilidad por acción individual de terceros.

Para determinar la existencia de responsabilidad de quienes desarrollan tal gestión, se debe analizar si resultan evidentes los elementos típicos del sistema:

- a. daños y perjuicios, "directos o indirectos", sufridos por la sociedad, accionistas o terceros;
- b. hecho ilícito, consistente en la violación de la ley, el estatuto o el reglamento por una actuación contraria a la preceptuada para el cumplimiento de la gestión;
- c. culpa del sujeto causante del daño, calificable a través del mal desempeño en las funciones a tenor de la norma general correspondiente a las sociedades comerciales, así como en caso de abuso de facultades, dolo o culpa grave;
- d. nexo causal, relación de causa entre el daño directo o indirecto infringido y el integrante del Directorio de la sociedad anónima cuya conducta profesional se está examinando.

En el caso, tal como establece la sentencia, se determina la existencia de ilicitud y culpa a efectos de la declaración solicitada sobre la base del artículo 11 CGP, cuestión que si bien es formalmente cuestionada por la parte demandada no es rechazada sustancialmente, como instituto de aplicación.

Coincidimos pues en las consideraciones sustantivas. Una posición contraria desconocería la apreciación real de la situación de las sociedades anónimas. Daría mérito a que tuvieran lugar infracciones a nombre de una sociedad anónima insolvente, por ejemplo aunque sin referencia a este caso concreto, sin que el verdadero actor responsable de la misma – un director – fuera alcanzado de manera alguna por las sanciones legales, lo que redundaría por otra parte en un uso abusivo de la forma jurídica societaria no querido por el legislador.

La prueba emerge de los envases de ambos productos lucientes a fs. 57/58, e inclusive de las ilustraciones a color contenidas en el escrito de demanda (fs. 142/145, 147 y 148v.), que la demandada no cuestionó.

El agravio formulado en base a tuna supuesta comparación ilegal realizada por la juez a quo (ver Resultando II, Nral. 6) es de franco rechazo, ya que los envases de venditas individuales que lucen a fs. 57 con las marcas Han□saplast y Readyplast están claramente comprendidos en la pretensión de cese en el uso del emblema mencionado.

La Sala coincide con la parte actora en que la imitación de emblemas y diseños del competidor constituye «per se» un acto de deslealtad comercial, y en el caso de empresas que estuvieron vinculadas por tantos años, con permanente intercambio de información, una prueba de mala fe (fs. 739).

En cuanto a la notoriedad de las marcas registradas que la apelante cuestiona (ver Resultando II, Nral. 5), se estima, con Eduardo Mezzera, que el alcance del art. 6 bis del Convenio de París, «está sólo referido al conocimiento de la marca a través de su difusión en un determinado mercado y para determinados productos, de forma que se presuma su conocimiento por quien pretende registrarla a su nombre como marca propiedad de un tercero.»

«La notoriedad de la marca en tal artículo es entonces simplemente una referencia a su publicidad o difusión para extraer de ella por quien pretenda registrarla una presunción absoluta de deslealtad en quien de la misma se apropia por reproducción o imitación.» (Anuario Der. Com., T. 4, p. 111)

En la especie, el conocimiento de la demandada de las marcas propiedad de la actora no sólo debe presumirse, como se dijo, de la larga relación comercial que las unía, sino, también, del mero

IV. PROTECCIÓN SIMULTÁNEA ENTRE DERECHO DE AUTOR Y MARCAS EN LAS CREACIONES UTILIZADAS EN LA PUBLICIDAD

A) Acumulación posible entre derecho de autor y marcas

En derecho comparado no caben dudas respecto de la posibilidad de acumulación de la protección por el derecho de autor y el derecho de marcas. Es la tendencia prácticamente dominante en doctrina y legislación. En nuestro país, lamentablemente, creemos que por inadvertencia del legislador que en el 2003 reformó la ley de derechos de autor de 1937 resulta hoy imposible que coincidan en obras de arte aplicado ambos sistemas de protección¹³.

No obstante, para las creaciones literarias y plásticas bidimensionales que constituyen usualmente marcas denominativas y emblemáticas, es posible en principio dicha superposición de protección pues no se encuentran comprendidas en la disposición limitativa actual.

Las situaciones de superposición o convergencia de derecho de autor y derecho de marcas en una misma creación son cada vez más frecuentes en razón de diversos factores¹⁴:

- a. nos encontramos en una fase expansiva de los derechos de la propiedad intelectual en general, que pone en evidencia una erosión entre las fronteras de las diferentes categorías de sus institutos;
- b. los fundamentos conceptuales tradicionales de los derechos de la propiedad intelectual se encuentran en retroceso frente a aspectos prácticos como la promoción y protección de la inversión;
- c. los abogados prácticos de la propiedad intelectual han desarrollado una “explotación oportunista” – en el buen sentido de la expresión – de los sistemas de protección, poniendo constantemente a prueba los límites entre los distintos derechos de la propiedad intelectual.

Tratándose de coincidencia de regímenes de exclusiva en una misma creación intelectual puede distinguirse dos tendencias: el recurso a la protección autoralista por titulares de derecho de marcas y, a la inversa, el recurso a la protección marcaria por titulares de obras protegidas por el derecho de autor.

¹³ Ver al respecto en el Anuario de Propiedad Intelectual 2003, Bugallo, Beatriz, “La protección de la forma tridimensional no funcional en el derecho uruguayo”.

¹⁴ Cfme.: DINWOODIE, Graeme, ALAI 2001; KUR, Annette, “Further legal anylisis and debate carcerning the relationship of copyright and trademark exceptions, ALAI 2001, pág. 594.

cotejo de las marcas en conflicto, cuyo gran parecido indica que Sagrin S.A. tuvo las marcas de Beiersdorf AG como modelo al realizar el dibujo y la combinación de colores de las que luego registró, siendo impensable la mera casualidad, extremo que, con acierto, la actora señala a fs. 738.

VII) En cuanto al alcance del art. 100 Ley N° 17011 respecto de la marca Hansaplast; envase (ver Resultando II, Nral. 4).

No es de recibo el agravio, en tanto se coincide con Rippe en que el plazo de gracia previsto en dicha norma se concede tanto para registrar la marca en uso no registrada como para hacer uso de las acciones marcarias previstas en esta ley, y el ejercicio de reclamar el cese en el uso de una marca es, precisamente, una de las acciones previstas en la ley misma (art. 88) (consulta citada, fs. 268bis/273).

Y a modo de conclusión, expresa Rippe: «el derecho establecido en el art. 100 de la Ley 17011 comprende, en la amplitud del texto legal, la totalidad del accionamiento marcario, sin excepciones, incluso las basadas en eventuales prescripciones o caducidades» (fs. 273).

Entonces, estando probado que la actora solicitó el registro de la marca en cuestión el 5/3/99 (fs. 274/274v.) y que el presente accionamiento fue promovido el 25/2/99, todo dentro del plazo de dos años a partir de la promulgación de la ley (25/9/1998), el agravio formulado no puede prosperar.

VII) En cuanto a la imposición de astreintes (ver Resultando II, Nral. 7).

No es de recibo el agravio, en tanto se estima que las consideraciones precedentes sobre la deslealtad con que obró la demandada justifican tal imposición, siendo el monto fijado (U\$S 100 diarios por cada producto) razonable y adecuado a las resultancias de autos.

Cuando los titulares de derecho de marcas recurren a la protección por el derecho de autor de la creación que tienen registrada como signo marcario, buscan, generalmente, ampliar el ámbito de extensión propio de las marcas.

El derecho de marcas se sustenta en el principio de la especialidad, de modo que el derecho de explotación se concede solamente en relación con determinados productos o servicios para los cuales fue registrada. El derecho de autor concede facultades de explotación en cuanto a la creación en sí misma. En este caso no tiene relevancia jurídica sobre qué tipo de productos o en relación a qué servicio sea aplicado la creación, pues el titular de los derechos controlará siempre la explotación de su obra (en tanto los derechos patrimoniales del autor se encuentren vigentes). La protección autoralista de la obra que se ha registrado como signo marcario existe desde su creación. Cuando se registró el signo ya había un autor, no puede establecerse a posteriori.

Por el otro lado, se encuentran los autores o titulares de derechos de autor que buscan la protección marcaria para sus creaciones. Esta pretensión de amparo por el derecho de marcas buscando adquirir beneficios no concedidos por el derecho de autor es particularmente creciente desde mediados del siglo XX.

Uno de los objetivos que se persigue en superar el límite de duración de los derechos de explotación del derecho de autor. Siendo diversas las funciones de cada sector normativo y protegiendo – por lo tanto – diversos derechos esta pretensión no es alcanzable. Sí puede lograrse adquirir otros derechos de explotación que, en su caso, podrán adecuarse o ser similares en algún sentido a aquéllos derechos de explotación respecto de los cuales se ostenta o se ostentaba la exclusiva autoralista.

También hay consideraciones de índole práctica en este último caso: muchas veces resulta más fácil reclamar por infracciones marcarias que por las autorales. Además, desde el punto de vista de la extensión cronológica de la protección, a través de la protección marcaria puede haber cobertura indefinida, mientras que tratándose de derecho de autor, transcurrido el lapso post mortem autoris (que en nuestro país es de cincuenta años) la creación se encuentra en el dominio público.

B) Nuestra opinión

Para la acumulación de protección de derecho de marcas y derecho de autor debemos estar ante una creación sujeta a ambos regímenes jurídicos. Es decir, que cumpla con los requerimientos específicos al dere-

VIII) En cuanto a la agregación de la prueba documental contenida en sobre adjunto (ver Resultando II, Nral. 8). Es de recibo el agravio.

Si bien en el sobre adjunto al expediente consta que se trataría de una documentación aportada por la actora en la audiencia de fecha 21/9/99, tal referencia no fue avalada por resolución judicial alguna, como surge de la lectura del acta correspondiente a la audiencia preliminar celebrada a fs. 310/312 en la fecha indicada, razón por la cual asiste plena razón a la apelante cuando pretende su desglose.

Cabe destacar, además, que: a) la demandada recién formuló su oposición al apelar, ya que, según sus dichos, se enteró de la existencia de ese sobre al retirar el expediente en confianza a los efectos de fundar la apelación; b) en la sentencia apelada no hay referencia alguna a la cuestionada prueba.

IX) El acogimiento parcial de los agravios obsta imponer en el grado especiales condenaciones en gastos causídicos (art. 261 C.G.P.).

Por tales fundamentos, el Tribunal FALLA:

Confírmase la sentencia apelada con la precisión establecida en el Considerando III de esta decisión; y revócasela en cuanto dispuso el cese en el uso de los derechos de autor propiedad de Beiersdorf AG y, en su lugar, desestímase dicha pretensión. Dispónese el desglose de la prueba documental obrante en sobre adjunto. Sin especial sanción procesal. Y devuélvase.

Hounie - Bossio - Martínez
Dra. Celi, Sec. Let.

cho de autor – creación original – y al derecho de marcas - signo distintivo que no constituya hipótesis de prohibición de registro -.

En el caso concreto, surge de lo expresado por la sentencia que las creaciones utilizadas como signo distintivo no eran originales desde el punto de vista del derecho de autor. Es decir, no constituían obra protegida y, por lo tanto, no correspondía aplicar a su respecto el amparo de la ley de 1937.

Una creación intelectual no original o que es conocida desde tiempo atrás puede perfectamente constituir una marca: en este ámbito se analiza la disponibilidad del signo en el mercado. Es decir, que el signo de cuyos derechos de explotación a efectos distintivos alguien pretende apropiarse no debe corresponder a ninguna otra persona. No interesa prima facie que sea o no conocido con anterioridad (digamos que sea o no “novedoso”) o que tenga originalidad.

No coincidimos en la consideración planteada en la sentencia que hace hincapié en cuanto al destino comercial de los signos como pauta de exclusión de la protección autoralista. En este caso, corresponde tener claro que a efectos de la valoración de la inclusión en la materia protegida por el derecho de autor el destino de la creación es indiferente, se habla de la “independencia del destino” de la obra. Es decir, que no importa para qué fue creada una obra: si es original esto bastaría para que pueda constituir una obra protegida por el derecho de autor.

V. REFLEXIÓN FINAL

En los últimos años en todo el mundo ha adquirido creciente importancia la propiedad intelectual y sus diversos institutos, lo que se refleja también en la jurisprudencia de nuestro país en el aumento de las situaciones jurisprudenciales planteadas y en la preocupación académica por la discusión y estudio de la temática.

Con este comentario esperamos haber aportado argumentos para el desarrollo de ulteriores discusiones.

BEATRIZ BUGALLO

Profesora de Derecho Comercial, Universidad de Montevideo.
Profesora de Derecho Privado IV-V, Universidad de la República.



INFORMACIONES

- *«Practicum» (A. de Torres)*
- *Resolución del Consejo Superior de la Universidad de Montevideo de 2/3/04.
Se designa Decano Emérito al Dr. Ricardo Olivera García.*

PRACTICUM

ALFREDO DE TORRES BOSCH.

Profesor de Expresión y Redacción Jurídica y de Practicum, Universidad de Montevideo.

En el mes de noviembre del año 2003 culminó su carrera de abogacía la primera generación de estudiantes de derecho de nuestra Facultad. En el último semestre debieron cursar el Practicum, asignatura sobre la cual realizaré un breve comentario.

Debo confesar como coordinador de la materia, conjuntamente con la Dra. Prof María Claudia Pintos, que ambos teníamos una gran expectativa respecto a su dictado atendiendo a que, por su contenido temático y objetivos, ella implicaba una revisión y formulación práctica de todos los conocimientos adquiridos durante los años precedentemente cursados. A tales efectos en clases introductorias se propuso la realización de un ejercicio práctico, - en el cual los estudiantes asumieron diferentes roles - lo que permitió comprobar que el grupo estaba en condiciones de cumplir con las exigencias de las unidades didácticas que integraban el programa de la materia.

Esas unidades comprendían el estudio de casos que abarcaban diferentes ramas del derecho (civil, familia, penal, administrativo, laboral y derechos humanos)

Se optó por el trabajo en equipo, atendiendo las exigencias del curso ya que cada caso debía tratarse en 4 clases semanales con una importante carga horaria.

La metodología del curso consistió en la entrega, con la debida antelación de los casos, a efectos de que los estudiantes efectuaran su estudio, consultando jurisprudencia y trabajos doctrinarios.

Los temas a considerar fueron planteados por destacados docentes de esta Casa de Estudios que tuvieron asimismo la supervisión de los trabajos encomendados. En una primera aproximación, se discutía el caso, con la participación de los estudiantes, efectuándose la distribución de roles en forma rotativa con el objetivo de que todos tuvieran la oportunidad de actuar como partes - actora, demandada o terceros - magistrados, fiscales, testigos, etc. en audiencias representadas en clase.

Se redactaban los escritos respectivos cuyos borradores eran leídos y luego discutidos, observados

y complementados, a fin de preparar la versión definitiva que debía entregarse, para su evaluación, en la última clase.

Es de señalar que la mayoría de los casos propuestos fueron extraídos de la realidad, por lo que pudo contarse con los antecedentes respectivos así como con las sentencias recaídas en ellos lo que permitió a los estudiantes advertir que la realidad supera la ficción y que esta siempre se nutre de aquella.

Además de los escritos grupales externos, se efectuaron en clase dos trabajos individuales con la finalidad de apreciar el enfoque personal del estudiante sobre situaciones jurídicas que implicaron, por sus peculiaridades, para su resolución, un detenido análisis previo de sus aspectos formales y sustantivos.

Paralelamente, algunos estudiantes efectuaron durante el curso, pasantías en los tribunales, y se asistió a audiencias en distintas sedes judiciales. Esas experiencias fueron luego comentadas en clase lo que determinó un enriquecedor aporte y una reafirmación de conocimientos.

En una evaluación individual solicitada al final del curso los estudiantes destacaron la homogeneidad y continuidad de su desarrollo, el nivel de los docentes participantes, el interés de los temas propuestos así como la constante interacción entre docentes y estudiantes como elemento enriquecedor a nivel de clase y de los estudiantes en particular. Asimismo brindan sugerencias que a su entender mejorarían el dictado de la materia.

Como coordinadores, entendemos que fue un curso sumamente positivo que tendió en todas sus instancias a munirlos de las destrezas necesarias para afrontar la realidad del ejercicio profesional. Ello estuvo presente en los enfoques que los docentes participantes dieron a sus clases durante la discusión de los casos propuestos y de su resolución y no dudamos, de acuerdo a los resultados del curso, que quienes lo aprobaron se encuentran habilitados para afrontar con éxito su actividad profesional, en un mundo cada vez más competitivo y exigente.

RESOLUCIÓN DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO DE 2.III.2004. SE DESIGNA DECANO EMÉRITO AL DR. RICARDO OLIVERA GARCÍA

Visto: Que con fecha 30 de abril de 2004 el Prof. Titular Dr. Ricardo Olivera García culminará su desempeño del Decanato de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Considerando:

1º) Que el Señor Decano de la Facultad de Derecho completará entonces la actuación titular del cargo durante el período 29.IV.1997 (fecha de erección de la Facultad mencionada) hasta el 30 de abril de 2004.

2º) Durante ese período, pero ya desde antes, el Profesor Olivera García cumplió una labor docente ininterrumpida en los sucesivos cursos lectivos, desde el inicio de la actividad universitaria de la institución (1987) hasta el presente. Se ha desempeñado como Profesor de Derecho de las Sociedades Comerciales en el Programa Master en Derecho de la Empresa de la Universidad de Montevideo desde 1987.

3º) Profesor de Derecho Bancario y de los Mercados Financieros en el Programa Master en Derecho de la Empresa de la Universidad de Montevideo 1992.

4º) Su actuación docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República desde 1978 a 2001, como Profesor de Derecho Comercial y Profesor de Derecho Bancario desde 1990, siendo fundador de la cátedra.

5º) Su actuación docente como Profesor de Derecho Comercial en la Universidad Católica del Uruguay entre 1992 y 1993, habiendo fundado la cátedra y Profesor de Derecho Bancario desde 1994 al año 2000, cuya cátedra también fundó.

6º) Profesor Visitante de las Universidades de Salamanca, Santiago de Compostela, San Pablo CEV (Madrid, La Sapienza (Roma), de Londres (Queen College), de Buenos Aires, Notarial Argentina y Austral.

7º) Profesor de múltiples cursos y seminarios organizados por el Banco Central del Uruguay, el Banco de la República Oriental del Uruguay la Asociación de Bancos del Uruguay, la Cámara de Entidades Financieras, la Federación Latinoamericana de Bancos, la Universidad Austral, la Bolsa de Comercio, la Bolsa Electrónica de Valores del Uruguay, el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, el Colegio de Abogados del Uruguay, la Asociación de Escribanos del Uruguay, en temas de su especialidad.

8º) El Sr. Decano Dr. Olivera García ostenta destacados grados académicos, tales como:

- Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, desde su creación en 1997.
- Presidente del Centro de Estudios Financieros del Uruguay.
- Integrante de la Comisión Directiva del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Bolsa de Comercio.
- Secretario General del Instituto Uruguayo de Derecho Bancario.
- Miembro del Comité Latinoamericano de Abogados Expertos en Derecho Bancario de la Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN).
- Director del Anuario de Derecho Comercial.

9º) No es menos relevante la actuación profesional del Señor Decano, desenvuelta especialmente en el desempeño de su calidad de Socio de Contadores Públicos Asociados con Price Waterhouse (1977-1985), socio del Estudio Ferrere Lamaison (1985-1993) y socio del Estudio Olivera y Delpiazzi desde 1993.

10º) Merece especial destaque su labor de publicaciones en libros, autor de numerosos artículos en revistas especializadas del país y del exterior, en serie abundantísima y de prestigiosa y reconocida calidad intelectual; y autor de relevantes proyectos de ley.

En Anexo de la presente resolución se incorpora la nómina respectiva.

11º) El Consejo Superior de la Universidad de Montevideo ha estimado tan destacada labor académica del Decano de su Facultad de Derecho, marcada en sus signos más relevantes –entre muchísimos– por aquel impulso creador de esa Facultad, de su Carrera de Abogacía y la instauración de las formas académicas de los Masters en Derecho, primeros de su género en el Uruguay. Todo lo expuesto en los considerandos de esta Resolución ameritan el discernimiento de una altísima investidura académica con que el Consejo Superior quiere honrar al Dr. Ricardo Olivera García, a la vez que se honra a sí mismo mediante el acto de justicia que se dispone.

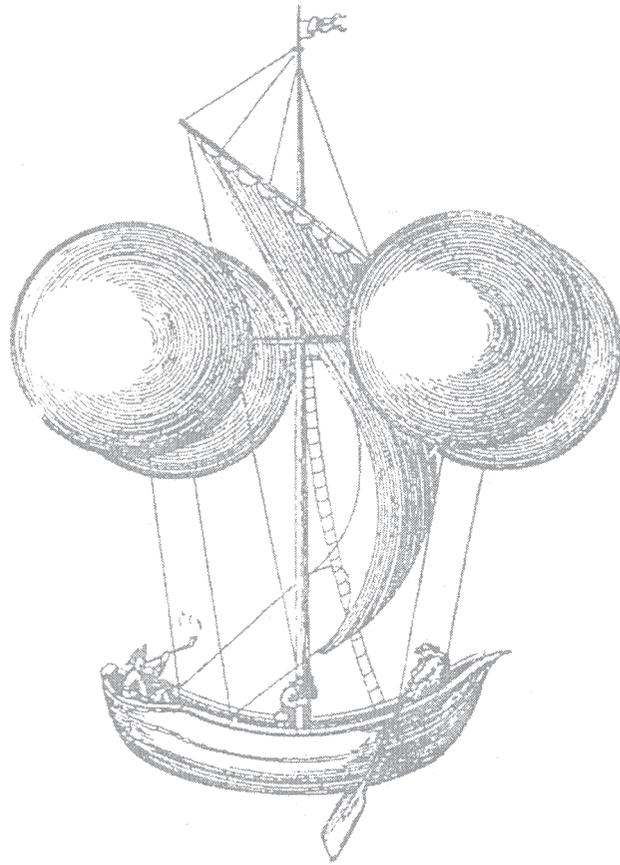
EL CONSEJO SUPERIOR RESUELVE:

1º) Disciplínese al Sr. Profesor Titular Dr. Ricardo Olivera García, catedrático de la Universidad de Montevideo en su Facultad de Derecho, el Grado Académico de Profesor Emérito.

2º) Otórgase al Dr. Ricardo Olivera García la distinción académica indicada con el derecho al uso de la toga y distintivo pertinente.

3º) Cométese al Sr. Rector de la Universidad de Montevideo la imposición de los signos distintivos al Sr. Decano Emérito Prof. Dr. Ricardo Olivera García, en la ceremonia de Graduación de la 1º Generación de Abogados egresados de la Universidad de Montevideo, a cumplirse el día 28 de abril de 2004.

4º) Pase a la Secretaría Académica a sus efectos.



TESINAS DE MASTERS

- **Alfaro Borges, Jenifer** - «*La naturaleza jurídica del depósito bancario en cuenta corriente y el derecho a la información del depositante como consumidor*»
- **Marcos Sperati, Natalia** - «*Condiciones de la oferta en el ámbito del comercio electrónico según el Derecho uruguayo*»

“LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DEPÓSITO BANCARIO EN CUENTA CORRIENTE Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN DEL DEPOSITANTE COMO CONSUMIDOR”

JENIFER ALFARO BORGES

Master de Derecho de la Empresa

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONTRATO BANCARIO DE DEPÓSITO. III. NATURALEZA JURÍDICA DEL DEPÓSITO BANCARIO A LA VISTA. IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CUENTA CORRIENTE BANCARIA. V. DERECHO DEL CONSUMIDOR. VI. EL CONSUMIDOR. VII. EL PROVEEDOR. VIII. EL CONTRATO BANCARIO COMO CONTRATO DE ADHESIÓN. IX. DERECHO A LA INFORMACIÓN. X. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

A) Generalidades.

Es procedente informar al lector de esta tesina de mi marcada tendencia a estudiar temas teóricos que tengan una importancia práctica apreciable no solamente por el jurista sino también por profesionales de otros campos. Es por ello que siempre intento, sin restarle profundidad al análisis, transmitir ideas con cierta claridad.

Importancia actual del tema.

En búsqueda de la explicación de la importancia práctica del tema de esta tesina y su actualidad (“La naturaleza jurídica del depósito bancario en cuenta corriente y el derecho a la información del depositante como consumidor”) basta recurrir, a mi juicio, a algún periódico publicado desde inicios del año pasado o a los archivos de cualquier otro medio de comunicación masiva en el período enero 2002 hasta el presente. Reconozco que no puedo dejar de preguntarme, implícitamente optando por una posición sobre la naturaleza jurídica del depósito bancario (una opción que no ejerzo yo, sino que viene prejuzgada del ámbito jurídico uruguayo): **¿tienen las instituciones de intermediación financiera el deber de informar a sus depositantes en “cuenta corriente” a la vista de que se convierten en acreedores de la institución a partir de realizado el depósito?** Esta es la pregunta que impulsó esta investigación.

Se expone en la actualidad como una realidad que cuando alguien habiendo abierto una cuenta corriente bancaria deposita una suma de dinero en la institución, pasa a ser un acreedor de la misma cambiando un derecho de propiedad sobre ese bien fungible (dinero) por un derecho personal contra el banco: ¿es eso indiscutible? Si concluyéramos que el contrato de depósito bancario opera de esa manera, ¿es que el banquero, profesional altamente especializado en su campo, puede desconocer que su cliente muchas veces busca únicamente seguridad para su dinero sin perder su disponibilidad respecto de ese bien y es por eso que lo deposita a la vista? Cuando alguien deposita dinero en un banco reservándose su plena disponibilidad sin que se le ofrezca ningún interés e incluso muchas veces cobrándosele por el servicio, ¿es conciente ese depositante que pasa a ser acreedor del banco? No cabe quizás a un jurista realizar un estudio más bien de corte psicológico para dilucidar si es o no conciente de ello, pero si de estudiar si la confusión podía ser previsible para su co-contratante, a fin de exigirle como contraparte más calificada que informe debidamente, tanto en señal de buena fe como en el cumplimiento de una obligación implícita en todo contrato.

El tema involucra diversos subtemas que han generado y generan hasta el presente diferencias entre sectores de la doctrina: la naturaleza jurídica del depósito bancario a la vista y la naturaleza jurídica de la

cuenta corriente bancaria. Por otro lado, también abarca subtemas que surgiendo en forma relativamente reciente, dividen asimismo a la doctrina: si el concepto de cliente bancario se corresponde con el de consumidor, y particularmente si el depositante (ahorrista) queda englobado en el concepto de consumidor¹.

Como no puede resultar extraño, la importancia práctica de este análisis ha sido cuestionado por diversos estudiosos a lo largo de los muchos años a través de los cuales la discusión se ha venido desarrollando. Conviene tener presente que, por un lado, incluso si concluyéramos que no tiene fundamento la discusión, ello podría traer consecuencias en lo que refiere al deber de información de la Banca con su cliente, pero que además existen cuestiones cuya actualidad impiden desistir del estudio de la naturaleza jurídica de este contrato: entre las destacadas por Madrazo Leal² figura la viabilidad de la compensación legal.

Lo que sin duda ha evidenciado toda esta discusión, es que el *nomen juris*, además de que como es sabido no es determinante de la naturaleza jurídica, en este caso se ha revelado notoriamente inapropiado. Digo esto porque por más teorías que se desarrollen al respecto, ninguna ha sido capaz de sostener con fundamento admisible que se trate de un depósito propiamente dicho.

Corresponde precisar que bajo la forma de condiciones generales de los contratos de depósito, denominados concretamente "Condiciones comunes a todos los contratos de depósito bancario a plazo fijo no endosable.", algún Banco³ de plaza establece que "1) La o las personas que figure(n) como titular(es) del depósito es (son) propietario(s) del dinero depositado, ..." Dos opciones se presentan: o se trata de la expresión de la postura de la institución frente a lo que constituye como se verá un tema no resuelto por la doctrina (nacional o extranjera), es decir, sobre la naturaleza jurídica del depósito bancario de dinero, o se trata de un engaño a la contraparte o futura contraparte (etapa de formación del contrato) Esto último en tanto de la lectura de las referidas condiciones, integradas al contrato de depósito propuesto por el Banco y al que adhirió el cliente (contrato de adhesión), resulta que celebraba, ni siquiera un contrato de depósito irregular, sino uno regular.

II. EL CONTRATO BANCARIO DE DEPÓSITO

A) Concepto de contrato bancario.

Contrato para nuestro derecho es aquella "fuente de obligaciones" surgida del acuerdo de voluntades que tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes, y deriva del poder normativo negocial de éstas. Digo "fuente de obligaciones" para indicar que se trata de un comentario preliminar en tanto puede decirse que en definitiva la fuente es la ley, que en los arts. 1291 del Código Civil y 209 del Código de Comercio establecen que los contratos son ley entre las partes.

Ponces⁴ lo define como acuerdo de voluntades entre un Banco y una persona (singular o colectiva) que permita a que la realización de su actividad de intermediación financiera.

Ferri⁵ entiende que el contrato bancario es la categoría de actos a través de la cual se realiza la actividad bancaria y que habiendo surgido en la práctica bancaria, son íntimamente relacionadas a la banca por razones técnicas y son en consecuencia reguladas legislativamente. Sin embargo agrega este autor más adelante, que son sólo una de las categorías a través de las cuales esta actividad de desarrolla, de lo que se deriva la insuficiencia del criterio subjetivo para identificarlos. Continúa diciendo que el contrato bancario se caracteriza por ser un contrato de empresa, en el cual la organización de la empresa bancaria se presenta como necesaria.

Para Sánchez Calero⁶ es el acuerdo de voluntades tendiente a crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica bancaria, entendiéndose por tal la que se encuadra en una actividad de intermediación crediticia indirecta⁷. O sea, una relación que sirva para que el banco realice la actividad de captación de fondos del público, con intención de utilizarlos, por cuenta propia, en la concesión de créditos, será por definición, una relación bancaria.

¹ No puedo dejar de comentar lo expresado por Blengio en el sentido de que, siendo muy discutido que el derecho positivo establezca las definiciones, se ha cuestionado incluso la fuerza vinculante de las mismas (En "Ámbito subjetivo de aplicación de Ley de las relaciones de consumo de la perspectiva de la noción de consumidor y la viabilidad de su extensión analógica.", perteneciente al Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXX, pág. 460, nota al pie 11).

² Madrazo Leal, Juan. En "El depósito bancario a la vista", edición Civitas, España, pág. 152.

³ Banco La Caja Obrera S.A., condiciones que figuran al dorso de un formulario de depósito bancario.

⁴ Ponces, Paula. En "Do contrato de depósito bancario", edición Almedina, Portugal, pág. 53.

⁵ Ferri, Giuseppe. En "Manuale di Diritto Commerciale", novena edición, edición UTET, Italia, pág. 904.

⁶ Citado por Ponces, Paula. En "Do contrato de depósito bancario", edición Almedina, Portugal, pág. 59.

⁷ Debe tenerse presente que al menos nuestra Doctrina entiende que contratos son únicamente los acuerdos creadores de voluntades y que los restantes son denominados convenciones.

Garrigues⁸ considera contrato bancario a “...todo acuerdo de voluntades para constituir, regular o extinguir una relación que tenga por objeto una relación bancaria.”

Según Fernández Ruiz⁹ es “... aquel contrato celebrado entre una entidad de crédito y su cliente, para regular una relación jurídica bancaria encuadrada dentro de la actividad de intermediación crediticia en la cual el banco capta fondos ... para utilizarlos en la concesión de créditos.”

Jimenez Sanchez¹⁰ expresa que son “... una categoría particular de contratos comerciales practicados por determinadas entidades de crédito - bancos y cajas- en el desenvolvimientos de su actividad profesional.”

B) Partes del contrato bancario.

En la consideración de las partes del contrato bancario adquiere particular importancia el análisis de una de ellas: la institución bancaria. Digo esto en tanto no es posible dejar de lado de que para la mayoría de la Doctrina¹¹ un contrato entra en la categoría de bancario por contar entre sus partes a un banco. Cabe entonces reconocer la importancia de la parte profesional de estos contratos, definiéndola y comentando la evolución de la regulación de las instituciones de intermediación financiera en nuestro ordenamiento jurídico.

Según señala Olivera García¹² la doctrina ha entendido tradicionalmente que cuando nos referimos a **instituciones bancarias hablamos de los sujetos habilitados para realizar profesionalmente operaciones de interposición en el crédito.**

La **Ley 9756** (10/01/38) limitó a 3 las clases de entidades que el Poder Ejecutivo puede autorizar a realizar operaciones bancarias: **los bancos, las casas bancarias y las cajas populares.** Como señala Delpiazzo¹³, se verificó la coexistencia con las referidas 3 modalidades reguladas por Ley, de sociedades financieras no bancarias cuya constitución y funcionamiento fueron prohibidas por la Ley 13.330 (30/04/65)

Con la entrada en vigencia del **Decreto – Ley 15.322** (17/09/82) la estructura institucional requerida para la realización de operaciones bancarias sufrió grandes modificaciones, previendo 2 modalidades: **los bancos y las empresas financieras no bancarias.** De los arts. 1º y 2º de dicho decreto se desprende que institución de intermediación financiera es toda persona pública o privada que **realice en forma habitual y profesional operaciones de intermediación o mediación entre la oferta y la demanda de títulos valores, dinero o metales preciosos**, admitiéndose (art. 8º) que dicha actividad también se realice por sucursales o agencias de sociedades constituidas en el extranjero¹⁴.

Debemos tener presente que según lo dispuesto por el art. 17 del Decreto – Ley 15.322, los bancos deben adoptar el tipo sociedad anónima, pudiendo las demás modalidades de instituciones de intermediación financiera organizarse bajo otras formas societarias¹⁵.

C) Contrato bancario de depósito de dinero.

Son, según Tapia Hermida¹⁶, “... aquellos en los que el cliente puede exigir a la entidad de crédito depositaria, la restitución de todo o parte del dinero depositado en cualquier momento”.

Como destaca Garrigues¹⁷ el depósito de dinero “... es la operación típica de la más remota actividad bancaria en Babilonia y en Egipto, y más tarde en Grecia y Roma.”

Boix Serrano¹⁸ entiende que “El contrato de depósito es uno de los contratos básicos de la actividad bancaria.” y que los de depósito de dinero a la vista son los que se realizan con el propósito del depositante

⁸ Idem anterior, pág. 59, nota al pie 129.

⁹ Idem anterior.

¹⁰ Citado por Ponces, Paula. En “Do contrato de depósito bancario”, edición Almedina, Portugal, pág. 59, nota al pie 129.

¹¹ Santoro, Vittorio, en “Il conto corrente bancario”, edición Giuffrè, pág. 21 y sigs., Italia, refiere a que parte de la Doctrina ha dudado que una de las partes de estos contratos debe ser necesariamente la banca.

¹² Olivera García, Ricardo. Trabajo titulado “Liquidación de instituciones bancarias” en “Revista de derecho comercial y de la empresa” de enero – julio de 1980, n° 13-14, F.C.U., pág. 35, Uruguay.

¹³ Delpiazzo, Carlos E. Trabajo “contralor de la Banca pública y privada” en “Revista de Derecho comercial y de la empresa” de enero – diciembre de 1986, n° 37-40, F.C.U., pág. 60, Uruguay.

¹⁴ La expresión “empresa” utilizada es poco feliz ya que ésta no es en nuestro ordenamiento jurídico sujeto ni objeto de derecho. Cuando hablamos de empresa nos referimos a una forma de actividad organizada o una forma de organizar la actividad económica (según el Código Civil Italiano de 1942, es una estructura organizacional que se constituye para producir bienes o prestar servicios o comercializarlos, realizando esa actividad para el mercado – entendido éste como entelequia donde se relacionan la oferta y la demanda-)

¹⁵ Rodríguez, Nury y López Rodríguez, Carlos. En “Regímenes concursales aplicables a las sociedades anónimas”, F.C.U., pág. 96, Uruguay.

¹⁶ Tapia Hermida, Alberto J. En “Derecho bancario”, ediciones Cálamo, España, pág. 159 y sigs.

¹⁷ Garrigues, Joaquín. En “Contratos bancarios”, España, 1975, pág. 351.

¹⁸ Boix Serrano, Rafael. En “Curso de derecho bancario”, edición de la Revista de Derecho Internacional Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, España, pág. 159 y sigs.

de que el Banco los custodie y los ponga a su disposición al primer requerimiento por su parte." En igual sentido Cano Rico¹⁹ expresa que es "...la operación pasiva más importante de la banca. ... por la cual ésta recibe fondos de sus clientes para custodiarlos y restituirlos en la forma pactada".

Para Broseta²⁰ es "... el contrato por el cual el Banco recibe de sus clientes sumas de dinero, cuya propiedad adquiere comprometiéndose a restituirlos en la misma moneda y en la forma pactada, pagando al depositante un interés."

Ponces²¹ entiende que el depósito bancario es el "... contrato por el cual una persona (depositante) entrega a un banco (depositario) una suma de dinero o bienes muebles de valor, para que los guarde o restituya cuando el depositante lo solicite." Esta autora siguiendo a La Lumia diferencia los contratos de depósitos bancarios pecuniarios de lo de custodia: mientras que en los primeros (denominados por La Lumia "depositi pecuniari ad uso") implican la transferencia de propiedad del objeto al banco (suele ser dinero), los segundos ("depositi a custodia"), son depósitos en los que la propiedad se mantiene para el depositante. La referida autora comenta que Lordi (doctrina italiana) manifiesta objeciones a una definición tan amplia de contrato de depósito bancario (definición que sigue lo dispuesto por los arts. 1834, 1837 y 1838 del Código Civil italiano) que comprenda las dos figuras señaladas (depósito pecuniario y de custodia), diciendo concretamente que "... no es rigurosamente científica la unificación en un solo grupo, de estas especies de depósitos muy diferentes entre sí." Lordi destaca igualmente la existencia de un elemento común entre dichas especies que es precisamente la seguridad perseguida por el cliente en ambos tipos: "... la seguridad que la clientela debe encontrar en un banco. Seguridad, digamos, moral, cuando le confía dinero, seguridad en la probidad de sus administradores y funcionarios, cuando le confía títulos en administración, absoluta y rigurosamente intangibles; seguridad en la solidez material de las paredes y blindajes ..." cuando utiliza los *confre-forts* de la institución.

Es un **contrato real**, ya que se perfecciona con la entrega del dinero, característica destacada por Ponces²², siguiendo a Molle, La Lumia, Colagrosso, Garrigues, entre muchos otros; es también **unilateral**, ya que una vez perfeccionado surgen obligaciones sólo por parte de la entidad. Garrigues destaca como característica de este contrato la **doble disponibilidad** de los fondos entregados al banco: disponibilidad por el banco en virtud de la transferencia de propiedad, disponibilidad por el depositante en cuanto a que puede en cualquier momento requerir la devolución de los mismos. Igualmente destaca Boix²³, quien agrega (idea compartida por otros autores y que es objeto de desarrollo más adelante) que la obligación que nace para el banco es la de diligencia en el tratamiento del depósito, consistente en "... mostrar la máxima prudencia no sólo en el tratamiento administrativo, sino también en el empleo que haga del dinero con objeto de estar en todo momento en disposición de cumplir la obligación de restitución."

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL DEPÓSITO BANCARIO A LA VISTA.

A) Naturaleza jurídica del depósito bancario a la vista.

Respecto de la naturaleza jurídica del contrato de depósito bancario a la vista puede decirse con Madrazo Leal²⁴, que "... constituye, como es notorio, el centro de una inmemorial debate doctrinal, dentro de cuyos amplios planteamientos se ha discutido incluso la propia trascendencia de la cuestión."

Ponces²⁵ comenta que los orígenes del contrato de depósito bancario de dinero se remonta a Babilonia en el siglo VI a.c.: el papel del banco era el de colocar en seguridad a los fondos que sus propietarios no utilizaban y no querían conservar consigo, con recelo de hurtos u otros peligros y al recibir esos fondos con posibilidad de usarlos, los bancos empiezan a pagar intereses a los clientes. No es de extrañarse que sea remota la discusión sobre la naturaleza jurídica de este contrato.

Comenta Garrigues²⁶ que "... Fueron los jurisconsultos romanos los que plantearon por primera vez el problema de la naturaleza jurídica de ..." este contrato por el cual el banquero (los "argentarii", según Boistel²⁷) recibe dinero ajeno en depósito con facultades de uso. Continúa dicho autor precisando que la

¹⁹ Cano Rico, José Ramón. En "Manual práctico de la contratación mercantil", tomo II, edición Tecnos, España, pág. 42 y sigs.

²⁰ Citado por Cano Rico, José Ramón. En "Manual práctico de la contratación mercantil", tomo II, edición Tecnos, España, pág. 42 y sigs.

²¹ Ponces, Paula. En "Do contrato de depósito bancario", edición Almedina, Portugal, pág. 69.

²² Idem anterior, pág. 104.

²³ Boix, Rafael. En "Curso de Derecho Bancario", Editoriales de Derecho Unidas, España, pág. 160 y sigs.

²⁴ Madrazo Leal, Juan. En "El depósito bancario a la vista", edición Civitas, España, pág. 29.

²⁵ Ponces, Paula. En "Do contrato de depósito bancario", edición Almedina, Portugal, pág. 98.

²⁶ Garrigues, Joaquín. En "Contratos bancarios", España, 1975, pág. 351.

²⁷ Boistel, en «Cours de Droit Commercial», 4ª edición, Francia, editorial Ernst Thorin, pág. 466.

pregunta de si éste es un depósito o un préstamo, fue tema analizado por estudiosos de los siglos XVI y XVII como Sarabia de la Calle, Tomás de Mercado y Villallón. Pasa entonces a preguntarse: ¿qué induce a depositar dinero en un Banco? A lo cual plantea respuestas diferentes según se trate de un comerciante, el cual busca un rápido y seguro servicio de caja, y un particular, el cual busca "...transferir la guarda de su dinero y los peligros inherentes a su custodia a un establecimiento con seguridad más la ventaja del cheque."

Para Madrazo Leal²⁸ servicio de caja es una prestación ajena al contrato de depósito y propia de la cuenta corriente bancaria reconociendo que existe un estrecho vínculo funcional entre dichos contratos y la voluntad de las partes de celebrar los mismos globalmente.

Madrazo Leal²⁹ entiende que sin importar lo que lleva al depositante a la celebración del contrato "... implica siempre en su favor la disponibilidad permanente de los fondos depositados, dado el carácter *ad mutuum* del crédito restitutorio que detenta frente a la entidad depositaria, inherente a la función de conservación que el depositante a la vista, igualmente desarrolla." Desde la perspectiva del depositante, dice Madrazo Leal³⁰, "... el depósito a la vista responde a la necesidad de conservar una suma de dinero con más seguridad de la que el mismo puede ofrecer."³¹ Agrega que "...el propietario de una suma de moneda legal, sea moneda metálica o papel moneda o en todo caso cosas muebles corporales mediante las que el dinero se representa *imperio legal*-se encuentra sujeto al riesgo de pérdida o destrucción- *periculum rei est domini* ...", y es el depósito a la vista que satisface dicha necesidad. Ello no quita que resulte contradictorio que para lograr ese objetivo de custodia, se recurra a un contrato "... cuya perfección supone la transformación del dominio ostentado por el depositante en un derecho de crédito a la restitución del *tantumdem*." Continúa dicho autor, citando a florentino, señalando que el fin del contrato de depósito bancario a la vista es proporcionar "seguridad jurídica" al depositante, "... fin que se alcanza renunciando al derecho de propiedad sobre las cosas ... y sustituyéndolo con un derecho contra un deudor de segura solvencia."

En igual sentido Ponces³² señala que ni los particulares ni los comerciantes quieren conservar grandes sumas de dinero por miedo a los robos, y es en búsqueda de esa seguridad que recurren a los bancos, particularmente al depósito bancario, viéndose beneficiados simultáneamente de otros servicios como los de cheques, de pago, de transferencias bancarias, etc.

Molle y Desiderio³³ señalan, como tantos otros autores, que **en la discusión sobre la naturaleza jurídica del contrato de depósito bancario de dinero, encontramos diversas posiciones**: es un depósito irregular, es un mutuo, es un contrato mixto. Cada una de ellas pone el acento en una de las características del contrato: para quienes entienden que es un mutuo, el traspaso de propiedad al Banco que pasa a detentar facultades de uso, es el elemento clave; para aquellos para quienes es un depósito irregular, lo destacable es la obligación de emplear el dinero con prudencia; y para algunos es un contrato mixto, porque participando de elementos de los anteriores, y por contar con una regulación propia tiene el carácter de unitario por más que comprenda diferentes prestaciones.

Madrazo Leal³⁴ recuerda que las primeras entidades bancarias tenían la prohibición de disponer de los fondos aún siendo propietarios de los mismos, "... obligación de carácter negativo que tenía como fin evitar incurrir en los errores que habían conducido a la quiebra masiva de cambistas y banqueros en la Edad Media." En igual sentido Boistel³⁵ comenta que "Longtemps les dépôts furent conservés religieusement sans qu'on osât y toucher. Puis on n'aperçut qu'il y avait jamais la chance d'une demande de remboursement intégral, et l'on commença à employer les fonds déposés en opérations très sûres et d'un intérêt général..."³⁶, empleándose hoy en día con diversos destinos, pero debiendo siempre estar presente, destaca dicho autor, la prudencia.

²⁸ Madrazo Leal, Juan. En "El depósito bancario a la vista", edición Civitas, España, pág. 29, nota al pie 39.

²⁹ Idem anterior, pág. 29, nota al pie 19.

³⁰ Idem anterior, pág. 34.

³¹ Dicho autor expresa que tales ideas coinciden con las de Sanchez Calero, García Pita, Santos, Valpuesta, Molle, Galgano, Colagrosso, Climenti, Sena, Juglart y Supervielle.

³² Ponces, Paula. En "Do contrato de depósito bancario", edición Almedina, Portugal, pág. 72.

³³ Molle, Giacomo y Desiderio, Luigi. En "Manuale de diritto bancario e dell'intermediazioni finanziaria.", 5ª edición, Italia, edición AG, pág. 135.

³⁴ Madrazo Leal, Juan. En "El depósito bancario a la vista", edición Civitas, España, pág. 29, nota al pie 19.

³⁵ Boistel, en «Cours de Droit Commercial», 4ª edición, Francia, editorial Ernst Thorin, pág. 466.

³⁶ "Durante mucho tiempo los depósitos fueron conservados religiosamente sin que se osara tocarlos. Luego se dieron cuenta de que no existía la posibilidad de una solicitud de restitución integral, y se comenzó a emplear los fondos depositados en operaciones muy seguras y de un interés general ..." (la traducción me corresponde)

1. Teoría del depósito irregular.

Tapia Hermida³⁷ entiende que el **depósito abierto de dinero es un depósito irregular ya que el bien depositado tiene carácter de fungible, de lo cual se deriva que el banco adquiere la propiedad del dinero y con ello la facultad de uso y disposición obligándose a devolver otro tanto de igual especie y cantidad.** De detentar un derecho real de dominio, el depositante pasa a ser titular de un derecho de crédito con las consecuencias que ello conlleva, entre las cuales destaca el referido autor, la “indestructibilidad” propia de una deuda de dinero. Agrega que “Así, en los depósitos bancarios de dinero, la obligación de restitución sustituye a la obligación de custodia en sentido estricto.” No deja de reconocer, sin embargo, que **“Para la clientela, los depósitos a la vista tienen un significado básico de custodia del dueño, ...”**

Garrigues³⁸ expresa que “... el depósito de dinero en el Banco, cuando el dinero se entrega como suma y no como piezas o billetes individualizados, pertenece a la clase de los que la doctrina italiana llama, denominación poco exacta, depósitos de uso ...” Este autor entiende que se trata de un depósito irregular, y que su irregularidad se deriva de la exclusión o modificación de un elemento no esencial, pero sí característico del contrato es decir, de aquellos que deben ser sobreentendidos en la figura normal del pacto. Señala dicho autor que **la obligación del Banco consiste en devolver cosa de igual género y cantidad y no *idem corpus*.** Entre las razones por la que Garrigues defiende la postura de que el depósito bancario de dinero tiene la naturaleza jurídica de depósito irregular, figuran: **la libre disponibilidad del depositante, quien toma la iniciativa del contrato y la modicidad del interés.** Menciona a su vez el hecho de que los Bancos muchas veces huyen al término “depósito a la vista” por temor a las consecuencias jurídicas de esa calificación.

Madrazo Leal³⁹ señala que “... si la irregularidad de un contrato de produce cuando falta en él un elemento característico, natural, pero no esencial para la existencia del tipo de que se trate, la irregularidad del depósito consiste en la adquisición del objeto depositado por parte del depositario.”

De igual manera Boix⁴⁰ sostiene que **es un depósito irregular porque se trata de un depósito de cosa fungible**, por lo que el depositario hace suya la suma depositada, pudiendo consumirla y utilizarla y estando obligado a devolver una suma igual (es por ello una operación pasiva) Pero siempre mantiene, dice dicho autor, las características que lo hacen un contrato de depósito y no de préstamo o de crédito.

Spinelli y Gentile⁴¹ para fundamentar su posición de que tiene la naturaleza jurídica de un depósito, van hasta la misma génesis histórica del instituto. Expresan que así como otros contratos de depósito, se caracterizan por la función de custodia, ya que en el análisis de dicha función encontramos la satisfacción del cliente en la guarda de su dinero, lo que los lleva a sostener que quien deposita una cuantía en el banco pretende fundamentalmente encargar la guarda de sus fondos.

Ripert y Roblot⁴² entienden que el uso del dinero por el banco se debe a que éste no es susceptible de deterioro y la restitución en especie no tiene utilidad alguna para el depositante.

Asimismo Rives-Lange y Contamine-Raynaud⁴³, sostienen que **la calificación que más se aproxima a la psicología de las partes es la de depósito.**

Siendo un depósito, concluye Ponces⁴⁴, como el bien es fungible, tiene que ser un depósito irregular.

Simonetto⁴⁵ ha desarrollado la teoría del aplazamiento, según la cual en el depósito irregular, diferenciado del clásico por la fungibilidad del objeto, **el interesado en el aplazamiento de la restitución es el depositante** mientras que en mutuo el interesado en ello es el mutuuario: ello es lo que determina que la naturaleza jurídica del depósito a la vista sea el de un depósito irregular y no de un mutuo. Tanto la transmisión de propiedad como la facultad de uso son accesorios y no cambia la causa del contrato.

Giannini⁴⁶ se inclina por esta posición, reconociendo que la proximidad entre el depósito irregular y el mutuo existe, marca las diferencias que lo llevan a concluir que es un depósito irregular: 1. la ausencia de un

³⁷ Tapia Hermida, Alberto J. En “Derecho bancario”, ediciones Cálamo, España, pág. 159 y sigs.

³⁸ Garrigues, Joaquín. En “Contratos bancarios”, España, 1975, pág. 351.

³⁹ Madrazo Leal, Juan. En “El depósito bancario a la vista”, edición Civitas, España, pág. 156.

⁴⁰ Boix, Rafael, En “Curso de derecho bancario”, Editoriales de Derecho Unidas, España, pág. 160.

⁴¹ Citados por Ponces, Paula. En “Do contrato de depósito bancario”, edición Almedina, Portugal, pág. 145 y sigs.

⁴² Idem anterior, pág. 145, nota al pie 429.

⁴³ Idem nota al pie 41, pág. 145, nota al pie 429.

⁴⁴ Idem anterior, pág. 145 y sigs.

⁴⁵ Citado por Madrazo Leal, Juan. En “El depósito bancario a la vista”, edición Civitas, España, pág. 29, nota al pie 19.

⁴⁶ Giannini, Torquato. En “I contratti di conto corrente”, Italia, edición Luigi Nicolai, pág. 287.

término para la restitución⁴⁷; 2. que “... mentre il mutuo é fatto nell’interesse di chi prende la somma, il deposito irregolare ni conclude per vantaggio principalmente del deponente.”⁴⁸ Este autor entiende que la propiedad del dinero pasa al Banco y que la facultad de uso está implícita en la consignación de cosa fungible.

Uno de los puntos que se han visto obligados a resolver quienes postulan esta tesis es el tema de la obligación de custodia del depositario respecto de la cosa depositada, que en el depósito bancario al menos estrictamente no se verifica.

Digo que “al menos estrictamente” porque no son pocos ni menos prestigiosos los autores que entienden que **la obligación de custodia está presente en estos contratos pero con matices**, como es postulado por Rodríguez Rodríguez⁴⁹ quien fundamenta tal matiz en que se trata de un “contrato de masas”, o que se presenta de “... una forma poco habitual” (Dutilleul y Delebecque⁵⁰) o **que se da pero en forma especialmente atenuada**: ello es sostenido, como comenta Ponces⁵¹, por Atahíde y Branco, Boix Serrano y Garrigues.

Tanto Boix⁵² como Garrigues⁵³ en realidad postulan que en este contrato la obligación de custodia sufre una mutación, atenuándose más aún que en otros depósitos irregulares (según el segundo), pasando a darse bajo la forma de disponibilidad en doble sentido (para el banco y para el depositante)⁵⁴

Uría⁵⁵ manifiesta, a diferencia de lo expresado por Garrigues, que en el depósito bancario la obligación de custodia está más presente que en otros depósitos irregulares ya que por más amplias que sean las facultades de disposición del banco el **deber de custodia se presenta vivo a través de la necesidad indispensable de administrar su propio patrimonio, de forma que los depositantes puedan, en todo momento, disponer del tantumdem**. Sin duda la facultad de utilización de los fondos no se da con la libertad con que se les presenta a los dominus en general: como sostienen Salanito y Giorgianni⁵⁶, el contrato de depósito bancario es un depósito irregular pero con particularidades en tanto el banco no puede usar la cosa de cualquier manera, ya que la institución debe utilizar los fondos de acuerdo a las reglas técnicas exigidas por el sistema para mantener la solvencia (y, agrego yo, la liquidez) del banco.

Para Giorgianni⁵⁷ la función de custodia no puede ser negada por el hecho de que el depositario tiene que restituir el *tantumdem* (cosa de igual cantidad y género) y no *eadem res* (o *idem corpus*)

La Lumia⁵⁸ en cuanto a dicho punto señala que **el depositario no está obligado a tener en su poder tantumdem de la suma depositada, pero sí a emplear esa suma de manera prudente y líquida para estar en condiciones siempre de restituirlas**. La custodia se ve sustituida por el cálculo de las probabilidades de retiro de depósitos, necesario en este tipo de operaciones de masa. En igual sentido Valpuesta⁵⁹ entiende que la obligación de custodia es suplida por la obligación de **administración prudente**.

Zunzunegui y La Lumia⁶⁰ señalan que la Ley económica lleva a que siendo el depósito a la vista una operación rápidamente realizable la inversión de esos fondos debe efectuarse en operaciones también prontamente realizables. Supervielle⁶¹ expresa que la reserva se presenta como “... una suma representada generalmente por dinero efectivo, que constituya un cierto porcentaje de los depósitos recibidos por los bancos y que responde a la finalidad de hacer frente a los retiros normales, como consecuencia de la circulación de la moneda y de los capitales.” Para Bracco⁶² la seguridad de la devolución de la cosa, sustitutiva de la obligación de custodia, que en el depósito bancario es el dinero, está constituida por las medidas adoptadas

⁴⁷ Sindau, Gustave, en “Le compte courant et les impôts”, Francia, edición «□ Librairie Générale de droit & jurisprudence □», pág. 43, señala que la Jurisprudencia ha diferenciado el depósito en cuenta corriente del préstamo por los caracteres de este último: la fijación de un plazo para la devolución y de un interés a tasas relativamente elevadas.

⁴⁸ “Mientras el mutuo es realizado en el interés de quien toma la suma, el depósito irregular se concluye para beneficio principalmente del depositante.” (la traducción me corresponde)

⁴⁹ (México), citado por Ponces, Paula. En “Do contrato de depósito bancario”, edición Almedina, Portugal, pág. 145.

⁵⁰ Igual fuente nota al pie anterior, pág. 145, nota al pie 432.

⁵¹ Ponces, Paula. En “Do contrato de depósito bancario”, edición Almedina, Portugal, pág. 145 y sigs.

⁵² Boix, Rafael. En “Curso de derecho bancario”, Editoriales de Derecho Unidas, España, pág. 160.

⁵³ Citado por Ponces, Paula. En “Do contrato de depósito bancario”, edición Almedina, Portugal, pág. 145, nota al pie 432.

⁵⁴ En igual sentido Nuñez Lagos, citado por Cano Rico (en “Manual práctico de contratación mercantil”, tomo II, Tecnos, España), destaca la disponibilidad recíproca para ambas partes respecto de la cosa depositada; y Tapia Hermida (en “Derecho bancario”, edición Cálamo, España, pág. 159 y sigs.), quien agrega que la disponibilidad por el cliente al detentar la titularidad de un derecho de crédito a la restitución en cualquier momento, se equipara al dominio sobre el dinero.

⁵⁵ Citado por Ponces, Paula. En “Do contrato de depósito bancario”, edición Almedina, Portugal, pág. 145 y sigs., nota al pie 436.

⁵⁶ Idem anterior.

⁵⁷ Idem anterior, nota al pie 434.

⁵⁸ Citado por Garrigues, Joaquín. En “Contratos bancarios”, España, 1975, pág. 361 y sigs. También citado por Ponces, Paula. En “Do contrato de depósito bancario”, edición Almedina, Portugal, pág. 145, nota al pie 435..

⁵⁹ Citado por Ponces, Paula. En “Do contrato de depósito bancario”, edición Almedina, Portugal, pág. 145.

⁶⁰ “Derecho”, pág. 181. También La Lumia, en “Depositum”, pág. 78.

⁶¹ En “Depositum”, pág. 51.

⁶² Citado por Pérez Fontana, Sagundo. En “Cuadernos de Derecho Bancario”, tomo 2, Uruguay, F.C.U., pág. 18.

por la técnica bancaria que permiten mantener liquidez: dinero suficiente para atender en situaciones normales los reintegros solicitados, pero esas técnicas deben complementarse a su vez con la prudencia aplicada a la política de colocación del dinero que lo ponga a cubierto de eventuales quebrantos.

Caprara⁶³ resalta la trascendencia que en la evolución de la actividad bancaria ha supuesto el utilizar el depósito bancario como medio para obtener capital productivo. Agrega que "... la banca trae su primer impulso de vida de la innovación que ha sabido operar en el campo del depósito monetario, modificando la originaria estructura sin quitar incentivo a su sistemática constitución. La innovación ha podido cumplirse por la consideración de la posibilidad de satisfacer la típica condición, establecida en el depósito de custodia, de restitución a demanda de la suma depositada, con el uso de esta suma en el indeterminado período de su restitución ... una estimación de capacidad putativa del depósito de custodia en abierta operación de crédito monetario."

Las críticas a esta teoría son diversas:

Uno de los puntos destacados por quienes critican esta posición es el hecho de que en estos contratos **la obligación de custodia se esfuma, como dice Vidari⁶⁴, porque el depositario no puede ser custodio de sí mismo** (la propiedad del dinero le fue transferida con la entrega) El mismo autor comenta que para "...salvar el elemento de la custodia que es característico de todo depósito (quod custodiendum alicui datum est), la doctrina se ve obligada a sustituir el concepto de custodia por un concepto *ad hoc*, cuya solidez es harto dudosa."

Asimismo se señala que el interés del cliente no es sólo el de guarda de las cuantías depositadas sino también el beneficiarse del servicio de caja⁶⁵.

Broseta⁶⁶ basa su crítica en que el cliente, supuesto interesado en la custodia del dinero entregado, nada paga al banco por tal servicio.

Ponces⁶⁷ señala que la crítica española se formula en base al art. 1768 del Código Civil de ese país, en tanto **a partir del momento en que se autoriza al depositario al uso de la cosa, el contrato deja de ser depósito y pasa a ser mutuo**. Tal disposición tiene su paralelo en nuestro Derecho: **el art. 2254 del Código Civil según el cual si se confiere permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pasa a ser un préstamo o comodato**. No tiene sin embargo igual en el Código de Comercio uruguayo.

En lo que refiere a **la teoría del aplazamiento**, para la cual el punto relevante en la dilucidación del tema es el plazo para la restitución presente en todo contrato de mutuo pero ajeno al depósito bancario en estudio, los contrarios expresan que **la naturaleza jurídica no puede depender de la disponibilidad**. En este sentido Messineo enseña que un elemento cuantitativo como el término o un mayor o menor preaviso, no es preponderante en la determinación de la naturaleza jurídica del contrato. Entre los fundamentos de su posición Messineo plantea el caso de un contrato en el cual se permite que se levante parte del dinero en cualquier momento y el resto queda sujeto a un plazo, preguntándose ¿se trata de dos contratos de diferente naturaleza contenidos en uno?, a lo que seguidamente responde "... sería absurdo afirmarlo!" Si fuera así parte del contrato se regiría según determinadas reglas y parte según otras.

2. Teoría del mutuo.

La Lumia y Gebbia⁶⁸ expresan que desde el punto de vista estructural el mutuo y el depósito irregular se presentan como idénticos: en ambos se verifica una entrega de suma de dinero con la adquisición del derecho de propiedad para el *accipiens* y el consecuente nacimiento del derecho de restitución para el *tradens*.

Hamuel Lagarde y Jauffret⁶⁹ expresan que **es un mutuo simplemente porque el cliente por medio de este contrato presta dinero al banco**.

Ponces⁷⁰ cita a diversos exponentes de esta postura⁷¹ según los cuales **el fin económico del contrato de depósito bancario de dinero a la vista no es tanto la guarda de los fondos -elemento esencial del depósito-, sino la posibilidad con que cuenta el banco de servirse de ellos**.

⁶³ Citado por Madrazo Leal, Juan. En "El depósito bancario a la vista", edición Civitas, Argentina, pág. 29, nota al pie 19.

⁶⁴ Citado por Garrigues, Joaquín. En "Contratos bancarios", España, 1975, pág. 361, nota al pie 23.

⁶⁵ Entre otros, Van Ryn y Heenen, citados por Paula. En "Do contrato de depósito bancario", edición Almedina, Portugal, pág. 145 y sigs., nota al pie 442.

⁶⁶ Citado por Ponces, Paula. En "Do contrato de depósito bancario", edición Almedina, Portugal, pág. 145 u sigs., nota al pie 442. En igual sentido De Page y Dekkers (Bélica), Chapoutot, Ferreira de Carvalho, Vicent Chuliá, Ferri, Valpuesta y Rodríguez Rodríguez.

⁶⁷ Ponces, Paula. En "Do contrato de depósito bancario", edición Almedina, Portugal, pág. 145 u sigs., nota al pie 434.

⁶⁸ Citados por Ponces, Paula. En "Do contrato de depósito bancario", edición Almedina, Portugal, pág. 145 u sigs.

⁶⁹ Idem anterior.

⁷⁰ Igual fuente referida en nota al pie 64.

⁷¹ Pinto Coelho, Cavleiro de Ferreira, Ferreira de Carvalho, Vasseur, Hamel, Escarra, Chapoutot, Dupuy, De Page y Dekkers, Gavalda y Stofflet, Lordi, Breglia, Porzio, Irusubieta, Vicent Chuliá, Gebbia, entre otros.

Sin duda uno de los argumentos más fuertes de esta posición está dado por el Derecho positivo ya que como se dijo *ut supra*, según gran parte de los códigos civiles vigentes, si se autoriza al depositario al uso de la cosa, el contrato deja de ser depósito y pasa a ser un mutuo (así lo dispone nuestro art. 2254 del referido cuerpo normativo)

Como críticas a esta teoría pueden reseñarse las siguientes.

Se ha sostenido que, **mientras que en el mutuo es esencial el diferimento de la prestación (consistente en la devolución de la suma de dinero), en el depósito bancario ese diferimento no tiene relevancia.** Considero que más allá de lo dicho, siguiendo diversas expresiones relacionadas, la disponibilidad en cualquier momento respecto de los fondos y a favor del depositante es una de las características fundamentales del depósito bancario a la vista.

Pérez Fontana⁷² señala como la objeción más grave a esta posición el hecho de que en el depósito bancario de dinero a la vista el banquero puede cobrarle al depositante.

En igual sentido Ferri⁷³ señala que **el depósito bancario no puede constituir un contrato de crédito si no media un diferimento (tiempo entre la entrega y la devolución) y el mutuo es sin duda un contrato de crédito.**

Salanitro⁷⁴ por su parte recuerda que los contratos de depósito bancario a la vista y el de mutuo tiene diversos destinos: el primero puede ser calificado de “*empréstimo de destino*” (“*pretito di destinazione*”), en tanto está destinado de acuerdo a ciertas técnicas bancarias a ser utilizado por el banco en el desarrollo su función institucional de distribución del crédito.

Spinelli y Gentile⁷⁵ destacan, seguramente como un elemento más de diferenciación, que en el mutuo la regla general es que el mutuuario restituya la cosa en el domicilio del acreedor (hace referencia al art. 1182 del Código Civil italiano) y en el depósito bancario el depositante va al banco a recibir la cosa devuelta. Corresponde decir que según nuestro Código Civil (igualmente en el art. 705 del Código de Comercio, que sería aplicable al caso ya que en virtud del art. 701 del mismo cuerpo, se trataría de un préstamo mercantil), salvo previsión expresa por la que se acuerde algo diferente, el mutuante debe reclamar la cosa en el domicilio del deudor (art.1440), lo cual elimina la aplicabilidad de este fundamento de crítica de acuerdo nuestro ordenamiento jurídico.

3. Teorías del contrato *sui generis*.

Expresa Cano Rico⁷⁶ que **tanto la doctrina mercantilista tradicional como el Tribunal Supremo⁷⁷ se han inclinado por la posición de que el depósito bancario es un contrato *sui generis* o irregular**, en mérito al uso de las cosas depositadas. Agrega que para la mayor parte de la Doctrina no se trata de un préstamo. El panorama no parece tan claro como el descrito por este autor.

Zunzunegui⁷⁸ entiende que se trata de un **contrato autónomo que participa de la naturaleza del préstamo** (en cuanto lo diferencia de éste último, no creo procedente incluirlo en las teorías que clasifican al contrato de depósito bancario como préstamo puesto que únicamente expresa la existencia de elementos comunes pero no le confiere propiamente tal naturaleza jurídica)

Trabucchi⁷⁹ sostiene que se trata de una **relación compleja, de un contrato mixto, incluso que es a la vez un depósito irregular y a la vez un mutuo⁸⁰.**

Asimismo Coppa-Zuccardi⁸¹ es partícipe de la posición que los califica de contratos *sui generis*: no es un depósito irregular ni un mutuo.

⁷² Pérez Fontana, Sagundo. En “Cuadernos de Derecho Bancario”, tomo 2, Uruguay, F.C.U., pág. 15.

⁷³ Citado por Ponces, Paula. En “Do contrato de depósito bancario”, edición Almedina, Portugal, pág. 145 y sigs., nota al pie 475.

⁷⁴ Idema anterior, nota al pie 476.

⁷⁵ Idem nota 69, pág. 145 y sigs., nota al pie 479.

⁷⁶ Cano Rico, José Ramón. En “Manual práctico de contratación mercantil”, tomo II, edición Tecnos, España, pág. 43.

⁷⁷ Se está refiriendo al Tribunal Supremo español.

⁷⁸ Citado por Cano Rico, José Ramón. En “Manual práctico de contratación mercantil”, tomo II, edición Tecnos, España, pág. 44.

⁷⁹ Citado por Ponces, Paula. En “Do contrato de depósito bancario”, edición Almedina, Portugal, pág. 145 y sigs.

⁸⁰ Coincidentemente con Sotgia, Torquebiau y Porquier.

⁸¹ Citado por Ponces, Paula. En “Do contrato de depósito bancario”, edición Almedina, Portugal, pág. 145 y sigs.

4. Teorías de la naturaleza variable.

Tanto La Lumia como Mazeud y Mazeud⁸² sostienen que **la naturaleza jurídica del contrato de depósito bancario a la vista depende de los fines perseguidos por el depositante**: si pretende liberarse de la custodia de las cuantías entregadas, será un contrato de depósito, si la intención es de alguna manera “prestar un servicio” a quien recibe la suma, será un mutuo, presumiéndose que la voluntad es en el último sentido si media un plazo para la restitución.

Otra posición a comentar considera que **la naturaleza jurídica de este contrato depende desde el punto de vista desde el cual se lo considera**: aunque la causa del contrato es única, es diferente según se lo analice desde la óptica de cada parte, así para el cliente será un depósito ya que busca colocar en seguridad su capital reservándose la disponibilidad (eventualmente con intereses); para el banco, por otro lado, la causa será procurarse dinero que le sirva para realizar operaciones pasivas.

Críticas a las teorías de la naturaleza variable:

Braco⁸³ entiende que **el interés prevalente de una de las partes no puede servir como elemento caracterizador de un contrato** por lo que incluso si concurren no variaría la naturaleza jurídica del mismo.

A su vez Scordino⁸⁴ señala que **no es posible acoger la idea de una doble causa**: la causa es una, aunque pueden existir intereses diversos.

Podríamos traer a esta discusión nuestro art. 1287 del Código Civil, según el cual “En todo contrato oneroso, es causa para obligarse cada parte contratante, la ventaja o provecho que le procura la otra parte.” (causa única, intereses que pueden o suelen ser opuestos o diversos)

5. Una teoría novedosa.

No es posible concluir el estudio de las diferentes teorías respecto de la naturaleza jurídica del contrato de depósito bancario a la vista, sin comentar la expuesta por Cano Rico⁸⁵. Este autor **parte del análisis del concepto de dinero elaborado por diferentes autores del área económica**, tales como Lypsey, Broomar, Samuelson-Nordnaus, Schiller, Shapiro, Fisher-Dornbusch, Wonnacott-Wonnacott, para siguiendo el de Wagenführ, concluir que el dinero es “... un medio de pago empleado en común, que se utiliza a efectos de intercambio. Recorre la vida económica como la sangre el cuerpo.”

Señala que en economía nadie discute que el dinero es el dinero legal (efectivo) más el dinero bancario, siendo este último básicamente el dinero depositado. Define concretamente al dinero bancario como “...conjunto de activos liquidados en manos del público derivados de la constitución de depósitos bancarios de dinero”, noción comprensiva tanto de los contratos de depósito a la vista como a plazo, tanto con o sin emisión de documentos representativos o justificativos (libretas de ahorro, certificados de depósito, pagarés bancarios, etc.) Este dinero denominado bancario, cumple la misma función que el dinero legal: cancelación de deudas, liberatorio de obligaciones pecuniarias, medio de cambio y pago. Entiende que tal concepción tiene reconocimiento legal en su país en tanto el art. 1445 del Código Civil español dispone que en la compraventa el precio puede ser pagado con “dinero o signo que lo represente”

Vogel⁸⁶ señala que en el siglo 20 **la discusión, sobre todo en Inglaterra, en si el concepto de dinero desde el punto de vista económico abarcaba sólo las monedas y los billetes o también el dinero depositado o activos a la vista o en efectos cambiarios**⁸⁷, pero que en la actualidad se acepta unánimemente el concepto amplio. Desde el punto de vista jurídico, al menos en Alemania (ordenamiento jurídico a partir del cual escribe dicho autor), rige el concepto restringido, mientras que el amplio lucha por un lugar: la noción de dinero según la cual lo son aquellos medios de pago que el acreedor está obligado a recibir.

De esa “configuración global del dinero” Cano Rico señala que se desprende un cambio a las teorías existentes sobre los depósitos bancarios de dinero. Es de esta manera que este autor expresa que no se verifica una pérdida de la propiedad del dinero por el depositante sino una transformación del dinero legal

⁸² Idem anterior, nota al pie 480.

⁸³ Citado por Madrazo Leal, Juan. En “El depósito bancario a la vista”, edición Civitas, España, pág. 156, nota al pie 21.

⁸⁴ Citado por Ponces, Paula. En “Do contrato de depósito bancario”, edición Almedina, Portugal, pág. 145 y sigs.

⁸⁵ Cano Rico, José Ramón. En “Manual práctico de contratación mercantil”, tomo II, edición Tecnos, España, pág. 45 y sigs.

⁸⁶ Vogel, Klaus. En “El Estado moderno y el dinero”, (Alemania), perteneciente a “Estudios en memoria de Ramón Valdés Costa”, F.C.U., pág. 37.

⁸⁷ Teoría del “banking”.

en dinero bancario ya que **el depositante sigue siendo propietario de la misma cantidad de dinero pero en lugar de efectivo lo es de dinero bancario**. “No hay tal crédito ni tal traspaso de propiedad, sino un bien que puede ser objeto, por sí mismo, de tráfico jurídico en nuestro derecho, y constituirse sobre él determinados derechos reales (propiedad, usufructo y prenda) y obligaciones (crédito, préstamo, donación, depósito, fianza, etc.)” Lo que se da es un depósito de uso del dinero: por eso se le paga al depositante y se le exigen al Banco garantías, cautelas y coeficientes⁸⁸.

Es de esta manera que Cano Rico fundamenta su idea posición de que en realidad no hay “un trasvase de propiedad desde el depositante al Banco”, y dice haber encontrado la explicación del porqué de la remuneración abonada al depositante así **como de que se pueda abrir una cuenta corriente bancaria con un cheque: de otro modo sería un depósito irregular que deriva sus fondos de otro depósito irregular**.

Comentario sobre esta posición:

Considero que con esta posición, con una visión que tiene todo lo positivo de aquellas que con seriedad muestran como en el Derecho aún sobre temas muy estudiados hay mucho por hacer, y con la cual corresponde que manifiesta muchas coincidencias, no resulta suficiente para cambiar algunos problemas que se presentan: por más que el depositante no deje de tener con la cosa un vínculo propio del dominus, pasa de detentarlo en una cosa cuyo valor depende estrechamente del prestigio y suerte del banco. Es decir, **el depositante pasará a ser dueño de dinero bancario, pero si la institución con la que ha contratado el cambio de dinero legal por bancario entra en crisis, pocos o ninguno se lo aceptaría para cancelar deudas o a cambio de bienes o servicios, y tendría, así como resulta de las restantes teorías, un derecho personal contra la institución de intermediación financiera**.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CUENTA CORRIENTE BANCARIA.

Aunque en una primera instancia este tema parecería exceder el del presente trabajo, como señala Tapia Hermida⁸⁹, en el depósito a la vista en cuenta corriente se produce **una simbiosis contractual entre el contrato de depósito abierto de dinero de disponibilidad inmediata por el cliente más el contrato de cuenta corriente bancaria con pacto adicional de cheque**, por el cual el cliente puede disponer del dinero librando órdenes de pago con esa forma. En igual sentido Madrazo Leal⁹⁰, como ya fuera expresado, reconoce el estrecho vínculo funcional entre dichos contratos y la voluntad de las partes de celebrar los mismos globalmente. Por su parte L’Hereux⁹¹ señala que “Le dépôt de fonds suppose l’ouverture d’un compte bancaire par le déposant qui marque le début de rapports contractuels complexes.”⁹² Asimismo el Tribunal Supremo español, en sentencia del 15/06/1993 ha expresado **que respecto de la cuenta corriente bancaria se verifica un proceso por el cual ésta se va despegando del depósito bancario que le servía de base**.

Ponces⁹³ asimismo señala que la noción de depósito bancario se encuentra ligada al de cuenta corriente bancaria. Ferronmière y Chillaz⁹⁴ las perciben como nociones íntimamente relacionadas: las relaciones entre un banco y su cliente comienzan normalmente con una “entrega” del cliente, en la mayoría de los casos un depósito de dinero, que origina la apertura de una cuenta. Para Jaime Seixas⁹⁵ subyacente al depósito está la cuenta corriente bancaria.

Aunque algunos autores han considerado que ambos conceptos, el de depósito bancario y el de cuenta corriente bancaria, son coincidentes, otros como Thierry D’Ennequin⁹⁶ han concluido que se trata de contratos diferenciables. Dicho autor destaca que mientras el depósito irregular (contrato al que más se aproxima el de cuenta corriente), es unilateral ya que implica obligaciones sólo para el Banco, de la cuenta corriente bancaria emergen obligaciones para ambas partes por lo que es sinalagmático: únicamente al cerrar la cuenta se dilucidará quien es el deudor y quien el acreedor.

El concepto de cuenta corriente bancaria, destaca Villegas⁹⁷, admite una visión al menos dos puntos de vista: por un lado el **técnico bancario**, y por otro el **jurídico**. Desde el primero, dicha cuenta corriente se

⁸⁸ Exigencias del sistema y por parte de la autoridad de supervisión bancaria y no directamente por el cliente.

⁸⁹ Tapia Hermida, Alberto J. En “Derecho bancario”, ediciones Cálamo, España, pág. 159 y sigs.

⁹⁰ Madrazo Leal, Juan. En “El depósito bancario a la vista”, edición Civitas, España, pág. 29, nota al pie 39.

⁹¹ L’Hereux, Nicole. En “Droit bancaire”, 3 edición, Ivon Blais Inc, Canadá, pág. 56.

⁹² El depósito de fondos supone la apertura de una cuenta bancario por el depositante que marca el comienzo de relaciones contractuales complejas.

⁹³ Ponces, Paula. En “Do contrato de depósito bancario”, edición Almedina, Portugal, pág. 95.

⁹⁴ Citadas por Ponce, Paula, en fuente citada en nota al pie anterior.

⁹⁵ Citadas por Ponce, Paula, en fuente citada en nota al pie n° 89.

⁹⁶ Thierry D’Ennequin, Jacques. En “Le compte courant”, Francia, edición «Librarie Générale de Droit & jurisprudence», pág. 44.□

⁹⁷ Villegas, Carlos Gilberto. En “Teoría y práctica del cheque y la cuenta corriente bancaria”, edición Vazquez Manzini, pág. 26, Argentina.

presenta como “una gran matriz”⁹⁸ hacia donde “...confluyen todas las demás operaciones y servicios que el banco brinda a su clientela.”

Desde el punto de vista jurídico, se analiza como aquel contrato mediante el cual el banco se obliga principalmente a brindar servicio de caja (cobranzas y pagos) por medio de cheques u otros medios, siempre con orden del cliente, y fundamentalmente “... mantener disponibles para el cuentacorrentista los depósitos que éste efectúe en dicha cuenta.” Por su parte para el cuentacorrentista, según Villegas, la obligación que emerge de este contrato es la de mantener un crédito contra el banco, sea por medio de depósitos de fondos en la cuenta o por medio de autorización del banco para girar en descubierto. Es esta apreciación la que le permite discrepar con quienes, como Zavala Rodríguez, entienden que la cuenta corriente bancaria es un contrato unilateral, con obligaciones únicamente para el banco.

En igual sentido Boistel⁹⁹ señala que desde el punto de vista material la cuenta corriente es una especie de contabilidad que permite seguir fácilmente las fluctuaciones incesantes de una cuenta, registrando los accesorios (intereses, comisiones, etc.)

En definitiva Villegas considera que la cuenta corriente bancaria es “...la cobertura de una operación típicamente pasiva, en virtud del cual el cliente se obliga a mantener crédito en esa cuenta, sea mediante depósitos, o de otra forma, y el banco se obliga a mantener ese crédito siempre disponible para el cliente, no limitándose solamente a la “guarda” de depósitos sino prestando un activo servicio de caja, atendiendo las órdenes del cliente sobre cobros, pagos y transferencias.”

Mezzera¹⁰⁰ diferencia la cuenta corriente a descubierto y la cuenta corriente con provisión de fondos: la primera es una apertura de crédito que puede irse utilizando hasta alcanzar el límite prefijado, en este tipo el banco siempre es acreedor y el cuentacorrentista siempre es deudor; la segunda es más bien una cuenta de depósito, es decir, en la que el cuentacorrentista vierte fondos para luego ir retirándolos (directamente o por terceros) mediante cheques. En el último tipo referido, se establece una relación de crédito recíproco entre banquero y cuentacorrentista.

Diversas son las posiciones sobre la naturaleza jurídica del contrato de cuenta corriente bancaria, algunas de las cuales en los hechos han sido superadas: 1) para la doctrina francesa e italiana del siglo XIX no cabía más que negar la existencia de un contrato de cuenta corriente bancaria, hasta el punto de que la Casación francesa entendió que se trataba únicamente de un “dato de la teneduría de libros”. Se trata de una posición que ha pasado a la historia. 2) una doctrina que hasta nuestros días tiene un importante número de seguidores, es la que postula que la cuenta corriente bancaria es una especie dentro del género cuenta corriente mercantil. 3) para otros, del análisis de la cuenta corriente bancaria resultan diversas figuras o negocios.

A) La cuenta corriente no es un contrato.

Como se expresó antes, se trata de una posición ampliamente superada, que como señala Boistel¹⁰¹, se corresponde con la infancia de la ciencia sobre el tema. Sus exponentes más conocidos fueron Pardessus y Alauzet¹⁰², pero también Dietz y Merlin¹⁰³ la proclamaron. Según esta posición la cuenta corriente, como se ha dicho, no es un contrato sino un cuadro de contabilidad. Pardessus concretamente entendía que es “... une sorte de contrat”¹⁰⁴, “... le solde de une compte courant n’est en substance que le résumé de plusieurs prêts partiels, ...”¹⁰⁵.

B) Es una especie de cuenta corriente mercantil.

Uría¹⁰⁶, seguidor junto a Eizaguirre y Moll de Miguel, de la denominada teoría unitaria, entiende que cuenta corriente bancaria y cuenta corriente mercantil tienen igual naturaleza, siendo ambas subespecies de un mismo contrato. Dicho autor, haciendo referencia a diferentes exponentes de la misma como Bonneau y

⁹⁸ Expresión de Maccarone, citado por Villegas, Carlos Gliberto. En “Teoría y práctica del cheque y la cuenta corriente bancaria”, edición Vazquez Manzini, Argentina, pág. 26.

⁹⁹ Boistel, en “Cours de Droit Commercial”, Francia, 4ª edición, editorial Ernest Thorin, pág. 607.

¹⁰⁰ Mezzera, Rodolfo. En “Curso de Derecho Comercial”, tomo III, F.C.U., Uruguay, pág. 356.

¹⁰¹ Boistel, en “Cours de Droit Commercial”, Francia, 4ª edición, editorial Ernest Thorin, pág. 614.

¹⁰² Citados por Pinet, René. En “Le Compte Courant”, edición Maison Ferd. Laucien (Bélgica) y Librairie A. Rousseau (Francia), pág. 11. También citados por Bonelli, Gustavo. En “Della cambiale, dell’Assegno bancario e del contratto di conto corrente”, Italia, editorial Dottor Francesco Vallardi, pág. 836 y 837; y el último asimismo por Gianini, Torquato, en “I contratti di conto corrente”, Italia, edición Luigi Niccolai, pág. IX del Prefacio.

¹⁰³ Citado por Pinet, René. En “Le Compte Courant”, edición Maison Ferd. Laucien (Bélgica) y Librairie A. Rousseau (Francia), pág. 11.

¹⁰⁴ “... una suerte de contrato”, queriendo indicar que propiamente no lo es.

¹⁰⁵ “... el saldo de una cuenta corriente no es en substancia más que el resumen de muchos préstamos parciales ...”

¹⁰⁶ Uría, Rodrigo. En “Derecho mercantil”, Marcia Pons, 19ª edición, España, pág. 805.

Grua, destaca que la parte de la doctrina francesa se ha manifestado en tal sentido, pero no considerándola un mero mecanismo crediticio sino que poniendo relieve en que es a través de ella que se ofrecen créditos y servicios.

Críticas:

Existen relevantes diferencias entre los dos contratos. Entre ellas Villegas¹⁰⁷ destaca: mientras que en la cuenta corriente mercantil rige la indivisibilidad y los saldos no se vuelven exigibles hasta el cierre de la cuenta, en la bancaria, la disponibilidad es el principio que prima, de lo que se deriva que los créditos no están sujetos a ningún plazo o condición.

C) Tiene autonomía respecto de la cuenta corriente mercantil y del depósito irregular.

Garrigues¹⁰⁸ entiende que **es un contrato autónomo diferente y diferenciado de la cuenta corriente comercial así como del depósito irregular de dinero.**

La autonomía respecto al depósito bancario la postulan también Sánchez Calero y Broseta Pont¹⁰⁹. Para el primero se trata de una subespecie de la comisión; para el segundo, es un contrato autónomo por su contenido pero "... dependiente, superpuesto o accesorio de aquellos contratos ...", refiriéndose entre otros al depósito, "... sin los cuales no puede existir y a los que suele ir siempre unido, para mayor comodidad de los clientes..."

Embrid Brujo¹¹⁰ sostiene que la cuenta corriente bancaria es un tipo contractual independiente caracterizado por ser un contrato de gestión.

D) Reúne una pluralidad de figuras. Es un contrato sui generis.

Parte de los seguidores de esta posición, que tiene como uno de sus integrantes a Molle, comienzan por diferenciar entre la cuenta corriente impropia, denominada también de gestión o disponible, y la cuenta corriente por correspondencia. En la primera la obligación del banco consiste en asegurar la disponibilidad y eventualmente, brindar el servicio de caja por medio del cheque. En la cuenta corriente por correspondencia, el banco pasa a ser un mandatario del cliente que cumple los encargos de este último. En el segundo tipo, a la actividad de acreditar-debitar que el banco practica en el primero, se agrega la de ejecutar lo encomendado por el cuentacorrentista.

Molle concretamente señala que se trata de un contrato innominado, mixto, en el cual se unen diversas prestaciones propias de contratos nominados que giran en torno a la prestación principal que es el mandato.

Garrigues¹¹¹ por su parte expresa que, habiendo nacido como pacto accesorio al depósito de dinero y como instrumento para la movilización de los fondos en cuanto permite que se realicen pagos a terceros por orden del cliente, y no limitándolo a restituciones a este último, de su evolución ha surgido una relación por el cual el banco se torna un administrador de los dineros depositados, verificándose en su seno diferentes contratos como el depósito, el préstamo, la apertura de crédito, etc. El servicio de caja, dice este autor, pasa a ser lo esencial en la cuenta corriente bancaria. Garrigues entiende que se trata de una "gestión de negocios ajenos", mezcla de mandato y cuenta corriente mercantil.

En igual sentido Vicent Chulia¹¹² expresa que se trata de un contrato atípico, mixto, en el cual prevalece la noción de mandato o comisión. Es una mera infraestructura para la mayor parte de los contratos bancarios.

Noblet¹¹³ señala que es una combinación de otros contratos: el préstamo, el mandato o la comisión, el depósito, entre otros, destacando al primero como la operación fundamental. Junto a Massé¹¹⁴, ven al contrato de cuenta corriente como una convención de préstamo recíproco.

¹⁰⁷ Villegas, Carlos Gilberto. En "Teoría y práctica del cheque y la cuenta corriente bancaria", edición Vazquez Manzini, Argentina, pág. 29.

¹⁰⁸ Citado por Bañó Aracil, Jordi. En "Reflexiones en torno a la cuenta corriente bancaria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", perteneciente a "Estudios sobre jurisprudencia bancaria", editorial Arazandi, España, págs. 149 y sigs.

¹⁰⁹ Idem anterior.

¹¹⁰ Embrid Brujo, José. En "Contratos bancarios", Civitas, España.

¹¹¹ Citado por Villegas, Carlos Gilberto. En "Teoría y práctica del cheque y la cuenta corriente bancaria", edición Vazquez Manzini, Argentina, pág. 30.

¹¹² Vicent Chulia, Francisco. En "Compendio crítico de Derecho Mercantil", edición Bosch, España.

¹¹³ Citado por Pinet, René. En "Le Compte Courant", edición Maison Ferd. Laucien (Bélgica) y Librairie A. Rousseau (Francia), pág. 12.

¹¹⁴ Idem anterior.

Delamare y Le Poitvin¹¹⁵, cuya posición fue luego desarrollada por Feitu, coinciden en que se trata de un contrato *sui generis*, pero no comparten la visión de Noblet y Massé en tanto entienden que no hay préstamo, ni existe deudor y acreedor, hasta la clausura de la cuenta, lo cual se deriva del principio de indivisibilidad. En este último sentido, Boistel¹¹⁶ enseña que en la cuenta corriente se registran las diferentes operaciones de préstamo, perdiendo éstas su individualidad, para pasar a ser un dato, un “artículo”, de aquella, ocurriendo ello por el principio de indivisibilidad de la cuenta corriente, y por lo cual sólo al cierre de la cuenta se define quien es el deudor (surge del balance entre los artículos)

V. DERECHO DEL CONSUMIDOR

A) Derecho del consumo.

Este es el marco en el cual he decidido estudiar el derecho a la información del depositante en cuenta corriente bancaria, no dejando de lado, como dije, que este derecho exorbita el denominado Derecho del consumidor, y todas las dificultades que pueden presentarse para catalogar al depositante bancario en el concepto de consumidor dado por el Derecho positivo.

El Derecho del Consumo engloba a aquellas normas jurídicas que tienen por fin la defensa de los derechos de los consumidores. Según Stiglitz y Stiglitz¹¹⁷, el Derecho del Consumidor es el “sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos de implementación, consagrados por el ordenamiento jurídico en favor del consumidor para garantizarle en el mercado una posición de equilibrio en sus relaciones con empresarios.” Pero como se ha señalado¹¹⁸, se ha pasado de una defensa del consumidor a “... una defensa de la igualdad de las partes en el mercado o en una potenciación de la transparencia y perfección de ese mercado para que las decisiones que se tomen en el mismo sean informadas y libres.”

La protección del consumidor en general por medio de una norma jurídica tuitiva constituye el resultado de al menos una constatación: puede entenderse que la generalidad de los consumidores son la parte más débil en la contratación moderna. Como señala Picod¹¹⁹, se parte de una “... presunción de ignorancia legítima” y particularmente de la relación de éste profano con un profesional en el que confía; de lo que además se deriva que si se trata de una relación basada fundamentalmente en la **confianza**, se acentúa el deber de informar. Ordoqui¹²⁰ destaca que en la contratación moderna en la que las relaciones contractuales de automatizan, el consentimiento se va diluyendo y aparece la confianza, siendo la publicidad un instrumento para crear confianza y consumo.

A pesar de la importancia que ha adquirido en la sociedad contemporánea el Derecho del Consumo, no son pocos los estudiosos del tema que entienden que no es el ordenamiento jurídico el sistema capaz de proteger al consumidor. Entre ellos, Alfaro¹²¹ expresa que “... Afortunadamente para los consumidores -y desgraciadamente para los juristas que se dedican al derecho del consumo- **los precios proporcionan información sobre la calidad de los productos y la competencia desapodera a los empresarios, construyendo su conducta e impidiendo que exploten a los consumidores.** La competencia proporciona tales resultados no sólo en el modelo teórico de mercados completos y perfectos, sino también en los mercados reales, imperfectos, plagados de fallas. Desgraciadamente para aquellos juristas, también, no hay ninguna garantía de que el Derecho cumpla esa función de una forma más eficiente que el propio mercado.” (los destacados me corresponden)

Es importante recordar que cuando analizamos cual debe ser la conducta exigible a un agente económico, como en definitiva sucede en el presente trabajo, a la relevancia que el tema tenga para los co-contratantes

¹¹⁵ Citados por Pinet, René. En “Le Compte Courant”, edición Maison Ferd. Laucien (Bélgica) y Librairie A. Rousseau (Francia), pág. 12 y 16. También citados por Bonelli, Gustavo, en “Della cambiale, dell’Assegno bancario e del contratto di conto corrente”, Italia, editorial Dottor Francesco Vallardi, pág. 835.

¹¹⁶ Boistel, en «Cours de Droit Commercial», 4ª edición, Francia, editorial Ernst Thorin, pág. 612.

¹¹⁷ Stiglitz, Gabriel y Stiglitz, Rúben. En “Derecho y defensa de los consumidores”, Argentina, edición La Rocca, pág. 166. También en “Derecho de daños”, vol. 2, Argentina, edición La Rocca, pág. 67.

¹¹⁸ Fuente: obra colectiva “Contratos mercantiles”, tomo I, cuyo director fue De la Cuesta, J. María, edición Bosch, España, pág. 80.

¹¹⁹ En “Derecho de daños”, vol. 2, Argentina, edición La Rocca, pág. 562.

¹²⁰ Ordoqui, Gustavo. En “El contrato en el año 2000” perteneciente a “Anales del foro”, N° 123, Uruguay, pág. 138 y sigs.

¹²¹ Alfaro, Jesús. En “Protección de los consumidores y derecho de los contratos”, publicado en el Anuario de Derecho Civil, tomo XLVII, fascículo II, abril-junio de MCMXCIV, España, pág. 306.

¹²² Rippe, Siegbert. En “Derecho a la competencia”, ciclo de conferencias de la Asociación de Escribanos del Uruguay, año 1999, Uruguay, Pág. 9.

del mismo, debe agregarse la que seguramente pueda alcanzar para el mercado. Aquel mercado conceptualizable como "...ese lugar abstracto, esa cuasi entelequia"¹²³ en donde **se contactan la oferta y la demanda de bienes y servicios**; o como el área de la actividad económica en la cual compradores y vendedores se encuentran y las fuerzas de la oferta y la demanda afectan los precios¹²³.

Es justamente la regulación del mercado en diversos aspectos, englobado en denominado Derecho del Mercado, lo que pone en contacto con el Derecho del consumidor, nada menos que con el Derecho de la competencia y el Derecho de la propiedad industrial. Como expresa Rippe¹²⁴, Derecho de la competencia, Derecho del Consumidor y Derecho de la Propiedad Industrial constituyen el "...trípode jurídico en el que se sustenta..." el Derecho del Mercado.

Señala este autor que tanto el derecho de la propiedad intelectual como el de la competencia se dirigen directamente a regular los derechos del empresario en su actividad en el mercado, protegiendo indirectamente los derechos de los consumidores¹²⁵. Aunque corresponde decir que ha sido Rippe¹²⁶ quien ha destacado que lo que originariamente ha sido una defensa indirecta del consumidor por la normativa citada, se va tornando en una protección directa mediante la construcción de un Derecho del Mercado que tiene por fin la defensa de esos tres elementos (competencia, propiedad industrial y consumidor) de forma conjunta.

En igual sentido Kemelmajer¹²⁷ pone énfasis en que en el Mercado actual son 3 los hechos que van juntos: consumo, crédito y publicidad, lo cual trae aparejado grandes cambios en la contratación y torna necesarias normas que regulen la nueva realidad, sobretodo normas de protección del consumidor y del competidor.

Barbier¹²⁸ entiende que la tutela de los clientes bancarios puede llevarse adelante en forma directa o indirecta: la primera implica un equilibrio entre intereses entre empresarios del sector financiero; la directa implica el equilibrio entre el sector financiero y el usuario. Hacia una protección indirecta, se deben asegurar la **libre competencia entre los integrantes del sector**, el comportamiento correcto en la dinámica de la competencia (**competencia leal**), y rigurosos controles de la estabilidad y la **transparencia**. De la transparencia del desarrollo de la actividad de intermediación financiera, puede surgir la información suficiente y idónea hacia el público que habiliten elecciones más concientes. En lo que refiere a la protección directa del cliente bancario, se requiere el establecimiento de garantías tanto en la etapa de gestación del contrato como en la de la ejecución del mismo, tornándose necesario que se atienda a las técnicas de información del cliente, técnicas de contacto social con el cliente, técnicas de formación del contrato y de definición de su contenido y modos de ejecución. De nuevo la transparencia del mercado, se presenta asociada a las técnicas de información del cliente, refiriendo a la información de los estados patrimoniales y financieros de las entidades, pero también de la naturaleza, contenido y efectos de las operaciones que se proponen.

Coincido en que la defensa de la competencia **como mecanismo esencial al funcionamiento del mercado**, se encuentra íntimamente relacionada con el tema de este trabajo. Digo esto en tanto es innegable que informar al cliente puede traer consigo altos costos, y no lo digo precisamente por los gastos en informar en sí, sino por las consecuencias que puede traer consigo el negociar con un cliente informado. Aunque podría reconocerse que la población en general sabe que las instituciones de intermediación financiera utilizan el dinero de los depositantes, no es posible afirmar con tanta certeza que sean concientes de que prácticamente (para una posición Doctrinaria es así totalmente) le prestan dinero al banco (justamente personas jurídicas cuyo patrimonio se caracteriza por ser ínfimo, es decir, que tornan en teórico nuestro art. 2372 del Código Civil¹²⁹) Es así que un banco que informe a sus clientes, podrá estar en desventaja frente a sus competidores, y avanzando más aún, un sistema financiero en que se informe más a sus clientes, estará o podrá estar en desventaja frente a sus competidores (otros sistemas financieros) Salvo, claro está, hasta que la buena fe en la contratación y la transparencia del mercado sean tomados como valores agregados.

¹²³ "the area of economic activity in which buyers and sellers come together and the forces of supply and demand affect prices" Según Diccionario legal Merriam-Webster's ©1996. Merriam-Webster, Incorporated.

¹²⁴ Rippe, Siegbert. En prólogo al libro "Mercado y derecho" de Eva Holz, F.C.U., Uruguay.

¹²⁵ Arrighi, Jean Michel, en el artículo "Protección jurídica del consumidor. Aspectos nacionales e internacionales." Perteneciente al libro "Derecho del consumidor", F.C.U., pág. 10, en la evolución de la protección de los derechos del consumidor, se paso de buscar reglas que reduzcan los excesos a sumarle a esta tarea "... una preocupación por lograr un juego comercial más transparente, ..., una competencia leal."

¹²⁶ Rippe, Siegbert. En artículo "El consumidor en el sistema regional e internacional" perteneciente a "Estudios jurídicos en memoria del profesor Rodolfo Mezzera Alvarez", F.C.U., Uruguay, pág. 405.

¹²⁷ Kemelmajer, Aída. En "Jornadas uruguayas de Derecho internacional Privado. Profesor Esc. Eugenio B. Cafaro.", A.E.U., pág. 7.

¹²⁸ Barbier, Eduardo. En "Contratación bancaria", edición Astrea, Argentina, pág. 40.

¹²⁹ Dicha norma dispone que "Todos los bienes del deudor, exceptuándose los no embargables (artículo 2363), son la garantía común de sus acreedores ..."

Szafir¹³⁰ entiende que “Toda política de defensa del consumidor tiende, en última instancia, a garantizar la igualdad, restableciendo el equilibrio entre las partes.” Para ello parece imprescindible dejar al descubierto esas situaciones en las que bajo apariencia de un contrato se esconde el “sometimiento”¹³¹.

B) Derecho del Consumo en Uruguay.

Aunque nuestro Derecho no cuenta, a diferencia de otros Estados como Argentina y Brasil, con una disposición constitucional en materia de protección de los consumidores, en tanto ha suscripto las Directrices de las Naciones Unidas (concretamente la Resolución 39/248 del 16/04/85) el Uruguay está obligado a programar políticas en esta área. En tal sentido, entre las Directrices de la Naciones Unidas para la protección del consumidor (1986)¹³², se especifica que “**Las políticas de los gobiernos deben tratar de hacer posible que los consumidores obtengan el máximo beneficio de sus recursos económicos...** Los gobiernos deben intensificar sus esfuerzos para impedir el empleo de prácticas que perjudiquen los intereses económicos de los consumidores, garantizando que los productores, los distribuidores y cuantos participen en la provisión de bienes y servicios cumplan las leyes y las normas obligatorias vigentes”

Por otra parte, los derechos de los consumidores se derivan de otros sí reconocidos por nuestra Lex Fundamentalís que son inherentes a la personalidad humana como el derecho a ser protegido en el goce de la vida, la salud y la seguridad (art.7) y pueden además extraerse del art. 72 como derecho inherente a la forma Republicana de Gobierno. Pero como señala Szafir¹³³ (y en consonancia con lo dispuesto en la Directrices de las Naciones Unidas antes referidas) nuestro legislador no ha buscado únicamente la protección del consumidor en sus derechos fundamentales, sino que “... pretende proteger también el interés económico del consumidor sancionando las prácticas y cláusulas abusivas en las negociaciones de consumo.”

VI. EL CONSUMIDOR

A) Concepto. Derecho positivo (nacional y comparado)

Como resulta de la misma denominación de nuestra Ley “de relaciones de consumo” y del art. 1 de la misma, el objeto de regulación es el vínculo a título oneroso entre proveedor que provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como consumidor final (art. 4) Partiendo de esa base puede percibirse sin dificultad la trascendencia de la definición de que es consumidor y que es proveedor: son éstos quienes traban la relación a la que es aplicable esta Ley.

Para nuestra Ley es consumidor es toda persona física o jurídica que utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. Este concepto implica diversas decisiones adoptadas por el legislador: incluir como sujetos protegidos a las personas jurídicas, es una de ellas y está fundamentado por el hecho de que “El hecho de ser persona jurídica no la convierte en consumidora poderosa que pueda impedir los abusos que existen en el mercado. No se trata de analizar el poder económico del consumidor, sino su debilidad frente al proveedor que actúa igual frente a un consumidor pobre o rico, persona física o jurídica.”¹³⁴ Pero lo más relevante a los efectos de este trabajo es el **concepto de destinatario final**, que como se desarrolla más adelante, puede constituir el sustento de la teoría que excluye a los clientes bancarios como consumidores.

Para el **Derecho estadounidense es consumidor** “...quien compra, utiliza, mantiene y dispone de productos y servicios, es decir, el adquirente de bienes o usuario de servicios para satisfacer necesidades personales o familiares, no contemplando posibles lucros o posteriores reventas ...” excluyéndose a productores, fabricantes o vendedores al por mayor o menor.

En el **Derecho británico** para que estemos ante un consumidor se requiere que el contrato no se enmarque dentro del curso ordinario de sus actividades comerciales pero sí en las de la contraparte y

¹³⁰ Szafir, Dora. En “Consumidores. Análisis exegético de la Ley 17189”, F.C.U., Uruguay.

¹³¹ Expresiones de Puig Brutau, citado por Ordoqui, en el artículo “Algunas reflexiones sobre la protección al consumidor en la contratación por adhesión a condiciones generales.” perteneciente a “Aspecto jurídicos de la defensa del consumidor”, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, segunda serie, No 17, 1991, pág. 68.

¹³² En “Derecho del consumidor”, ciclo de conferencias, F.C.U. 1988, Uruguay, pág. 20.

¹³³ Szafir, Dora. En “Consumidores. Análisis exegético de la Ley 17.189”, F.C.U., Uruguay, pág. 52 y 52.

¹³⁴ Idem anterior, pág. 25.

que las mercancías objeto del contrato sean de las que habitualmente se destinan al uso y consumo privado¹³⁵.

Por su parte en **España**¹³⁶, consumidor o usuario es la persona física o jurídica que adquiere, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, de un bien, cosa o servicio (es más amplio, incluyendo también funciones y actividades), para satisfacer sus necesidades domésticas y usarlo sin ánimo de lucro. Viguri Perea¹³⁷ señala que el concepto legal de consumidor implica un aspecto subjetivo: el destinatario final, y otro objetivo: como destinatario final de un producto o servicio que no ha de integrarse en el proceso de producción. La noción expuesta, además de ser ampliamente criticada por parte de la Doctrina por corresponderse con la idea económica de consumidor, no puede tenerse como la única vigente en el Derecho positivo español en tanto la Directiva europea 93/13/CEE (del 05/04/1993) da un concepto que puede considerarse en algunos aspectos más amplio¹³⁸ que la Ley General¹³⁹. Dicha norma de la Unión Europea refiere a consumidor como toda persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional¹⁴⁰. Aunque suele ocurrir que un sujeto encuadre en el concepto de consumidor por ambas normas (comunitaria y Ley nacional), en el caso de que ello no suceda, se entiende que prima el comunitario por ser más amplio¹⁴¹. A su vez corresponde decir que el concepto comunitario ha sido recogido en numerosas normas en materia de protección de determinados sectores de consumidores (como en el art. 1.2 de la Ley de crédito al consumo¹⁴² que incluye protección de los consumidores bancarios)

El art. 2 de la Ley General de Protección al Consumidor de **Honduras** es citado por Gutiérrez Falla¹⁴³ como ejemplo de un concepto amplio de consumidor recogido por el Derecho Positivo. Dicha disposición dispone que es consumidor "... cualquier persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta bienes o servicios, cualquiera sea la naturaleza, pública o privada, individual o colectiva de quien o quienes los produzcan, faciliten o suministren."

B) Concepto. Doctrina (nacional y extranjera)

Parte de la Doctrina ha calificado al consumidor como "... el sujeto pasivo, inconexo, desorganizado y paciente, mero destinatario de decisiones" de los detentadores del capital financiero y los empresarios¹⁴⁴.

Puede decirse que es consumidor quien realiza el acto de consumo, entendiéndose "acto de consumo" como, según lo señala Arrighi¹⁴⁵, el acto jurídico que permite obtener un bien o un servicio para satisfacer una necesidad personal o familiar.

Calais Auloy¹⁴⁶ define al consumidor como toda persona que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma no profesional.

Bercovitz¹⁴⁷ entiende que existen dos conceptos de consumidor: uno concreto y otro abstracto. E primero comprende a quienes adquieren bienes o servicios para uso privado; el segundo, abarca "... todos los ciudadanos en cuanto que personas que aspiran a tener una adecuada calidad de vida, y esta noción abstracta de

¹³⁵ Viguri Perea, Agustín. En "La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis de derecho comparado del Derecho Anglosajón.", editorial Comares, España, pág. 22. Este autor cita jurisprudencia del Tribunal de Apelaciones (caso R & B Customs Brokers Co Ltd v. United Dominions Trust Ltd.) en la que se consideró consumidor a una empresa en tanto el bien adquirido no es habitual en su actividad y no es parte de sus negocios.

¹³⁶ Rige la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984.

¹³⁷ Viguri Perea, Agustín. En "La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis de derecho comparado del Derecho Anglosajón.", editorial Comares, España, pág. 23.

¹³⁸ Perillo, Joseph señala incluso que es más amplia que la contenida en el Convenio sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (citado por Viguri Perea, en opción citada en nota al pie 132, pág. 24)

¹³⁹ Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

¹⁴⁰ "... toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional."

¹⁴¹ Fuente: obra colectiva "Contratos mercantiles", tomo I, cuyo director fue De la Cuesta, J. María, edición Bosch, España, pág. 79. Tal apreciación es realizada por Andreu.

¹⁴² Ley 7/1995 del 23 de marzo de 1995.

¹⁴³ Gutiérrez Falla, Laureano. En "El derecho mercantil y el derecho del consumidor. El consumidor y la clientela.", perteneciente al "Anuario de Derecho Comercial", tomo 6, pág. 98, Uruguay.

¹⁴⁴ Concepto vertido por Broseta y recogido en la obra colectiva "Contratos mercantiles", tomo I, cuyo director fue De la Cuesta, J. María, edición Bosch, España, pág. 79.

¹⁴⁵ Arrighi, Jean Michel. En el trabajo "Introducción a la noción de consumo" en el Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales titulado "Aspectos jurídicos de la defensa del consumidor", pág. 8.

¹⁴⁶ Calais Auloy, citado por Szafir, Dora. En "Consumidores. Análisis exegético de la Ley 17.189", F.C.U., Uruguay, pág. 16.

¹⁴⁷ Bercovitz, citado por Viguri Perea, Agustín. En "La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis de derecho comparado del Derecho Anglosajón.", editorial Comares, España, pág. 24.

consumidores es adecuada, no para la atribución de derechos individuales, sino más bien para expresar programas políticos de actuación.”

Lima Marques¹⁴⁸ diferencia 3 tipos de vulnerabilidad: la técnica, que hace relación a la situación en la que se encuentra el comprador no posee conocimientos respecto del objeto que adquiere; la jurídica o científica, que refiere a la falta de conocimientos jurídicos específicos, o de contabilidad o economía; la fáctica o socioeconómica, que se verifica cuando el proveedor, sea por su poderío económico o por tratarse de un servicio o producto esencial, impone a su contraparte su voluntad.

Aunque es criticable que se deje fuera a los empresarios cuando se regulan mecanismos de recomposición del equilibrio entre los contratantes¹⁴⁹ en tanto la desprotección de éstos es en muchos casos evidentes, aún quedando fuera del concepto de consumidores pueden quedar englobados por una normativa que proteja frente a las “condiciones generales”.

Del análisis del concepto legal de consumidor, una de las nociones que se repite en Derecho comparado y que ha requerido de una labor interpretativa, es la de “**destinatario final**”.

Tanto Bercovitz como Botana García¹⁵⁰ señalan que quien adquiere un bien para tramitarlo pero no volcándolo en el mercado (citando como ejemplo a quien adquiere algo para regalarlo) es consumidor final pero también lo es el que recibe ese bien de quien (en el ejemplo, el donatario) Puede decirse asimismo que la doctrina suele diferenciar entre usuario eventual del bien de consumo y el consumidor contractual. Es decir que aunque suele tratarse de una misma persona, pueden coexistir un consumidor jurídico con un consumidor material, pero a juicio de los citados autores, los últimos sólo estarían legitimados activamente para plantear reclamos asociados a la salud o seguridad.

Blengio¹⁵¹, citando a Alfaro Aguila -Real, para la construcción del concepto de consumidor, incluso en nuestra Ley de relaciones de consumo¹⁵² (art.2º), se parte de la “...clásica contraposición entre acto patrimonial y acto capitalista.”: el primero implica un intercambio entre valores de cambio y valores de uso; el segundo, a la operación de intercambio referida se agrega que la finalidad de la misma es reintroducir en el mercado los valores adquiridos para, por medio de una nueva operación de intercambio, recuperar “valores de cambio acrecidos”, es decir, con una ganancia. En el acto de consumo, que se verifica cuando para uno es un acto capitalista y para otro un acto patrimonial, uno de los sujetos busca recuperar su inversión más una ganancia, y el otro adquirir el bien para disfrutarlo.

De los conceptos vertidos no puede más que estarse de acuerdo con quien señala que no se “es consumidor” sino que “se actúa como tal” en determinado momento. En tal sentido Andreu Martí¹⁵³ manifiesta que la figura del consumidor bancario no entraña una cualidad jurídica sino que refiere a una actuación como tal en una determinada situación y momento, siendo dicha actuación “...lo que posee trascendencia jurídica”.

Barbier¹⁵⁴ destaca que siendo la posición la que define al consumidor, ello ocurre en dos aspectos: 1. aspecto positivo, según el cual son consumidores las personas físicas y jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final, beneficio propio o de su familia; 2. aspecto negativo, según el cual quedan excluidos quienes “... adquieran, almacene, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios.”

Esa es la técnica por la que optó nuestro legislador (art. 2º Ley 17.250), lo cual merece según Blengio¹⁵⁵ algunas observaciones: señala este autor que la técnica de combinar una definición positiva y otra negativa tiene su fundamento en la finalidad de excluir supuestos que por la positiva quedarían comprendidos, no sucediendo esto en la definición legal de consumidor. Es así que según la definición positiva es consumidor el destinatario final, y la negativa nada agrega.

¹⁴⁸ Citada por Morales Louro, Mirta. En “El derecho del consumidor”, publicado en “Revista de técnica forense”, número 10, F.C.U., Uruguay, pág. 114, nota al pie 4.

¹⁴⁹ Blengio, Juan, en “Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión que se discute. Primera parte.”, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXXII, pág. 584, señala que estas leyes especiales que tienen por fin la protección de los contratantes más débiles, como la de los consumidores, son en definitiva, especificaciones del principio de igualdad por la Ley (justicia distributiva) Mientras que para esta autor el principio de igualdad consagrado por el art. 8 de la Constitución, es aplicable a las relaciones privadas (a la contratación privada) más allá de lo formal o procedimental, alcanzando facetas que lo vinculan a la justicia conmutativa y distributiva, para Carnelli y Sarlo (citados por el autor antes nombrado) el principio constitucional se agota en el primer aspecto. Ordoqui así como Blengio funda la protección del más débil en la justicia distributiva (Gustavo. En “El contrato en el año 2000” perteneciente a “Anales del foro”, N° 123, pág. 143)

¹⁵⁰ Fuente: obra colectiva “Contratos mercantiles”, tomo I, cuyo director fue De la Cuesta, J. María, edición Bosch, España, pág. 80.

¹⁵¹ Blengio Juan. En “Ambito subjetivo de aplicación de Ley de las relaciones de consumo desde la perspectiva de la noción de consumidor y la viabilidad de su extensión analógica.”, perteneciente al Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXX, pág. 460.

¹⁵² Ley 17.250.

¹⁵³ Andreu Martí, María del Mar. EN “La protección del cliente bancario”, edición Tecnos, España, pág. 42.

¹⁵⁴ Barbier, Eduardo. En “Contratación bancaria”, edición Astrea, Argentina, pág. 70.

El mismo autor expresa que la protección no se confiere al consumidor como categoría en sí misma sino que sólo cuando su actuar se enmarca en una relación en la que suele presentarse como parte débil y que es la que entable con un proveedor (no así cuando contrata con un sujeto no profesional o empresario en la actividad en cuestión.

C) El cliente bancario como consumidor.

En primera instancia **podría pensarse que cliente y consumidor bancario son conceptos equivalentes**, pero tal conclusión puede no resultar ajustada a la normativa vigente (al concepto legal de consumidor) Cliente, aún en los diferentes contenidos manejados por la Doctrina para tal noción, es un concepto más amplio, en tanto el de consumidor excluye a quienes no son destinatarios finales de productos o servicios.

Escarra¹⁵⁶ entiende que incluso los clientes de pasaje son parte de la clientela bancaria, concepto este último que dicho autor define como el conjunto de personas que acostumbran a servirse en la casa del mismo comerciante. Dentro de la clientela y a los efectos de definir el ámbito subjetivo de aplicación de algunas normas que los protegen¹⁵⁷, corresponde según Pérez Fontana¹⁵⁸ diferenciar al cliente propiamente dicho.

El concepto de cliente bancario, no resulta fácil de elaborar, lo cual se pone en evidencia con la proliferación de criterios según los cuales se puede incluir o excluir a un sujeto del mismo. Se desarrollan así conceptos según el grado de conocimiento que el banco tenga sobre ellos, según la naturaleza jurídica de la relación, entre otros. Corresponde precisar que algunos de dichos criterios se elaboran con un alcance determinado: el primero señalado, se conecta con la previsión del art. 833 del Código de Comercio en tanto regula la responsabilidad de la institución de intermediación financiera respecto a “persona conocida por el Banco antes del depósito”, pero también fue expuesto en Francia por la jurisprudencia en lo relativo al cobro del cheque cruzado; el segundo, hace relación más con la definición de los sujetos protegidos por el secreto bancario; históricamente se han elaborado otros a fin de delimitar los sujetos habilitados para el cobro del cheque cruzado, etc.

Para Nahum Bergstein¹⁵⁹ es cliente “... todo individuo o sociedad o representante autorizado, que ha utilizado o utiliza cualquier servicio de una institución financiera en relación a su cuenta”.

Pérez Fontana¹⁶⁰ manifiesta su desacuerdo con el concepto de cliente bancario antes referido, diciendo que la noción vertida comprende a la denominada clientela de pasaje, a la cual el Decreto-Ley 15.322 no se refiere cuando habla de cliente bancario. Este autor parece afiliarse a la posición que pone acento en el conocimiento que el banquero tiene del sujeto: son clientes para Pérez Fontana aquellos cuyos antecedentes son conocidos por el banco y que mantienen relaciones permanentes con él. L’Hereux¹⁶¹ entiende que a partir de la solicitud de apertura de una cuenta corriente a su nombre, el sujeto pasa a ser cliente del banco, no siendo suficiente contactos esporádicos entre ellos (por ejemplo por cobro de cheques)

Es así que **se es cliente bancario según el criterio de la naturaleza jurídica de la relación, desde que el banco acepta la formulación por un sujeto de una petición tendiente a establecer relaciones contractuales con la institución, siempre que se trate de relaciones propias del objeto de la misma (aunque luego se rechace tal solicitud)** De esta último alcance resulta que en el período precontractual o preparatorio también hay un cliente bancario, y por lo tanto un sujeto pasivo de tutela. Villegas en tal sentido¹⁶² entiende que es cliente bancario “... todo aquel que utilice los servicios de una empresa financiera aunque sea en forma accidental.”

Por otra parte, la incorporación al **derecho positivo francés** de la Ley Uniforme de Ginebra de 1935, que regulaba entre otras cosas el cheque cruzado. Dicha norma establecía que el pago de ese tipo de cheques podía hacerse a un número limitado de sujetos entre los cuales estaba el cliente bancario, de lo que se derivó el esfuerzo doctrinario por precisar dicho concepto. Ripert entendía que era cliente quien tenía una cuenta en el banco.

No es posible dejar de comentar lo dispuesto por la Ley española de disciplina e intervención de las entidades de crédito, en la que, según expresa Andreu Martí¹⁶³, se regula la **protección de la clientela** (art.

¹⁵⁵ Blengio, Juan. En “Ámbito subjetivo de aplicación de Ley de las relaciones de consumo de la perspectiva de la noción de consumidor y la viabilidad de su extensión analógica.”, perteneciente al Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXX, pág. 458.

¹⁵⁶ Citado por Pérez Fontana, Sagunto. En “Cuadernos de Derecho bancario”, tomo 1, F.C.U., Uruguay, pág. 50.

¹⁵⁷ Entre otras, art. 25 del Decreto-Ley 15.322 (Ley de Intermediación Financiera)

¹⁵⁸ Pérez Fontana, Sagunto. En opción referida en nota al pie 151, pág. 50.

¹⁵⁹ Citado por Pérez Fontana, Sagunto. En “Cuaderno de Derecho Bancario”, tomo I, F.C.U., Uruguay, pág. 50.

¹⁶⁰ Pérez Fontana, Sagunto. En fuente referida en nota anterior, pág. 55.

¹⁶¹ L’Hereux, Nicole. En “Droit bancaire”, 3 edición, Ivon Blais Inc, Canadá, pág. 56.

¹⁶² Citado por Barbier, Eduardo. En “Contratación bancaria”, edición Astrea, Argentina, pág. 40 y sigs.

¹⁶³ Andreu Martí, María del Mar. EN “La protección del cliente bancario”, edición Tecnos, España, pág. 47.

48.2) en términos generales, **existiendo una graduación en el nivel de protección**. La posibilidad de que se efectúe tal graduación es reconocida por la Comisión Europea, graduación que puede verificarse según la experiencia o el poder de negociación.

El concepto de cliente y el de clientela puede incluso merecer una diferenciación sustancial, ya que para algunos autores, como Gutiérrez Falla¹⁶⁴, la clientela constituye un elemento abstracto incluido en los elementos de la empresa que, no constituyendo ni una cosa en sentido jurídico¹⁶⁵, no es un sujeto de derecho (es decir que no puede ser ni objeto independiente –fuera del establecimiento comercial como universalidad que lo comprende– ni sujeto de derechos y obligaciones) A diferencia de la clientela, continúa diciendo dicho autor, el consumidor se presenta como la persona natural o jurídica protegida por Ley. No quiere decir esto que la clientela no esté tutelada por el ordenamiento, pero sí que lo está en función de la hacienda comercial como un valor de la empresa, de lo que Gutiérrez Falla deriva que **“... no es concebible, bajo esta ángulo visual, que la clientela de un comercio tenga “derechos” contra éste, ...”** Se trata sin duda de conceptos complementarios y al parecer de Garrigues¹⁶⁶, **la protección de la clientela y del consumidor, son fenómenos coincidentes**. Corresponde remitirme al capítulo titulado “derecho del consumidor”, en tanto es allí donde se desarrolla la relación tan estrecha existente entre las diferentes modalidades del Derecho del Mercado: Derecho del Consumo, Derecho de la Competencia y Derecho de la Propiedad Intelectual, siendo como allí se expresa normas que en defensa de distintos bienes jurídicos, pero que indirectamente protegen tanto a la clientela como a los consumidores.

Según Montés¹⁶⁷, “...si en algún sector de la economía es patente la desigualdad entre empresarios y consumidores es, precisamente, en el de la contratación bancaria.” Igualmente Casado Cerviño¹⁶⁸ destaca que aunque la posición general del consumidor en el mercado es de inferioridad, “...es más evidente en el sector” financiero.

Barbier¹⁶⁹ señala una tendencia a proteger más al cliente bancario persona física, en su papel de adherente contractual, pero que en realidad esa presunción de minusvalía relativa que caracteriza al consumidor no es exclusiva de las mismas. Según este autor el consumidor o usuario bancario padece como el consumidor general, de una inferioridad relativa frente al cocontratante.

“En líneas generales, ...” comenta Barbier¹⁷⁰, el cliente bancario, “...confía plenamente en su banco, sin que pueda justificar cuales son las circunstancias que lo llevan a ese “acto de fe”, el que en buena medida está cimentado sobre la imagen que el propio banco refleja de sí mismo en el mercado.”

Como Barbier¹⁷¹ comenta, diversas son las posturas en cuanto a la inclusión o exclusión del cliente bancario en el concepto de consumidor, fundamentalmente en tanto la noción de “acto de consumo” en torno a la cual se desarrolla el mismo, varía de un ámbito a otro. Su inclusión dependería de una interpretación amplia del término “servicio” empleados por la normativa de defensa del consumidor, lo cual es posible en mérito a que el derecho positivo no ha brindado tal definición y en aplicación de un **principio por el cual en la duda se debe interpretar a favor del tutelado** (del más débil)¹⁷²

En el análisis de la normativa vigente en el ordenamiento jurídico de su país (Argentina¹⁷³) Barbier, a pesar de concluir que según la misma puede cuestionarse que el crédito destinado a la adquisición de bienes o servicios esté incluido en la norma de tutela, expresa que el “crédito” como operación económica no está excluido del concepto de acto de consumo.

¹⁶⁴ Gutiérrez Falla, Laureano. En “El derecho mercantil y el derecho del consumidor. El consumidor y la clientela.”, perteneciente al “Anuario de Derecho Comercial”, tomo 6, Uruguay, pág. 98.

¹⁶⁵ En igual sentido Mezzera señala que la clientela no es una cosa según nuestro Derecho Positivo (art. 1697 del Código Civil) (en Curso de Derecho Comercial, tomo IV, de Rodolfo Mezzera Alvarez, anotado y ampliado por Siegbert Rippe, 5 edición, F.C.U., Uruguay, pág. 108.) Igualmente Rodríguez Mascardi y Ferrer Montenegro señalan que “las normas sobre competencia ilícita no protegen la clientela como cosa o como derecho, puesto que no lo es ni lo uno ni lo otro.” (Rodríguez Mascardi, Teresita y Ferrer Montenegro, Alicia. En el artículo “La llamada concurrencia desleal del socio a la sociedad”, publicado en la Revista del colegio de abogados del Uruguay, tomo XXVIII, de agosto de 1994, pág. 8)

¹⁶⁶ Citado por Gutiérrez Falla, en fuente referida en nota al pie 159, pág. 98, nota al pie 28.

¹⁶⁷ Montés, María Pilar. En “Las condiciones generales de los contratos bancarios y la protección de los consumidores y usuarios”, perteneciente a “Estudios sobre jurisprudencia bancaria”, edición Arazandi, España, pág. 74.

¹⁶⁸ Citado por Montés, en fuente referida en nota anterior, pág. 74, nota al pie 2.

¹⁶⁹ Barbier, Eduardo. En “Contratación bancaria”, edición Astrea, Argentina, pág. 40.

¹⁷⁰ Idem anterior, pág. 39.

¹⁷¹ Idem anterior, pág. 70.

¹⁷² El principio “favor debilis” en Derecho del consumo es comentado también por Alterini, Atilio, en “II Jornadas Uruguayas de Derecho Privado. Prof. Esc. Eugenio B. Cafaro.”, Uruguay, A.E.U., pág. 22.

¹⁷³ Ley 24.240.

D) El depositante y el cuentacorrentista como consumidor.

Andreu Martí¹⁷⁴ sostiene que aunque los clientes de operaciones bancarias¹⁷⁵ pasivas parecen a primera vista excluidos del concepto de consumidor en tanto no son destinatarios finales de los servicios, esa conclusión resulta sólo primaria. Para la mayoría de la Doctrina española, según la citada autora, "... en estas operaciones los intereses perseguidos por el cliente y asumidos por la entidad (seguridad, garantía, ...) tiene como consecuencia que la entidad de crédito presta a favor del depositante una serie de servicios", a lo que se debe agregar el servicio de custodia para quienes entienden que se trata de un depósito.

La citada autora expresa que el fundamento de la protección de los consumidores, es decir, la desigualdad manifiesta del consumidor frente al profesional en el mercado, se verifica asimismo en las operaciones pasivas bancarias.

Comenta Montés¹⁷⁶ que en la Doctrina extranjera¹⁷⁷ se ha discutido si es posible calificar de consumidor al ahorrador: A favor tenemos a Bourgoignie¹⁷⁸ y en contra a Calais Auloy¹⁷⁹. En España, están a favor de considerar al ahorrador como consumidor, García Cruces¹⁸⁰ y Rivero Alemán¹⁸¹. El primero maneja como argumentos de su postura: la desigualdad manifiesta entre las partes, el cliente de estas operaciones es también usuario de servicios, y un argumento de Derecho positivo que es que la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios menciona incidentalmente a las operaciones pasivas en el art. 10.1 punto c y en el 7º. Por su parte Rivero Alemán fundamenta su posición en que el depositante pretende además obtener una custodia segura, entre otros servicios (por lo que es en definitiva consumidor de servicios o usuario) y en que el fin de tutelar a quienes están en condiciones de inferioridad también en estos casos se verifica.

Con Blengio¹⁸² puedo decir que para dilucidar el problema de la viabilidad de interpretar analógicamente la Ley de Relaciones de Consumo¹⁸³ (con el régimen tuitivo que establece) corresponde primeramente definir la naturaleza jurídica atribuida a dicha norma: si se trata de una Ley excepcional, no será admisible tal extensión; sin embargo si se entiende que esta norma materializa una serie de modificaciones del régimen jurídico del Código Civil (fundamentalmente) que venían produciéndose con anterioridad, será posible su aplicación analógica. Es así que el último autor citado señala que aunque sin dudas muchos pueden ser los sujetos que se posicionen en algún momento en una situación de inferioridad que condicione su poder de negociación, en el caso de los consumidores es posible una generalización en tanto existe una debilidad normal de los mismos. La aplicación analógica sería procedente en tanto no es posible admitir que para otro sujeto en igual situación de debilidad no exista una protección igual (principio de igualdad consagrado en nuestra Carta Magna, art. 10) Pero aún negando tal extensión el referido autor expresa que **tal protección deriva asimismo del citado principio de igualdad y de las cláusulas generales implícitas en todo contrato** (buena fe, prohibición de abuso del derecho, entre otras)

A su vez se presenta como innegable obstáculo a la aplicación de las normas de defensa del consumidor a las relaciones depositante – banco, las especiales características del dinero: Por un lado el dinero tiene como destino natural a incorporarse a sucesivos procesos productivos. En cuanto a ello Barbier¹⁸⁴ recuerda que la Ley parece excluir a quienes adquieren bienes específicamente para incorporarlos como medio para alcanzar un resultado, entendiendo dicho autor que la Ley no se refiere a los casos en que el dinero es incorporado a un proceso productivo por un tercero cuando ya se ha desprendido de él el consumidor que por tanto ha agotado su disponibilidad. Agrega el citado autor que "Aun si el crédito fuese destinado a alguna forma de inversión con el propósito de obtener una renta, la relación habida entre cliente y entidad financiera constituye desde la perspectiva de aquél un consumo, dado que con su percepción ha consumido el crédito otorgado por el banco."

¹⁷⁴ Andreu Martí, María del Mar. EN "La protección del cliente bancario", edición Tecnos, España, pág. 47.

¹⁷⁵ Garrigues, Joaquín. EN "Contratos bancarios", España, 1975, pág. 361, expresa que en tanto el derecho del depositante pasa a ser de crédito, el depósito es una operación pasiva.

¹⁷⁶ Montés, María Pilar. EN "Las condiciones generales de los contratos bancarios y la protección de los consumidores y usuarios", perteneciente a "Estudios sobre jurisprudencia bancaria", edición Arazandi, España, pág. 80.

¹⁷⁷ Se trata de una autora española.

¹⁷⁸ Su obra: "Eléments pour une theorie du Droit de la consommation", primera edición, Story Scientra, Bruselas. □

¹⁷⁹ Su obra: "Droit de la consommation", tercera edición, Dalloz, Paris.

¹⁸⁰ Citado por Montés, María Pilar. EN "Las condiciones generales de los contratos bancarios y la protección de los consumidores y usuarios", perteneciente a "Estudios sobre jurisprudencia bancaria", edición Arazandi, España, pág. 80.

¹⁸¹ Idem anterior.

¹⁸² Blengio, Juan. EN "Ambito subjetivo de aplicación de Ley de las relaciones de consumo desde la perspectiva de la noción de consumidor y la viabilidad de su extensión analógica.", perteneciente al Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXX, pág. 463 y 464.

¹⁸³ Ley 17.250.

¹⁸⁴ Barbier, Eduardo. EN "Contratación bancaria", edición Astrea, Argentina, pág. 76.

Vogel¹⁸⁵ diferencia entre el dinero como objeto, material o inmaterial, del valor dinerario que representa, siendo el primero una medida de cambio y el segundo, una medida o unidad de cuenta. El bien dinero se presenta como portador abstracto de valor económico, dependiendo dicho valor de la confianza que quien la recibe tenga de que puede volver a cambiarlo por mercancías o servicios de igual valor económico¹⁸⁶. De tal confianza, depende la posibilidad de acumular dinero o de cambiarlo por la promesa de su devolución posterior, lo que implica en ambos casos, continúa diciendo Vogel, la conservación o acumulación¹⁸⁷ de valor económico.

Por otra parte se ha dicho que el dinero y el crédito, objeto de las operaciones propias de la intermediación financiera, no son productos adquiridos o usados por el destinatario final sino que constituyen instrumentos o medios de pago. Continúa diciendo Barbier que en el centro de la discusión se encuentra el concepto mismo de “dinero”, que considerándose una “unidad de cambio o medida del ámbito patrimonial” no entra en el concepto de cosa, por lo que dejaría afuera del ámbito de aplicación de las leyes de defensa del consumidor que refiere a la adquisición de productos a toda la actividad bancaria desarrollada a través del mutuo¹⁸⁸. Por otra parte, si analizamos, como hace Barbier, la clásica diferenciación entre consumo y ahorro e inversión, y entre consumo y producción, podríamos inclinarnos por considerar excluidos de la normativa de defensa del consumidor a los depositantes.

VII. EL PROVEEDOR.

Concepto. La institución de intermediación financiera como proveedor.

No cabe a mi juicio más que una mención del tema en tanto, aunque lo considero totalmente pertinente, puede requerir de un estudio especial y separado, que excede el presente desarrollo.

Hargain¹⁸⁹ ha comentado que cuando la normativa se refiere a proveedor “... apunta a la profesionalidad de quien provee el bien o servicio.”

Barbier¹⁹⁰ señala que a pesar de que la Ley 24.240, Ley argentina de defensa del consumidor, no refiere expresamente a la institución bancaria como proveedor, quedan englobadas por el art. 2 de la misma en cuanto se trata de personas jurídicas que “en forma profesional” prestan servicios a consumidores o usuarios, no tratándose por otra parte, uno de los servicios excluidos.

Nuestra Ley de relaciones de consumo, tampoco la incluye expresamente, pero quedando comprendida en el concepto legal de proveedor y sin que medie exclusión, podemos concluir que la institución de intermediación financiera puede considerarse un proveedor de servicios.

VIII. EL CONTRATO BANCARIO COMO CONTRATO DE ADHESIÓN.

Los contratos de adhesión, “adhesión contracts”, son definidos en el Derecho estadounidense como “contratos estándar que las empresas ofrecen a los consumidores de bienes y servicios unilateralmente, “take it or leave it”, “lo tomas o lo dejas””¹⁹¹. Para la Doctrina española estamos ante un contrato de adhesión cuando estamos ante un contrato “...que se propone a la aceptación de una masa de público, fijando el proponente las condiciones mediante una fórmula que impone a los posibles aceptantes, de modo que éstos no les queda sino aceptar (adherirse haciendo honor a su nombre) o rechazar el modelo que se le ofrece, y a veces ni eso.”¹⁹²

Aunque como señala Ordoqui¹⁹³ durante mucho tiempo se estudió a la figura del contrato de adhesión como excepcional e incluso como la degeneración del concepto clásico de contrato, en la actualidad no es

¹⁸⁵ Vogel, Klaus. En “El Estado moderno y el dinero”, perteneciente a “Estudios en memoria de Ramón Valdés Costa”, F.C.U., Uruguay, pág. 37.

¹⁸⁶ Denominado por la doctrina alemana “Einlosungsvertrauen”.

¹⁸⁷ “Aufbewahren”.

¹⁸⁸ Parecería implicar una posición consiente o no de este autor sobre la naturaleza jurídica del depósito bancario de dinero.

¹⁸⁹ Hargain, Daniel. En “Jornadas Uruguayas de Derecho Privado. Prof. Esc. Eugenio B. Cafaro”, Uruguay, A.E.U., pág. 4.

¹⁹⁰ Barbier, Eduardo. En “Contratación bancaria”, edición Astrea, Argentina, pág. 74.

¹⁹¹ Viguri Perea, Agustín. En “La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis de derecho comparado del Derecho Anglosajón.”, editorial Comares, España, pág. 6. Este autor cita un caso de la Jurisprudencia estadounidense en la que se toma ese concepto de contrato de adhesión: Wheeler v. St. Joseph Hospital, 63 Cal. App. 3d 345 (1977)

¹⁹² Idem nota anterior, pág. 12.

¹⁹³ Ordoqui Castilla, Gustavo. En el artículo “Algunas reflexiones sobre la protección al consumidor en la contratación por adhesión a condiciones generales.” perteneciente a “Aspecto jurídicos de la defensa del consumidor”, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, segunda serie, No 17, 1991, Uruguay, pág. 53.

posible negar lo afirmado por Berlioz¹⁹⁴ en cuanto a que los contratos de adhesión son omnipresentes, habiéndose convertido éstos en la regla. Para Ordoqui¹⁹⁵ "... el consentimiento elaborado luego de tratativas se convierte en una pieza de museo, y la relación contractual termina por mecanizarse o automatizarse."

El término "contrato de adhesión" es atribuido a Saleilles¹⁹⁶, civilista francés que a principio de siglo lo veía más como actos unilaterales que como contratos, posición hoy superada. En tal sentido dicho autor se refería a los contratos de adhesión como "...contratos que solo tienen de su categoría el nombre, ..."197

Es así que particularmente en los contratos de adhesión el Derecho debe acudir en la protección de la parte débil ("protection of weaker party"¹⁹⁸), partiendo de que, como expresa Ripert¹⁹⁹ la necesidad de proteger al débil en la relación contractual no es piedad sino justicia. La institución de intermediación financiera es sin duda la parte fuerte de la contratación al menos en dos sentidos: por un lado en tanto dispone de mayor información que el cliente y en tanto detenta la superioridad técnica que le es conferida por su condición de profesional banquero, y por otro, en tanto, es quien tiene la mayor capacidad de negociación, lo que los estadounidenses denominan "substantially superior bargaining power"²⁰⁰.

Ordoqui²⁰¹ señala que no debe confundirse el "contrato típico" (en formulario) con el contrato de adhesión, citando jurisprudencia en tal sentido: el Juzgado Letrado de primera instancia en lo civil de 12 turno (caso 10.159 de la Justicia Uruguaya), "... en los contratos de adhesión las cláusulas son suscritas sin que haya podido haber negociación entre las partes. En el contrato tipo se utiliza un formulario predispuerto pero las partes realizan tratativas y negociaciones e incluso suelen agregar cláusulas complementarias que, de oponerse a las preimpresas, priman sobre éstas"

Rakoff²⁰², para quien debería aplicarse contra los contratos de adhesión una presunción en contra de su admisión, señala como caracteres tipificantes de los contratos de adhesión a: 1. el documento adopta una forma impresa que contiene numerosos términos que indican de manera clara que es un contrato; 1. el modelo ha sido redactado por o a favor de una de las partes; 3. el contratante que lo redactó participa regularmente en el tipo de transacciones contempladas en el mismo; 4. el contrato se abre a la adhesión del comprador que con excepción del precio debe suscribir prácticamente el resto de las cláusulas impuestas por el redactor; 5. el consumidor procede a la firma del contrato; 6. el adquirente no realiza regularmente, o en menor medida que el oferente, la clase de negocios del contenido en el documento; 7. la obligación principal del consumidor consiste en el pago de un precio. La Doctrina española²⁰³ por su parte, caracteriza al contrato de adhesión destacando: a) que el documento haya sido redactado previamente por una de las partes, llamado "principio de unidad e invariabilidad del contenido contractual"; b) la complejidad o tecnicismo con que están redactadas algunas cláusulas del contrato, que impiden al consumidor comprender el alcance y sentido de las mismas; c) el principio de "generalidad y permanencia de la oferta" que implica que su destinatario no sea un sujeto determinado sino la generalidad de los consumidores; d) la superioridad o preponderancia económica de la empresa monopolizadora de bienes o servicios; e) para algunos autores, también lo que llaman "estado de necesidad" del consumidor, que se ven obligadas a contratar por estar frente a monopolios de hecho.

Una trascendente **distinción** realizada por la Doctrina en esta materia, es la realizada entre los **contratos de adhesión y las condiciones generales**. Los primeros se caracterizan por un contenido que viene impuesto

¹⁹⁴ Citado por Ordoqui, en el artículo "Algunas reflexiones sobre la protección al consumidor en la contratación por adhesión a condiciones generales." perteneciente a "Aspecto jurídicos de la defensa del consumidor", Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, segunda serie, No 17, 1991, Uruguay, pág. 54.

¹⁹⁵ Ordoqui, Gustavo. En "El contrato en el año 2000" perteneciente a "Anales del foro", N° 123, Uruguay, pág. 138 y sigs.

¹⁹⁶ Saleilles, Raymond, citado por Viguri Perea, Agustín. En "La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis de derecho comparado del Derecho Anglosajón.", editorial Comares, España, pág. 18.

¹⁹⁷ Citado por Ordoqui, en el artículo "Algunas reflexiones sobre la protección al consumidor en la contratación por adhesión a condiciones generales." perteneciente a "Aspecto jurídicos de la defensa del consumidor", Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, segunda serie, No 17, 1991, pág. 53 y 54.

¹⁹⁸ Viguri Perea, Agustín. En "La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis de derecho comparado del Derecho Anglosajón.", editorial Comares, España, pág. 7.

¹⁹⁹ Citado por Ordoqui, en el artículo "Algunas reflexiones sobre la protección al consumidor en la contratación por adhesión a condiciones generales." perteneciente a "Aspecto jurídicos de la defensa del consumidor", Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, segunda serie, No 17, 1991, Uruguay, pág. 51.

²⁰⁰ Viguri Perea, Agustín. En "La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis de derecho comparado del Derecho Anglosajón.", editorial Comares, España, pág. 7.

²⁰¹ Ordoqui Castilla, Gustavo. En opción citada en nota al pie 199, pág. 66.

²⁰² Rakoff, Todd D., citado por Viguri Perea, Agustín. En "La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis de derecho comparado del Derecho Anglosajón.", editorial Comares, España, pág. 8.

²⁰³ Viguri Perea, Agustín. En "La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis de derecho comparado del Derecho Anglosajón.", editorial Comares, España, pág. 10.

por una de las partes; las segundas refieren a la predisposición o preformulación de dicho contenido. Alterini y López Cabana²⁰⁴ asimismo consideran que no puede confundirse prerredacción con sujeción a condiciones generales por adhesión, porque además en el primer caso se trata de un supuesto objetivo y el segundo totalmente subjetivo.

En general tal diferencia es dejada de lado. Como señala Viguri Perea²⁰⁵, "...la realidad indica que cuando hablamos de contratos de adhesión tenemos presente no sólo que su contenido ha sido impuesta por uno de los contratantes al otro sino, al mismo tiempo, que las condiciones generales que se imponen han sido dispuestas para una pluralidad de contratos."

En igual sentido Trigo y Stiglitz²⁰⁶ destacan que contrato de adhesión es sólo aquel en el que se suman condiciones generales más adhesión asumida por el otro sujeto, siendo éstas dos situaciones jurídicas diferentes y esenciales para dicho tipo contractual. Porque no puede olvidarse, siguiendo a Ghersi²⁰⁷, que en el contrato de adhesión lo destacable es que no se verifica un consentimiento libremente prestado en plano de igualdad.

El tema de las condiciones generales²⁰⁸ sin duda gran relevancia para la ciencia jurídica en tanto es a partir de su tratamiento cuando los ordenamientos modernos reconocen que es errónea la presunción de igualdad de los contratantes dejando de lado esa "...afirmación absoluta del dogma de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual ..." ²⁰⁹ contenida en los Códigos clásicos. Bercovitz²¹⁰ expresa que el principio de autonomía privada necesita de una actualización. No puede dejarse de lado el que, como recuerdan Trigo y Stiglitz²¹¹, el contrato paritario suponía un individuo tanto en libertad como en igualdad **negocial**. Se ven superados en consecuencia los grandes dogmas del Derecho contractual liberal: el principio de libertad contractual²¹² basado en el equilibrio de las partes y el postulado de que todo acuerdo voluntario es justo.

Como una de las causas de la **transformación que viene operando en el Derecho** de los contratos, Díez Picazo²¹³ destaca a la **evolución económica y social asociada a la dinámica interna del capitalismo económico y a la figura de la empresa proveedora de bienes y servicios** que un número creciente de consumidores aspiran adquirir. Explica el referido autor que este fenómeno se ha convertido al tráfico económico en un **tráfico de masa**²¹⁴, lo cual lleva, unido al criterio de organización y racionalización de la empresa a la imposición de contratos tipo mediante formularios. Racionalización que va asociada a lo indicado por Ghersi²¹⁵: en el tráfico de masas la prerredacción de los contratos tiene la ventaja de permitir la venta con rapidez y la reducción de los costos de negociación, celebración y regulación. La libre discusión es sustituida por la predisposición unilateral y la adhesión.

Igualmente Polo²¹⁶ ha sostenido que estos contratos son hijos de la **contratación en masa**²¹⁷, que el proceso de tipificación contractual de que somos testigos lleva a que la rutina sustituya a la reflexión. Díez

²⁰⁴ Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto. En "La formación del consentimiento y la protección del consumidor" perteneciente a "Derecho del consumidor", tomo 5, edición Juris, pág. 8.

²⁰⁵ Viguri Perea, Agustín. En "La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis de derecho comparado del Derecho Anglosajón.", editorial Comares, España, pág. 15.

²⁰⁶ Trigo, Fulix y Stiglitz, Ruben, en "Contratos", Argentina, edición La Rocca, pág. 122.

²⁰⁷ Ghersi, Carlos. En "Contratos. Problemática moderna", (obra colectiva), Argentina, ediciones Jurídicas Cuyo, pág. 40.

²⁰⁸ Reguladas por primera vez en Derecho comparado por los arts. 1341, 1342 y 1370 del Código Civil italiano de 1942.

²⁰⁹ Viguri Perea, Agustín. En "La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis de derecho comparado del Derecho Anglosajón.", editorial Comares, España, pág. 16.

²¹⁰ Bercovitz, R., citado por Viguri Perea, Agustín. En "La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis de derecho comparado del Derecho Anglosajón.", editorial Comares, España, pág. 16 (en nota al pie 33) Este autor entiende que para esa actualización del concepto de autonomía privada, no sólo se debe recurrir a la normativa especial sino a la reforma del Derecho de los contratos de nuestros Códigos.

²¹¹ Trigo, Fulix y Stiglitz, Ruben, en "Contratos", Argentina, edición La Rocca, pág. 122.

²¹² Libertad contractual y libertad de contratar, como dos aspectos diferenciados de la libertad del hombre relacionados con la contratación: la primera refiere a la posibilidad de determinar con libertad el contenido del contrato, y la segunda, la libertad para elegir entre contratar o no (para, por medio de su poder normativo negocial, crear en acuerdo con otro sujeto, una nueva regla de derecho que será Ley entre ellos –art. 1291 del Código Civil-)

²¹³ Díez Picazo, L. citado por Viguri Perea, Agustín. En "La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis de derecho comparado del Derecho Anglosajón.", editorial Comares, España, pág. 17.

²¹⁴ Contratación en masa que, como señala Ordoqui "... tan lejos se encuentra del molde individualista previsto por nuestro codificador en el siglo XIX." (en el artículo "Algunas reflexiones sobre la protección al consumidor en la contratación por adhesión a condiciones generales." perteneciente a "Aspecto jurídicos de la defensa del consumidor", Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, segunda serie, No 17, 1991, pág. 68)

²¹⁵ Ghersi, Carlos. En "Contratos Problemática moderna." (obra colectiva), Argentina, ediciones Jurídicas Cuyo, pág. 40.

²¹⁶ Citado por Ordoqui, en el artículo "Algunas reflexiones sobre la protección al consumidor en la contratación por adhesión a condiciones generales." perteneciente a "Aspecto jurídicos de la defensa del consumidor", Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, segunda serie, No 17, 1991, Uruguay, pág. 50.

²¹⁷ A la cual debe sumársele la despersonalización del individuo y de los contratos: un actuar automatizado al que le sigue contratos despersonalizados (caracteres de la denominada "sociedad de masa", referido por Ordoqui, en el artículo "Algunas reflexiones sobre la

Picazo²¹⁸ prefiere hablar de “contratación privada en su expresión de masa”, para referirse al fenómeno por el cual se restringe la vigencia del principio de autonomía de la voluntad y según él se llega a una crisis del “dogma de la voluntad contractual”. Carbonnier²¹⁹ reflexiona: “... aquel apretón de manos que servía para plasmar la conclusión de las negociaciones en la Edad Media -inclusivo hasta época reciente en el interior de las provincias- nada tiene que ver con lo que sucede actualmente en un banco, donde el cliente entrega en ventanilla al empleado una orden de compra de valores pertenecientes a un vendedor a quien no verá nunca.”

En nuestro medio, **Blengio** viene estudiando desde hace considerable tiempo el tema de la autonomía privada y su relación con el principio de igualdad, haciendo notar el especial juego que debe darse entre estos dos principios de nuestro derecho en el ámbito de la contratación privada. Ordoqui²²⁰ por su parte rechaza lo que califica de “manifestaciones un tanto extremistas”, concretamente las de Weill²²¹, que hablan de un estallido del contrato, de la pérdida de vigencia del principio de la autonomía de la voluntad. Este mismo autor cita a Portalis (uno de los redactores del Código de Napoleón)²²² quien expresó: “la libertad de contratar no puede estar limitada más que por la justicia, por las buenas costumbres y por la utilidad pública”.

Puig Brutau²²³ nos hace ver que “**Hacer frente a hechos nuevos con ideas anticuadas** por el solo hecho de **mantener ciertos dogmas conceptuales** supone haber seguido un **camino equivocado**. Es hora de terminar con ciertas ficciones y falsedades científicas.” (los destacados me corresponden) En igual sentido Vallespinos²²⁴ expresa que el estudio del contrato de adhesión o de las condiciones generales de los contratos, implica “... la necesidad de aceptar el advenimiento de una serie de transformaciones socioeconómicas que justifican plenamente la necesidad de revisar los postulados de la codificación liberal.” Díez Picazo²²⁵ también considera **insuficiente al derecho tradicional para afrontar el impacto de la masificación**. Polo²²⁶ asimismo manifiesta la inconveniencia e inutilidad de intentar “... encajar la moderna contratación en masa en los moldes individualistas del contrato previsto por los Códigos Civiles, para los cuales la libertad contractual y el dogma de la autonomía de la voluntad, ...” constituyen la base.

Sin duda lejos nos encontramos en la actualidad, de la realidad regulada por nuestro primer Código de Comercio²²⁷ y particularmente de las expresiones de la Comisión correctora del mismo contenidas en el informe emitido²²⁸: “La Comisión profesa en materia de legislación, el principio que ya ha establecido. La Ley debe abstenerse de intervenir en los contratos, dirigiendo o supliendo la voluntad de los contratantes. Su misión debe reducirse a establecer las formas y requisitos con que ella sólo puede reconocerlos por válidos, obligándola a hacerlos cumplir; la reglamentación del interés privado de los contratantes, por otra autoridad que no sea la de su voluntad y conveniencia recíproca, es para la Comisión injusta y dañosa.”

Cabe citar lo afirmado por De Angel²²⁹ quien entiende que “...el contrato de adhesión no es solamente un contrato, sino también un modo de *formación* del mismo, que utiliza formularios o modelos uniformes, dándose la circunstancia de que las cláusulas están preestablecidas por una parte, por lo que su perfección es rápida, ya que el otro suscribe las mismas sin negociación alguna.” Igualmente Ferri²³⁰ ha señalado: “La

protección al consumidor en la contratación por adhesión a condiciones generales.”pertenciente a “Aspecto jurídicos de la defensa del consumidor”, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, segunda serie, No 17, 1991, pág. 50) También señalado por Trigo, Fulix y Stiglitz, Ruben, en “Contratos”, Argentina, edición La Rocca, págs. 119 y sigs.

²¹⁸ Citado por Trigo, Fulix y Stiglitz, Ruben, en “Contratos”, Argentina, edición La Rocca, págs. 119 y sigs.

²¹⁹ Carbonier, J, citado por Viguri Perea, Agustín. En “La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis de derecho comparado del Derecho Anglosajón.”, editorial Comares, España, pág. 18.

²²⁰ Ordoqui Castilla, Gustavo. En opción citada en nota al pie 199, pág. 67.

²²¹ Weill, Terre. En “Droit des Obligations”, No 250.

²²² En el “Discurso preliminar del Proyecto del Código Civil Francés”.

²²³ Citado por Ordoqui, en el artículo “Algunas reflexiones sobre la protección al consumidor en la contratación por adhesión a condiciones generales.”pertenciente a “Aspecto jurídicos de la defensa del consumidor”, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, segunda serie, No 17, 1991, Uruguay, pág. 68.

²²⁴ Citado por Ordoqui, en opción citada en nota al pie anterior, pág. 53.

²²⁵ Díez Picazo, L citado por Vázquez, Roberto. En “La buena fé y las relaciones jurídicas: con especial referencia a la responsabilidad civil y la protección del consumidor” perteneciente al libro “Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina”, tomo I, Argentina, Abeledo-Perrot, pág. 263.

²²⁶ Polo, Eduardo. En “Protección del contratante débil y condiciones generales de la contratación”, España, Cuadernos Civitas

²²⁷ Código de Comercio uruguayo edición 1886 (con reformas y aclaraciones hasta enero de 1886)

²²⁸ En el Código de Comercio uruguayo edición 1886 (con reformas y aclaraciones hasta enero de 1886), págs. VII y VIII, informe firmado por Herrera y Obes, Rodríguez Caballero, Castellanos y Tristán Narvaja.

²²⁹ De Angel, R., citado por Viguri Perea, Agustín. En “La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis de derecho comparado del Derecho Anglosajón.”, editorial Comares, España, pág. 39.

²³⁰ Citado por Ordoqui, en el artículo “Algunas reflexiones sobre la protección al consumidor en la contratación por adhesión a condiciones generales.”pertenciente a “Aspecto jurídicos de la defensa del consumidor”, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, segunda serie, No 17, 1991, Uruguay, pág. 50.

moderna economía, caracterizada por la producción estandarizada y en masa de bienes y servicios y del vasto consumo de ellos, ha favorecido la difusión de un tipo particular de negociación orientada a permitir la rapidez de la circulación de los productos a través de la predisposición de esquemas contractuales uniformes y la consiguientes simplificación del “iter” formativo del contrato.”

En el mismo camino señalado por aquellos que han notado la evolución del Derecho de los contratos, Caumont²³¹ señala que en la evolución de la Teoría General del Negocio Jurídico, se perfila el nacimiento de un “derecho subjetivo a una tipología contractual transparente e inequívoca” merecedora de un mismo grado de protección que el brindado por el Derecho del Consumo.

Barbier²³² expresa que al igual que con “...las relaciones de consumo general, la predisposición, la estandarización y las condiciones generales aparecen complacientemente justificadas por la necesidad de dinamizar los negocios y facilitar el acceso general a los servicios y productos bancarios.” Es que resulta evidente que en materia de contratos bancarios, los contratos de adhesión y la predisposición a la fijación de condiciones generales se he verificado con marcada fuerza.

Ante la problemática que resulta de las normas bancarias uniformes, desarrolladas en relación a operaciones en masa, que lleva a la elaboración de cláusulas predeterminadas insertas en los esquemas contractuales bancarios, se presentan, según comenta Barbier²³³, tres actitudes no excluyentes entre sí: 1. encuadrándolos en la materia de los contratos estándar y la tutela del consumidor; 2. con el establecimiento y ejercicio de poderes administrativos de vigilancia; 3. conectándola a la defensa de la competencia. En relación con el primer punto, como destaca Barbier (pág. 69), aún no existe acuerdo sobre la aplicabilidad de la normativa del consumidor al cliente bancario; en relación con el último punto, cabe tener presente que las normas bancarias uniformes son en definitiva productos de un acuerdo interbancario destinado a regular el comportamiento de las partes del mercado (limitando o restringiendo la competencia)

Según Bollini Shaw y Boneo Villegas²³⁴, la intromisión en la actividad bancaria “... se justifica, para algunos autores, sólo porque la banca satisface necesidades de la comunidad, lo cual en su conjunto, según como esa actividades se lleven a cabo, afectan el interés público.”

Corresponde destacar en lo que refiere al principio de interpretación que enseña que en la duda debe optarse por la solución que beneficie al deudor, que como comenta Vázquez²³⁵, **se percibe una modificación de este principio “favor debitoris”,** con base en la Teoría solidarista (que implica distinguir a débiles de fuertes, protegiendo a los primeros), evolución que se da hacia la no diferenciación entre deudor o acreedor sino quien es el débil en la contratación. Por otra parte Polo²³⁶ señala que dicho principio requiere en nuestros tiempos una **aplicación cuidadosa sobre todo en contratos como los bancarios en los que el deudor es precisamente la empresa organizada proponente de las condiciones generales.**

IX. DERECHO A LA INFORMACIÓN

A) Derecho a la información más allá del Derecho del Consumo.

Corresponde precisar que, a pesar de que en el presente trabajo se estudia el derecho a la información del depositante en cuenta corriente bancaria como consumidor, este derecho no existe únicamente en el marco del denominado Derecho del consumidor.

Informar, según la definición manejada por diversos autores²³⁷, es enterar, dar noticia de una cosa o circunstancia, instruir, prevenir, etc.

Como señala Caffera²³⁸ el deber de informar, más que nada el referido a la etapa precontractual, no ha nacido con las normas de defensa de los consumidores, sino que fue sí puesto por éstas en un primer plano,

²³¹ Caumont, Arturo. En “Derecho subjetivo del consumidor a una tipología contractual transparente e inequívoca. El negocio jurídico y su teoría general como garantía del respeto debido a tal derecho.”, publicado en “Anuario de Derecho Civil Uruguayo”, tomo XXVII, pág. 467.

²³² Pág. 68.

²³³ Barbier, Eduardo. En “Contratación bancaria”, edición Astrea, Argentina, pág. 40 y sigs.

²³⁴ Citados por Barbier, Eduardo. En “Contratación bancaria”, edición Astrea, Argentina, pág. 39.

²³⁵ Vázquez, Roberto. En “La buena fé y las relaciones jurídicas: con especial referencia a la responsabilidad civil y la protección del consumidor” perteneciente al libro “Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina”, tomo I, Abeledo-Perrot, Argentina, pág. 263.

²³⁶ Polo, Eduardo. En “Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos”, Cuadernos Civitas, Argentina, pág. 37

²³⁷ En “Derecho de daños”, vol. 2, Argentina, edición La Rocca, pág. 562.

²³⁸ Caffera, Gerardo. En “El deber precontractual de informar del proveedor en la ley de relaciones de consumo” perteneciente al Anuario de Derecho Cviil Uruguayo, tomo XXX, pág. 483)

y ha mutado desde un deber de no ocultar hacia una actitud activa tendiente a informar al co-contratante.

Cuando nos referimos a "Derecho a la información" podemos estar hablando de diversas cuestiones que, sin dejar de estar vinculadas estrechamente, pueden llevar a distintos enfoques. Por un lado el derecho a la información se presenta en nuestro Derecho como la contracara del derecho a la libre comunicación de pensamiento. Cagnoni²³⁹ en tal sentido enseña que del art. 29 de la Constitución se deriva el derecho a recibir información sin ser perturbado y a buscar información sin ser obstaculizado, es decir, que dicho artículo de la carta Magna consagra la libertad de información en sus tres aspectos: buscar, difundir y recibir información. Pero por otro lado, ya saliendo del Derecho Constitucional para avanzar hacia el derecho privado, en la evolución de los ordenamientos jurídicos se ha desarrollado la idea de un derecho a ser informado por el co-contratante, que implica evidentemente una obligación de este último de informar.

Como Ruiz Martínez²⁴⁰ expresa, el derecho a la información en su perfil estudiado por el Derecho Constitucional, es un derecho subjetivo público calificado como esencial a la persona humana y además constituye uno de los pilares del sistema democrático²⁴¹. Es que el que fuera conocido tradicionalmente como derecho a la libertad de prensa pasa a ser promocionado como derecho a la información, concepto el último que en realidad es más amplio en tanto abarca no sólo el derecho a divulgar hechos y opiniones, sino también el derecho a obtener y recabar información. Derecho a la información que tiene como "acta de nacimiento", según comenta Ruiz Martínez²⁴², a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948²⁴³ que lo consagra en su art. 19.

Es así que, ya pasando al ámbito de la contratación, prestigiosos estudiosos, como Juglart, Alisse y Ghestin²⁴⁴, han entendido que existe una obligación de informar correctamente a la contraparte, una obligación precontractual de informar; obligación que tiene como contenido, todo aquello relevante y suficiente para adoptar la decisión²⁴⁵. De la omisión de brindar información se derivaba la existencia de dolo y en consecuencia, la de un vicio del consentimiento.

Parte de la Doctrina entiende que el deber de informar **deriva, es una manifestación²⁴⁶, del deber de obrar con lealtad y buena fe** previsto en el art. 1391 del Código Civil (así como en el 209 del Código de Comercio) Es así que Stiglitz y Stiglitz²⁴⁷ expresan que el deber de información es consecuencia de la buena fe recíproca de las partes en el período de formación, asociado más concretamente al deber de actuar con lealtad y corrección. Dichos autores agregan que del referido deber de actuar con lealtad y corrección resulta el de cooperar que tiene como una de sus especies el de informar, especialmente durante las tratativas²⁴⁸ (el deber de colaboración se da en todo el "iter negocial" con igual intensidad, pero el de informar alcanza especial relevancia en la negociación previa)

Principio de buena fe que Ghorpe²⁴⁹ asocia a la obligación de veracidad que implica la obligación de "... hablar, enseñar y descubrir al otro contratante lo que sólo no podía conocer."

Es así que Vázquez²⁵⁰, citando la enumeración de **Ferreira Rubio de derechos accesorios al principio de buena fe**, expone los deberes de **dar aviso** y de veracidad.

²³⁹ Cagnoni, Aníbal. En "El derecho a la información", publicado en "Revista de Derecho Público", año 2002, números 21-22, F.C.U., Uruguay, pág. 215.

²⁴⁰ Ruiz Martínez, Esteban. En "Los informes comerciales y el derecho a la información", edición Ábaco de Rodolfo Desalma, Argentina, pág. 20.

²⁴¹ Conviene recordar que, sin perjuicio de que como se ha señalado este derecho deriva de derechos expresamente reconocidos por nuestra Carta Magna, el art. 72 de la Constitución nacional reconoce todos los derechos que son inherentes a la personalidad humana o propios a la forma republicana de gobierno.

²⁴² Ruiz Martínez, Esteban. En "Los informes comerciales y el derecho a la información", edición Ábaco de Rodolfo Desalma, Argentina, pág. 34.

²⁴³ Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.

²⁴⁴ Mencionados por Ordoqui, en el artículo "Algunas reflexiones sobre la protección al consumidor en la contratación por adhesión a condiciones generales." perteneciente a "Aspecto jurídicos de la defensa del consumidor", Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, segunda serie, No 17, 1991, Uruguay, pág. 57.

²⁴⁵ En "Derecho de daños", vol. 2, Argentina, edición La Rocca, pág. 562.

²⁴⁶ Carlos. En "Contratos. Problemática moderna", (obra colectiva), Argentina, ediciones Jurídicas Cuyo, pág. 43.

²⁴⁷ Stiglitz, Gabriel y Stiglitz, Rúben. En "Derecho y defensa de los consumidores", Argentina, edición La Rocca, pág. 166. También en "Derecho de daños", vol. 2, Argentina, edición La Rocca, pág. 158.

²⁴⁸ Ordoqui entiende que "Las tratativas comienzan en el momento en que se conversa, se cambian ideas sobre los elementos básicos del contrato, ...", cuando la intención no es aún contratar sino preparar un posible acuerdo. (Gustavo. En "El contrato en el año 2000" perteneciente a "Anales del foro", N° 123, pág. 138 y sigs.)

²⁴⁹ Citado por Ordoqui, en el artículo "Algunas reflexiones sobre la protección al consumidor en la contratación por adhesión a condiciones generales." perteneciente a "Aspecto jurídicos de la defensa del consumidor", Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, segunda serie, No 17, 1991, pág. 58.

²⁵⁰ Vázquez, Roberto. En "La buena fé y las relaciones jurídicas: con especial referencia a la responsabilidad civil y la protección del consumidor" perteneciente al libro "Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina", tomo I, Abeledo-Perrot, Argentina, pág. 264.

La **información precontractual**, que a juicio de Ghersi²⁵¹ constituye un “... presupuesto indispensable en la formación del consentimiento”, se presenta como el **medio para equilibrar la anterior “asimetría de la información”**²⁵² (equilibrio de conocimientos²⁵³) y permitir que quien contrata lo haga con total conocimiento.

Ordoqui²⁵⁴ señala que “...cuanto más complejo sea el bien o el servicio a realizar mayor deberá ser la intensidad de la obligación de informar.” Agrega que no basta con establecer que un derecho del consumidor a ser informado sino que se requiere que el empresario tenga el deber de informar en forma veraz y completa.

Konder Comparato²⁵⁵ **marca la diferencia entre la información propiamente dicha, la advertencia o el simple consejo.** Mientras que la advertencia implica llamar la atención a la futura contraparte sobre un aspecto de los datos o de las cláusulas que debe ser tomado en cuenta en la conclusión del contrato, el simple consejo consiste en una información técnica relacionada con el objetivo que la contraparte quiere alcanzar por medio de ese contrato. Por otra parte la obligación de informar la tiene toda parte que dispone de datos o conoce circunstancias que tienen interés para la contraparte y puedan influir en su declaración de voluntad o aquel que no puede razonablemente transferir la carga de aprender tales datos a la contraparte ya que son propias de él de modo personal o directo. Esto último, el deber de una parte de informar a la otra con fundamento en la imposibilidad de esta última de informarse por sí misma, ha tenido gran desarrollo, como destaca Konder Comparato, en el Derecho francés. Fabre-Magnan²⁵⁶ entiende que no se trata únicamente de una obligación de medios, sino que la parte que cuenta con la información debe asegurarse que la misma llegue a su contraparte.

Sin duda debe diferenciarse aquella información privilegiada que no tiene porqué compartir el sujeto y la que debe proporcionar a su contraparte porque no es mérito de un trabajo intelectual. En este sentido Paz-Ares²⁵⁷ diferencia las informaciones que contribuyen a crear riquezas de aquellas que crean una ventaja en la negociación, señalando que sólo para estas últimas es posible imponer el deber de informar.

No es posible desconocer la existencia de información respecto de la cual existe un sujeto que detenta un derecho de propiedad, que nada obliga a compartir. Por otro lado en principio la información que está en manos del Estado es pública, salvo razones de Estado, o protección de derechos de terceros o una norma legal expresa (derecho a la intimidad, obligación de secreto profesional, etc.) En esta línea Scognamiglio²⁵⁸ ha expresado que “La buena fe contractual—no importa una exigencia dirigida a los integrantes de las tratativas, consistente en suministrar la información que en el marco legítimo y razonable, entre en contradicción con la función económica del contrato.”

B) El derecho a la información en el Derecho del consumidor.

Ya en el primer concepto de consumidor expuesto *ut supra* (“... el sujeto pasivo, inconexo, desorganizado y paciente, mero destinatario de decisiones” de los detentadores del capital financiero y los empresarios”) era fácilmente perceptible esa “subordinación estructural” que muchos de los autores entienden existe en la relación consumidor-empresario (proveedor) Otros entendidos creen sin embargo que esa debilidad del consumidor no es la regla general y que basta activar los mecanismos reguladores del sistema, ya que un mercado en correcto funcionamiento asegura de por sí la protección de los intereses de los consumidores. Y es entre esos mecanismos para el funcionamiento correcto del mercado que la información cumple un rol preponderante, junto a la tan nombrada competencia (la más perfecta posible²⁵⁹)

²⁵¹ Carlos. En “Contratos. Problemática moderna”, (obra colectiva), Argentina, ediciones Jurídicas Cuyo, pág. 43.

²⁵² Expresiones vertidas en: obra colectiva “Contratos mercantiles”, tomo I, cuyo director fue De la Cuesta, J. María, edición Bosch, España, pág. 92.

²⁵³ Stiglitz, Gabriel y Stiglitz, Rúben. En “Derecho y defensa de los consumidores”, Argentina, edición La Rocca, pág. 166. También en “Derecho de daños”, vol. 2, Argentina, edición La Rocca, pág. 159.

²⁵⁴ Ordoqui, en opción citada en nota al pie 249.

²⁵⁵ Konder Comparato, Fabio. En artículo “A obrigacao de informar no Direito contractual” perteneciente a “Estudios jurídicos en memoria del profesor Rodolfo Mezzera Alvarez”, F.C.U., Uruguay, pág. 250 y sigs.

²⁵⁶ Citada por Konder Comparato, Fabio. En opción citada en nota al pie anterior, pág. 250 y sigs.

²⁵⁷ Citada por Alfaro, Jesús. En “Protección de los consumidores y derecho de los contratos”, publicado en el Anuario de Derecho Civil, tomo XLVII, fascículo II, abril-junio de MCMXCIV, España, pág. 321, nota al pie 46.

²⁵⁸ Citado por Stiglitz, Gabriel y Stiglitz, Rúben. En “Derecho y defensa de los consumidores”, Argentina, edición La Rocca, pág. 166. También en “Derecho de daños”, vol. 2, Argentina, edición La Rocca, pág. 565.

²⁵⁹ Recordemos todos los postulados de la competencia perfecta de Pareto, en la que consumidores y proveedores obtengan un máximo de beneficios por sus recursos sin que ello se verifique a expensas del otro sector.

Derecho a la información cuya titularidad corresponde al consumidor y deber de información en cabeza del proveedor, se presentan como contrapartidas de lo mismo. El fin está dado por el que se satisfaga la necesidad de que ambas partes cuenten con la misma información para que su consentimiento se base en el conocimiento que torne a la libertad en la contratación en una realidad más que en una idea teórico-jurídica. Información que asociada al principio de veracidad debe tener las notas de oportuna, adecuada y confiable²⁶⁰.

En el Derecho del Consumo, el derecho a la información está entre los básicos de todo consumidor. Como señala Szafir²⁶¹, “El proveedor debe dar información para permitir una libre elección basada en el conocimiento.”

Con la Ley 17.250 surge una nueva duda: cuando el art. 32 dispone las consecuencias si el proveedor viola la obligación de actuar de buena fe “o” el deber de informar en la etapa precontractual, ¿está abandonando la idea de un deber de informar derivado del principio de buena fe o es que en realidad tal interpretación nunca fue ajustada? Si entendiéramos que según la nueva normativa vigente se trata de dos obligaciones independientes, aquellos contratos no comprendidos por esta Ley requerirían de texto expreso que estableciera el deber de informar (como en muchos sucede: art. 1717 del Código Civil, art. 640 del Código de Comercio) Esta interpretación no puede ser más que rechazada, y esa es la opinión manifestada por el autor referido para quien la Ley 17.250 en nada modifica los desarrollos anteriores en torno al principio de buena fe y el deber de informar.

C) Derecho a la información de los clientes bancarios.

Zunzunegui²⁶² destaca que “... la relación de confianza que debe existir entre las entidades financieras y su clientela se refuerza con un deber profesional que afecta a la información” y que la veracidad informativa de las entidades financieras es necesaria para asegurar la eficiencia del mercado financiero.

Fue con tal fin que la Comisión Europea, en Resolución del 14/02/90, requirió a los Estados miembro que aumente la claridad y transparencia de las condiciones generales de los contratos bancarios. Dicha comisión considera que la publicidad financiera, comprensiva tanto de la que refiere a operaciones pasivas como activas, deben caracterizarse por la claridad, precisión y respeto de la competencia, dejando en claro fundamentalmente las características de la oferta financiera; destacando a su vez, la conveniencia de que dicha publicidad sea sometida a autorización previa (así lo hizo España, que por Orden N° 12 dispuso que la publicidad financiera debía estar autorizada por el Ministerio de Economía y Hacienda)

En tal sentido, es decir en el del control de la publicidad, es que Bercovitz y Salas²⁶³ nos hace notar que en tanto la publicidad constituye una manifestación de la libertad de empresa²⁶⁴ su limitación sólo puede responder a evitar el engaño o la confusión que implican desinformación, y su control sólo puede referir a la exigencia de un mínimo de información sobre productos y servicios. Es esta última “carga” para el empresario de informar que dichos autores califican de “función social” de la libertad de empresa: la asociada a la información veraz y objetiva. Aunque no se puede exigir, reconocen, objetividad o imparcialidad en la publicidad, sí puede requerirse veracidad, concepto que implica un mínimo (cuyo máximo es la objetividad) por debajo del cual la publicidad entra en la ilicitud. Se pasa a destacar la faz informativa de la publicidad haciéndola primar sobre la “vertiente de incentivo de la contratación”²⁶⁵.

Gómez-Ferrer²⁶⁶ expresa que **la publicidad y la información precontractual tienen únicamente en común el hecho de que constituyen información precontractual sobre bienes o servicios**. Asimismo a juicio de Ghersi²⁶⁷ publicidad e información **tienen diferentes objetivos**: mientras que la primera busca inducir al futuro contratante a la necesidad y conveniencia de contratar, la segunda tiene por fin explicar al otro contratante los detalles y caracteres del contrato a celebrar. Como ya se mencionó, para Ordoqui²⁶⁸ en la contratación que impera en la actualidad, es decir aquella en la que el contrato de adhesión es la regla general, el consentimiento se va diluyendo y aparece la confianza, siendo la publicidad un instrumento para crear confianza y consumo.

²⁶⁰ Rippe, Siegbert. En artículo “El consumidor en el sistema regional e internacional” perteneciente a “Estudios jurídicos en memoria del profesor Rodolfo Mezzera Alvarez”, F.C.U., Uruguay, pág. 407.

²⁶¹ Szafir, Dora. En “Consumidores. Análisis exegético de la Ley 17.189”, F.C.U., Uruguay, pág. 51.

²⁶² Zunzunegui, Fernando. En “Derecho del Mercado Financiero”, 2ª edición, Marcial Pons, España, pág. 337.

²⁶³ Bercovitz, Rodrigo y Salas, Javier. En “Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios” (del cual son coordinadores), edición Civitas, España, pág. 43.

²⁶⁴ Reconocida en nuestro Derecho en el art. 36 de la Constitución nacional.

²⁶⁵ Fuente: obra colectiva “Contratos mercantiles”, tomo I, cuyo director fue De la Cuesta, J. María, edición Bosch, España, pág. 79.

²⁶⁶ Ley 7/1995 del 23 de marzo de 1995.

²⁶⁶ Gómez-Ferrer, Rafael. En “II Jornadas Uruguayas de Derecho Privado. Prof. Esc. Eugenio B. Cafaro”, Uruguay, A.E.U., pág. 22.

²⁶⁷ Ghersi, Carlos. En “Contratos. Problemática moderna”, (obra colectiva), Argentina, ediciones Jurídicas Cuyo, pág. 43.

²⁶⁸ Ordoqui, Gustavo. En “El contrato en el año 2000” perteneciente a “Anales del foro”, N° 123, Uruguay, pág. 138 y sigs.

Trigo y Stiglitz²⁶⁹ perciben a la publicidad como un medio para brindar la información y la educación a que el consumidor tiene derecho, publicidad que, como se ha dicho, debe estar regida por el principio de veracidad. Varios son los autores²⁷⁰ que consideran que, aunque siendo un canal de información legítimo, la publicidad como medio de comunicación masiva, por ser despersonalizada y muy genérica, requiere de ser complementada con información concreta dada a cada consumidor en las tratativas.

Andreu Martí²⁷¹ señala que desde un inicio la **protección del cliente bancario se ha centrado en asegurar el conocimiento real y efectivo del contenido de las operaciones bancarias a fin de recomponer el equilibrio entre las partes**, de intentar aplacar los problemas de asimetría informativa entre ellas.

Uría²⁷² comenta que el Tribunal Supremo español ha entendido que de la cuenta corriente bancaria, tan unida como vimos al depósito bancario a la vista, surge la obligación de facilitar información adecuada.

D) Consecuencia de la omisión en el deber de informar.

Corresponde al menos plantear este tema, de indiscutible importancia.

Para Polo²⁷³ el cumplimiento del deber de informar es lo que asegura que el consumidor o usuario contrate libremente: ello ya de por sí permite concluir que la consecuencia de tal razonamiento es la anulabilidad del contrato (en nuestro derecho, art. 1560 del Código Civil) Sin embargo el tema no se agota en la nulidad relativa del contrato otorgado.

Caffera²⁷⁴ señala que los seguidores de la posición que pone acento en la aplicación del principio de buena fe, perciben a la información como el objeto de un deber, de lo que derivan que el incumplimiento constituye un ilícito y la consecuencia es la obligación de resarcir los daños. Estos ponen por lo tanto acento en el emisor de la información, en el obligado a informar.

El mismo autor señala otro enfoque del tema: el estructural, mirando al destinatario de la información. Según este enfoque conviene recordar que el contrato según nuestro Código Civil se presenta como el resultado de un proceso de formación de la voluntad y la falta o insuficiencia de información afecta la fase de acumulación de datos sobre los cuales deliberar”, por lo que ese consentimiento es defectuoso y la consecuencia es la nulidad del contrato resultante. El centro pasa a ser como influyó en el destinatario de la información su ausencia o insuficiencia, y ya no más el emisor.

Gómez-Ferrer²⁷⁵ entiende que los defectos de la información precontractual, si se tratara de información determinante del consentimiento, trae como consecuencia un vicio que afecta al contrato (por afectar uno de los elementos esenciales del contrato)

En la Ley 17.250 y para los supuestos a los que ella se aplica, se optó por una de las posturas antes expuestas: por la de la responsabilidad, descartando la de la nulidad, pero previendo también la posibilidad de reclamar la resolución del contrato. Solución que se aparta marcadamente como comenta Caffera, de la solución argentina que le confiere al consumidor al que se le incumplió (no recibiendo información suficiente) la opción de la nulidad. Resolución que Caffera presenta como de iguales consecuencias prácticas que la nulidad en tanto estamos ante un incumplimiento de la faz pre-contractual.

Concretamente en lo que refiere al tema de este trabajo, la consecuencia del incumplimiento por el Banco del deber de informar a su futura contraparte sobre la naturaleza jurídica del contrato que se le está proponiendo (más que nada sobre la transferencia de propiedad operada y el cambio de un derecho de propiedad –derecho real- por uno personal contra la institución de intermediación financiera), particularmente por el hecho de que se presta a confusión, descarta al menos una de las posibilidades de manejarnos en el campo de las nulidades. Digo esto porque nuestro Código Civil en su artículo 1270 imposibilita la invocación del **error de derecho** como vicio del consentimiento, y **la información omitida en este caso refiere una cuestión de derecho**. Queda fortalecida entonces la opción de la responsabilidad del omiso, es decir, del Banco.

²⁶⁹ Trigo, Fulix y Stiglitz, Ruben, en “Contratos”, Argentina, edición La Rocca, pág. 122.

²⁷⁰ Entre ellos Lorenzaetti, citado por Ghersi, Carlos. En “Contratos. Problemática moderna”, (obra colectiva), Argentina, ediciones Jurídicas Cuyo, pág. 43.

²⁷¹ Andreu Martí, María del Mar. EN “La protección del cliente bancario”, edición Tecnos, España, pág. 120.

²⁷² Uría, Rodrigo. En “Derecho mercantil”, Marcia Pons, 19ª edición, España, pág. 805.

²⁷³ Citado por Vázquez, Roberto, en “La buena fé y las relaciones jurídicas: con especial referencia a la responsabilidad civil y la protección del consumidor” perteneciente al libro “Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina”, tomo I, Abeledo-Perrot, Argentina, pág. 264, nota al pie 55.

²⁷⁴ Caffera, Gerardo. En “El deber precontractual de informar del proveedor en la ley de relaciones de consumo” perteneciente al Anuario de Derecho Cviil Uruguayo, tomo XXX, pág. 483)

²⁷⁵ Gómez-Ferrer, Rafael. En “II Jornadas Uruguayas de Derecho Privado. Prof. Esc. Eugenio B. Cafaro”, Uruguay, A.E.U., pág. 24.

X. CONCLUSIÓN

Si algo puede concluirse de las diversas posiciones doctrinales analizadas, es que **incluso entre reconocidos juristas se han presentado dudas en cuanto a la naturaleza jurídica** del depósito bancario de dinero a la vista, dudas que algunos intentan tener por superadas, pero que se reiteran hasta en los textos de Derecho comercial más modernos de diferentes países del mundo. **Prestigiosos entendidos del derecho han prácticamente reconocido que afirmar “mi dinero está en el banco” ha sido parte de su realidad.** A ello se suma el hecho de que el *nomen juris* (“depósito”) elegido lleva a la confusión²⁷⁶ hasta de los más cautelosos. Y de todo ello cabe extraer una idea a mi juicio esencial: **si no resulta claro para experientes comercialistas, es innegable que el consumidor medio es muy susceptible a la confusión.**

Si partimos de que cuando nos referimos a cualquier contrato bancario, tendremos de un lado a un profesional especializado en su área y del otro en la generalidad de los casos a un individuo común, no podemos dejar de concluir que debe estar a cargo del contratante fuerte la obligación de informar cabalmente. Cuando digo “contratante fuerte”, me refiero a la fortaleza que da la información, esa información que, en tanto no fue resultado de una investigación debe estar en manos de ambos contratantes para que el acuerdo sea válido en tanto su consentimiento no esté gravemente viciado por error y para que no se genere responsabilidad precontractual.

Porque es innegable que podemos diferenciar al depósito a la vista del depósito a plazo fijo, al menos, en cuanto a la dificultad en el primer caso de encontrar una respuesta perfecta sobre la naturaleza jurídica y la facilidad con que es posible analizar la naturaleza jurídica del segundo.

Cabe comentar al menos que aquel contrato de depósito a que hacíamos referencia en la introducción (contrato propuesto por un Banco de nuestra plaza), por el cual se calificaba al depositante de propietario del dinero, no se adecuaba a ninguna posición respecto de la naturaleza jurídica de dicho contrato en tanto todas reconocen que la propiedad del objeto del contrato -el dinero- pasa al Banco²⁷⁷.

Por otra parte aunque **puede discutirse que el ahorrista quede englobado en la definición legal de consumidor**, la protección que ésta norma confiere debe ser objeto de extensión analógica en tanto estamos sin duda frente a un nuevo régimen jurídico en el cual ya no se tiene como un principio indiscutible a la autonomía de la voluntad, sino que se admite que un contratante puede estar privado de un efectivo poder negocial. El derecho a la información no puede instituirse como un privilegio de los consumidores sino que a mi juicio con nuestra Ley de relaciones de consumo se reconocen principios o manifestaciones de principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico: la buena fe en la contratación (tanto antes, como durante la celebración del contrato, y en su ejecución) y la igualdad de los contratantes que sólo puede alcanzarse entre otras cosas, si ambos están igualmente informados. Por otra parte **sólo a partir de la información puede manifestarse un consentimiento válido (libre y no viciado de error)**

La única solución admisible a mi juicio que resulta acorde con el principio de igualdad, es la extensión analógica de la Ley de Relaciones de Consumo, permitiendo su aplicación a los contratos de depósito y cuenta corriente bancaria. Entiendo ésto en tanto **no es posible admitir que existan sujetos en igual situación de debilidad que los consumidores** (desigualdad reconocida por la doctrina nacional y extranjera) **respecto de los cuales sólo se tenga un deber de no ocultar** (es el que tradicionalmente se ha derivado del principio de buena fe), reservando para los amparados por dicha Ley la calidad de sujetos pasivos de un deber activo de informar. Como señala Blengio²⁷⁸, otra interpretación tornaría inconstitucional a esta Ley por violación del art. 10 de nuestra Lex Fundamentalís.

Puedo manifestar mi acuerdo con Szafir²⁷⁹, trayéndolo además al estudio del tema de este trabajo, según la cual **“Todo cambio profundo en el derecho positivo proviene de las deficiencias de los modelos tradicionales para dar respuesta a las nuevas necesidades.” Se evidencia la necesidad de algunos cambios.**

²⁷⁶ Pérez Fontana, Sagundo, en “Cuadernos de Derecho Bancario”, tomo 2, Uruguay, F.C.U., pág. 11, siguiendo a Van Ryn Heenen y Hamuel, destaca lo impropio de la denominación empleada en tanto evoca al depósito de bienes diferentes al dinero, regulados por los Códigos Civiles y los de Comercio.

²⁷⁷ Una de las posiciones entiende que en realidad el bien objeto de propiedad pasa de ser dinero en efectivo a dinero bancario, por lo que con matices podría admitirse que una teoría naciente avala la afirmación de este banco, aunque considero que igualmente induce en error porque no existe claridad en la modificación operada (el cliente no estaría informado de que a ello se refería la institución)

²⁷⁸ Blengio, Juan, en “Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión que se discute. Primera parte.”, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXXII, pág. 568.

²⁷⁹ Szafir, Dora. En “La limitación cuantitativa de la responsabilidad en el derecho del consumidor. Las eximentes.”, publicado en “Anuario de Derecho Civil Uruguayo”, tomo XXVII, pág. 597.

BIBLIOGRAFÍA

1. Alfaro, Jesús. En "Protección de los consumidores y derecho de los contratos", publicado en el Anuario de Derecho Civil, tomo XLVII, fascículo II, abril-junio de MCMXCIV, España.
2. Alterini, Atilio, en "II Jornadas Uruguayas de Derecho Privado. Prof. Esc. Eugenio B. Cafaro.", Uruguay, A.E.U.
3. Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto. En "La formación del consentimiento y la protección del consumidor" perteneciente a "Derecho del consumidor", tomo 5, edición Juris, Argentina.
4. Andreu Martí, María del Mar. En "La protección del cliente bancario", edición Tecnos, España.
5. Arrighi, Jean Michel, en el artículo "Protección jurídica del consumidor. Aspectos nacionales e internacionales." Perteneciente al libro "Derecho del consumidor", F.C.U.
6. Arrighi, Jean Michel. En el trabajo "Introducción a la noción de consumo" en el Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales titulado "Aspectos jurídicos de la defensa del consumidor"
7. Barbier, Eduardo. En "Contratación bancaria", edición Astrea, Argentina.
8. Bañó Aracil, Jordi. En "Reflexiones en torno a la cuenta corriente bancaria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", perteneciente a "Estudios sobre jurisprudencia bancaria", editorial Arazandi, España.
9. Barbier, Eduardo. En "Contratación bancaria", edición Astrea, Argentina.
10. Bercovitz, Rodrigo y Salas, Javier. En "Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios" (del cual son coordinadores), edición Civitas, España.
11. Blengio, Juan, en "Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión que se discute. Primera parte.", Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXXII.
12. Blengio Juan. En "Ambito subjetivo de aplicación de Ley de las relaciones de consumo de la perspectiva de la noción de consumidor y la viabilidad de su extensión analógica.", perteneciente al Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXX.
13. Bonelli, Gustavo. En "Della cambiale, dell'Assegno bancario e del contratto di conto corrente", Italia, editorial Dottor Francesco Vallardi.
14. Boistel, en «Cours de Droit Commercial», 4ª edición, Francia, editorial Ernst Thorin.
15. Boix Serrano, Rafael. En "Curso de derecho bancario", edición de la Revista de Derecho Internacional Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, España.
16. Bourgoignie "Eléments pour une theorie du Droit de la consommation", primera edición, Story Scientra, Bruxelles. □
17. Cano Rico, José Ramón. En "Manual práctico de la contratación mercantil", tomo II, edición Tecnos, España
18. Caffera, Gerardo. En "El deber precontractual de informar del proveedor en la ley de relaciones de consumo" perteneciente al Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXX.
19. Calais Auloy. "Droit de la consommation", tercera edición, Dalloz, Francia.
20. Cagnoni, Aníbal. En "El derecho a la información", publicado en "Revista de Derecho Público", año 2002, números 21-22, F.C.U.
21. Caumont, Arturo. En "Derecho subjetivo del consumidor a una tipología contractual transparente e inequívoca. El negocio jurídico y su teoría general como garantía del respeto debido a tal derecho.", publicado en "Anuario de Derecho Civil Uruguayo", tomo XXVII.
22. Delpiazzo. Carlos E. Trabajo "contralor de la Banca pública y privada" en "Revista de Derecho comercial y de la empresa" de enero – diciembre de 1986, n° 37-40, F.C.U.
23. Diccionario legal Merriam-Webster's ©1996. Merriam-Webster, Incorporated.
24. "Derecho del consumidor", ciclo de conferencias, F.C.U. 1988.
25. Embrid Brujo, José. En "Contratos bancarios", Civitas, España.
26. Ferri, Giuseppe. En "Manuale di Diritto Commerciale", novena edición, edición UTET, Italia.
27. Garrigues, Joaquín. En "Contratos bancarios", España, 1975.
28. Ghersi, Carlos. En "Contratos. Problemática moderna", (obra colectiva), Argentina, ediciones Jurídicas Cuyo.
29. Giannini, Torquato. En "I contratti di conto corrente", Italia, edición Luigi Niccolai.
30. Gómez-Ferrer, Rafael. En "II Jornadas Uruguayas de Derecho Privado. Prof. Esc. Eugenio B. Cafaro", Uruguay, A.E.U.
31. Gutierrez Falla, Laureano. En "El derecho mercantil y el derecho del consumidor. El consumidor y la clientela.", perteneciente al "Anuario de Derecho Comercial", tomo 6.
32. Hargain, Daniel. En "Jornadas Uruguayas de Derecho Privado. Prof. Esc. Eugenio B. Cafaro", Uruguay, A.E.U.
33. Kemelmajer, Aída. En "Jornadas uruguayas de Derecho internacional Privado. Profesor Esc. Eugenio B. Cafaro.", A.E.U.

34. Konder Comparato, Fabio. En artículo "A obrigacao de informar no Direito contractual" perteneciente a "Estudios jurídicos en memoria del profesor Rodolfo Mezzera Alvarez", F.C.U. (Brasil)
35. La Lumia, en "Depositi", pág. 78.
36. L'Hereux, Nicole. En "Droit bancaire", 3 edición, Ivon Blais Inc, Canadá,
37. Morales Louro, Mirta. En "El derecho del consumidor", publicado en "Revista de técnica forense", número 10, F.C.U.
38. Madrazo Leal, Juan. En "El depósito bancario a la vista", edición Civitas, España.
39. Mezzera Álvarez, Rodolfo. "Curso de Derecho Comercial", tomo IV, Uruguay, anotado y ampliado por Siegbert Rippe, 5 edición, F.C.U.
40. Mezzera, Rodolfo. "Curso de Derecho Comercial", tomo III, Uruguay, anotado y ampliado por Siegbert Rippe, 5 edición, F.C.U.
41. Montés, María Pilar. En "Las condiciones generales de los contratos bancarios y la protección de los consumidores y usuarios", perteneciente a "Estudios sobre jurisprudencia bancaria", edición Arazandi, España.
42. Molle, Giacomo y Desiderio, Luigi. En "Manuale di diritto bancario e dell'intermediazioni finanziaria.", 5ª edición, Italia, edicion AG.
43. Obra colectiva "Derecho de daños", vol. 2, Argentina, edición La Rocca.
44. Obra colectiva "Contratos mercantiles", tomo I, cuyo director fue De la Cuesta, J. María, edición Bosch, España.
45. Olivera García, Ricardo. Trabajo titulado "Liquidación de instituciones bancarias" en "Revista de derecho comercial y de la empresa" de enero - julio de 1980, n° 13-14, F.C.U.
46. Ordoqui, Gustavo. En "El contrato en el año 2000" perteneciente a "Anales del foro", N° 123.
47. Ordoqui, en el artículo "Algunas reflexiones sobre la protección al consumidor en la contratación por adhesión a condiciones generales." perteneciente a "Aspectos jurídicos de la defensa del consumidor", Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, segunda serie, No 17, 1991
48. Pérez Fontana, Sagundo. En "Cuadernos de Derecho Bancario", tomo 2, Uruguay, F.C.U.
49. Pérez Fontana, Sagunto. En "Cuadernos de Derecho bancario", tomo 1, F.C.U., Uruguay.
50. Pinet, René. En "Le Compte Courant", edición Maison Ferd. Laucien (Bélgica) y Librairie A. Rousseau (Francia)
51. Polo, Eduardo. En "Protección del contratante débil y condiciones generales de la contratación", España, Cuadernos Civitas.
52. Ponces, Paula. En "Do contrato de depósito bancario", edición Almedina, Portugal.
53. Rippe, Siegbert. En "Derecho a la competencia", ciclo de conferencias de la Asociación de Escribanos del Uruguay, año 1999.
54. Rippe, Siegbert. En prologo al libro "Mercado y derecho" de Eva Holz, F.C.U.
55. Rippe, Siegbert. En artículo "El consumidor en el sistema regional e internacional" perteneciente a "Estudios jurídicos en memoria del profesor Rodolfo Mezzera Alvarez", F.C.U.
56. Rodríguez, Nury y López Rodríguez, Carlos. En "Regímenes concursales aplicables a las sociedades anónimas", F.C.U.
57. Rodríguez Mascardi, Teresita y Ferrer Montenegro, Alicia. En el artículo "La llamada concurrencia desleal del socio a la sociedad", publicado en la Revista del colegio de abogados del Uruguay, tomo XXVIII, de agosto de 1994.
58. Ruiz Martinez, Esteban. En "Los informes comerciales y el derecho a la información", edición Ábaco de Rodolfo Desalma, Argentina.
59. Santoro, Vittorio, en "Il conto corrente bancario", edición Giuffré.
60. Stiglitz, Gabriel y Stiglitz, Rúben. En "Derecho y defensa de los consumidores", Argentina, edición La Rocca.
61. Sindau, Gustave, en "Le compte courant et les impots", Francia, edición «□ Libraire Générale de droit & jurisprudence □».
62. Szafir, Dora. En "Consumidores. Análisis exegético de la Ley 17.189", F.C.U.
63. Szafir, Dora. En "La limitación cuantitativa de la responsabilidad en el derecho del consumidor. Las eximentes.", publicado en "Anuario de Derecho Civil Uruguayo", tomo XXVII.
64. Tapia Hermida, Alberto J. En "Derecho bancario", ediciones Cálamo, España.
65. Thierry D'Ennequin, Jacques. En "Le compte courant", Francia, edición «Librairie Générale de Droit & jursiprudence □»
66. Trigo, Fulix y Stiglitz, Ruben, en "Contratos", Argentina, edición La Rocca.
67. Uría, Rodrigo. En "Derecho mercantil", Marcia Pons, 19ª edición.
68. Vázquez, Roberto. En "La buena fé y las relaciones jurídicas: con especial referencia a la responsabilidad civil y la protección del consumidor" perteneciente al libro "Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina", tomo I, Argentina, Abeledo-Perrot.
69. Vicent Chulia, Francisco. En "Compendio crítico de Derecho Mercantil", edición Bosch, España.

70. Villegas, Carlos Gilberto. En "Teoría y práctica del cheque y la cuenta corriente bancaria", edición Vazquez Manzini.
71. Viguri Perea, Agustín. En "La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis de derecho comparado del Derecho Anglosajón.", editorial Comares, España, pág. 22.
72. Vogel, Klaus. En "El Estado moderno y el dinero", perteneciente a "Estudios en memoria de Ramón Valdés Costa", F.C.U., pág. 37.
73. Weill, Terre. En "Droit des Obligations", No 250.
74. Zunzunegui, Fernando. En "Derecho del Mercado Financiero", 2ª edición, Marcial Pons, España.

CONDICIONES DE LA OFERTA EN EL ÁMBITO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO SEGÚN EL DERECHO URUGUAYO

MARCOS SPERATI, NATALIA

Master de Derecho de la Empresa

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONTRATO ELECTRÓNICO. III. EL CONTRATO ELECTRÓNICO
Y LA LEY DE RELACIONES DE CONSUMO. IV. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN.

A) Los cambios tecnológicos en la sociedad de la información.

Los adelantos en la informática y las telecomunicaciones han producido cambios trascendentales, que han contribuido de forma decisiva al despegue de la denominada sociedad de la información. Uno de los fenómenos que ha crecido drásticamente y experimentando cambios radicales, es el del comercio electrónico, fundamentalmente a raíz de la revolución de Internet.

Lo que caracteriza al comercio electrónico moderno como algo diferente y novedoso, es la existencia de una infraestructura global de tecnologías de la telecomunicación y redes, en las que se lleva a cabo un proceso de digitalización y transmisión de la información.¹

B) Un nuevo paradigma.

Lo virtual constituye una fantasía, una representación onírica de la realidad o una alucinación. Sarra² al respecto expresa: *“La noción de virtualidad ha existido desde que los primates con rasgos antropomórficos adquirieron capacidad simbólica, por lo que sus orígenes se remontan, en realidad, hasta la prehistoria, cuando las pinturas rupestres de Altamira constituyeron el mundo virtual de sus creadores. Platón en su ‘alegoría de la caverna’, habla de existencia de un mundo ideal (¿un mundo virtual?) distinto del real. La ‘mimesis’ de Aristóteles, inducida en un público, generaba la ‘catarsis’, que era la capacidad de simulación emocional que habilitaba a los espectadores a entrar en empatía con los actores en el escenario e internalizar los dramas, con lo cual se producía un mundo virtual compartido: el drama”*.

Con el surgimiento de la comunicación masiva, la imprenta, la telegrafía, la telefonía, la radiofonía, la televisión y el teleprocesamiento multimedial, la virtualidad se evidencia aún más.

Siguiendo a dicha autora argentina, en estas “virtualidades”, la ubicación espacio-temporal no presentaba mayores problemas. Invariablemente “se era” en un determinado físico (lugar) y en una determinada materia (cuerpo). Actualmente, la digitalización posibilita la desmaterialización del hombre y la relativización espacial.³

Es así, que podría decirse que la era digital ha producido un drástico cambio de paradigma científico y social, y las consecuencias de este nuevo paradigma tecnológico afectan y modifican la estructura social y económica. En primer lugar permite distinguir la llamada Economía informacional; consistente en la capacidad de generación y manipulación de infraestructuras informacionales que son decisivas para el desarrollo y expansión de grandes empresas. En segundo lugar, la Economía Red, que es la descentralización de las grandes empresas y formación de redes o alianzas con pequeñas o medianas empresas. Por último, la Econo-

¹ José Antonio Gómez Segade, “Comercio electrónico en Internet”, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2001, pag. 14.

² Andrea Viviana Sarra. “Comercio electrónico y derecho: aspectos jurídicos de los negocios en Internet” Bs. As. Astrea, 2000, pag. 79 y sgtes.

³ Gibson, Neriuomancer; Negroponte, “Being digital”, citado por Andrea Sarra “Comercio electrónico...” pag. 82.

mía global, donde en realidad todas las áreas se encuentran subordinadas a este fenómeno: trabajo, comunicaciones, mercados financieros, cultura, etc.⁴

Internet constituye la sociedad, la infraestructura tecnológica y el medio organizativo que permite el desarrollo de una serie de nuevas formas de relación social, puesto que suponen una construcción social en torno a las redes de información con un altísimo valor para el tráfico jurídico y económico.

Como destaca Gómez Segade⁵, haciendo referencia a los pilares de la sociedad de la información, hasta el momento, los distintos instrumentos y medios técnicos suficientemente conocidos y útiles socialmente, como el teléfono, la radiodifusión, los satélites de comunicaciones, las bibliotecas funcionaban aisladamente, sin ningún tipo de interacción entre ellos, por lo que lo verdaderamente revolucionario es la interacción de estos distintos elementos.

Esta Sociedad de la Información impacta sobre el orden regulador de conductas, el Derecho, e impone que se efectúen nuevas reflexiones de las legislaciones y los dogmas vigentes. Es así, que la informática se presenta como una nueva forma de poder, siendo instrumento de expansión ilimitada e inimaginable del hombre y, una nueva forma de energía, de valor incommensurable, que potencia y multiplica de manera insospechada las posibilidades de desarrollo científico y social.⁶

C) Proyecciones en el ordenamiento jurídico.

Los problemas planteados por el comercio electrónico, se proyectan sobre todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, pudiéndose enunciar entre los más importantes: la validez de los negocios y transacciones realizadas en la red, el control de las operaciones de comercio electrónico desde el punto de vista fiscal, la protección de los consumidores, la distribución de los riesgos, la publicidad en la red, la seguridad de las transacciones y medios de pago electrónico, la protección de la intimidad y los datos personales, protección de los derechos de propiedad intelectual y, en particular las creaciones amparadas por el derecho de autor.

El carácter transnacional del comercio electrónico, influye a la hora de enfrentar una regulación completa y razonable, ya que para cumplir las normas sobre Internet, la legislación puramente nacional tiene una eficacia relativa.⁷

Frente a la necesidad de otorgar seguridad jurídica a las relaciones que surgen de la utilización de medios electrónicos, se discute si corresponde o es viable sancionar para Internet una regulación normativa especial. En efecto, la legislación vigente que partía del presupuesto de regular un comercio de bienes tangibles, se encuentra con las dificultades de la nueva realidad de bienes digitales y servicios de Internet.⁸

El comercio electrónico no constituye una simple modalidad de comercio caracterizada por un soporte nuevo, sino que por el contrario, estamos ante una nueva forma de comerciar apoyada en una filosofía social y económica, totalmente distinta a la que estaba vigente.⁹

D) Ventajas y desventajas del comercio electrónico.

El impacto del comercio electrónico ha generado grandes ventajas. Desde el punto del vista del empresario, se pueden mencionar que una de las principales consecuencias de los avances tecnológicos es la reducción de los costos de transmisión, transporte, búsqueda de la información debido a la utilización de poderosos mecanismos de búsqueda y de hardware sofisticado. Asimismo disminuyen los costos de acceso a la red, como resultado del incremento de la capacidad de las computadoras y la amplísima interconectividad de la red, ofreciendo grandes oportunidades especialmente a las pequeñas unidades económicas.

Desde el punto de vista del consumidor, estos avances permiten al mismo que accedan al mercado mundial desde cualquier lugar, precios más bajos por la ausencia de intermediarios, ahorro de tiempo y gastos de desplazamiento por moverse en un mercado virtual abierto de forma permanente.

Sin embargo, el comercio electrónico no solo proporciona ventajas, sino que también genera una serie de riesgos, siendo los principales afectados los consumidores que son quienes tienen menos poder y conocimientos. Dichos problemas serán tratados más adelante, cuando analicemos específicamente la temática de la protección del consumidor.

⁴ Manuel Castells, citado por Hugo Daniel Carrion, "Contratos informáticos", www.delitosinformaticos.com. Fecha : 26/01/03.

⁵ José Antonio Gómez Segade, "Comercio ...", pag. 22.

⁶ Hugo Daniel Carrion "Contratos...".

⁷ José Antonio Gómez Segade, "Comercio electrónico...", pag. 29

⁸ Beatriz Bugallo "Internet, comercio electrónico y propiedad intelectual", pag. 34 y sgtes.

⁹ José A. Gómez Segade "Comercio electrónico ...", pag. 39.

E) Nueva ubicación del consumidor.

En función de los actores del comercio electrónico, se puede realizar la clasificación de las principales modalidades de comercio electrónico; entre empresas o “*Business to Business*” (B2B), entre empresas y consumidores o “*Business to Consumer*” (B2C), entre consumidores o “*Consumer to Consumer*” (C2C) y entre empresas y administración o “*Business to Administrations*” (B2A).

De estas modalidades la que presenta mayor interés práctico, por los conflictos que genera, por el desequilibrio de las partes y que ha sido objeto de mayor regulación, es la de empresas y consumidores.

En efecto, en forma paralela al proceso de expansión del comercio electrónico, y quizás como una consecuencia del mismo, se constata una gradual preocupación en las legislaciones de derecho comparado y a nivel comunitario por otorgar una especial protección a los consumidores. Esta tendencia, se instaló en nuestro derecho positivo con la ley de Relaciones de Consumo N° 17.250¹⁰, en virtud de la falta de simetría de los contratantes, interviniendo para dictar criterios sustanciales tendientes a controlar el contenido de los acuerdos, limitando la autonomía de las partes.

La ratio de la ley, apunta a la protección de la parte débil de la relación, por lo que el consumidor no es amparado como categoría *per se*, sino que lo es en la medida en que se trata de un sujeto débil en el marco de una relación jurídica. La razón de ser es la de evitar abusos, generados por la disparidad del poder de negociar, pues sea por razones económicas o de conocimiento el proveedor tiene una posición dominante¹¹, siendo esta disparidad más patente en el caso del consumidor del comercio electrónico, el cual no se trata de un técnico en aspectos informáticos, la empresa titular del servicio muchas veces no es fácilmente ubicable en caso de eventuales reclamos o de accionamientos de responsabilidad.¹²

F) Objeto del trabajo.

Nos proponemos en el presente trabajo analizar cómo se inserta esta nueva realidad tecnológica de la sociedad de la información en nuestro derecho positivo, haciendo especial referencia a las innovaciones introducidas por la Ley de Relaciones de Consumo N° 17.250.

En definitiva, pretendemos poner en el tapete, una serie de interrogantes al respecto.

En primer lugar, nos planteamos si el derecho clásico da respuestas adecuadas y coherentes a este nuevo mundo del comercio electrónico. Se formulan así las siguientes interrogantes: ¿la Teoría General del Contrato puede adaptarse a los contratos que se perfeccionan por medios electrónicos? O por el contrario ¿responden a principios propios, resultando el derecho vigente inadecuado y siendo por lo tanto necesario que sea objeto de una regulación específica?

La problemática que asimismo concita nuestra atención, se circunscribe a el papel que juega la ya mencionada ley 17.250 – con el nuevo posicionamiento del consumidor -, y en que medida su regulación alcanza también a los contratos electrónicos. Por ello, en segundo lugar, enfocamos las innovaciones trascendentales introducidas por dicha norma y nos preguntamos: ¿armoniza con el sistema vigente?, ¿se plantean contradicciones?, ¿da respuestas adecuadas a la contratación electrónica?

Las interrogantes que planteamos como objeto del trabajo, conllevan a una valoración de las normas jurídicas nacionales vigentes, en función de las necesidades de la dinámica y certeza jurídica de la contratación electrónica.

De los distintos estadios del contrato, se analizará el iter constitutivo del contrato electrónico, sistematizándose nuestro trabajo de la siguiente manera: a. *La oferta*, haciendo especial referencia a dos de las principales innovaciones que introduce la ley 17.250; su carácter vinculante y la admisión de la oferta al público, b. *La aceptación*, con las características de la modalidad clickwrap agreements utilizada en la contratación electrónica y los problemas de la voluntad emitida automáticamente por computadora c. *Momento del perfeccionamiento*. Por último se hará una especial referencia a la situación jurídica del consumidor, en el marco de la relación de consumo, a la luz de la sanción de la ley de relaciones de consumo.

¹⁰ Si bien ya había normas tuitivas del consumidor, las mismas se hallaban dispersas en diversos textos, careciendo de coordinación, eficacia y uniformidad: ley N° 10.940 sobre Consejo Nacional de Subsistencias y Contralor de Precios; la ley N° 16.226, la cual reguló el uso del etiquetado en ciertos productos, entendiéndose que no cumplir con estas exigencias normativas suponía publicidad engañosa.

¹¹ Juan Blengio “Ambito subjetivo de aplicación de ley de las Relaciones de Consumo desde la perspectiva de la noción de consumidor y la viabilidad de su extensión analógica” ADCU N° XXX, pags. 457 y 458.

¹² Beatriz Bugallo “Internet, ...”, pag. 49.

II. EL CONTRATO ELECTRÓNICO.

A) Noción

Dávora Rodríguez¹³ define la contratación electrónica como *“aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo”*.

Lorenzetti, basándose en el nivel de impacto del medio electrónico, realiza la distinción de los contratos que pueden ser celebrados, cumplidos o ejecutados digitalmente en forma parcial o total.¹⁴

Lo fundamental, como lo destaca Fernández-Albor Baltar¹⁵, es que para que un contrato tenga la consideración de electrónico en sentido estricto de la expresión, es que los medios o instrumentos telemáticos intervengan en el momento de la conclusión del negocio y tengan por efecto la propia perfección del contrato.

B) Respuestas de los ordenamientos jurídicos a los problemas del comercio electrónico.

Cabe distinguir tres grupos de normas fundamentales: internacionales, comunitarias y nacionales.

La regulación de los contratos de consumo fue expresamente excluida del ámbito de aplicación de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, así como de los Principios de UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado). La primera tiene como propósito *“promover la uniformidad en su aplicación y asegurar la observancia de la buena fé en el comercio internacional”* (artículo 7, inciso 1). Por su parte UNIDROIT establece *“reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales”* y actuar como *“principios generales del Derecho”*.

Específicamente sobre nuestra temática, en el ámbito internacional en 1966 la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) aprobó la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico; en 1977 se publicó el GUIDEC (General Usage for International Digitally Ensured Commerce), promovida por la Cámara de Comercio Internacional, y que constituye un importante compendio de elementos de información y orientación sobre el comercio electrónico, y finalmente en 1998 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) celebró una conferencia ministerial en Ottawa, y en dicha conferencia se aprobó un plan de acción para el comercio electrónico. De todos estos instrumentos, el más importante y conocido es la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, cuya finalidad esencial es ofrecer a los legisladores nacionales un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional.

En el ámbito comunitario de la Unión Europea, en los últimos años se han aprobado diversas directivas de gran importancia para el comercio electrónico, siendo la más importante la Directiva 2000/31/CE del 8/6/00, la cual entre otras cosas se ocupa de la contratación electrónica y de la responsabilidad de los intermediarios.

En derecho comparado se puede reseñar el artículo 18 del Anteproyecto de ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico española.¹⁶

A nivel nacional, en Uruguay todavía no hay normas específicas sobre contratación electrónica, salvo alguna norma aislada, como el artículo 16 de la ley 17.250 referente a la oferta que se realice fuera del local empresarial *“por medio postal, telefónico, televisivo, informático o similar...”*, regulando entre otros temas

¹³ Dávora Rodríguez, *“Manual de derecho informático”*, pag. 166.

¹⁴ Ricardo Lorenzetti, *“Comercio electrónico”*, pags. 173 y sgtes. *“El contrato puede ser celebrado digitalmente en forma total o parcial: en el primer caso, las partes elaboran y envían sus declaraciones de voluntad (intercambio electrónico de datos o por una comunicación digital interactiva); en el segundo, solo uno de estos aspectos es digital: una parte puede elaborar su declaración y luego utilizar el medio digital para enviarla... Puede ser cumplido total o parcialmente en medios digitales: en el primer caso, se transfiere un digitalizado y se paga con ‘moneda digital’; en el segundo, se envía un bien digital y se paga con un cheque bancario; o se envía un bien físico por un medio de transporte y se paga con transferencias electrónicas de dinero.”*

¹⁵ Angel Fernández- Albor Baltar *“Régimen jurídico de la contratación en Internet”-“Comercio electrónico en Internet”*, pag. 265.

¹⁶ *“Los contratos celebrados por vía electrónica tendrán plena validez legal y producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, conforme a las normas generales relativas a la celebración, la formalización, la validez y la eficacia de los contratos. A efectos de esta ley, se entenderá por contrato formalizado por vía electrónica el celebrado sin la presencia física simultánea de las partes en el mismo lugar, prestando estas su consentimiento en origen y destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos conectados por medio de cable, radio o medios ópticos o electromagnéticos...”*

el derecho de rescisión o resolución del contrato que tiene el consumidor, que más adelante analizaremos. La citada ley introduce innovaciones fundamentales, que van a ser alcanzadas por las relaciones que surjan del comercio electrónico, siempre que se den los supuestos de la norma: una relación de consumo, es decir entre empresario y consumidor.

C) Normativa aplicable

1. ¿Es posible la adaptación de la normas de derecho común o es objeto de una normativa específica?

Al desarrollarse estas relaciones jurídicas, y surgiendo así los primeros conflictos, se plantea en la doctrina la discusión de si la regulación de los mismos será por las reglas generales de los contratos o será objeto de una regulación específica.

El tema a dilucidar es si el contrato electrónico contiene elementos o características especialísimas que determine que sea inviable recurrir a las normas vigentes que regulan la teoría general del contrato.

Es decir, si la innovación a nivel técnico influye en el ordenamiento jurídico, a un punto tal, que obliga a replantear los conceptos y normas existentes. Veamos las distintas posiciones que han surgido al respecto:

A) El contrato electrónico no supone alteraciones de la teoría general del contrato.

En general la mayoría de estos autores se inclinan por esta posición. Así Fernández – Albor Baltar expresa: *“los contratos electrónicos son y no pueden ser otra cosa que negocios jurídicos en el sentido estricto de la expresión, se someterán a la normativa civil común sobre la materia”*¹⁷.

Rodríguez Russo establece: *“Como categoría general o abstracta en tanto negocio jurídico convencional determinante del nacimiento de relaciones obligatorias, independientemente de su configuración específica”*.¹⁸

Por su parte Caffera expresa: *“El contrato electrónico no pone en cuestión las estructuras básicas de la teoría del contrato... Pretender que los medios electrónicos suponen una alteración en un nivel lógico tan elevado como el de la teoría del negocio jurídico, supondría algo así como exigir una nueva redacción del artículo 1319 del Código Civil para contemplar los daños causados por medio de computadoras”*.¹⁹

En la misma línea de pensamiento se encuentran Caumont y Stipanovic²⁰, quienes haciendo hincapié en que los tipos contractuales plasmados en las normas no son estáticos, ni deben apreciarse congeladas al momento de su origen, consideran que se van adecuando a los cambios y a las nuevas dimensiones de las unidades lingüísticas, y al mismo tiempo *“componentes de un sistema convocación abstractiva constitutivo, en sí mismo, de la Teoría General del Negocio Jurídico”*.

B) El contrato electrónico requiere un tratamiento específico.

Otro sector de opinión considera que debe ser objeto de una regulación específica. Así en la doctrina argentina tenemos a Lorenzetti²¹ que considera *“que la influencia es más contundente: es un nuevo supuesto de hecho, que obliga a remodelar los conceptos y normas existentes.”* Dicho autor afirma, que el supuesto de hecho único del contrato está fragmentado, distinguiendo las relaciones de consumo, por adhesión, megacontratos, etc, por lo que frente a dicha diversidad no hay que mantener la simplicidad, propugnando así la necesidad de dar respuestas diferenciadas y ajustadas a cada figura.

Gherzi²² va más allá y afirma *“el contrato en términos de la sociedad de consumo de los países subdesarrollados, debe profundizar y crear su propia teoría general”*, propugnando así la construcción de una Teoría General del Contrato de Consumo.

¹⁷ Angel Fernández –Albor Altar “Comercio electrónico en Internet”, pags. 270 y sgtes.

¹⁸ Jorge Rodríguez Russo “Contribución para la determinación del régimen jurídico aplicable a los tipos contractuales atípicos”. ADCU N° XXIX, pag. 105.

¹⁹ Gerardo Caffera “El contrato electrónico: el proceso de formación del consentimiento” ADCU N° XXXI, pag. 603.

²⁰ Arturo Caumont y Emma Stipanovic “La Teoría General del Negocio Jurídico como sustento del contrato en el tercer milenio” en Estudios en Homenaje al Prof. Jorge Gamarra FCU. 2001, pag. 105.

²¹ Ricardo Lorenzetti “Comercio electrónico”, pag. 163.

²² Carlos Alberto Gherzi “El contrato ante el tercer milenio: perspectivas del derecho privado contractual contemporáneo ante las exigencias sociales y económicas de fin de siglo. Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Jorge Gamarra, Montevideo, FCU 2001, pags. 138 y sgtes.

C) Nuestra posición.

Coincidiendo con la doctrina mayoritaria, consideramos que si bien el contrato electrónico tiene ciertas particularidades, como la utilización del medio electrónico para consentir, la ausencia del documento escrito, lo atinente al ciberespacio que ha creado un inmenso mercado virtual, las mismas no justifican que se deba desechar o no considerar adecuados los principios de la Teoría General del Contrato.

En efecto, el contrato electrónico es un negocio jurídico, en los términos establecidos en el artículo 1247 del Código Civil, es decir "una convención por la cual una parte se obliga con la otra o ambas se obligan recíprocamente a una prestación cualquiera, esto es dar, hacer o no hacer alguna cosa". Y como contratos que son deberán concurrir los requisitos exigidos para esta clase de acuerdos de voluntad, y que se encuentran enumerados en el artículo 1261 del Código Civil. Si bien el consentimiento se manifiesta por medios electrónicos, consistirá al igual que cualquier otro fenómeno contractual, en un concurso entre la oferta y la aceptación de la cosa. El objeto además de ser lícito y suficientemente determinado, podrá recaer tanto sobre bienes incorporales como corporales.

Asimismo, como lo establecen Caumont y Stipanovic, se constata que los fenómenos de naturaleza jurídica se desarrollan a una velocidad que no es por cierto acompasada por las estructuras negociales previstas en las normas. Actualmente, el ritmo en el tráfico jurídico ha evidenciado que la simbología deba cambiar, pasando de la palabra escrita sobre papel a la expresión de la voluntad por medios digitales.

Es así, que se debe aceptar la amplitud del criterio y la visión hacia el futuro de las palabras del legislador. Hay que rescatar esa concepción como línea rectora para la redacción de las normas con el objeto de evitar, de ese modo, una desmedida "proliferación legislativa", pues según Soler²³, "*el mal proviene, sobre todo, de la constante proliferación legislativa, de la excesiva movilidad, condición ésta propensa a crear estados de inseguridad jurídicos semejantes a los que puede traer una jurisprudencia caprichosa y creadora*".

Esto, sin perjuicio de la adecuación a determinados problemas prácticos que sea imperante regular.

Como se analizará a continuación, se pueden aplicar perfectamente las normas del contrato a distancia reguladas en el Código Civil.

2. Normas de Derecho Civil.

Los artículos del Código Civil que regulan acerca del momento y lugar en que se constituye el consentimiento son los artículos 1263 y 1265. Siguiendo a Gabriel Fernández se puede decir que se estructura basándose en dos variables distintas pero no contradictorias o complementarias entre sí: a. oralidad o verbalidad de la propuesta por un lado (artículo 1263) b. ausencia de las partes por el otro (artículo 1265).²⁴

De estas dos hipótesis, la que nos interesa es la del artículo 1265 que regula los contratos entre ausentes, rezando su inciso primero lo siguiente: "El contrato ajustado por mensajero o por correspondencia epistolar o telegráfica, se perfecciona en el lugar y en el acto en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente".

Que los contratos electrónicos queden alcanzados por el ámbito de aplicación de dicha norma, va a depender de la interpretación que se le de al giro "ajustado por mensajero, o por correspondencia epistolar o telegráfica". Coincidiendo con Gabriel Fernández, consideramos que dicha enumeración no fue realizada en forma taxativa, por lo que "*el ámbito de aplicación de este artículo alcanza a la totalidad de los contratos celebrados entre partes ausentes*".²⁵

Es así, que la idea que posiblemente estuvo en la mente del legislador, o las interpretaciones que se hagan, en base al preconcepto de que los contratos entre ausentes tiene que formarse necesariamente en forma progresiva²⁶, sustentándose en épocas en que el avance tecnológico no permitía comunicaciones directas, no fue plasmada en nuestro Código Civil.

Esta interpretación habilita a sostener, que los desarrollos tecnológicos que han alcanzado los medios de comunicación permiten que se pueda configurar contratos entre ausentes con propuesta no verbal pero

²³ Soler, "La interpretación de la ley", pag. 116.

²⁴ Gabriel H. Fernández "Algunas reflexiones acerca del momento y lugar en que se constituye el consentimiento. El sistema de la recepción y el del conocimiento". Rev. AEU, vol. 81, n° 1-6 (enero-junio 1995) pag. 55.

²⁵ Idem.

²⁶ Jorge Gamarra. Tratado de Derecho Civil Tomo XI, pags. 12: "La doctrina distingue la formación instantánea del contrato, por oposición a la formación sucesiva o progresiva; se dice que el contrato puede formarse instantáneamente entre presentes, mientras que cuando se forma entre ausentes, la formación es necesariamente progresiva o sucesiva (*ex intervallo temporis*) 13 y 130 y sgtes.

susceptibles de formarse instantáneamente, como es el caso de los contratos por medios electrónicos, y que sean alcanzados por el artículo 1265 del Código Civil.

Por lo que se puede decir que este es un ejemplo de lo que Caumont llamaría una “*categoría negocial, en vigencia normativizada, como universos lingüísticos redimensionables al compás de la variación de significación que los cambios culturales determinan gradualmente, proyectando nueva luz sobre las palabras con que se diseñaron tiempo atrás.*”²⁷ Esto permite dar un alcance hermenéutico que se vaya adecuando a las nuevas realidades, otorgando así una interpretación armónica.

3. Ley de Relaciones de Consumo: 17.250.

Como ya se reseñó con anterioridad (2.2) el contrato electrónico no fue objeto de regulación en forma específica, por lo que corresponde aplicar para su regulación el derecho común.

Ahora bien, ¿cuales normas serán las que regularán dichas relaciones?, ¿las del derecho civil o derecho comercial?

Previo a contestar dicha interrogante, es menester efectuar la aclaración que dentro de las distintas hipótesis (numeral 1.5) de actores entre los que se puede configurar un contrato electrónico, el que interesa a nuestro estudio es de “Business to consumer”.

La ley de relaciones de consumo, N° 17.250 en sus primeros artículos delimita el ámbito subjetivo de aplicación: el artículo 2 define qué se entiende por consumidor²⁸, el artículo 3 qué se entiende por proveedor²⁹ y por último, el artículo 4 define la relación de consumo como “el vínculo que se establece entre el proveedor que, a título oneroso provee un producto o presta un servicio y quién lo adquiere o utiliza como destinatario final”.

Es decir, que una vez que entró en vigencia la ley N° 17.250, los contratos electrónicos que se realicen entre empresarios y consumidores son alcanzados por el ámbito de aplicación de la misma. Por lo que, si bien en forma expresa no han sido regulados, salvo en el artículo 16, en virtud del ámbito subjetivo de aplicación de dicha ley, la misma va a regir las relaciones que surjan del comercio electrónico, con innovaciones trascendentales, siendo una de ellas, y la que nos ocupa el presente trabajo el de las condiciones de la oferta.

Cabe señalar, que cuando el artículo 1 establece la naturaleza jurídica de la ley (de orden público) y delimita su objeto, in fine estipula “En todo lo no previsto en la presente ley, será de aplicación lo dispuesto en el Código Civil”. Como lo establece Szafir³⁰, la ley de relaciones de consumo constituye un “microsistema” dentro del sistema de Derecho Civil, que no se pretendía eliminar de las relaciones de consumo. En efecto, la normativa sancionada no constituye un nuevo sistema jurídico, sino una excepción que por razones coyunturales, el legislador interviene a efectos de limitar la autonomía privada³¹.

La relación de consumo es un contrato de compraventa civil, ya que no se compra para revender³². Distinta es la hipótesis de un contrato electrónico que se configura entre empresarios: “business to business”, en los cuales se adquiere no como destinatario final sino para transformar o comercializar. Estas últimas serían una de las hipótesis de los actos de comercio que enumera el artículo 7, numeral 1 del Código de Comercio, siendo la normativa de dicho código la que regule las relaciones que surjan de dichos contratos.

²⁷ Arturo Caumont y Emma Stipanovic “La teoría general del negocio ...”, pag. 105.

²⁸ “Consumidor es toda persona física o jurídica, que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización”. El alcance de dicha definición ha sido muy discutido por la doctrina, con posiciones encontradas, así Blengio sostiene una posición amplia, y Olivera una posición sumamente estricta, mientras que Wonsiak se posiciona en una tesis intermedia, como más adelante se comentará.

²⁹ “Proveedor es toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y en este último caso estatal o no estatal, que desarrolle de manera profesional actividades de producción, creación, construcción, transformación, montaje, importación, distribución y comercialización de productos o servicios en una relación de consumo”.

³⁰ Dora Szafir “Consumidores. Análisis exegético de la ley 17.189” FCU julio 2000, pag. 13.

³¹ Santiago Carnelli – Oscar Sarlo “El principio de igualdad y la contratación del Código Civil” ADCU XXXI, pag. 605.

³² Se aclara que de todas formas que la relación de consumo no solo deriva de un contrato de compraventa. Ver artículo 4 inciso 2.

D) Oferta negocial del contrato electrónico.

Gamarra, remitiéndose a Thur define la oferta negocial como “una declaración de voluntad recepticia por medio de la cual una persona propone a otra la celebración de un contrato, en términos tales, que para que éste quede cerrado basta con que el destinatario de la oferta la acepte”.³³

La doctrina tradicional enumera las siguientes características que debe reunir la misma: a. carácter recepticio, porque está dirigida a provocar la aceptación del destinatario, b. contener intención de obligarse, c. completa y d. estar dirigida a una persona determinada.

El hecho de que exista una regulación imprecisa, que no resuelve en forma clara el tema de la oferta al público, en especial en sede de relación de consumo, justifica que la ley 17.250, contenga una disposición que permita considerar destinatarios tanto a sujetos determinados, como a las personas indeterminadas, como lo veremos a continuación.³⁴

1. Naturaleza jurídica de la oferta

La consideración acerca de la naturaleza de la oferta, en cuanto a su consideración de acto negocial o prenegocial lleva a considerar a continuación, si ésta tiene o no fuerza vinculante, lo cual es solucionado por el artículo 12 de la ley 17.250 optando por la propuesta vinculante y su carácter de acto negocial³⁵.

El carácter vinculante de la oferta, surge de la parte final del inciso primero de dicho artículo: “vincula a quien la emite y a aquel que la utiliza de manera expresa por el tiempo que se realice”. Esto constituye, junto con la admisión de la oferta al público, en una de las grandes innovaciones de la ley. Como lo destaca Ordoqui³⁶ la norma sigue un criterio amplio respecto de la individualización de los sujetos que quedan obligados por esta oferta. Este efecto vinculante también surge del artículo 14 cuando se regula el deber de informar y se hace referencia a la oferta a través de los avisos publicitarios, estableciendo también la posibilidad de que tanto la oferta como los avisos publicitarios tengan efecto vinculante.

Respecto del fundamento de este carácter vinculante, a lo que apunta la norma es a eliminar toda iniciativa tendiente a engañar al consumidor proponiendo cosas que no es posible cumplir en la realidad.

Al respecto Ordoqui expresa: “Entramos así en un principio básico del derecho de consumo, conforme al cual se protege la confianza del consumidor en una apariencia legítima.” Agregando luego “En aplicación del principio de la seguridad jurídica y la tutela de la confianza legítima en la apariencia objetiva creada, es que se justifica, ..., que de ciertas circunstancias surjan obligaciones aunque no haya acuerdo de partes”.

La posibilidad de engañar al consumidor se acentúa en el caso de los contratos electrónicos, debido a la complejidad técnica; muchas veces es anónimo porque no se puede conocer al dueño o responsable. Las pruebas que realiza para verificar los datos suministrados antes de contratar son muy pocas: actúa sobre la base de un conocimiento inductivo débil. Pero no se trata de un problema de negligencia, sino de una necesidad: si se tuviera que verificar razonablemente cada acto, sería imposible vivir, y los costos de transacción serían altísimos.

Lorenzetti³⁷ manifiesta: “En este contexto, es claro que los modelos de comportamiento racional y los estándares de “contratante medio”, obligan a reformular nociones: la conducta del individuo se basa en la confianza y ésta se construye sobre la base de la apariencia que crea el sistema experto. Como principio jurídico y regla hermenéutica tanto la confianza como la apariencia significan que se da primacía a lo objetivamente declarado ‘quien crea una apariencia, se hace prisionero de ella’.

2. Elementos identificatorios.

La trascendencia de delimitar cuáles son los elementos que necesariamente debe reunir la oferta negocial, tiene por objetivo distinguirla de otras manifestaciones de voluntad no encaminadas a la formación de un acuerdo contractual.

³³ Jorge Gamarra. “Tratado...”, pag. 101.

³⁴ Dora Szafir “Consumidores ...”, pag. 113

³⁵ Dora Szafir: “Consumidores...”, pag. 116.

³⁶ Gustavo Ordoqui: “Derecho de consumo”, pag. 75.

³⁷ Ricardo Lorenzetti: “Comercio...”, pag. 171.

Analizando la definición del artículo 12 de la ley 17.250 la misma establece: “La oferta dirigida a consumidores determinados o indeterminados, transmitida por cualquier medio de comunicación y que contenga información suficientemente precisa con relación a los productos o servicios ofrecidos, vincula a quien la emite y a aquel que la utiliza de manera expresa por el tiempo que se realice...”

El artículo comienza señalando, que la oferta puede estar dirigida a “*consumidores determinados o indeterminados*”. Esta consagración legal de que una oferta dirigida a sujetos indeterminados, jurídicamente hablando, constituye una verdadera oferta con todos sus efectos, es decir que con la aceptación ya se perfeccionaría, – naturalmente, siempre que estemos ante una relación de consumo – constituye una innovación. En efecto, hasta el momento predominaba a nivel doctrinario la posición, de que la oferta dirigida a sujetos indeterminados no era una verdadera oferta, sino tan solo “una invitación para contratar”.

En el Código Civil argentino hay una estipulación expresa,³⁸ que impide una interpretación amplia en el sentido de considerar propuesta la manifestación de voluntad dirigida a personas indeterminadas. En cambio en nuestro Código Civil no surge tan claro, si bien la mayoría de la doctrina considera que no es una oferta.

Así Gamarra considera, que del hecho de que la oferta deba emitirse con intención de obligarse, se desprende de que necesariamente se debe dirigir a una persona determinada. En efecto, señala: “*en general se entiende que la exposición de mercaderías en los escaparates, aún con indicación de precio, no constituye una propuesta, sino un anuncio, que debe interpretarse como invitación a contratar*”.³⁹

Szafir⁴⁰ llega a la misma conclusión que Gamarra pero a partir de otro fundamento. Del artículo 1262 al establecer que no habrá consentimiento obligatorio, sin que la propuesta de una parte haya sido aceptada por la otra, la autora considera que la manifestación de voluntad emitida por el proponente tiene un destinatario concreto: “la otra” parte. Dicha autora, asimismo se funda en la naturaleza recepticia de la oferta, para lo cual concluye, que el destinatario debe estar determinado.

En el marco del derecho comercial, nuestro Código de Comercio cuando regula la compraventa en el artículo 519, trata también la temática que nos ocupa. Dicho artículo establece “Las ofertas indeterminadas contenidas en un prospecto o en una circular, no obligan al que las ha hecho”. Como lo señala Mezzera⁴¹ este artículo puede plantear dudas respecto de qué debe entenderse por “ofertas indeterminadas”, en la medida que sea asimilado a incompleta faltaría uno de los elementos esenciales del contrato, constituyendo una simple invitación para ofertar. Dicho autor considera más compleja la situación cuando es a sujetos indeterminados, que es precisamente la que nos convoca.

Para el caso específico de las relaciones de consumo, la ley 17.250 sanea así dicha discusión estipulando expresamente que la oferta puede estar dirigida tanto a sujetos determinados como indeterminados.

Continuando con el análisis del artículo 12, el mismo estipula que la oferta puede ser *transmitida por cualquier medio de comunicación*. Se desprende así que no hay ningún tipo de restricción respecto al medio empleado para transmitir la oferta, quedando entonces comprendida la oferta que se haga por medios electrónicos.

La exigencia de que la oferta sea *suficientemente precisa*, implica una oferta completa o autosuficiente en lo que respecta a la cosa, al servicio y a su precio, es decir a los elementos esenciales del contrato.^{42 43}

Teniendo en cuenta el efecto vinculante de la oferta, y que con la simple aceptación se perfecciona el contrato, es necesario que la misma sea completa. A tales efectos el artículo 15 enuncia el contenido mínimo o imprescindible de la oferta. Es importante destacar que el legislador utiliza la expresión de que el proveedor “deberá informar”, es decir que hay un imperativo, siendo el artículo 32 el que se ocupa de establecer las consecuencias de su incumplimiento.⁴⁴

³⁸ Atilio Aníbal Alterini. “Contratos civiles-comerciales-de consumo” Teoría General. Buenos Aires, pag. 270. “El artículo 1148 del Código Civil exige enfáticamente que la oferta sea hecha a “persona determinadas”. Coincidentemente el artículo 454 del Código de Comercio dispone que “las ofertas indeterminadas hechas en un prospecto o en una circular no obligan al que las ha hecho”.

³⁹ Jorge Gamarra. “Tratado...”, pag. 107.

⁴⁰ Dora Szafir: “Consumidores...”, pag. 112.

⁴¹ Rodolfo Mezzera Alvarez. “Curso de Derecho Comercial” Tomo III Contratos Comerciales FCU, pag. 20.

⁴² Gustavo Ordoqui Castilla. “Derecho de Consumo – Ley 17.250” Ediciones del Foro. Montevideo, 2000, pag. 76.

⁴³ Beatriz Venturini («La Publicidad en la ley de defensa de las Relaciones de Consumo”, N° 17.250 ADCU N° XXX pag. 740 y sgtes.), sin embargo ha dado otra interpretación al giro información suficientemente precisa, al respecto expresa: «Se estima que no ha sido feliz la definición que sobre oferta se aporta en la ley 17.250 en su artículo 12, que modifica el concepto tradicional de oferta por el cual frente a la misma, basta la mera conformidad del aceptante para el perfeccionamiento del contrato, en cambio ahora se refiere como oferta el ofrecimiento de información suficientemente precisa, por lo que podría omitirse, incluso el precio, e igualmente estaríamos frente a oferta, en una lectura textual del artículo 12».

⁴⁴ Artículo 32 ley 17.250: “La violación por parte de proveedor de la obligación de actuar de buena fe o la transgresión del deber de informar en la etapa precontractual, de perfeccionamiento o de ejecución del contrato, da derecho al consumidor a optar por la reparación, la resolución o el cumplimiento del contrato en todos los casos más los daños y perjuicios que correspondan”.

Entre los requisitos que exige el artículo 15 están: la determinación del precio, los impuestos, forma de pago, intereses. Más adelante los artículos 17 haciendo referencia a la oferta de productos y el 20 a la de servicios detallan con más precisión de acuerdo al tipo de oferta el contenido de la misma. Por su parte el artículo 18 regula la oferta de componentes y repuestos, y el artículo 19 refiere a la oferta de productos usados.

3. Distinción con invitación para contratar.

La invitación para contratar, Gamarra la define, como un acto preparatorio del contrato, junto a las tratativas, la minuta, la propuesta y la aceptación. Señala *“Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica todos estos actos se caracterizan por ser prenegociales, porque la voluntad todavía en movimiento, está dirigida a producir un efecto provisorio, que se agota en la predisposición del negocio”*.⁴⁵ Es decir, que al estar en el período precontractual, no tiene carácter vinculante.

La doctrina tradicional considera que la oferta es una declaración unilateral de voluntad, de carácter recepticio, que debe ser completa, contener una intención de obligarse y estar dirigida a una persona determinada. Cuando falta este último elemento, se afirma que la declaración orientada al público en general no es una oferta, sino una *“invitación para ofertar”*.

Al establecerse en el ámbito del derecho del consumidor, que la oferta puede estar dirigida a consumidores determinados como indeterminados, se plantea entonces la interrogante de si tiene vigencia la distinción entre la invitación para contratar y la oferta. Se puede señalar asimismo, que aunque falte uno de los elementos esenciales de la oferta, por ejemplo el precio, en la medida que la ley de relaciones de consumo en el artículo 14 dispone que *“toda información, aún la proporcionada en avisos publicitarios, difundida por cualquier forma o medio de comunicación, obliga al oferente que ordenó su difusión y a todo aquel que la utilice, e integra el contrato que se celebre con el consumidor”*, el proveedor quedará de todos modos vinculado.

4. Distinción con el deber de informar.

El deber de información, en el ámbito del derecho del consumo, ha ganado una importancia fundamental.

Teniendo en cuenta, que la protección jurídica del consumidor parte de la premisa esencial de la desigualdad de las partes en al relación de consumo, el deber de información adquiere nueva fuerza, ya que apunta a nivelar las diferencias cognoscitivas entre el proveedor y el consumidor.

Al respecto, Caffera⁴⁶ señala que el deber de informar pasó de su versión clásica de un deber de no ocultar a *“actuar para informar”*. Es más, para los contratos informáticos, dicho autor remitiéndose a Carrascosa – Pozo - Rodríguez⁴⁷ expresa: que el proveedor informático no solo debe dar una información objetiva al usuario sino que debe *“aconsejarle”*, teniendo en cuenta su superioridad técnica⁴⁸.

Es así, que el deber de información como formando parte del período precontractual, a partir del Derecho del Consumidor adquiere mayor relevancia, ya que la información cumple la función esencial de acortar las distancias entre los extremos de la relación de consumo. Así fue reconocido por las directrices del consumidor de las Naciones Unidas (1985)⁴⁹.

⁴⁵ Jorge Gamarra. *“Tratado...”*, pags. 15 y sgtes.

⁴⁶ Gerardo Caffera *“El deber precontractual de informar del proveedor en la ley de relaciones de consumo”* ADCU N° XXX, pag. 486.

⁴⁷ Carrascosa-Pozo-Rodríguez *“La contratación informática: el nuevo horizonte contractual”* Granada-España 1999. pag. 124, citado por Caffera en *“El deber precontractual...”* pag. 486.

⁴⁸ Esta obligación más gravosa que la de informar que la doctrina ha derivado del principio de buena fe, Caffera (*“El deber precontractual de informar...”*, pag. 486 y sgtes.) considera, que si bien no contamos con normas expresas, citando como ejemplo el artículo 2060 inciso 2 del Código Civil, en sede de Mandato concluye que dicho principio de que un consejo dado deslealmente acarrea responsabilidad, posee potencialidad expansiva notoria, y el legislador alojó un principio aplicable en este campo.

⁴⁹ La resolución 39/248 de la O.N.U., en el pto. 3 de las directivas expresa: *“Las necesidades legítimas que las directrices procuran atender son las siguientes: ... c) el acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual”*. El pto. 20. *“... ello requiere el suministro de la información necesaria para que los consumidores puedan tomar decisiones bien fundadas e independientes, así como la adopción de medidas para asegurar la exactitud de la información suministrada”*. El pto. 21 agrega: *“Los gobiernos deben alentar a todos los interesados a participar en la libre circulación de información exacta sobre todos los aspectos de los productos de consumo”*. El artículo 4 expresa: *“Quienes produzcan importen distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuario, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos.”*

Como bien lo establece Japaze⁵⁰: “se trata de propiciar una suerte de “consentimiento informado, donde el consumidor conozca el producto o servicio que se le ofrece, y conozca las condiciones del negocio que se le presenta”. Agrega la citada autora “la información ejerce notoria influencia sobre el consentimiento y como corolario de ello, el déficit en el cumplimiento del deber de informar (información falsa, incompleta, confusa, etc.) genera la responsabilidad precontractual del empresario”.

Ubicándonos en nuestro derecho positivo, específicamente en la ley de relaciones de consumo, se constata de que el deber de informar tiene en ella, un rol central.

El artículo 6 en su literal c), reconoce como derecho básico, el derecho a “la información suficiente, clara y veraz, en idioma español...”, y los artículos 15, 17 y 20 se encargan de especificar su contenido.

Siguiendo a Caffera⁵¹, en el análisis de las propiedades legalmente exigidas al deber de informar, por la ley de relaciones de consumo en el artículo 6 tenemos:

a. La claridad, la cual puede ser vista en tres planos:

- Sintáctico, que se traduce en exigencias de legibilidad.
- Semántico, desde dos aspectos: a. en cuanto al sistema lingüístico que se refleja en la reiterada exigencia de utilización del idioma español.⁵² b. el texto informativo sin problemas semánticos, como por ejemplo el uso de expresiones ambiguas, oscuras o vagas.
- Pragmático es decir que “el modo lingüístico debe adaptarse a la competencia presumible en los destinatarios del mensaje”.

b. La veracidad, que tiene la particularidad de que en el artículo 26 invierte la carga de la prueba a favor del consumidor cuando la información se incluye en una instancia publicitaria: “la carga de la prueba de la veracidad y exactitud material de los hechos contenidos en la información o comunicación publicitaria corresponde al anunciante”. En las demás hipótesis la carga de la prueba continúa grabando al consumidor.

c. Por último tenemos la suficiencia. Caffera⁵⁴ realiza la distinción entre completa y suficiente, afirmando que la que exige la norma es esta última, ya que la completitud, implicaría la necesidad de suministrar absolutamente toda la información referente al producto o servicio.

5. ¿La publicidad por Internet, constituye una oferta?

La Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1984, ha definido la actividad publicitaria como: «toda divulgación para dirigir la atención del público o de los medios de difusión hacia una determinada persona, producto o servicio, con el fin de promover de un modo mediato o inmediato su contratación».

El acto publicitario propiamente dicho⁵⁵, lo que busca es promover la contratación, concluir negocios. Si bien está muy ligada con la información, la publicidad se diferencia de esta última, ya que muestra el producto o servicio de la manera más atractiva, poniendo de relieve sus ventajas y bondades.⁵⁶

Al respecto, Clark, citado por Alterini⁵⁷ expresa: “En los hechos la publicidad es el producto, porque la gente lo adquiere tal como lo percibe mediante la publicidad; un producto es ante todo su imagen, vale decir, lo que millones de consumidores creen que es, o lo que asocian con ella, a lo cual se agrega que muchas veces los productos se revisten de una diferencia aparente, que sólo proviene de que hay una propiedad de la marca, que no reside en lo que el producto es, sino en lo que hace y sugiere la publicidad”.

Con la incursión de Internet como un nuevo medio de comunicación, que permite el intercambio y el acceso a gran cantidad de información, la publicidad transmitida por este medio, no resultó ajena a dicho proceso. En efecto, las innumerables ventajas que ofrece Internet, determinó que la publicidad vía Internet haya tenido una expansión enorme en los últimos años.

⁵⁰ María Belén Japaze: “La información y la publicidad como técnicas de protección de los intereses económicos del consumidor” Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Jorge Gamarra, Montevideo, FCU 2001 pag 142.

⁵¹ Gerardo Caffera “El deber precontractual de informar...” pags. 492 y sgtes.

⁵² Artículo 6 c) ley 17.250 “información suficiente, clara, veraz, en idioma español sin perjuicio que puedan emplearse además otros idiomas”.

⁵³ Artículo 13 ley 17.250: “Toda información referente a una relación de consumo deberá expresarse en idioma español, sin perjuicio que además puedan usarse otros idiomas”.

⁵⁴ Gerardo Caffera “El deber precontractual ...”, pag. 494.

⁵⁵ Hay parte de la doctrina (Manuel Santalla: «El nuevo Derecho del a Publicidad» Civitas Madrid 1989, pag. 32 y 69 que realiza la distinción entre publicidad y propaganda, teniendo la primera un objetivo comercial, en cambio la segunda perseguiría un fin ideológico, filosófico, religioso, político, económico o social. Para otros (entre ellos, Beatriz Venturini «La publicidad en la ley de defensa...») dicha distinción entre publicidad y propaganda no tiene vigencia y que se pueden utilizar alternativamente.

⁵⁶ Dora Szafir, « Consumidores...», pag. 200.

⁵⁷ Atilio Anibal Alterini, “Contratos ...”, pag. 139.

Entre las ventajas se pueden mencionar, que se trata de una publicidad más barata, es más eficaz, ya que permite conseguir con precisión el perfil de los clientes potenciales y sus preferencias.

Como lo establece Anxo Tato Plaza⁵⁸ estaríamos ante «*el paradigma del denominado marketing directo; ante el paradigma, en definitiva, de la absoluta y total individualización del target o círculo de destinatarios, con lo que se consigue la máxima efectividad del esfuerzo publicitario*».

Mientras la publicidad hecha por los medios tradicionales es fundamentalmente pasiva, en la publicidad por Internet se amplían y se multiplican las posibilidades de un contacto directo entre el anunciante y el consumidor, pudiendo este último llegar a convertirse en un protagonista activo.

Se configura así otro ejemplo de cómo la informática se presenta como una nueva forma de poder, ya que estas ventajas de llegar a comunicarse en forma interactiva con los potenciales consumidores, puede dar lugar a que mediante anuncios publicitarios engañosos o abusivos, distorsionen la realidad del negocio ofrecido. Estas consecuencias evidencian la necesidad de que el Estado oriente su control protectorio mediante un eficaz control publicitario.⁵⁹

Al respecto la ley de relaciones de consumo ha dado respuestas concretas:

a. Inversión de la carga de la prueba: la ley 17.250 en su artículo 26, teniendo en cuenta qué quién está en mejores condiciones de probar no es el consumidor, sino el anunciante⁶⁰ establece: «La carga de la prueba de la veracidad y exactitud material de los datos de hecho contenidos en la información o comunicación publicitaria, corresponde al anunciante».

b. Incorporación del contenido de la publicidad como parte del contrato. Se equipara así, la publicidad a la oferta de contratar, aparejando como principal consecuencia que el consumidor puede exigir todo lo que se le haya ofrecido en la actividad promocional o publicitaria⁶¹. Este carácter vinculante del anuncio publicitario surge del artículo 14: «Toda información, aún la proporcionada en avisos publicitarios, difundida por cualquier forma o medio de comunicación, obliga al oferente que ordenó su difusión y a todo aquel que la utilice e integra el contrato que se celebre con el consumidor».

Ahora bien, teniendo en cuenta este régimen particular de protección al consumidor en el ámbito publicitario, se impone delimitar en forma clara cuales son las modalidades de publicidad y distinguirlas de otras formas de información que no constituyen publicidad.

A) Página Web

Una de las modalidades principales de publicidad en Internet está constituida por la publicación, por parte de las empresas, de páginas Web en las que se difunden ya sea información de la empresa o sobre productos o servicios que la misma ofrece.

Como lo establece Anxo Tato Plaza⁶², la publicidad relativa a los bienes o servicios o a la imagen de la empresa será calificada como publicidad cuando haya sido difundida por la propia empresa. Dicho autor español, respalda su afirmación en la Directiva 2000/31/CE del 8/06/00 relativa al comercio electrónico, la cual contiene una previsión expresa de que no deben ser consideradas como comunicaciones comerciales, aquellas páginas Web en las que se recojan comunicaciones relativas a una empresa, o a sus productos o servicios, cuando esa información tiene origen en un tercero. Resultaría esta una modalidad de publicidad ilícita.

Si bien en nuestro derecho no hay una consagración expresa, respecto a que ocurre cuando las comunicaciones relativas a una empresa tiene origen en un tercero, puede inferirse del artículo 24 de la ley 17.250 que la misma constituye una hipótesis de publicidad encubierta, ya que el mensaje publicitario no se presenta tal como es. En efecto, dicho artículo establece “Queda prohibida cualquier publicidad engañosa. Se entenderá por publicidad engañosa cualquier modalidad de información o comunicación contenida en mensajes publicitarios que sea entera o parcialmente falsa, ...”.

Ahora bien, la página Web ¿constituye una oferta? La página Web y numerosos sitios de la red contienen datos sobre los productos que se pueden adquirir. En la medida que contenga todos los elementos suficientes como para constituir una oferta, es decir que sea completa la respuesta es afirmativa. En efecto, como ya se señaló en el punto 2.4.2, tenemos el artículo 12 de la ley 17.250 exige que la oferta sea suficientemente precisa, y el 15 que enuncia el contenido mínimo o imprescindible de la oferta.

⁵⁸ Anxo Tato Plaza «Aspectos jurídicos de la publicidad y de las comunicaciones comerciales en Internet» en «Comercio electrónico en Internet», pag. 189.

⁵⁹ María Belén Japaze: “La información y la publicidad ...», pag. 150 y sgtes.

⁶⁰ Beatriz Venturini: «La publicidad en la ley de defensa...» pag. 740.

⁶¹ Idem.

⁶² Anxo Tato Plaza «Aspectos jurídicos de la publicidad ...» pag. 189.

Típicamente el contenido comercial de las páginas web va dirigido al público en general. En la medida que nuestro régimen admite el carácter vinculante de la oferta, aún dirigido a sujetos indeterminados, esta característica carece de trascendencia para negar su carácter de propuesta.

Cabe sin embargo agregar, que será decisivo verificar, si la página contiene la posibilidad de aceptar, porque en la medida que sea imposible materializar la aceptación (clickwrap agreement), no se podrá perfeccionar el contrato.

B) Links y banners

Para trasladarse de una página web a otra, los medios electrónicos ofrecen como instrumentos los links y los banners. Los primeros no constituyen métodos publicitarios, ya que se trata simplemente de un enlace de solamente la dirección del anunciante. Esto siempre y cuando los links no vayan acompañados de mensajes sobre el contenido de la página a la que se accede.

Los banners, sin embargo, a diferencia de los links, suelen contener pequeños carteles colocados en la página. En este caso, sí estamos ante un método publicitario, ya que dichos carteles generalmente recogen en forma sucinta algún tipo de información sobre el contenido de la página web a la que da acceso.

Esta característica de los banners, de presentar cierta información sobre el contenido de la página a la que se accede, incide para que se utilice muchas veces como práctica de publicidad engañosa: *mutatis mutandis*. Como ejemplo Tato Plaza cita el siguiente: *"Podría ser calificado como engañoso aquel banner en el que se ofrece un obsequio gratuito, el usuario, una vez que accede a la página Web, es informado de que el obsequio sólo se entrega a aquellos usuarios que adquieran un determinado producto o que contraten un determinado servicio de la empresa anunciante."*⁶³ En efecto, si el contenido de información del mismo es parcial o contradicho con el de la página Web a la que se accede, es calificado de carácter engañoso. Tampoco procede el análisis conjunto de todas las piezas de esta comunicación cuando alguna de ellas, considerada en forma aislada, tenga carácter engañoso.

Tanto los links como los banners, si bien pueden llegar a ser considerados como medios de publicidad, y por lo tanto como toda información que se difunde tiene carácter vinculante, difícilmente lleguen a constituir una oferta. En efecto, los mismos son tan solo "enlaces", o a lo sumo "carteles publicitarios", por lo que no suelen reunir todos los requisitos exigidos para configurar una oferta.

C) Metatags o metanames.

Los metatags o metanames constituyen un método de búsqueda para localizar páginas Web sobre un determinado tema, a través de la introducción de determinadas palabras claves que guardan relación con el tema solicitado. Tato Plaza⁶⁴ sostiene que pueden ser calificados como publicidad, ya que se trata de *"una forma de comunicación destinada a proporcionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa"*. En el caso que el metatag no guarde ninguna relación con el contenido de la página al que se aplica se aplicará lo dispuesto sobre publicidad engañosa.

D) Spam

El spam⁶⁵ consiste, en una de las técnicas publicitarias en Internet que más polémica ha generado en los últimos tiempos, consistente en el envío masivo y no solicitado de mensajes publicitarios por correo electrónico.⁶⁶

Dicho modo de publicidad, tiene entre otras ventajas que, disminuye muchísimo los costos de transacción con respecto al correo tradicional, ya que una vez que se consigue un listado de usuarios, se pueden mandar cantidades enormes de mensajes con muy bajos costos. Además permite incluir destinatarios dispersos por todo el mundo, así como seleccionar, en función del perfil del potencial consumidor, los interesados que podrían estar en principio interesados en el producto o servicio promocionado.

Sin embargo, los inconvenientes y perjuicios que ocasiona dicha modalidad de publicidad ha generado grandes repercusiones. En efecto, el usuario puede verse invadido por la entrada repentina de miles de mensajes que pueden acabar sobrepasando la capacidad del sistema, con la consiguiente imposibilidad de recibir cualquier tipo de mensaje. Además, aunque no se produzca esa saturación, es inevitable que el spam

⁶³ Anxo Tato Plaza, "Aspectos jurídicos de la publicidad...", pag. 213.

⁶⁴ Anxo Tato Plaza, "Aspectos jurídicos de la publicidad ...", pags. 194 y 195.

⁶⁵ El término spam, proviene de una sátira de la televisión británica en la cual la palabra spam (tipo de carne enlatada americana) era repetida hasta el absurdo en la carta de menú de un restaurante.

⁶⁶ Anxo Tato Plaza, "Aspectos jurídicos de la publicidad...", pag. 194.

prolongue el tiempo de descarga de los mensajes, así como dificultar la búsqueda de los mensajes el usuario efectivamente desea recibir.

Junto con los problemas de índole económica que presenta el spam, están los relacionados con la invasión de la privacidad.

Los inconvenientes que genera el spamming (ya que las respuestas iniciales de software de filtrado o de bloqueo no era suficiente), han determinado la reacción de distintas legislaciones y pronunciamientos de organismos intergubernamentales. Se pueden esbozar dos tendencias:

a. Por un lado, las que restringen dicha modalidad de publicidad. Por ejemplo, se establece la obligación de identificarse e identificar el carácter publicitario del mensaje en el envío de mensajes publicitarios no solicitados por correo electrónico. Otra medida instrumentada ha sido la obligación de establecer listas de exclusión voluntaria, en las que se podrán inscribir las personas físicas que no deseen recibir dichas comunicaciones comerciales.⁶⁷

b. Por otro lado, las que directamente prohíben el spamming, cuando el destinatario haya manifestado previamente su oposición a estos envíos.^{68 69}

E) Aceptación de la oferta

1. Nociones previas

El destinatario de la oferta puede asumir distintas actitudes; puede rechazar la oferta, puede guardar silencio (ambas tienen como consecuencia la extinción de la oferta por falta de aceptación), puede modificar la oferta. Este comportamiento causa la extinción de la oferta, pero no concluyen las negociaciones, porque la modificación implica una nueva oferta. Por último, el destinatario de la oferta puede aceptarla y en este caso el contrato se forma.⁷⁰

Gamarra define la aceptación como: *“la manifestación de voluntad del destinatario de la propuesta, que admite la oferta recibida, la aprueba y se conforma con ella; se trata de una segunda manifestación de voluntad que se enlaza con la primera para formar el consentimiento. Como el consentimiento es el acuerdo de voluntades, solo existe aceptación cuando el destinatario de la propuesta expresa una voluntad congruente o coincidente con la oferta”*.

Del artículo 1267⁷¹ del Código Civil, deriva precisamente esta característica que debe reunir la aceptación: debe ser pura y simple. La doctrina asimismo señala, que la adhesión del destinatario ha de ser total y completa, es decir sin reservas ni limitaciones.

Las previsiones normativas del Código Civil, que recogen la concepción tradicional basada en que generalmente el contrato estaba precedido por las llamadas tratativas previas, así como la posibilidad de que la oferta del proponente podía ser modificada por el destinatario, y a su vez este generar una nueva oferta o propuesta, han perdido en cierta forma vigencia como consecuencia del fenómeno que estamos viviendo de la contratación en masa.

En efecto, la nueva tecnología que emerge a partir de la Revolución Industrial, que aumenta la producción de bienes y hace imperante reducir costos y mejorar la gestión de las empresas, determina el surgimiento de los llamados contratos de adhesión.

Ballesteros Garrido⁷² define a los contratos de adhesión como: *“contratos concluidos por la adhesión en bloque por una de las partes (adherente) a las condiciones contractuales (condiciones generales de los con-*

⁶⁷ Artículo 7 de la Directiva comunitaria sobre comercio electrónico: “los Estados miembros que permitan la comunicación comercial no solicitada por correo electrónico garantizarán que dicha comunicación comercial facilitada por un prestador de servicios establecido en su territorio sea identificable de manera clara e inequívoca como tal en el mismo momento de su recepción.” Más adelante establece “los Estados miembros deberán adoptar medidas para garantizar que los prestadores de servicios que realicen comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico consulten regularmente las listas de exclusión voluntaria (opt-out) en las que se podrán inscribir las personas físicas que no deseen recibir dichas comunicaciones comerciales y las respeten”.

⁶⁸ En la Unión Europea se dictó la directiva sobre ventas a distancia con marketing directo (97/7/CCE) que prohíbe el envío de productos o servicios no solicitados, y se establece que no se puede considerar al silencio como aceptación tácita (artículo 9).

⁶⁹ Anteproyecto de la ley de sociedad de la información y del comercio electrónico (LSSI) establece que queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los usuarios. En caso de ser autorizadas, incluirán al comienzo del mensaje la palabra “Publicidad”.

⁷⁰ Jorge Gamarra “Tratado ...”, pag. 117.

⁷¹ “Se mirará la propuesta como no aceptada, si la otra parte la modificare en cualquier sentido, aunque la modificación consiste en aumento o disminución de cantidad o precio...”

⁷² Ballesteros Garrido “Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad”, Bosch, Barcelona, 1999, pag. 68.

tratos) predispuestas por el otro (predisponente u oferente) sin posibilidad alguna de discutir las, sin perjuicio de que en algunos supuestos quepa añadir alguna cláusula particular pactada libremente".^{73 74}

Sin pretender, entrar a analizar el bastísimo tema de los contratos de adhesión, que no es por cierto el objeto del presente, se impone realizar un comentario sucinto, en virtud de que los contratos electrónicos, y más específicamente, dentro de los mismos, los que se realizan entre proveedores y consumidores son prácticamente siempre de adhesión⁷⁵, respondiendo precisamente a la tendencia contemporánea de la contratación masiva.

Como expresa Mariño López⁷⁶, la celebración del contrato se transforma en un proceso automático, una vez que existe acuerdo en el precio y en el bien o servicio.

Siguiendo a dicho autor, el elemento aglutinador de los contratos de adhesión, es la imposición-predisposición del contenido del contrato de una parte sobre la otra, es decir la ausencia de negociación para la parte adherente. Esta es la solución de la ley uruguaya 17.250, la cual en su artículo 28 estipula: "contrato de adhesión es aquél cuyas cláusulas o condiciones han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios *sin que el consumidor haya podido, discutir, negociar o modificar sustancialmente su contenido*. En los contratos, la inclusión de cláusulas adicionales a las preestablecidas o cambia por sí misma la naturaleza de adhesión."

Asimismo, la doctrina suele señalar como elemento tipificante la generalidad, es decir que son redactados para la generalidad de los contratos que de este tipo se celebren. Sin embargo, puede darse la hipótesis de un contrato prerredactado por la parte oferente para determinado caso específico e impuesto a la otra sin posibilidad de negociar, y no por eso deja de ser de adhesión, si bien en la mayoría de los casos han sido estipulados para una generalidad de contratos.

2. Clickwrap agreements.

Remitiéndonos específicamente a los contratos electrónicos, dentro de los contratos por adhesión se encuentran los *clickwrap agreements*.

Como se dijo, el elemento tipificante de los contratos de adhesión es la falta de negociación o imposición de la predisposición unilateral. Es decir que el destinatario acepta o rechaza la propuesta. De ahí la importancia de que la misma sea completa, al extremo de poder aceptarla con un simple "Sí". Hablamos entonces de *clickwrap agreements*, ya que el destinatario puede aceptarla con un click en el mouse o tipeando la tecla "Enter".⁷⁷

Como establece Lorenzetti⁷⁸, no se trata de una categoría especial, ni de una tipicidad nueva, ni de un modo diferente de celebrar un contrato, sino de una costumbre negocial.⁷⁹

Esta versatilidad de Internet, que permite que el usuario que navega por una página web acceda a un sinnúmero de palabras, íconos, animaciones, que a su vez contienen vínculos hacia otras páginas web, habilitándolo a que mediante un simple click del mouse se adquieran derechos o se contraigan obligaciones, evidencia la vulnerabilidad del consumidor. En efecto, estos acuerdos al ser realizados bajo la modalidad de contratos de adhesión, con cláusulas predispuestas no siempre cuentan con redacciones claras o incluso pueden llegar a violar disposiciones sobre protección del consumidor.

Esta instantaneidad que se constata en los contratos electrónicos, que resulta conflictiva, ha determinado que las distintas legislaciones hayan tomado previsiones a efectos de otorgar al consumidor un derecho de revocación del contrato, siempre que se haga dentro de un determinado plazo, como lo estudiaremos más adelante.

⁷³ Atilio Aníbal Alterini "Contratos..." pag. 133, define al contrato de adhesión como "al contrato predispuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación".

⁷⁴ El artículo 28 de la ley 17.250 define al contrato de adhesión como "aquel cuyas cláusulas o condiciones han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios sin que el consumidor haya podido discutir, negociar modificar sustancialmente su contenido. En los contratos escritos, la inclusión de cláusula adicionales a las preestablecidas no cambia por sí misma la naturaleza del contrato de adhesión".

⁷⁵ Como establece Ordoqui: "Derecho de Consumo...", pag. 188 y sgtes., la relación de consumo se puede dar a través de un contrato de adhesión, de un contrato tipo o de un contrato negociado, es decir que no hace a la esencia de la relación de consumo la utilización de un contrato por adhesión, si bien es el que se utiliza normalmente.

⁷⁶ Andrés Mariño López: "El control de contenido del contrato de adhesión en la ley uruguaya de Relaciones de Consumo" ADCU N° XXXI, pag. 721.

⁷⁷ Gerardo Caffera "El contrato electrónico: el proceso de formación del consentimiento" ADCU N° XXXI, pag. 608.

⁷⁸ Ricardo Lorenzetti. "Comercio..." pag. 202.

⁷⁹ Hay autores que consideran que se trata de una nueva tipicidad contractual, como Robertson, S.J.A. "The Validity of Shrink-Wrap Licences in Scots Law".

3. ¿Esta forma de manifestar la voluntad, mediante un simple click con el mouse, implica negar el carácter contractual a dichos contratos?

En los contratos realizados en el comercio electrónico, generalmente la oferta y su aceptación se realiza por medios electrónicos y no existe posibilidad de realizar contraofertas. El usuario se limita a seleccionar el producto y abonar el precio indicado, aceptando en forma lisa y llana los términos y condiciones del contrato.

Parte de la doctrina considera, que la ausencia de negociación y el sometimiento del adherente a lo predispuerto por el oferente, produce una limitación en la libertad del adherente, negando así la naturaleza contractual de los contratos de adhesión.⁸⁰

Por otro lado, la posición contractualista mayoritaria, basándose en la distinción entre la libertad de configuración del contenido del contrato y la libertad de decisión, sostienen que no se puede negar el carácter contractual. En efecto, si bien en los contratos de adhesión falta la libertad de configuración negocial, el adherente, mantiene la libertad de decisión sobre el contrato que se realiza y sobre los elementos esenciales del mismo, en especial, el precio y la contraprestación.⁸¹ Ordoqui, al respecto expresa: *“sin duda hay una limitación de la libertad de contratar, pero ésta aún existe, pues en casos que no sean situaciones monopólicas debe pensarse que permanece, al menos teóricamente, la libertad de determinar con quién contrato, cuándo contrato”*.⁸²

Es decir, que desde el punto de vista estrictamente jurídico, estamos en presencia de un contrato, con un consentimiento válidamente formado. La adhesión constituye un modo de aceptar la propuesta. Los demás caracteres del contrato de adhesión, como el predominio de la voluntad del predisponente, o como establece Alterini⁸³ (aunque no necesariamente siempre se tiene que dar así) de que en los contratos por adhesión *“sólo subsiste la igualdad y la libertad jurídicas, pues la igualdad y libertad económicas están desequilibradas”*, tienen vinculación con lo económico, y no con lo jurídico.

Por lo tanto, la realidad económica que pueda subyacer detrás de estos contratos, es materia de política legislativa, y será la ley la que dicte normas a efectos de evitar posibles abusos.⁸⁴

Como lo establecen Carnelli y Sarlo: *“cuando el legislador ha considerado que falta la simetría en los contratantes (arrendamiento, relaciones de trabajo, relaciones de consumo) ha intervenido para dictar criterios sustanciales tendentes a controlar el contenido de los acuerdos, limitando la autonomía de los particulares.”*⁸⁵

4. Declaración de voluntad emitida automáticamente por una computadora.

Históricamente, el ser humano ha adoptado una actitud egocéntrica frente al mundo, con una permanente y sistemática resistencia al cambio. En el Siglo XX se ha evidenciado la resistencia a máquinas y artefactos creados por el hombre, fruto del desarrollo de esta tecnología, por la creencia de que puedan superarlo en algunos aspectos. Como en toda etapa de transición, se han desencadenado innumerables polémicas, tanto filosóficas como culturales y sociales.

Siguiendo a Sarra⁸⁶, que se remite al estudio de la solución humana de problemas, establece que la ciencia cognitiva⁸⁷ considera que los humanos resuelven los problemas de tres maneras posibles⁸⁸: a. inducción especulativa (es especulación o prueba y error, proceder que se verifica cuando no se cuenta con información); b. inferencia heurística (es innovación y creatividad, se lleva a cabo cuando se tiene algo de información y se infiere por analogía o por antecedentes); c. inferencia válida (es la deducción lógica, proceder que se verifica cuando se tiene toda la información).

⁸⁰ Alfaro Aguila Real “Las condiciones Generales de la Contratación” pags. 93 y sgtes. ha negado la naturaleza contractual o normativa de los contratos de adhesión, afirmando que las condiciones generales poseen simplemente eficacia declarativa y solo vinculan a las partes si contienen reglas de conducta cuya validez esté amparada por las fuentes comunes del derecho.

⁸¹ Pagador López “Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuertas” Marcial Pons, Madrid, 1999, citado por Andrés Mariño López “El control del contenido...” pag. 724.

⁸² Gustavo Ordoqui Castilla “Derecho...”, pag. 187.

⁸³ Atilio Anibal Alterini “Contratos...” pag. 134.

⁸⁴ Dora Szafir “Consumidores ...”, pag. 222 expresa: “es necesario un control y una supervisión de este tipo contractual para evitar abusos y vicios en el consentimiento, así como establecer las cláusulas que se prohíbe insertar en los mismos”.

⁸⁵ Santiago Carnelli – Oscar Sarlo “El principio de igualdad ...” ADCU N° XXXI, pag. 605.

Por el momento, la Inteligencia Artificial ha conseguido desarrollar programas que se resuelven de dos de las tres maneras recién señaladas: la inferencia válida, y según algunos autores a través de la inferencia heurística, quedando así reservado para los seres humanos la las decisiones tomadas especulativamente.

No es nuestro propósito, detenernos en el estudio particularizado de las utilidades prácticas de la Inteligencia Artificial, de todas formas, difícilmente pueda avanzarse en el desarrollo de entidades inteligentes que contemplen esta inducción especulativa.

Si bien no se ha llegado a considerar que los ordenadores pueden tener derechos y obligaciones (aunque hay autores que no lo descartan en un futuro), no puede negarse la realidad de que estos ordenadores consisten en programas cuya función es entre otras, celebrar contratos en forma automática sin intervención humana concomitante.

Se plantean así las siguientes interrogantes: ¿es válida la manifestación de voluntad emitida por un ordenador o agente electrónico? ¿se perfecciona el contrato? ¿se puede decir que se configura voluntad? Y en caso afirmativo, ¿a quién se imputa la misma? ¿se trata de un sujeto independiente? ¿es aplicable el instituto de la representación?

A efectos de visualizar mejor lo complejo del tema citaremos el ejemplo que presenta Stiglitz⁸⁹: “*Un fabricante de automóviles, que produce cierto número de unidades al día, de distintos colores, programa su computadora para que reciba órdenes de compra sujetas a ese número máximo y a los colores disponibles; cuando el stock está agotado, la máquina no acepta más órdenes. Por otra parte, un vendedor minorista de automóviles programa su propia computadora para requerir al fabricante los vehículos conforme se lo piden los clientes; y, mediante ella, solicita las unidades. En el caso, una computadora programada manifiesta una invitación a ofertar del fabricante, otra computadora programada manifiesta una oferta del vendedor minorista, y el contrato queda celebrado cuando ésta es expedida por la computadora del fabricante*”.

Lorenzetti⁹⁰ habla de la “deshumanización del contrato”, comparando la evolución que hubo desde la codificación decimonónica, la cual asociaba la obligación contractual con el acuerdo de dos o más voluntades, voluntades con discernimiento, intención y libertad, hasta el ejemplo que estamos dando de la declaración automáticamente elaborada por la computadora, en la que la presencia del sujeto es sólo mediata, al programar la computadora, pero no inmediata en el acto de celebración.

Por ahora, como lo establece Caffera⁹¹, la respuesta sigue siendo que lo actuado por un agente electrónico sólo en la medida que sea una manifestación de voluntad es hábil para formar un contrato. Por lo que la voluntad emitida por computadora, (aunque esté programada) para actuar por sí misma no es sujeto independiente, cumpliendo tanto el hardware como el software una función instrumental, por lo que no es aplicable el instituto de la representación.⁹² La dificultad práctica se genera, por el hecho de que para que los agentes electrónicos operen como manifestaciones de voluntad cuando pueda demostrarse alguna conexión entre ellos y el acto de un individuo, es decir “*que la acción de ese agente electrónico sea legalmente atribuible a la persona que quedará vinculada*”⁹³.

F) Perfeccionamiento del contrato.

Perfeccionamiento equivale a formación o conclusión del contrato; un contrato está perfecto cuando una vez reunido todos los elementos esenciales nace a la vida jurídica, momento en el cual surge el haz obligacional.⁹⁴

Los contratos electrónicos, se perfeccionan con el mero consentimiento de las partes, es decir que la forma no se requiere como elemento del negocio a los efectos de su existencia. En los contratos electrónicos, la forma posee eficacia *ad probationem* y no *ad solemnitatem*.

Previo a determinar el momento de perfeccionamiento del contrato, es menester establecer si nos encontramos frente a un contrato entre presentes o entre ausentes.

⁸⁶ Andrea Viviana Sarra “Comercio electrónico...” pags. 120 y sgtes.

⁸⁷ El campo de conocimiento de dicha ciencia lo constituye el conjunto de los denominados estados mentales superiores: comprensión, percepción, memoria, pensamiento, solución de problemas y aprendizaje.

⁸⁸ Newell – Simon, “Heuristic problem solving: the next advance in operations research” y “Human problem solving” citado por Andrea Sarra “Comercio electrónico...”

⁸⁹ Rosana Stiglitz “Contratos celebrados por medio de computadoras” en “Contratos. Teoría General. T.I. Bs. As., 1990, pag. 223.

⁹⁰ Ricardo Lorenzetti, “Comercio...” Pag. 167.

⁹¹ Gerardo Caffera “Contrato electrónico...” pags. 609 y sgtes.

⁹² Ricardo Lorenzetti, “Comercio...” pag. 176.

⁹³ Middlebrook-Muller citado por Caffera “Contrato electrónico...” pag. 609.

⁹⁴ Jorge Gamarra “Tratado de Derecho...” pag. 129.

Como ya se reseñó ut-supra (2.3.2), nuestro Código Civil reguló el lugar y el momento del perfeccionamiento en base a dos variables: la oralidad o verbalidad de la propuesta por un lado (artículo 1263), y la ausencia de las partes por otro (artículo 1265).

La particularidad de la contratación electrónica es que la misma es celebrada entre personas físicamente distantes, pero el medio utilizado neutraliza la geografía, ya que la comunicación es instantánea.⁹⁵ Es decir que permite concebir en la actualidad la existencia de contratos “entre ausentes” con “propuesta no verbal”, pero susceptibles de formarse instantáneamente.

Ahora bien, esta comunicación instantánea que permiten los medios tecnológicos entre personas ubicadas geográficamente en forma distante, ha dividido a la doctrina, entre los que consideran que hay un contrato entre presentes y los que afirman que es entre ausentes. Veamos las distintas posiciones:

1. Contrato entre presentes

En la doctrina argentina tenemos a Alterini⁹⁶, que considera que lo importante no es la distancia física sino la jurídica. En la misma línea, Lorenzetti⁹⁷, afirma que la presencia física como elemento de distinción que utilizaron los códigos decimonónicos y que se basaban en que se requería un tiempo para que el consentimiento se perfeccione, pierde vigencia, ya que a medida que aparecieron las tecnologías se permite que personas que no están físicamente presentes se comuniquen instantáneamente.

En la doctrina uruguaya podemos mencionar entre los que se afilian a esta posición a Caffera⁹⁸ el cual señala “*ya no importa tanto donde estén ubicados los sujetos sino si la comunicación permite o no transmitir una respuesta inmediata...*” luego agrega “*el concepto de presencia asociado a la formación del contrato es un problema comunicacional, no geográfico*”. Dicho autor sin embargo aclara, que hay que distinguir según el tipo de comunicación que haya en Internet: en el caso de que no haya una conexión permanente y mientras no se realice una conexión al mismo los mensajes permaneciendo los mensajes en el buzón del usuario, es decir que no se recibe la aceptación inmediatamente concluye que no hay presencia en el sentido comunicacional y habría por lo tanto contrato entre ausentes (se aplica el artículo 1265). En cambio cuando hay intercambio de comunicación como por ejemplo en un chat con capacidad de respuesta inmediata estamos ante un contrato entre presentes (se aplica el artículo 1263).

2. Contrato entre ausentes

Por otro lado, está la posición de la doctrina que considera que estamos frente a un contrato entre ausentes, entre ellos, Gabriel Fernández⁹⁹, expresa, “*Cuando se habla de contratos concluidos entre ‘ausentes’ o ‘presentes’, se hace referencia a la ausencia o presencia humana en el mismo lugar físico, en el momento de emitirse la propuesta y en el instante de recepcionarse o conocerse la respuesta...*”. Así, entiende el autor citado que “*No debe confundirse la ‘presencia’ del medio utilizado para formar el consentimiento (teléfono, computadora, correspondencia epistolar, telegráfica, etc.), que siempre están presentes en el sentido de que la manifestaciones de voluntad deben llegar por algún medio de comunicación a su destinatario, con la efectiva ‘presencia-ausencia’ humana (de las partes)*”.

3. Nuestra posición

Coincidiendo con la posición de Gabriel Fernández¹⁰⁰, consideramos que estamos ante un contrato entre ausentes. El hecho de que el consentimiento se configure en forma instantánea no implica negar que estamos ante un contrato a distancia.

Conforme dicho autor, el consentimiento se constituye en el momento y lugar en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente, ya se trate de consentimiento formado instantáneamente, o constituido progresivamente. De regla, constitución del acuerdo volitivo y perfeccionamiento del contrato coinciden

⁹⁵ Ricardo Lorenzetti “Comercio...” pag. 191.

⁹⁶ Atilio Aníbal Alterini “Contratos...” pag. 288.

⁹⁷ Ricardo Lorenzetti “Comercio...” pag. 191 y sgtes.

⁹⁸ Gerardo Caffera “Contrato electrónico...” Pags. 610 y sgtes.

⁹⁹ Gabriel H. Fernández “Algunas reflexiones...” pag. 56.

¹⁰⁰ Idem.

cronológicamente y espacialmente, pues el consentimiento concluye en el lugar y en el acto en que la aceptación llega al proponente; y según el artículo 1265 del Código Civil: *“El contrato...se perfecciona en el lugar y en el acto en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente”*.

Siguiendo al mencionado autor en caso de que el consentimiento se forme instantáneamente, no existirá problema en establecer el momento y lugar en que se constituye, pues aceptación, recepción y conocimiento de la aceptación se producen de manera simultánea. En cambio, cuando se constituye en forma sucesiva, al existir necesariamente un lapso entre la aceptación y la recepción por el proponente y entre la recepción y el conocimiento efectivo del contenido, se hace necesario que el legislador fije un criterio.

Coincidiendo con la posición de Gamarra¹⁰¹, consideramos que nuestro derecho positivo adhirió como regla a la teoría de la recepción, con excepción de los casos expresamente excluidos¹⁰². Dicho autor señala *“El concepto de recepción ha sido precisado por la doctrina refiriéndolo al momento a partir del cual el destinatario está en condiciones de poder conocer la respuesta; vale decir, cuando la respuesta entra en al esfera de control del destinatario con la consiguiente posibilidad de aprehensión por parte de éste”*. Luego agrega, *“se prescinde del conocimiento para atenerse a un hecho material (la llegada de la respuesta)”*.

En la contratación electrónica hay que distinguir dos supuestos:

a. Contratos on line. Consisten en los contratos concluidos por medios electrónicos interactivos, en los cuales hay capacidad de respuesta inmediata, por lo tanto el consentimiento se forma instantáneamente.

b. Contratos off line. Son los contratos celebrados a través de correo electrónico. Al no haber una conexión permanente, los mensajes permanecerán en el buzón del usuario, el cual sólo estará habilitado para acceder a los mismos cuando los descargue en su ordenador. En esta hipótesis al formarse el consentimiento en forma sucesiva el contrato se va a perfeccionar cuando la aceptación llegue al ámbito de disponibilidad del oferente.

III. EL CONTRATO ELECTRÓNICO Y LA LEY DE RELACIONES DE CONSUMO.

A) Introducción

Como consecuencia de las profundas transformaciones económicas y sociales, que han dado origen a la denominada sociedad de consumo, en la que el consumidor aparece como la parte más débil de la contratación, fruto de la diferencia de poder negocial entre los sujetos, se hacía imperante la sanción de una norma que tutelara los derechos de los consumidores. En efecto, los códigos clásicos no se ocuparon específicamente del consumidor.

La protección del consumidor como parte débil, puede ser en forma directa o indirecta. La protección indirecta alcanza todo el hacer de los poderes públicos y en especial a la ordenación del mercado interior, libertad de la competencia, regulación de monopolios, política de precios. Mientras que la protección directa se concibe como la realizada mediante la atribución de derechos concretos a favor del consumidor.¹⁰³ Esta última pertenece al ámbito del derecho privado. Ambos enfoques son complementarios y actúan como vasos comunicantes.

Si bien es cierto que la existencia de un mercado competitivo es uno de los mecanismos más eficientes para la defensa del consumidor, ya que el incremento de opciones de productos y servicios es lo que asegura la libertad contractual y favorece el poder de negociación del individuo, muchas veces no es suficiente. En efecto, si bien la competencia mejora la autonomía del consumidor, ello no excluye que se haga muchas veces imperante la necesidad de una intervención directa.

Es así que siguiendo las pautas dictadas por la Asamblea de las Naciones Unidas (resolución 39/248 sobre directrices para la protección del consumidor), como lo establecido por el artículo 8 del Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del MERCOSUR del Comité Técnico N° 7 de diciembre de 1997, se sanciona la ley de Relaciones de Consumo N° 17.250.

¹⁰¹ Jorge Gamarra, *“Tratado...”* pag. 137.

¹⁰² Sistema de conocimiento: muerte o incapacidad para contratar del proponente antes de haber sabido la aceptación (artículo 1268), el contrato de donación (artículos 1620, 1621). Sistema de aceptación: contrato de mandato (artículo 2058).

¹⁰³ Gema Botana García. *“Noción de consumidor”*. España.

Si bien había normas tuitivas del consumidor, las mismas se hallaban dispersas en diversos textos, carecían de coordinación y no trataban en forma integral la posición del consumidor. Tal como se expresa en la Exposición de Motivos: “Actualmente, el orden jurídico de nuestro país consagra diversas normas que por su naturaleza, contenido o finalidad protegen al consumidor. No obstante, ellas se hallan dispersas en distintos textos, lo cual repercute negativamente en la coordinación, eficacia y uniformidad de sus objetivos. De ello surge la necesidad de plasmar una norma que en forma integral considere la posición y actuación del consumidor e el mercado, propendiendo a su tutela en un contexto equilibrado de desarrollo y fomento de la actividad económica del país”. Más adelante agrega “El derecho tradicional de neto corte individualista fue aprobado en función de una sociedad donde la oferta se dirigía a sujetos determinados y la exposición de bienes constituía una ‘simple invitación a ofertar’. En la sociedad contemporánea se aprecia que existe una creciente oferta dirigida a sujetos indeterminados por lo que dicha normativa debe ser actualizada dando respuestas adecuadas a la nueva realidad”.

Como ya se señaló, la ratio de la ley, apunta a la protección de la parte débil de la relación, siendo la razón de ser es la de evitar abusos, generados por la disparidad del poder de negociar, pues sea por razones económicas o de conocimiento el proveedor es el que tiene la posición dominante¹⁰⁴.

B) ¿Derecho común o microsistema?

Las normas que nos ocupan ¿forman parte del derecho común o constituyen un microsistema? La distinción es trascendental, ya que cuando estamos ante un microsistema, la norma responde a sus propios principios, pero si por el contrario se entiende que la ley es una expresión de soluciones que ya venían impuestas por el ordenamiento jurídico antes de su existencia, la misma no será de interpretación estricta y será pasible de interpretar los presupuestos objetivos y subjetivos de su disciplina en sentido extensivo.

Al respecto Alterini, remitiéndose a Perret y Perlingieri¹⁰⁵ expresa: “*El Código Civil, conforme a la tradición de los regímenes de Derecho codificado, seguirá siendo el esqueleto de este sistema sobre el cual las leyes especiales deben sujetarse para regular situaciones particulares de una manera coordinada con el Código y las otras leyes especiales*”, pues “*el Derecho común está contenido en el Código, y sólo las situaciones particulares son tratadas en leyes especiales*” (Perret). Pero debe ser evitado “*el excesivo fraccionamiento del Derecho*”, del cual “*frecuentemente deriva la dificultad de comprender el sistema normativo y de conservar la unidad sustancial*” (Perlingieri).

Sobre esta temática nuestra doctrina tiene posiciones encontradas:

1. Posición de Caumont y Mariño

Por un lado Caumont y Mariño¹⁰⁶ entienden que la ley sobre las relaciones de consumo constituye un microsistema, con principios diferentes a los del Código Civil. En la misma línea se encuentran Szafir¹⁰⁷ y Ordoqui¹⁰⁸. Este último expresa “*Cuando se defiende la autonomía del Derecho de Consumo no se pretende aislarlo por completo de otras normas jurídicas. Se busca resaltar que gira en tono a un núcleo particular – uniforme y coherente – que le da un régimen especial, con principios, institutos, conceptos e instrumentos de interpretación propios.*” Luego agrega “*el Código Civil opera en forma residual, por lo que nos estamos refiriendo a una autonomía relativa y no a una separación absoluta. Estamos ante un “microsistema” y no ante un derecho especial de carácter inter o multidisciplinario*”.

2. Posición de Blengio

En la posición opuesta, Blengio¹⁰⁹ sostiene que esta ley es una expresión más concreta y articulada de soluciones que ya se encontraban en el ordenamiento jurídico, por lo que siendo especial la norma permite su extensión analógica. Citando a Donato Busnelli, Blengio expresa “*la existencia de un común denominador entre el derecho general y la legislación especial, que identifica en la buena fe objetiva, por lo que consi-*

¹⁰⁴ Juan Blengio “Ambito subjetivo...” pags. 457 y 458.

¹⁰⁵ Atilio Aníbal Alterini “Contratos...” pags. 54 y 55.

¹⁰⁶ Arturo Caumont, Andrés Mariño; en conferencia dada el 13/11/01, en el curso organizado por el Centro de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, “Curso de actualización civil”.

¹⁰⁷ Dora Szafir “Consumidores...” pag. 13.

¹⁰⁸ Gustavo Ordoqui “Derecho del Consumo...” pag. 17.

¹⁰⁹ Juan Blengio “Ambito subjetivo...” pag. 463.

dera a leyes como nuestra 17.250, no ya como excepcionales, sino especiales, que presentan con la solución general una relación de continuidad de genus a species, lo cual permite interpretar los presupuestos objetivos y subjetivos de su disciplina en sentido extensivo justificando eventuales hipótesis de aplicación analógica.”

Dicho autor argumenta, que lo que se procura con las leyes como las de defensa del consumidor, es proteger a sujetos que se encuentran en una posición intrínseca de debilidad en un cierto tipo de actos jurídico-económicos (los actos de consumo), por lo que concluye: *“no se ve muy bien cual sería la justicia y la racionalidad de una solución que postulara un tratamiento diverso para sujetos, que, aunque no fueren consumidores, se encontrarán en una posición sustancialmente igual a la de éstos”*. Por último se funda afirmando que la ley 17.250 actúa un objetivo de justicia distributiva en aplicación del principio de igualdad que se traduce en la posibilidad de aplicar mecanismos tendientes a eliminar el desequilibrio de una relación negocial desequilibrada.

3. Nuestra posición

Coincidiendo con la posición de Caumont y Mariño, consideramos que se trata de una ley excepcional por lo que su interpretación debe restringirse a los supuestos subjetivos y objetivos previstos por el legislador, rechazando así la posición que considera viable la extensión analógica.

Como lo establecen Carnelli y Sarlo¹¹⁰, *“en nuestro derecho se ha optado por el sistema liberal que reconoce como ideal la regulación autónoma de los sujetos quedando las normas heterónomas con una función de garantía de aquella o supletoria cuando la autonomía ya no es posible, debido a asimetrías económicas o sociales entre las partes”*. Asimismo agregan *“en materia de intercambio oneroso de bienes, no existe norma que consagre un criterio objetivo de igualdad conmutativa, y por lo tanto los jueces estarían imposibilitados de realizarla a través de sus fallos”*. De ahí que sea necesaria una norma expresa como es la de relaciones de consumo para apartarse y limitar la autonomía de las partes.

C) Aspecto subjetivo: Consumidor

Como lo destaca Wonsiak¹¹¹ el concepto de consumidor en la ley de relaciones de consumo, reviste gran importancia debido que al no haber un único concepto legal ni doctrinario, su delimitación fija el ámbito de aplicación de la ley en cuanto a los sujetos titulares de la legitimación causal activa y por ende de los comprendidos en el régimen especial que la misma consagra.

La definición de consumidor ha resultado problemática en nuestro país, con posiciones encontradas que van desde una posición amplia sostenida por Blengio y Wonsiak, hasta posiciones restrictivas como lo es la de Olivera.

Los antecedentes de nuestra ley se encuentran fundamentalmente en la ley española, la ley argentina y el proyecto de protocolo de defensa del consumidor del MERCOSUR.

Si bien el artículo 2 de la ley 17.250 es el que contiene la definición de consumidor, su cabal conceptualización surge de la delimitación del ámbito subjetivo de la norma es decir, de los artículos 1 al 5 contenidos bajo el título de “Disposiciones Generales y Concepto”.¹¹²

El artículo 2 reza lo siguiente: *“Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella.*

No se considera consumidor o usuario aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización”.

Por su parte, el artículo 1 del Decreto Reglamentario N° 244/00 estipula: *“A los efectos de esta reglamentación, y conforme a lo dispuesto por el artículo 2° de la ley 17.250, es consumidor quien adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo. Cuando el consumidor formule denuncia basada en el incumplimiento de la Ley mencionada o sus normas reglamentarias, y que refiere a una relación de consumo ya perfeccionada, deberá probar dicha relación mediante la factura, o, cuando ésta*

¹¹⁰ Santiago Carnelli – Oscar Sarlo “El principio de igualdad...” ADCU N° XXXI., pag. 605.

¹¹¹ María Wonsiak de Haskel “Relaciones de Consumo” Ponencia: El concepto de consumidor y la ley 17.250 que regula las relaciones de consumo. IV Jornadas uruguayas de derecho privado.

¹¹² Idem.

no sea requerida por las normas vigentes, por los medios de prueba generalmente aceptados por el ordenamiento jurídico”.

Estamos así, ante una noción concreta¹¹³ de consumidor, lo que va a permitir al consumidor reclamar la protección de que es objeto por el hecho de reunir los requisitos que le son exigidos por la ley. Este criterio se basa en una noción de tipo subjetivo, ya que centra sobre la persona del consumidor y sobre las condiciones en las cuales estos desempeñan su papel dentro del ciclo económico.¹¹⁴

El texto del artículo 2 de la ley 17.250 es tomado de los incisos segundo y tercero del artículo 1º de la Ley Española General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984, y al igual que esta ley hace una definición positiva, la que se complementa con una definición negativa. Este tipo de definición negativa es un recurso normativo que se utiliza para excluir supuestos que de otra forma podrían ser entendidos en la definición positiva. Pero ambas normas cometen el error de establecer que son consumidores quienes son destinatarios finales en la definición positiva y no son consumidores quienes no son destinatarios finales, pero no se define quienes son destinatarios finales.

Como ya se adelantó, este error fue interpretado en forma diferente por parte de la doctrina uruguaya dando un distinto alcance al concepto de consumidor. Asimismo tampoco hay acuerdo sobre la interpretación que debe realizarse en la norma uruguaya en su definición negativa de los términos “prestación a terceros” que están en la ley española, en la argentina y en el proyecto de protocolo de defensa del consumidor.

Veamos ahora las distintas posiciones respecto del consumidor:

1. Posición de Blengio

El punto de partida de la interpretación que Blengio¹¹⁵ sostiene, en lo que refiere a la concepción amplia que otorga él al concepto de consumidor, como en lo que ya se comentó cuando se hizo referencia a la posición que tiene respecto de la posibilidad de aplicar en forma extensible los presupuestos objetivos y subjetivos previstos en la ley 17.250 a otras hipótesis en la que se constata un sujeto débil en una relación contractual, aunque el mismo no se configure en una relación de consumo, se basa en la interpretación que dicho autor da al principio de igualdad. A su juicio, dicho principio se traduce en tratar de manera diferente a quienes están en posiciones jurídico-económicas diferentes, con el objetivo de restablecer el equilibrio fracturado.

En efecto, afirma que en lo que refiere a la interrelación de los principios constitucionales de libertad e igualdad referidos a la negociación, la relación que media entre la regulación de la ley 17.250 y las soluciones del sistema jurídico en el que viene a insertarse, es la que media entre el género y la especie.

Agrega, que aunque la buena fe pertenece al campo de las nociones de fondo del ordenamiento jurídico, tiene sin embargo una especial gravitación en el ámbito de la contratación masiva, donde la determinación del contenido negocial está en manos de la parte dotada de mayor poder.

Analizando la técnica utilizada por el legislador en el artículo 2, como ya se comentó, dando una definición positiva y otra negativa expresa: *“La definición negativa no aporta claridad a la individualización de la noción de consumidor. Pues aunque a primera vista solo parece tener en cuenta, como elemento excluyente de esa calidad, la finalidad que describe (integrar el bien o servicio en “procesos de producción, transformación o comercialización”), la exigencia contenida en la primera parte de la misma: “sin constituirse en destinatario final”, deja ciertamente dudas en cuanto a la incidencia que ella tiene. Por lo que, en función del tenor literal de la norma, bien podría sostenerse que un sujeto que se constituyera en destinatario final de los bienes y servicios que adquiere o utiliza, debería ser considerado consumidor a pesar de haberlos obtenido con la indicada finalidad.”*

Comparando dos de nuestras principales fuentes: las leyes española y argentina con la nuestra, dicho autor, se apoya para respaldar su posición amplia. Respecto de la ley española, en cuanto que también se articula sobre una doble definición (positiva y negativa), la negativa no hace referencia a la hipótesis de la integración del bien o servicio que se utiliza o adquiere en “prestaciones a terceros”.

En cuanto a la ley argentina que también recurre a una doble definición, a diferencia de la nuestra, no incluye en la definición negativa al indicado núcleo (no constituye destinatario final), y se limita a señalar

¹¹³ En la noción abstracta de consumidor se destaca la protección a los consumidores y a la calidad de vida, noción adecuada no para la atribución de derechos individuales sino más bien para expresar programas políticos de atención a todos los ciudadanos como consumidores.

¹¹⁴ Gema Botana García. “Noción de consumidor”. España.

¹¹⁵ Juan Blengio “Ambito subjetivo...” pag. 463.

que no tendrán la calidad de usuarios, quienes “adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de terceros”.

Por lo que Blengio concluye que tales diferencias, “*sumada a las razones que motivaron el texto de la definición de la ley española que sirvió de modelo a la uruguaya y a la obliteración (en la nuestra) de la referencia la incorporación del bien o servicio que se adquiere, almacena, utiliza o consume a una prestación a terceros, que se encuentra presente tanto en el texto de la norma madre española como en la argentina..., apoyan una interpretación amplia del artículo 2 que tiene especial incidencia en la determinación del ámbito subjetivo de aplicación de la ley 17.250*”.

Por último, confirma su posición la ausencia de referencia a la finalidad de integración del bien o servicio en “prestación a terceros” que hace nuestra ley, separándose de las leyes argentina y española, y que según Szafir¹¹⁶ dicha omisión fue deliberada para evitar que se consagraran soluciones injustas, como lo hubiera sido la de tratar de un mismo acto, por ejemplo, la adquisición de un computador, como empresarial o de consumo, según que el adquirente, por ejemplo un abogado lo destinara a su estudio o su domicilio particular.

2. Posición de Wonsiak

Wonsiak¹¹⁷, al igual que Blengio, considera que la omisión de la ley respecto de sus antecedentes en cuanto a la “prestación de terceros” no fue un error del legislador: “*nuestra ley ha adoptado un criterio más amplio que el destinatario final, en tanto los sujetos activamente legitimados no son sólo los destinatarios finales de los productos o servicios sino que por la armonización de los incisos 1 y 2 del artículo 2 se extrae que también son consumidores para la ley 17.250 quienes sin ser destinatarios finales bienes o servicios para ‘prestación a terceros’*”. Luego agrega “*la exclusión de la ‘prestación a terceros’ no obedece a una inadvertencia o error al redactar el proyecto, sino a una postura fundada y a nuestro juicio justa.*”

Por otro lado, dicha autora considera que para determinar si se es consumidor o no respecto a las personas jurídicas, es fundamental la noción de integración, ya que “*es crucial para la determinación de cuándo la utilización de un producto o servicio forma parte de un proceso de ‘producción, transformación o comercialización’*. Su categorización debe realizarse con un criterio amplio de razonabilidad, considerando tal únicamente la efectiva utilización para dichos procesos y no las actividades que permiten su implementación”.

3. Posición de Olivera García

Olivera García¹¹⁸ se pronuncia por una posición restrictiva respecto del concepto de consumidor, afirmando que todos los profesionales están excluidos, ya que en todos los casos nos encontramos frente a personas que están especializadas en los contratos necesarios para el desarrollo de su actividad.

En lo que refiere a las personas jurídicas, entiende dicho autor que las únicas que se encuentran amparadas por la ley son aquellas que por sus especiales características se encuentren en una situación similar a las de las personas físicas.

Olivera García expresa: “*La empresa constituye una organización profesional de factores productivos destinadas a la producción de profesional de factores productivos destinados a la producción de bienes y servicios. Su carácter profesional determina que cuente con la información y la experiencia necesarias para adoptar las decisiones que mejor se adapten a sus necesidades económicas y productivas*”.

“*Pretender extender la protección legal a los consumidores finales y privados de bienes y servicios al consumo empresarial, aparte de contravenir la letra y espíritu de la ley, provoca importantes distorsiones en el mercado, lejos de mejorar su funcionamiento y competitividad, una interpretación diferente violentaría gravemente el principio de igualdad que debe presidir la contratación entre los profesionales del comercio*”.

¹¹⁶ Dora Szafir, “Consumidores...” pag. 20.

¹¹⁷ María Wonsiak de Haskel “Relaciones...” pag. 9 y sgtes.

¹¹⁸ Ricardo Olivera García, “El concepto de consumidor en la Ley de Relaciones de Consumo” Tribuna del Abogado N° 119, octubre/diciembre 2000, pags. 11 y sgtes..

4. Nuestra posición.

No cabe duda que las imperfecciones en la redacción de la ley habilita a que se hayan sostenido interpretaciones que dan un distinto alcance al concepto de consumidor, como lo acabamos de reseñar.

No obstante, adherimos a la posición restringida sostenida por Olivera García en base a los siguientes fundamentos:

En primera instancia, no debemos perder de vista que de acuerdo a como ya se señaló, nos encontramos ante una ley excepcional, por lo que la interpretación de la misma es de carácter restrictivo. En efecto, el principio de igualdad sobre el cual se sustenta nuestro ordenamiento constitucional, se vería violentado, si se da un alcance amplio al aspecto subjetivo.

Conforme lo establecido por Carnelli y Sarlo¹¹⁹, el artículo 8 de la Constitución refiere a la igualdad distributiva, siendo inaplicable por lo tanto a las relaciones conmutativas. Al establecer el artículo 10 de la Constitución que las “acciones de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero están exentas de la autoridad de los magistrados”, está reconociendo un ámbito de libertad de los sujetos para determinar libremente el contenido de sus acuerdos. Por lo que siendo nuestro ordenamiento jurídico de corte liberal, en el cual se parte de la base de que los únicos legitimados para determinar dicha igualdad son los contratantes, un apartamiento como el que establece la ley de relaciones de consumo en lo que refiere a la limitación de la autonomía de voluntad de las partes debe ser interpretado en forma estricta.

En segundo término, tenemos que de acuerdo al inciso segundo del artículo 2 de la ley 17.250, no es consumidor quien adquiere un bien o servicio para reintroducirlo al mercado a través de la producción o la comercialización de un servicio a terceros, y en realidad, quién presta servicios a terceros en forma profesional se encuentra produciendo ese servicio y/o comercializándolo. Además, el acto de consumo tiene para el adquirente de bienes o servicios, la finalidad de satisfacer una necesidad particular o doméstica y ello excluye la posibilidad que un profesional o empresario adquiera un bien o servicio como consumidor.

Por último, la protección del consumidor se basa en la desigualdad entre las partes proveniente de la mayor competencia y pericia del empresario. Si bien hay que reconocer que el desequilibrio puede producirse también cuando el profesional no contrata en el sector de su actividad habitual, como lo establece Botana García¹²⁰, sería excesivamente problemático establecer una distinción como la apuntada, ya que podría dar lugar a una gran inseguridad jurídica tener que analizar en cada caso si concurren todas las características que el legislador consideró relevantes para otorgar protección. Además como lo establece dicho autor “*se corre el riesgo de difuminar excesivamente la noción misma de consumidor*”. Cabe agregar, que el equilibrio de las posiciones contractuales entre empresas no puede realizarse por las normas de derecho de consumo, cuya finalidad es la protección de una situación diferente.

D) La vulnerabilidad del consumidor: asimetría económica, informativa y tecnológica.

Como ya se ha señalado en más de una oportunidad, la ratio de la Ley de Relaciones de Consumo es la de evitar abusos, generados por la disparidad del poder de negociar, pues sea por razones económicas o de conocimiento el proveedor tiene una posición dominante¹²¹. Esta disparidad se hace más patente en el caso del consumidor del comercio electrónico, el cual no se trata de un técnico en aspectos informáticos, la empresa titular del servicio muchas veces no es fácilmente ubicable en caso de eventuales reclamos o de accionamientos de responsabilidad, por lo que las diferencias cognitivas principalmente a lo que hace a la información y la tecnológica se acentúan mucho más.

Lorenzetti¹²² realiza la distinción de tres categorías:

Asimetrías económicas: las diferencias económicas que se constatan en el mundo de la economía real, se mantienen en el mundo digital. Los oferentes con importante poder de negociación, apuntan a realizar fusiones y acuerdos estratégicos, evidenciando una tendencia a la concentración. De todas formas, consideramos que esta tendencia en cierta forma se neutraliza, si tenemos en cuenta lo señalado en el punto 1.4. En efecto, una de las ventajas del comercio electrónico, al disminuir los costos de acceso a la red y la amplísima

¹¹⁹ Santiago Carnelli – Oscar Sarlo “El principio de igualdad...” ADCU N° XXXI. Pag. 605.

¹²⁰ Gema Botana García. “Noción de consumidor”. España.

¹²¹ Juan Blengio “Ambito subjetivo...” pags. 457 y 458.

¹²² Ricardo Lorenzetti “Comercio...” pag. 119 y sgtes.

interconectividad de la red, es que ha generado oportunidades especialmente a las pequeñas unidades económicas.

Asimetrías informativas: Las diferencias informativas se acentúan en el campo del derecho digital, ya que nos encontramos con productos que están constituidos por información, lo que instaura una nueva diferencia cualitativa. En efecto, las características del producto constituido por información como la intangibilidad (renuente así de comprobación empírica), hermético (presenta una ajenezada respecto de la posibilidad de conocerlo sobre la base del grado de conocimiento que ya tiene respecto de otros productos), cambiante y flexible (de poco sirve la experiencia anterior), está inserto en un sistema de relaciones complejo, puesto que presenta múltiples interacciones con otros sujetos u otras partes.

Asimetrías tecnológicas: En el medio virtual, además de lo dicho surge una diferencia cognoscitiva respecto del medio empleado. Así la aparición de nuevas tecnologías de marketing invasivo, lo que se acentúa en el caso de Internet, que permite hacer publicidad dentro del hogar del consumidor, incrementa la vulnerabilidad de los consumidores.

Las ofertas que se realizan por medios electrónicos, si bien tienen la finalidad práctica que permite al consumidor no tener que desplazarse de su casa, presenta entre otros riesgos, la imposibilidad que tiene el consumidor en el momento que se perfecciona el contrato de comparar la calidad y el precio, al no tener un contacto directo e inmediato con las cosas objeto del contrato.

Esta peculiaridad, sumado a las asimetrías que se acaban de enunciar, ha determinado que el legislador haya regulado una especial protección para el consumidor, otorgándole el derecho de revocar el contrato, es decir la posibilidad de que en un plazo breve deje sin efecto la relación de consumo, tal como lo veremos a continuación.

E) El derecho de revocación

1. Precisiones terminológicas

El derecho de revocación es un derecho subjetivo potestativo, que la ley otorga al consumidor, en el caso concreto de los contratos realizados fuera del local empresarial, por el cual se otorga la posibilidad de dejar sin efecto el contrato celebrado.¹²³

Constituye una excepción a la fuerza vinculante del contrato establecida en el artículo 1291 del Código Civil, el cual habilita a que por voluntad de una de las partes - en este caso sólo el consumidor - deje sin efecto el compromiso, no violentando dicho principio en virtud de tener fuente legal como lo indica el artículo 1294 del Código Civil. Asimismo, también constituye una excepción a lo dispuesto por el artículo 1253, el cual establece el principio según el cual los contratos no se pueden dejar librados al arbitrio de una sola de las partes.

A este derecho que se le otorga al consumidor, cuando se dan los presupuestos establecidos en la norma ha recibido múltiples denominaciones: derecho de arrepentimiento, de desistimiento, hay quienes lo presentan como un caso de contrato a prueba, que se perfecciona al término del período de reflexión, que es un contrato sujeto a condición suspensiva o resolutoria. Nuestra ley habla de "rescisión o resolución".

La temática está intrínsecamente relacionada con la naturaleza jurídica del instituto, así como también va a depender de cada derecho positivo. En el caso de nuestro derecho, surge del texto legal, que la aceptación fue emitida y que se deja sin efecto un contrato ya perfeccionado.¹²⁴

Como acertadamente lo señala Ordoqui¹²⁵ más preciso hubiera sido referirse a "revocación" y no a "rescisión o resolución" como lo hace la ley, ya que no se está ante un caso de incumplimiento (presupuesto de la acción de resolución), y los efectos de esta revocación no se proyectan hacia el futuro (como es en el caso de la rescisión), sino que deben repriminarse, volver atrás las cosas, dejando a las partes en la misma situación en que se encontraban antes de vincularse contractualmente.

La figura del receso sería solo aplicable en la hipótesis de que estemos ante un contrato de cumplimiento continuado. En este caso, la parte del contrato ya ejecutado no puede retroceder por lo que la obligación del consumidor de pagar por la prestación parcialmente ejecutado confirma la eficacia futura del receso.

¹²³ Gustavo Ordoqui "Derecho del Consumo..." pag. 112.

¹²⁴ Dora Szafir, "Consumidores..." pag. 144.

¹²⁵ Gustavo Ordoqui "Derecho del Consumo..." pag. 112.

2. Derecho comparado

A) Directiva 97/7/CE de la Unión Europea

La Directiva de la Unión Europea sobre ventas a distancia con marketing directo N° 97/7/CE, establece un derecho de receso que puede ejercerse sin causa dentro de los 7 días, contados a partir de la contratación de los servicios o la entrega de la cosa. Sin embargo se disponen una serie de excepciones (artículo 6): en los contratos de bolsa de valores, compra de programas de computación y grabación de video o audio, suscripción a diarios o revistas, contratos de juego o lotería.

B) Derecho argentino

La ley 24.240 que regula el régimen de las compraventa a domicilio y por correspondencia reconoce este derecho al consumidor (artículo 34), el cual puede revocar la aceptación durante el plazo de 5 días corridos, contados a partir de la fecha en que se entregue la cosa o se celebre el contrato, sin responsabilidad alguna.

C) Derecho Español

Tenemos que el derecho español realiza la siguiente distinción:

a. Por un lado está la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LCOM), que regula el contrato electrónico, y en su artículo 44 otorga al adquirente la posibilidad de desistir libremente del contrato celebrado en un plazo de 7 días contados desde la fecha de recepción del producto. Luego el artículo 45 efectúa ciertas excepciones al derecho de desistimiento.¹²⁶ Respecto del derecho de desistimiento, el autor español Fernández Albor Baltar¹²⁷ señala: *“el derecho de desistimiento debe considerarse como un derecho de resolución de un contrato celebrado previamente de forma perfectamente válida y eficaz”*

b. Por otro lado está la Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Comerciales, el cual en el artículo 5 otorga un derecho de revocación. Al respecto Fernández Albor Baltar¹²⁸ expresa: *“por medio del derecho de revocación se intenta simplemente evitar que un consentimiento contractual prestado en una situación forzada despliegue los mismos efectos que un consentimiento manifestado en un proceso negocial “ordinario”, luego agrega “la declaración emitida por dicho consumidor no es el resultado de un proceso libre y espontáneo de maduración de voluntades contractual, sino antes al contrario, el resultado de una voluntad condicionada por la solicitud contractual intempestiva y por la presencia física del empresario o su representante”*.

Lo reseñado nos merece las siguientes reflexiones:

En primer lugar, se puede señalar desde una óptica del derecho uruguayo, no se encuentra fundamento para la regulación en dos leyes, como supuestos distintos y otorgándole naturaleza jurídica al instituto de la revocación, sobre la distinción de si se trata de un contrato celebrado fuera del local comercial o de un contrato electrónico.

En nuestro derecho, como ya lo estudiaremos a continuación, la ley 17.250 en un mismo artículo regula este derecho de revocación, cuando la *“oferta de productos o servicios se realice fuera del local empresarial”* y a continuación enumera a título enunciativo distintas hipótesis *“por medio postal, telefónico, televisivo, informático o similar”*, es decir que hay una relación de género a especie: la oferta por medios informáticos constituye una especie dentro del género ofertas fuera del local empresarial.

En segundo lugar, en lo que refiere al derecho de desistimiento al cual consideran un *“derecho de resolución”* celebrado de forma perfectamente válida y eficaz”, analizándolo a partir de una visión de nuestro derecho, no remitimos a lo señalado ut-supra. En efecto, como lo señala Carnelli¹²⁹ el derecho de resolución se diferencia del derecho de revocación porque *“el presupuesto de la acción resolutoria es el incumpliendo del contrato por la otra parte”*, lo cual no es el caso.

Por último, se habla de derecho de revocación para el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, *“para evitar un consentimiento contractual prestado en una situación ‘forzada’*. Si bien no se establece en forma explícita, se desprendería que estamos en la teoría de los vicios de la voluntad, y el

¹²⁶ El artículo 45 de la LOCM excluye aquellas transacciones que tengan por objeto “valores mobiliarios y otros productos cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de un mercado no controlado por el proveedor”. En segundo lugar, tampoco procederá en “aquellos contratos celebrados con intervención de fedatario público. Por último excluye una serie de supuestos heterogéneos, en los que, sin embargo, si las partes lo acuerdan será posible el ejercicio del derecho de desistimiento: “ventas de objetos que puedan ser reproducidos o copiados de carácter inmediato”, o aquellos “que se destinen a la higiene corporal”, o que en razón de su naturaleza no pueden ser devueltos”

¹²⁷ Angel Fernández Albor Baltar “Régimen jurídico...” pag. 301 y sgtes.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ Santiago Carnelli. Tratado de Derecho Civil Tomo XIV pag. 242.

objetivo de los mismos es proteger la libertad de las partes. En este caso falta uno de los elementos esenciales del contrato: el consentimiento, por lo que el mismo no se llega a perfeccionar.

3. Nuestro Derecho: artículo 16 ley 17.250

El artículo 16 de la ley 17.250, constituye una de las pocas normas que refiere específicamente a la contratación electrónica, como una de las formas en las que oferta se puede realizar fuera del local comercial, regulando el derecho que tiene el consumidor a revocar el contrato.

Dicho artículo comienza señalando: "La oferta de productos o servicios que se realice fuera del local comercial, por medio de postal, telefónico, televisivo, informático o similar da derecho al consumidor que la aceptó a rescindir o resolver, 'ipso iure' el contrato."

La amplitud de la definición permite abarcar toda oferta realizada fuera del local empresarial, la única condición es que se trate de una oferta fuera del local comercial o empresarial, entre las que se encuentra las realizadas por "medio informático o similar".

Luego dicha norma continúa estableciendo: "El consumidor podrá ejercer tal derecho dentro de los cinco días hábiles contados desde la formalización del contrato o de la entrega del producto, a su sola opción, sin responsabilidad alguna de su parte. La opción por la rescisión o resolución deberá ser comunicada al proveedor por cualquier medio fehaciente".

Su ejercicio implica el perfeccionamiento del contrato, configurando un derecho de revocación autorizado legalmente. Ordoqui,¹³⁰ entre otras reseña las siguientes condiciones para que opere dicho derecho: a. que se haya celebrado un contrato de consumo bajo la forma de "fuera del establecimiento comercial" (hipótesis dentro de la cual entran los contratos electrónicos), b. el plazo para ejercer dicho derecho es de 5 días hábiles c. la norma da instrucciones de cómo debe comunicarse el ejercicio de este derecho: de modo fehaciente, y dicha manifestación de voluntad es de carácter recepticio, d. el ejercicio del derecho de revocación establecido en el artículo 16 es discrecional, no siendo necesario fundarlo.

Los efectos de la revocación es ripristinar los efectos: el consumidor deberá devolver el producto recibido, sin uso, tal como fue entregado, y el proveedor debe reintegrar lo percibido como precio.

IV. CONCLUSIONES

Resulta una verdad incuestionable, a esta altura de los acontecimientos el ritmo creciente del desarrollo de las tecnologías de la información, lo cual ha producido un drástico cambio de paradigma científico y social, impactando sobre el orden regulador de las conductas, el Derecho e imponiendo nuevas reflexiones de las legislaciones y los dogmas vigentes.

A. En efecto, la revolución informática nos hace plantearnos en primer lugar, si el derecho clásico da respuestas adecuadas y coherentes a esta nueva realidad, - las cuales fueron creadas para un mundo material -, o si es mejor solución sancionar un sistema especial para el entorno digital.

Consideramos, que las particularidades de la contratación electrónica no ameritan una normativa específica del punto de vista sustantivo, pues el contrato electrónico no pone en cuestión las estructuras básicas de la teoría del contrato. La formación de este contrato consensual - basta el mero acuerdo de voluntades - no difiere de la formación de los contratos en general, pues requiere de una oferta y una aceptación, que serán manifestaciones de voluntad expresadas por medios digitales.

De la redacción del artículo 1265 del Código Civil se desprende que el ámbito de aplicación de mismo alcanza a la totalidad de los contratos celebrados entre partes ausentes. Teniendo en cuenta que cuando hablamos de ausencia o presencia, se hace referencia a la presencia a la ausencia o presencia humana en el mismo lugar físico y no a la presencia del medio del cual se sirvieron para comunicarse, dicho artículo es el que corresponde aplicar para regular los contratos electrónicos.¹³¹

Sin embargo, el derecho clásico se mostró insuficiente para dar soluciones a muchos de los problemas prácticos que genera este medio de contratación, como el control de las operaciones de comercio electrónico desde el punto de vista fiscal, la protección de los consumidores, la distribución de los riesgos, la publicidad en la red, la seguridad de las transacciones y medios de pago electrónico, la protección de la intimidad y los datos personales, entre otros.

¹³⁰ Gustavo Ordoqui "Derecho del Consumo..." pag. 112 y sgtes.

¹³¹ Conforme lo ya señalado por Gabriel H. Fernández "Algunas reflexiones..." pag. 55.

En lo que refiere a la protección del consumidor, nuestro derecho positivo tuvo una respuesta concreta, con la sanción de la ley de Relaciones de Consumo N° 17.250.

B. En segundo lugar, la problemática que asimismo concita nuestra atención, se circunscribe a el papel que juega la ya mencionada ley 17.250 – con el nuevo posicionamiento del consumidor -, y en que medida su regulación alcanza también a los contratos electrónicos

La ratio de dicho norma apunta a la protección del consumidor como parte débil en el marco de una relación jurídica: la relación de consumo. A tales efectos se limita la autonomía de las partes, se otorga carácter de orden público a dicha ley- de ahí que los derechos que tiene el consumidor son irrenunciables -, y se establecen principios e institutos especiales, y excepciones a las normas de derecho común, - como es el caso del derecho de revocación que tiene el consumidor una vez perfeccionado el contrato -, en aras de garantizar efectivamente dicha protección.

En la medida que un contrato electrónico se realice entre empresarios y consumidores (B2C), configurándose así una relación de consumo, es alcanzada por el ámbito de aplicación de la ley 17.250.

Ahora bien dicha normativa, ¿armoniza con el sistema vigente?, ¿se plantean contradicciones?, ¿da respuestas adecuadas a la contratación electrónica?

La ley de Relaciones de Consumo constituye un “microsistema” dentro del sistema de Derecho Civil, que no se pretendía eliminar de las relaciones de consumo, ya que como lo establece el artículo 1, las normas del Código Civil son de aplicación subsidiaria. En efecto, la normativa sancionada no constituye un nuevo sistema jurídico, sino una excepción, que por razones coyunturales, el legislador interviene a efectos de limitar la autonomía privada, por lo que su interpretación es de carácter estricto. Asimismo, se rechaza la posición que considera, que la nueva ley no es sino una expresión de soluciones que ya venían impuestas por el ordenamiento jurídico antes de su existencia.

Es así, que podría decirse que la ley 17.250 armoniza con el sistema vigente, en la medida que su interpretación se limite a los supuestos previstos por las normas y no sea objeto de extensiones analógicas, violentando así importantes principios constitucionales como el de la igualdad.

Ciertamente, que la sanción de la ley que nos ocupa constituye un gran adelanto para nuestro orden jurídico, ya que, más allá de ciertas imperfecciones, regula en forma integral, coordinada, eficaz y uniforme la posición y actuación del consumidor en el mercado.

Si bien no trata en forma específica a los contratos electrónicos, con excepción del artículo 16, la temática regulada responde a problemas concretos que planteaba la contratación electrónica. A vía de ejemplo podemos referirnos a dos puntos concretos.

a. Normas que regulan los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

En efecto, respondiendo a la tendencia contemporánea de la contratación masiva, los contratos electrónicos, y más específicamente, dentro de los mismos, los que se realizan entre proveedores y consumidores son prácticamente siempre de adhesión (*clickwrap agreements*). Dichos contratos de adhesión, se prestan para ser un amplio campo para el desarrollo de cláusulas abusivas de todo tipo, la mayoría no muy diferentes de las que existen en el resto de la economía de los contratos de consumo, y algunas caracterizadas por la tecnología aplicable. De lo expuesto se desprende la trascendencia de la sanción de dichas normas.

b. Oferta.

En lo que hace específicamente a la regulación de la oferta, se introducen principios trascendentales como: a. la estipulación que la oferta puede estar dirigida tanto a sujetos determinados como indeterminados, b. el carácter vinculante de la misma.

Asimismo, se destaca la trascendencia que adquiere la información, como elemento que permite al consumidor tomar un consentimiento informado, acortando de esta forma las distancias cognitivas, técnicas y económicas entre el empresario y el consumidor. Esta preocupación del legislador se ve reflejada también en el ámbito de la publicidad, al igual que toda la información que difunda el oferente, previéndose en forma expresa el carácter vinculante de la misma.

Sin embargo, no debe perderse de vista, que la información como instrumento de poder, también debe regularse minuciosamente su circulación, principalmente a lo que hace a los temas relacionados con la privacidad, la protección de datos personales o la intimidad.

En efecto, con la expansión de los medios telemáticos y la protección de los consumidores, se constatan dos procesos paralelos y opuestos: por un lado el énfasis y la nueva trascendencia que adquiere el deber de información, el cual es minuciosamente regulado, y por otro lado, se hace patente la vulnerabilidad del

consumidor y los usuarios de Internet en lo que refiere al manejo de información personal o privado, que puede dar lugar a abusos por parte de los proveedores, por lo que se restringe la divulgación de dicha información.

Un ejemplo de esto último la modalidad de publicidad del spamming, que ha generado recientemente una reacción por parte de varias legislaciones a nivel de derecho comparado a los efectos de regularlo o prohibirlo.

El avance de la informática ha desencadenado la proliferación de los bancos de datos, los cuales van siendo armados cuidadosamente con todos los datos personales de los usuarios (identidad, domicilio, teléfono, actividad, composición de la familia, modalidad de compra, etc), a efectos de dirigir personalmente las ofertas. El poder de quienes disponen de estos datos es inmenso y entran en claro conflicto con los derechos a la intimidad y privacidad.¹³²

C. Quedan sin embargo pendientes problemas prácticos por resolver, que ciertamente están intrínsecamente relacionados con los efectos de la globalidad o transfronterización de la circulación de bienes y servicios a que da lugar el comercio electrónico. Puede citarse como ejemplo: a. el área de percepción de tributos¹³³, b. jurisdicción competente y ley aplicable, c. forma de hacer valer los derechos en caso de infracción.

Otro aspecto fundamental para el desarrollo del comercio electrónico, es el de la seguridad, que no solo depende de características técnicas, sino también de otros factores como la confianza que se genere en los usuarios. Se impone así crear mecanismos a efectos de asegurar la inalterabilidad de los datos transmitidos, y en los sistemas de pago. Sin embargo, en la medida que avanza el desarrollo de tecnologías disminuyen los riesgos de fraude.

D. Como reflexión final, nos gustaría destacar que sin restar trascendencia a la ley de Relaciones de Consumo N° 17.250, cuya sanción ciertamente se hacía imperante, a efectos de proteger al consumidor como sujeto débil en el marco de la relación de consumo, creemos que la red también debe generar un cierto incremento del nivel de responsabilidad y autotutela de los consumidores.

En efecto, en gran medida, son estos consumidores los que deberán aprender a discriminar la información que merece su confianza y la que no. Como lo señala Anxo Tato Plaza¹³⁴ *“Si Internet equivale a la aldea global, es evidente que las autoridades deberá velar por la seguridad de la aldea: pero los consumidores deberán iniciar también un proceso de aprendizaje que les permita distinguir que calles de la aldea son seguras y cuales son, por el contrario peligrosas. Quizás entonces podríamos hablar de un internauta medio razonable atento y perspicaz”*.

¹³² A efectos de amparar estos derechos básicos a la intimidad y privacidad, en el derecho comparado ha surgido el instituto del Habeas Data que Antonio Pérez Luño, citado por Héctor Delpiano en “Derechos fundamentales y Habeas Data en el Uruguay” Anuario de Derecho Administrativo N° IX pag. 17. lo define como *“un cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona en la esfera de la informática, que cumple una función paralela, en el seno de los derechos humanos de la tercera generación, a la que en los de la primera generación correspondió el Habeas Hábeas respecto de la libertad física o de los movimientos de la persona”* Como lo señala Delpiano (Derechos fundamentales...” pag. 18 y sgtes), si bien en Uruguay no se encuentra establecido a texto expreso dicho instituto, a partir de la protección de los derechos fundamentales dado por el reconocimiento de los Principios Generales de Derecho (artículo 7, 72, 332 de la Constitución), nuestro sistema jurídico provee medios indirectos y aún directos para el ejercicio de la protección de la información de carácter personal.

¹³³ Como lo señala Beatriz Bugallo “Internet, comercio electrónico...”, pag. 71, en el medio virtual resulta complicado controlar el volumen de operaciones y el desplazamiento de mercaderías, generalmente constituidas por bienes intangibles que en pocos segundos pasa de su titular al adquirente.

¹³⁴ Anxo Tato Plaza “Autorregulación publicitaria y Códigos de Conducta” pag. 259 y 260.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio Aníbal, "Contratos civiles-comerciales-de consumo" Teoría General. Buenos Aires.
- BALLESTEROS GARRIDO, "Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad", Bosch, Barcelona, 1999.
- BLENGIO, Juan, "Ambito subjetivo de aplicación de la Ley de Relaciones de Consumo desde la perspectiva de la noción de consumidor y la viabilidad de su extensión analógica" ADCU N° XXX.
- BLENGIO, Juan, "¿Hacia una contratación más equilibrada y justa? Crónica de algunos remedios generales al desequilibrio de la relación contractual" ADCU N° XXXI.
- BOTANA GARCIA, Gema, "Noción de consumidor". España.
- BUGALLO, Beatriz, "Internet, comercio electrónico y propiedad intelectual".
- CAFFERA, Gerardo, "El deber precontractual de informar del proveedor en la ley de relaciones de consumo" ADCU N° XXX.
- CAFFERA, Gerardo, "El contrato electrónico: el proceso de formación del consentimiento" ADCU N° XXXI.
- CARNELLI, Santiago - SARLO, Oscar, "El principio de igualdad y la contratación del Código Civil" ADCU N° XXXI.
- CARRION, Hugo Daniel, "Contratos Informáticos", www.delitosinformaticos.com, fecha 26/1/03.
- CAUMONT, Arturo - STIPANICIC Emma, "La Teoría General del Negocio Jurídico como sustento del contrato en el tercer milenio" en Estudios en Homenaje al Prof. Jorge Gamarra. FCU 2001.
- CAUMONT, Arturo, "El correo electrónico y su aptitud probatoria civil" ADCU XXIX
- DELPIANO, Héctor, "Derechos fundamentales y Habeas Data en el Uruguay" Anuario de Derecho Administrativo N° IX
- FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Angel, "Comercio electrónico en Internet". Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001.
- FERNANDEZ, Gabriel H., "Algunas reflexiones acerca del momento y lugar en que se constituye el consentimiento. El sistema de la recepción y el del conocimiento". Rev. AEU, vol. 81 n° 1- 6 (enero-junio 1995).
- GAMARRA, Jorge. Tratado de Derecho Civil Tomo XI.
- GAMARRA, Jorge. Tratado de Derecho Civil Tomo XIV.
- GHERSI, Carlos Alberto "El contrato ante el tercer milenio: perspectivas del derecho privado contractual contemporáneo ante las exigencias sociales y económicas de fin de siglo" Estudios en Homenaje al Prof. Jorge Gamarra. FCU 2001.
- GOMEZ SEGADE, José Antonio, "Comercio electrónico en Internet", Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001.
- JAPAZE, María Belén: "La información y la publicidad como técnicas de protección de los intereses económicos del consumidor" Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Jorge Gamarra, Montevideo, FCU 2001.
- LORENZETTI, Ricardo, "Comercio electrónico".
- MARIÑO LOPEZ, Andrés: "El control de contenido del contrato de adhesión en la ley uruguaya de Relaciones de Consumo" ADCU N° XXXI.
- MEZZERA ALVAREZ, Rodolfo, "Curso de Derecho Comercial" Tomo III Contratos Comerciales FCU.
- MOSSET ITURRASE, Jorge, "Defensa del consumidor Ley 24.240", Rubinzal - Culzoni, Editores, Bs. As.
- OLIVERA GARICA, Ricardo, "El concepto de consumidor en la Ley de Relaciones de Consumo". Tribuna del Abogado N° 119, octubre/diciembre 2000.
- ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, "Derecho de Consumo - Ley 17.250" Ediciones del Foro. Montevideo, 2000.
- RODRÍGUEZ RUSSO, Jorge, "Contribución para la determinación del régimen jurídico aplicable a los tipos contractuales atípicos". ADCU N° XXIX.
- SARRA, Andrea Viviana, "Comercio electrónico y derecho: aspectos jurídicos de los negocios en Internet" Bs. As. Astrea 2000.
- SZAFIR, Dora, "Consumidores. Análisis exegético de la ley 17.189" FCU julio 2000.
- TATO PLAZA, Anxo, "Aspectos jurídicos de la publicidad y de las comunicaciones comerciales en Internet" en "Comercio electrónico en Internet". Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001.
- VENTURINI, Beatriz, "La Publicidad en la ley de defensa de las Relaciones de Consumo, N° 17.250 ADCU N° XXX.
- WONSIK DE HASKEL, María, "Relaciones de Consumo" Ponencia: El concepto de consumidor e la ley 17.250 que regula las relaciones de consumo. IV Jornadas uruguayas de derecho privado.



MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

- **Cikato, Matías, Loaiza Keel, Carlos, Olazábal, Valentina y Otegui, Mercedes** – *«Culpa grave: análisis conceptual y contenido en la jurisprudencia nacional»*

CULPA GRAVE: ANÁLISIS CONCEPTUAL Y CONTENIDO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.

MATÍAS CIKATO - CARLOS LOAIZA KEEL
VALENTINA OLAZÁBAL - MERCEDES OTEGUI

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO DOCTRINARIO. III. ANÁLISIS Y CRÍTICA DE SU RECEPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Al estimar el objeto del presente trabajo surgen inmediatamente proyecciones semióticas impostergables. De hecho, en la selección de su materia, resulta ostensible su cariz social, la carga emotiva y la trascendencia de las soluciones empíricas para elucidar un correcto contenido. Se trata asimismo de una cuestión propia de la Seguridad Social, altamente representativa de su carácter autónomo, por la naturaleza de la contingencia que se busca cubrir y con prescindencia de la organización institucional que en nuestro país se le haya dado.

Estas fueron las principales motivaciones para iniciar la investigación, que no se propone agotar el tema, lo cual sería una tarea vana, pero tampoco reniega de su vocación por el conocimiento de la realidad y de su avidez por un exhaustivo análisis. Así es que se desarrolla en primer lugar, por razones de orden, una conceptualización teórica de la culpa grave, desde su origen en el Derecho Romano y en su rigurosa fisonomía en la doctrina, para luego, siguiendo las categorías clásicas de la responsabilidad civil, iniciar el detalle de la recepción de tal concepto por nuestra Jurisprudencia, de manera de facilitar su progresiva inteligencia.

Éste es el valor realista del estudio, pues es innegable que la tarea del juez no es la de simple aplicador automático de las normas generales y abstractas, sino que indefectiblemente se instituye como feraz creador del derecho. Los jueces deben decidir, de acuerdo con las normas jurídicas del sistema en el que se desempeñan, si otras reglas se aplican a casos particulares que se les plantean para su composición; esta decisión no puede evadirse, y estos funcionarios ocupan por tanto un sitio nuclear en la comprensión del fenómeno jurídico, o por lo menos sería adecuado que así lo entendieran (*art. 15 C.C.u.; art. 11.1 CGP in fine; art. 5 inc. 21 de la ley 15.750, LOJOT*). Empero, la opción entre las normas y la forma peculiar de aplicación, más allá de la estricta lógica jurídica y la sana crítica que en general se les impone, no deviene de las mismas previsiones, que nunca pueden reclamar su implementación; la decisión estará entonces motivada por razones *prudenciales*, que no se confunden con el autointerés, pero que de ninguna manera pierden las connotaciones morales que de suyo fundamentan al derecho.¹ Resulta entonces ineludible que los jueces, más que otros sujetos involucrados en el fenómeno jurídico, vean al derecho como una "*prolongación de concepciones morales que consideran válidas, y a las normas jurídicas como aquellas normas que están moralmente justificados en reconocer y aplicar.*"²

Y esta función cabal de la jurisdicción se exagera en el ámbito de ramas jurídicas como el Derecho Laboral o la Seguridad Social, donde los jueces nunca prescinden de su rol en la concreción de la Justicia a la vista del caso concreto: la *aequitas*. En los hechos esta propensión se potencia cuando se trata de un tema de responsabilidad, en la cual se discute la posibilidad de reparar íntegramente a una persona por el daño sufrido en el trabajo o en ocasión del mismo.

La graduación de la culpa como criterio de imputación subjetivo de la responsabilidad, irrelevante en el derecho común, cobra importancia en el ámbito de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

¹ Nino, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho, p. 5. Ariel, Barcelona 1996.

² *Ibidem*, p. 6. Queda por supuesto desechada la puridad científica que han reclamado, aún con sólidos argumentos, autores como HANS KELSEN. No se trata de que el eximio jurista desprecie la función creadora de la jurisdicción (vide *Teoría Pura del Derecho*, pp. 151-2, EUBA, Bs. As., 1996), pero sí queda claro que pretende depurar el concepto del derecho de cualquier consideración metajurídica (*Teoría... cit.*, pp. 55-64).

Estos se hallan regulados detalladamente en la Ley 16.074, de orden público cf. su artículo 13, que impone, como contrapartida natural a la objetividad en la imputación de la responsabilidad del empleador (art. 9), una indemnización *forfaitaire* para la víctima del evento o proceso dañoso. La única excepción para esta restricción a una tarifa predeterminada, es precisamente la dispuesta en el art. 7 inc. 11 de la Ley, para el caso en el que la causa del accidente o enfermedad sea el incumplimiento doloso, o con culpa grave, por parte del empleador, de normas sobre seguridad y prevención.

El interés por darle contenido a este concepto jurídico indeterminado deviene, por tanto, de que éste es el criterio elegido por el legislador para la imputación de la responsabilidad del patrono, en orden a un resarcimiento integral del daño. Será el objeto del trabajo entonces, descubrir el sentido que nuestra jurisprudencia le ha conferido, claro está. No obstante, no debe olvidarse que este aspecto no es sino instrumental al fin último que será la configuración de la responsabilidad en cabeza del empleador -por ello nos detendremos en cada uno de sus elementos constitutivos, aunque siempre destacando su vinculación con la culpa grave-.

Es por la sobredicha función de los jueces, y por su rol creativo en el derecho, corrector y compensador en el campo social en general, y más aún en el de la reparación de empleados por accidentes o enfermedades de tipo profesional, que muchas soluciones jurisprudenciales resultan contradictorias, apresuradas y hasta absurdas en ciertas ocasiones. Necio y obcecado sería no reconocer el trasfondo fáctico que las pudo haber motivado, pero esto no es óbice para criticar, de acuerdo con las bases doctrinarias que se desenvuelven ulteriormente, algunas singulares interpretaciones que no pueden dejar de concebirse inapropiadas.

La contribución del estudio pretende trascender una mera recopilación de soluciones jurisprudenciales, y, sin ambiciones desmesuradas, suscitar el razonamiento y dialéctica al respecto, en vistas a una consolidación futura de un concepto de culpa grave tendiente a la univocidad.

II. CONCEPTO DOCTRINARIO DE CULPA GRAVE

A) La culpa y la responsabilidad.

La identificación de la culpa con la responsabilidad es consecuencia de una fragmentaria concepción de la segunda, fundada en el protagonismo del autor del evento dañoso en el fenómeno de la reparación (“no hay responsabilidad sin culpa”).³ Mas a diferencia de esta estimación primigenia, la doctrina moderna prefiere centrarse en la víctima del daño, por lo cual muda la primera definición por una más depurada de responsabilidad, entendida ahora como la “*imputación de un hecho dañoso a un sujeto*” o como “*la reacción contra el daño injusto*” (definición de clara raíz romanista).⁴

La responsabilidad consiste en la transferencia o desplazamiento de las consecuencias económicas perniciosas resultantes del evento dañoso, desde el patrimonio de la víctima hacia otro distinto por medio del mecanismo indemnizatorio -nacerá en cabeza del responsable una obligación de resarcir a la víctima-. La designación de la persona que debe soportar el daño es naturalmente y en principio, aquella que tuvo cierta vinculación con el mismo, pero la naturaleza de esta relación no se ciñe únicamente a un comportamiento directo, doloso o culpable, en la producción del daño. En un comienzo este criterio pudo resultar bastante, satisfactorio y hasta sencillo, por lo elemental de los daños producidos, la sencillez en el esclarecimiento de la causalidad y el volumen cuantitativo de eventos dañosos. La respuesta del derecho romano al *damnum iniuria datum* fue la elaboración jurisprudencial de la *lex Aquilia de damno*, que otorgaba una acción de manus iniectio penal a la víctima. La iniuria se interpretó, ya en la primera Jurisprudencia clásica, como la incurrancia en cierta conducta negligente, violatoria del deber genérico del *neminem laedere*, la llamada *culpa*. Los mayores desarrollos de este entonces novedoso concepto se produjeron, empero, en el área de la responsabilidad contractual, y especialmente en los negocios de *bona fides* (cuyo contenido era de obligaciones de medios), donde se elabora la graduación de la culpabilidad, tema esencial para esta investigación.⁵

Fue el desarrollo tecnológico experimentado en la Primera Revolución Industrial, principalmente el maquinismo y la producción a escala, y sus inmediatas consecuencias (multiplicación de los riesgos y de los daños, imposibilidad de prueba de la culpa en el patrono, capacidad de soportar el daño, etc.), el que mostró la insuficiencia del criterio subjetivo de imputación que había prosperado en el derecho quirritario y había discurrido sin demasiados problemas durante siglos. En un comienzo fue la jurisprudencia la que, con inter-

³ Mazeaud-Tunc. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, t. 1, n. 95, p. 99. París 1965.

⁴ Rodotá, citado por Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XIX, p. 13. Montevideo, 1981.

⁵ d'Ors, J. A. *Derecho Privado Romano*, § 374, pp. 435-436. Eunsa, novena edición, 1997.

pretaciones extensivas y aún evolutivas de las normas incluidas en los códigos decimonónicos –v.gr. responsabilidad por el hecho de las cosas, concepto de guarda, culpa presunta o inversión del *onus probandi*, responsabilidad por el hecho del dependiente-, desnaturalizó el juicio de comportamiento sustancial en los criterios subjetivos, llevando en la casuística a un verdadero triunfo de la responsabilidad-garantía (término incorrecto si lo que se entiende es que responsabilidad objetiva y garantía se asimilan). Las justificaciones desfilaron entonces desde el riesgo-peligro al provecho o beneficio, luego al profesional e incluso a la capacidad de soportar el daño. El fenómeno era nuevo, la proliferación de situaciones altamente peligrosa y la relación con las condiciones fabriles indiscutible. De allí que se consagraran legalmente regímenes de responsabilidad objetiva, casi siempre *a forfait*, de manera de lograr la reparación de la mayor cantidad de daños ocasionados sin conducir a un colapso económico corporativo (todo esto sin perjuicio de posteriores sistemas de socialización de los riesgos, como los seguros mercantiles, sociales o la organización dentro del régimen general de la Seguridad Social).

En esta línea se hallan leyes como la 16.074, de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, o el mismo Código Aeronáutico –art. 166-. La responsabilidad en la Ley de accidentes recae en el empleador, que sólo puede eximirse por el hecho doloso de la víctima –art. 9-, en la llamada responsabilidad objetiva absoluta. Se abandona por tanto, y en forma general, limitando la indemnización a la tarifa prefijada, el criterio deontológico de imputación, el del *best effort*. Sin embargo, el último revive, y calificado por su gravedad, cuando se pretende impetrar una acción civil ordinaria destinada a la reparación integral, cf. el art. 7 inc. 1º ya citado. De manera que la culpa no es irrelevante por completo, antes bien, es el único criterio de imputación considerado hábil para excepcionar el régimen general de reparación restrictiva, y ello es lógico –interesantes son las implicancias de este razonamiento en el concepto de patrón y la estimación del agente que debe incurrir en definitiva en culpa; vide *infra* § III, 2, D-.

B) La culpa y su definición

La doctrina ha construido, con asiento en normas y preceptos explícitos, un concepto unitario de culpa, civil, contractual, extracontractual y aun penal (*infra* § III, 2, A). El mismo puede extraerse de una serie de disposiciones, ora civiles, ora penales; así es que el art. 1319 del C.C.u. muestra una lacónica referencia al término en sede de responsabilidad extracontractual, mientras que el 1344 la define en su inc. 1º como “*la falta del debido cuidado o diligencia*”, mientras que el segundo inciso completa el sentido con un modelo de conducta, “*la diligencia de un buen padre de familia*”, todo ello justificado en aquel deber genérico o específico de evitar el daño o incumplir una obligación asumida, como reza el inciso final del art. 1344 (“*para prevenir el daño*”). También en el cuasi contrato de gestión de negocios se encuentra otro precepto elocuente, al exigir al agente oficioso “*todos los cuidados de un buen padre de familia*”, resultando responsable de los perjuicios que por “*su culpa o negligencia*” sufra el dueño. Finalmente, el elenco normativo se completa con el art. 18 del Código Penal, cuya redacción es, a diferencia de la del Código Civil, descriptiva y enumerativa. La culpa es, según esta norma, la “*imprudencia, impericia, negligencia o violación de leyes o reglamentos*”; el concepto es, evidentemente, el mismo, aun cuando el juez penal no deba remitirse como el civil al modelo abstracto del art. 1344, pudiendo analizar la conducta en concreto (aunque, como expone GAMARRA con lucidez “el examen concreto tiene discutible vigencia práctica en el Derecho Penal”⁶).

La culpa será entonces aquel criterio que justifica la transferencia de los perjuicios económicos derivados del evento dañoso, del patrimonio de la víctima al del ofensor, que lo causó culposamente. Y esta culpa obliga a realizar un juicio abstracto de comparación con un modelo de conducta, un mecanismo de contraste deontológico con un comportamiento diligente; su distanciamiento podrá tratarse de una conducta activa o bien pasiva, como la imprudencia –o impetuosidad irreflexiva-, impericia –cuando el sujeto domina un saber preciso y técnico, o *peritiam*-, la ignorancia –art. 1843 C.C.- o incluso la negligencia u omisión –arts. 1319 y 1820 C.C.-. Es preferible dejar, por el momento, la elucubración acerca de su relación con la previsibilidad (§ III, 2, B), la buena fe (§ III, 2, C) o el nexo causal (§ III, 4), aunque es menester dejar claro que sólo se puede ser culpable de algo previsible, que la buena fe excluye la culpa y que el nexo causal puede distinguirse teóricamente de este criterio de imputación.

La esencia del juicio de culpabilidad es por consiguiente el reproche a una conducta; en este caso se produce el retorno a una perspectiva subjetiva y a la observación del ofensor, *el empleador incumplidor de normas de seguridad y prevención*.

⁶ Op. cit., t. XIX, p. 100.

C) La culpa y su gravedad

La distinción de grados en la conducta culpable proviene del derecho romano de los contratos, como se adelantó *ut supra* § II, *lit a*. Son los mismos compiladores justinianos quienes, al generalizar las decisiones clásicas, extraen principios universales y sistematizan un esquema de graduación en la culpa. Es recién en esta época en que se construye un concepto técnico de culpa⁷, término utilizado antes por los clásicos sin la necesaria precisión, caracterizado con la previsibilidad no prevista o la impericia en el propio arte u oficio.⁸

Si bien en nuestro derecho civil, como ya se comentó, la culpa considerada es la simple, sin grados, o en todo caso la leve⁹, si se acude al modelo elegido en el art. 1344, la Ley de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales sí advierte una graduación en la culpabilidad, pues el incumplimiento en las normas de seguridad y prevención (*hecho ilícito, infra* § III, 3) debe ser cometido con “culpa grave”, esto es calificada.

En Roma se exigía en las relaciones de buena fe que las partes se comportaran con lealtad; la jurisprudencia culminó adoptando el término culpa para referirse a la falta de diligencia en los negocios de gestión: la *neglegentia*¹⁰, sin perjuicio de que esta modalidad luego se sustituyó por el análisis de la utilidad de los contrayentes para medir el deber de diligencia (*utilitas contrahentium; D. 13,6,5,2.*)

De acuerdo con la naturaleza de las obligaciones surgidas de los contratos, y con una metodología pragmática, la culpa se clasificó en: culpa lata, una “*negligencia excesiva, es decir, no ver lo que todos pueden ver*” (Digesto, 50,16, 213, 2)¹¹.

Se trataría de una figura asimilable al dolo, como se concluye de la lectura de algunos pasajes ilustrativos del Digesto: “*Lo que decía Nerva de que el dolo es una culpa más alta, no gustaba a Próculo, pero me parece certísimo. Pues si alguno no es tan diligente como requiere la naturaleza de los hombres, no está exento de fraude...*” (D. 16, 3, 32). Las proposiciones que antecedían tenían especial aplicación en el depósito gratuito, donde valía la regla “lata culpa dolo aequiparatur”, o directamente “dolos est”.¹² La vinculación de la culpa grave con la previsibilidad y con la figura del dolo eventual se hará oportunamente y en forma especial (*infra* § III, 2, A y B)

No merece especial dedicación el análisis de la culpa leve, del *bonus paterfamilias* en abstracto (art. 1344 C.C.u.), ni de la *levísima*, aunque es preciso destacar la frecuente confusión conceptual que muestra la jurisprudencia nacional en la materia, al recurrir al modelo del buen padre de familia como criterio de interpretación deontológica (no ya como medida para elucidar la culpa grave, lo que en resumidas cuentas es comprensible, pues es el campo donde, por la fuerza de las circunstancias, ha habido desarrollos en jurisprudencia y doctrina), e incluso al exigir medidas más rigurosas de actuación como en la culpa levísima (*diligentia exactísima* o el buen hombre de negocios¹³).

A pesar de los equívocos y extravíos que en la jurisprudencia se encuentran, y, nuevamente, sin olvidar las motivaciones morales que en el caso concreto pueden haber forzado determinada solución jurídica, los jueces han acogido un concepto de culpa grave similar al doctrinario, caracterizado por esa medida de comportamiento insignificante –sentido común– y por la presencia de conductas chocantes frente a cualquier persona, groseras, inexcusables, temerarias, irreflexivas e indiferentes ante la constante advertencia, como se verá luego. Para esta corriente de estricta interpretación, “[l]a esencia de la culpa es la violación de una regla de comportamiento que se concreta en un deber de diligencia, idea que nuclea el concepto unitario de culpa y que halla recepción en los arts. 1310, 1319, 1324 y 1344 del Código Civil”, y “[l]a graduación de la culpa (...) resulta del mayor o menor apartamiento del modelo de conducta adoptado por la ley como fundamento de la culpa...”¹⁴

⁷ Arangio-Ruiz, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano, p. 424. Depalma, Bs. As., 1973

⁸ Digesto 9, 2, 31 (interpolación): “*culpam autem esse, quod cum a diligente providere potuerit non esset provisum...*”

⁹ Gamarra, Jorge. Tratado..., t. XVII, pp. 217 a 219. Montevideo, 1978.

¹⁰ d’Ors, op. cit., § 456, p. 520. Digesto, 40, 4, 8.

¹¹ García Garrido, Manuel Jesús. Derecho Privado Romano, § 190, p. 639. Dykinson, Madrid, 1999.

¹² Arangio-Ruiz, op. cit, p. 430.

¹³ Anuario de Jurisprudencia Laboral, año 2000. N. 21, p. 15.

¹⁴ Íbidem, N. 25, p. 16.

III. ANÁLISIS Y CRÍTICA DE SU RECEPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

A) Responsabilidad. Tipo; naturaleza; fuente

1. Limitación de la reparación

El régimen de responsabilidad para la indemnización de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, establecido en la Ley 16.074, es tarifado. De acuerdo al Art. 7, los damnificados o sus derechohabientes "...no tendrán más derechos (...) que los que la presente ley les acuerda". Sin embargo, el mismo artículo admite la reclamación extratarifaria cuando medie dolo o culpa grave en el incumplimiento de normas de seguridad y prevención por parte del patrono.

2. Fuente y Naturaleza

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico el régimen general de la Responsabilidad Civil se desdobra en: Responsabilidad Contractual y Extracontractual. Regulados en los artículos 1341 a 1348; 1319 a 1332 del Código Civil respectivamente. Por lo que la indemnización tarifada es una excepción al régimen general regulada por una ley especial. Pero la misma ley admite la aplicación del régimen común a la responsabilidad subsidiaria, limitándolo al dolo y a la culpa grave. Se nos presenta aquí la cuestión de determinar la naturaleza de la responsabilidad civil extratarifaria mencionada.

Del análisis de la jurisprudencia surge que no hay una respuesta unánime sobre su carácter contractual o extracontractual. Mientras que el JLT 91 en la sent. N1 44 de 1999, considera que la responsabilidad es extracontractual "...por tratarse de daños que se reclaman de Iure Propio..."¹⁵, el JLT 11 en la sent. N1 103 de 1998 entiende que es contractual porque "[e]l patrono, por virtud del haz obligacional emergente del contrato de trabajo tiene la obligación respecto al trabajador de proporcionarle un ambiente laboral libre de riesgos de accidentes (...) la observancia de medidas de seguridad (...) es el mejor camino para lograr dicho objetivo"¹⁶.

Por su parte, el JLT 81 en la sent. 41 de 1997, sin expresarse directamente sobre la naturaleza, establece que "[d]eben aplicarse los principios sobre la responsabilidad extracontractual contenidos en el 1324"¹⁷, refiriéndose a la reclamación de un trabajador en ocasión de un accidente de tránsito por hecho del dependiente.

La confusión de la jurisprudencia obedece a la complejidad del tema. La naturaleza extracontractual puede sostenerse prescindiendo por completo de la vinculación laboral del individuo accidentado o enfermo, y asumiendo que la Ley no impone un régimen de responsabilidad especial, sino que abre la posibilidad de acudir al derecho común para obtener la reparación integral conforme las reglas del Código Civil Art. 1319-, pues si se considerara que la responsabilidad se instituye en esta norma, debería concluirse que se trata de una responsabilidad de tipo contractual *Bya* que en nuestro régimen se asimila la responsabilidad por violación de obligaciones contractuales, legales y cuasi-contractuales¹⁸-. Bajo esta fórmula, y como rasgo diferenciador, el trabajador deberá probar la culpa grave y no ya la inadecuación al modelo de diligencia común a nuestro esquema de responsabilidad.

Pero las dificultades probatorias fueron las que impulsaron desde el comienzo la fundamentación de nuevos y conducentes criterios de imputación de la responsabilidad patronal, por tornarse una comprobación verdaderamente diabólica. De manera que omitir la existencia de una vinculación contractual típica y peculiar del Derecho del Trabajo no supone una solución técnica adecuada; de este contrato derivan múltiples obligaciones recíprocas y secundarias respecto de la prestación de trabajo y la remuneración, entre ellas la de brindar seguridad al empleado. Si éste sufre un accidente o enfermedad calificables como de trabajo o profesionales, podría sostenerse que el incumplimiento de esta obligación de seguridad ha quedado manifiesto -obligación de medios-, produciéndose por consiguiente la inversión del onus probandi. Claro está, por tratarse de una obligación de medios, el trabajador deberá establecer la culpa del deudor para probar el incumplimiento, y ello no será suficiente para que la reparación integral sea asequible, pues, aún existiendo

¹⁵ Anuario de Jurisprudencia Laboral, año 1999, p. 12.

¹⁶ AJL, año 1998, p. 12.

¹⁷ Revista de Derecho Laboral, t. XLV N1 205 del 2000, p. 160.

¹⁸ *Gamarra, Jorge*, Tratado... cit., t. XVII, p. 10. Montevideo, 1978.

culpa leve probada, no puede considerarse probada la culpa grave –una persona puede haberse distanciado del modelo del buen padre de familia, sin que por ello llegue a cometer un error inexcusable y grosero.

De manera que el régimen, según nuestra perspectiva, proviene del derecho común, aunque con una calificación especial de gravedad para la culpa, siempre en un criterio de imputación subjetivo. Es preferible a su vez, y por obedecer a una técnica más depurada, que asume una realidad inobjetable, el contrato de trabajo, entender que se trata de responsabilidad de naturaleza contractual.

B) Culpa

1. Concepto unitario (dolo eventual)

Citando al JLT 31, sent. 65 de 1998, “[l]a esencia de la culpa es la violación de una regla de comportamiento que se concreta en un deber de diligencia, idea que nuclea el concepto unitario de la culpa y que halla recepción en los Art. 1244, 1310, 1319 y 1324 del Código Civil. Y la graduación de la culpa en nuestro C.C. resulta del mayor o menor apartamiento del modelo de conducta adoptado por la ley como fundamento de la culpa, y dado por el obrar del buen padre de familia en los Art. 1321, 1344; y consecuentemente aquella grosera e inexcusable correspondiente a una conducta totalmente alejada del modelo que debe tenerse en cada caso concreto (Anuario cit. N1 44, op. Cit, año 1993, N1 25, Anuario de Derecho Civil, t. 18 xviii casos 991 y 992)”¹⁹.

Del mismo modo, el TAT 31 sent. 88 de 2000 establece que “[e]n el ámbito del Derecho Civil Uruguayo no interesa diferenciar grados en la culpa ya que la gravedad de ésta no incide en el monto a reparar (citando a Gamarra). Si bien nuestro C.C distinguió en el inc. 11 del Art. 1344 dos grados en la culpa, la misma norma luego se encarga de establecer, en el inciso segundo, que el concepto de culpa a tener en cuenta es únicamente el de la culpa leve, ya que la diligencia que se exige en todos los casos es la del buen padre de familia. La Ley 16.074 permite responsabilizar al empleador en base al derecho común si en el accidente o en la enfermedad profesional medió dolo del patrono o “culpa grave en el incumplimiento de normas de seguridad y prevención””. Concluye que no todo caso de incumplimiento dará lugar a la indemnización sino que solo tendrá lugar si se configura culpa grave²⁰. Conforme con este fundamento, JL de Rocha 41, Sent. N1 79 de 2000²¹.

Según el JLT 71, sent. 14 de 1998, el concepto de culpa grave subsumiría el concepto de Dolo Eventual, es decir, “...aquel que se produce a consecuencia de un acto u hecho que apareciendo a los ojos del ciudadano común como peligroso, o riesgoso para la vida de terceros, se mantiene sin modificársele, tolerando ese riesgo que pudiendo ser cubierto no se actuó en su momento debidamente tomando las medidas conducentes a mejorar la condición y ésta a la postre causa la desgracia”. Concluyendo, define a la culpa grave como “... un accionar grosero e inexcusable pero, carente de la intención de dañar.”²².

De acuerdo con las resoluciones jurisdiccionales expuestas, y con la doctrina más recibida en nuestro país, puede concluirse la existencia de un concepto unitario de culpa en nuestro régimen –vé. *retro* § II, lit. B-, nutrido de normas dispersas por los cuerpos normativos civil y penal como se vio oportunamente. Asimismo, la consabida irrelevancia de la gravedad de la culpa para el derecho común, desaparece ante la claridad de la norma contenida en el art. 7 de la ley 16.074. Es preciso en este caso la prueba de culpa grave, y alcanzar la conceptualización de este término, forzado por las circunstancias, no es tarea imposible, aunque sí difícil; asumiendo el unitarismo semántico, la cuestión radicará en completar en la práctica y vida cotidiana un vocablo técnico inusitado en nuestro orden, pero no por ello ininteligible teóricamente. Basta ahondar en sus proyecciones, ora en sus orígenes romanistas, ora en las ingeniosas soluciones de la actual jurisprudencia, para advertir que el dinamismo de esta rama jurídica ha enriquecido notablemente un concepto interpolado del derecho civil.

No obstante, más allá de la unidad de la culpa, recurrir a conceptos propios de ramas autónomas, marcada fisonomía, como es el derecho penal, y traducirlos sin respetar su correcto contenido, conlleva extravíos, a veces motivadas, según se ha aducido en el comienzo de este estudio, en una voluntad subyacente de dictar una justa condena en el caso concreto. Pero dolo y culpa, por ejemplo, son dos grados de culpabilidad

¹⁹ AJL, año 1998, p. 13.

²⁰ AJL, año 2000, p.17.

²¹ AJL, año 2000, p. 11.

²² AJL, año 1998, p.14.

diversos, que comparten la intencionalidad y cuya distinción tiene escasa importancia para el derecho común –v.gr., en responsabilidad contractual, quien incumple dolosamente, delito civil cf. art. 1346 C.C., responde aún por lo que no haya podido prever-. El *dolo llamado eventual* es aquél que se produce con previsión, aunque sin voluntad de que el resultado se desencadene; pero esta previsión no es, como en la culpa –aún la grave-, objetiva y referida al modelo o estándar deontológico, sino concreta en el agente doloso –art. 18 inc. 3º C.P.-. La doctrina ha asimilado en reiteradas ocasiones el dolo eventual con la culpa grave, ya que, pese a que sus márgenes conceptuales se hallan perfectamente delimitados, parecen confundirse por momentos en la realidad –vé. infra § III, lit. B-, en hipótesis en las que, por ser ostensible para el sentido común la posibilidad de daño o el acaecimiento del accidente, resulta intolerable que el sujeto en particular no lo haya previsto efectivamente –vé. caso de la cuchara con metal líquido en el literal siguiente-. La culpa con previsión, por su parte, supone un resultado que se previó como imposible, cf. art. 18 inc. 3º in fine C.P. –ejemplo clásico es el del lanza cuchillos, que por necesidad confiaba ciegamente en su destreza-.

2. Previsibilidad en la culpa

Del estudio realizado en nuestra jurisprudencia, se constata que el elemento PREVISIBILIDAD en la culpa es trascendental para definir la culpa grave. En doctrina, Dora Szafir, ha profundizado sobre este tema en su trabajo “Acción subsidiaria en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”²³, el cual ha sido multicitado en jurisprudencia. El JLT 81 sent. 41 de 1997 resume su pensamiento de la siguiente manera:

“La autora, citando a Mosset Iturraspe, expresa que la culpa grave se vincula a la previsibilidad objetiva; lo que involucraría tanto la falta de previsión real, como la imprevisión presunta, evaluándolas con un criterio objetivo, esto es, teniendo en cuenta un cálculo sobre la previsibilidad media de los hombres y no de la persona concreta del deudor.

Agrega, citando a Borda, que la culpa grave implica una negligencia, imprudencia, impericia o violación de leyes o reglamentos en circunstancias extremas y que implica no prever o comprender, omitir los cuidados más elementales, descuidar la diligencia más pueril, ignorar los conocimientos más comunes.

Concluye, que cuando lo previsible es desatendido existe culpa grave: y se configuraría un supuesto de culpa con previsión toda vez que el patrono en forma sistemática y deliberada viola la reglamentación preventiva y protectora de la seguridad del trabajador”²⁴.

En la cita que antecede se retorna al tema de la culpa con previsión, tratado en el literal A de este mismo número, para violaciones contumaces de la reglas de prevención y protección. No parece un mal cauce para este argumento, pues un comportamiento de tal negligencia haría presumir, o bien un desinterés absoluto, o bien una confianza excesiva, caso en que se enmarcaría la culpa con previsión ya analizada. Claro está, estos son meros indicios refutables de la intencionalidad.

Luego de sentado el criterio de unidad conceptual de la culpa en nuestro derecho, no corresponde negar la importancia de la previsibilidad en el campo de la imputación subjetiva, pues el art. 18 del Código Penal introduce tal aspecto, pese a no consagrarse para la culpa civil.²⁵ Es razonable de cualquier manera, entender que cabe culpa solamente cuando un evento es previsible; “[s]e trata de la razonable previsión que puede tener un hombre común (...) pero no es previsión de un accidente o daño en particular, sino de la posibilidad de que un daño o accidente ocurran”.²⁶ Esta alusión no es descabellada, pues no se puede concebir apartamiento del estándar de la culpa sin aceptar la previsibilidad; no puede exigirse al buen padre de familia que prevea lo imprevisible. Sucede que en ocasiones, por reiteradas advertencias de entidades oficiales involucradas o circunstancias singulares, la previsibilidad para un suceso, si bien no general, se convierte en necesaria para el empleador; allí es que se entrometen las nociones de dolo eventual y culpa con previsión que se tratan ulteriormente.

Refiriéndonos a los casos prácticos, el JLT 61 sent. N1 59 de 1998 entendió que “... en un lugar donde se trabaja con acero líquido a una tan alta temperatura (1200 grados o más) y el mismo se transporta en una cuchara sobre los operarios, personas humanas que deben ser resguardadas del riesgo, cuchara sin tapa y al no existir techo protector sobre los operarios, la conducta de la empleadora se torna culposa y debe ser calificada como grave, ya que frente a tanto peligro, (...) no previó por lo menos la instalación de ese techo

²³ Publicado en el Anuario de Derecho Civil Uruguayo, t. XXIV, p. 621.

²⁴ RDL, t. XLV n1 205, año 2000, p.167.

²⁵ Cf. art. 18 C.P., el comportamiento culposos se produce cuando (...)“se deriva un resultado que, pudiendo ser previsto, no lo fue...”.

²⁶ Gamarra, Jorge. Tratado... cit., t. XIX, p. 116.

protector, que luego colocó y que de haber estado instalado al menos hubiere evitado la producción de tan graves y mortales lesiones...”²⁷ En este supuesto, la sede entendió que la evidencia de la situación, sumada a la gravedad de la misma, convierten a la culpa en una grave; se insertan así la previsibilidad necesaria y la peligrosidad ostensible para calificar la culpa.

El JLT 11 sent. N1 101 de 1998²⁸, consideró que, al desprenderse del análisis probatorio de forma irrefutable que el accidente pudo haber sido previsto; y no se hizo, se configuró la culpa grave.

3. Contenido de la culpa grave

Para lograr un desenvolvimiento claro del estudio, este apartado recoge preponderantemente el contenido que la jurisprudencia ha asignado paulatinamente a la culpa grave, construyendo verdaderos criterios de relativa estabilidad, sin excesivas teorizaciones en referencia a los mismos, aunque sin renunciar a su crítica.

- Innumerables sentencias refieren a la *necesidad de supervisión e indicaciones específicas por parte de la estructura empresarial de los empleadores, cuando la manipulación de la maquinaria es manifiestamente riesgosa*. Así se pronunció el JLT 1° en la sentencia N° 101/1998²⁹, al estimar inadecuada la realización de “maniobras altamente peligrosas para la integridad física de [los trabajadores]” sin que ellas “fueran supervisadas y dirigidas por personal adiestrado a esos fines”. También se ha exigido la vigilancia de la utilización de los medios protectores por parte del trabajador (JLT 6°, Sent. 59/1998)³⁰. En otros casos, las indicaciones, si bien existen, se consideran insuficientes si no se acompañan de los medios de protección para cumplirlas cabalmente (TAT 2°, Sent. 198/1998)³¹. En el mismo sentido, se observa negativamente que no haya personal técnico de la empresa a dirigir y controlar las tareas cuando ellas lo ameriten (JLT 6°, Sent. 67/2000)³²; los trabajadores deben contar, según la misma resolución, con procedimientos e indicaciones específicas para trabajos particularmente riesgosos.
- También se acude con frecuencia al *deber patronal de capacitar³³ a sus empleados, cuando estos se desempeñen en actividades especialmente riesgosas o manipulen máquinas de severa complejidad*. La naturaleza de las máquinas utilizadas es esencial: deben tener la complejidad necesaria para que la capacitación sea útil, sin trascender el riesgo que entrañen. En máquinas de trato elemental la capacitación no es imprescindible, o puede llevarse a cabo en tiempo reducido sin que esto inculque deficiencia en el aprendizaje (JLT 14°, Sent. 86/1999)³⁴. Esta apreciación no es, empero, concluyente, y debe atenderse al tipo de máquina en cuestión; algunos equipos requieren capacitación especializada, no siendo bastante su manejo cotidiano, aún por períodos prolongados (TAT 2°, Sent. 305/1999)³⁵. La categoría ha sido también objeto de controversia, entendiéndose en forma oscilante su correspondencia necesaria con la tarea desempeñada, o al menos la inadecuación como indicio de riesgo (JLT 3°, Sent. 77/1998)³⁶, como también, en sentido opuesto.³⁷
- Se ha considerado como culpa grave la *omisión patronal de mantenimiento de máquinas e infraestructura con la que se lleva a cabo o donde se realiza el trabajo, así como la provisión de las medidas de seguridad durante la actividad*. Entre la profusa nómina de ejemplos se destacan la manutención de automóviles³⁸; elección equivocada del lugar³⁹; provisión de calzado especial⁴⁰; cinturones de seguridad o equipo adecuado en general.⁴¹

²⁷ AJL, año 1998, p. 14

²⁸ AJD, año 1998, p. 11

²⁹ AJL, año 1998, p. 12.

³⁰ *Ibidem*, p. 14.

³¹ *Ibidem*, p. 18.

³² AJL, año 2000, p. 14. Según el Juzgado Letrado, “resultaba imperiosa, dada las puntuales condiciones del lugar de trabajo, la existencia de una supervisión por parte de la empresa que apuntalara el operativo a seguir en el lugar”.

³³ AJL, año 1999, p. 17. TAT 2°, Sent. 305/1999: “Capacitar (...) [e]s enseñar el uso de la máquina, su funcionamiento, indicar los riesgos, qué se puede hacer y que no se puede hacer, señalar los peligros.

³⁴ AJL, año 1999, p. 15.

³⁵ *Ibidem*, p. 17.

³⁶ AJL, año 1998, p. 13.

³⁷ *Ibidem*, p. 15. JLT 9°, Sent. 84/1998: “No puede inferirse inmediatamente que la realización de la tarea no prevista para la categoría importe necesariamente un incumplimiento a una norma sobre seguridad o prevención”.

³⁸ AJL, año 1999, pp. 13 y 14. JLT 9°, Sent. 44/1999.

³⁹ AJL, año 2000, p. 14. JLT 7°, Sent. 104/2000.

⁴⁰ AJL, año 1998, p. 12. JLT 1°, Sent. 103/1998.

⁴¹ AJL, año 2000, p.15. TAT 3°, Sent. 88/2000.

- A su vez, se ha tenido en consideración la *toma de medidas inmediatas a la producción del evento dañoso por parte de la empresa*, como forma de reconocimiento de la culpabilidad.⁴² Esto no es, a nuestro entender, un razonamiento válido; las medidas pueden obedecer a una conscientización impulsada por un accidente, sin que con ello pueda inducirse un reconocimiento implícito.
- Se ha considerado, en un volumen importante de sentencias judiciales, que de *haberse incumplido con normas de seguridad y prevención, que hubieran evitado el accidente, se configura la culpa grave*.⁴³ La relación de la culpa grave con las normas incumplidas, como concreción del estándar de comportamiento, serán analizada en la sección correspondiente al hecho ilícito calificado por la Ley.
- La culpa puede constituirse no sólo por actos aislados, según una corriente de la jurisprudencia, sino por *comportamientos sucesivos de menor envergadura; se trata de un concepto sucesivo y acumulativo de actos, que quizás independientemente no puedan catalogarse de culposos en forma lata, aunque en su conjunto constituyan una conducta de culpa grave* en el omiso o impetuoso.⁴⁴
- Muchas veces, a nuestro parecer de manera errónea, la jurisprudencia ha asumido una sólida tendencia a calificar la culpa en el incumplimiento en función de dos factores: *el peligro de daño que aparece, es decir la probabilidad de producción del evento dañoso; y la entidad del daño*.⁴⁵ Este aspecto será criticado más adelante, al analizar el elemento daño en las clásicas categorías de la responsabilidad.
- De manera también cuestionable, la jurisprudencia ha negado la posibilidad de concurrencia de culpas para el régimen del art. 7 de la ley 16.074, considerando que el hecho de la víctima sólo exime por completo cuando asume las características de la fuerza mayor⁴⁶. Cuando *la culpa es total, concluye infundadamente, es por ello también grave*. El asunto se vincula con la eximente por hecho de la víctima.
- La jurisprudencia también ha requerido un modelo de comportamiento superior al de la culpa grave con el objeto de configurar la misma, lo cual es, desde el comienzo absurdo. *Se adopta el estándar del "buen hombre de negocios"*, cuando la empresa deba tener conocimientos por su experiencia y técnica. Pero, naturalmente, elevándose la exigencia –lo cual es normal en un supuesto de culpa leve civil para un técnico, precisamente por su *peritiam*, no se respeta demasiado la literalidad del precepto, ya que basta que se haya apartado de un sentido común vulgar para que se configure culpa grave.⁴⁷
- Se comprende que el empleador califica en un acto grosero o inexcusable, *cuando no revisa su comportamiento luego de reclamaciones o denuncias de sus propios trabajadores o advertencias de los organismos públicos* con competencia en la materia.⁴⁸

4. Concepto de patrón (criterio de imputación en el hecho del dependiente)

En rigor, puede identificarse al patrón, agente a quien se imputa la conducta culposa, como aquella persona física capaz de tener comportamiento susceptible de valoración psicológica. Carecería de sentido el retorno a un criterio de valoración subjetivo si se desprecian estos presupuestos. El tema tiene una doble proyección, que redundan sobre el mismo problema: la posibilidad de obtener una reparación integral cuando el patrón no tuvo conocimiento o intervención directa en la conducta violatoria que ocasionó el daño (hecho de su dependiente, por ejemplo); y la flexibilidad en la noción de patrono ante las nuevas estructuras de tipo impersonal, entidades morales, organizadas tantas veces como sociedades.

Para ambos casos se excluyen las situaciones en las que nítidamente el patrón participa de forma activa, aun cuando elíptica o mediata, en la producción del daño u ocasión del mismo; tal es el caso de órdenes expresas o implícitas para la realización de ciertas actividades que conduzcan a la desgracia, o de delegación del ejercicio de la autoridad y dirección –v.gr. el capataz de una obra de construcción–.

Para el caso del dependiente, la jurisprudencia ha sido amplia en sus argumentos; sin embargo, no puede eludirse la génesis de esta normativa extraordinaria, que indica que es necesaria una responsabilidad personalísima del patrón. En la evolución hacia los regímenes de seguro obligatorio y socialización del riesgo, la limitación de la reparación se hace inescindible de la responsabilidad objetiva; el resquicio para la

⁴² Ibidem, p. 12. JL Rocha 4°, Sent. 79/2000. AJL, año 1999, p. 11□; JLT 5°, Sent. 7/1999.

⁴³ AJL, año 1998, p. 13; JLT 3°, Sent. 65/1998. AJL, año 1999, p. 12; JLT 8°, Sent. 39/1999.; JLT 11°, Sent. 3/1999, p. 15; TAT 2°, Sent. 61, p. 17.

⁴⁴ AJL, año 2000, p. 14. JLT 7°, Sent. 104/2000.

⁴⁵ AJL, año 1999, p. 12. JLT 8°, Sent. 39/1999. RDL n. , año 2001, p. 167. JLT 8°, Sent. 41/2001.

⁴⁶ AJL, año 1998, p. 18. TAT 2°, Sent. 198/1998. *En contra*, Ibidem, p. 15, JLT 7°, Sent. 14/1998.

⁴⁷ AJL, año 2000, p. 15. JLT 7°, Sent. 104/2000.

⁴⁸ AJL, año 1999, p. 14. JLT 11°, Sent. 3/1999. Y AJL, año 2000, p. 13, JLT 4°, Sent. 47/2000.

reparación integral opera al mismo tiempo que el retorno al criterio subjetivo para la imputación de la responsabilidad, esto es la culpa, que mira en todo caso la conducta del hombre para medirla con un modelo abstracto. Por ello, cuando se exige la culpa grave no puede olvidarse que el agente humano vuelve a ser el centro del método de responsabilidad. Subsisten ejemplos, tal vez exagerados, aunque gráficos, en los que existe esta culpa en el hecho del dependiente, si este es alcohólico o drogadicto consuetudinario y el empleador lo envía, negligentemente, como chofer para una encomienda con otros de sus empleados.

La flexibilidad ha llegado por fuerza de la necesidad; las estructuras corporativas, societarias, en ciertos casos completamente impersonales, hacen imposible vincular al propietario empleador con la producción del evento dañoso, por lo que debe acudir a la noción de autoridad o jerarquía. De lo contrario, y como lo ha expuesto la jurisprudencia, se deja a la víctima del accidente desamparada por una interpretación estricta y exacerbada del carácter personalísimo.⁴⁹

C) Hecho ilícito calificado: el incumplimiento de normas sobre seguridad y prevención

El hecho ilícito en el que debe incurrir con culpa grave el empleador está dispuesto a texto expreso por la norma, se trata de un incumplimiento de normas, cuya materia será la seguridad y prevención, derecho humano básico de los trabajadores.

Por esto es preciso que existan normas; la jurisprudencia ha asumido muchas veces la legislación genérica de la ley 5.032, para cuando no existan reglas específicas de actividad –Dec. 89/995 para la Construcción o Dec. 372/999 para la Forestación-. Pero por norma, y sin desvirtuar el sentido natural y obvio de la palabra, por medio de una mera interpretación declarativa o aclaratoria –dada la ambigüedad o indeterminación del vocablo en este contexto-, puede considerarse, en sentido lato,⁵⁰ tanto aquella escrita, de cualquier origen –heterónimo o autónomo-, como aquella consuetudinaria, con un uso prolongado en el tiempo –*usus inveteratus*- y una conciencia de su necesidad, al menos en la actividad o rama a la que el establecimiento incumplidor pertenece –*opinio iure sive necessitatis*-. La jurisprudencia ha recogido este criterio en ocasiones⁵¹

Una sólida corriente jurisprudencial prescinde de la búsqueda de esta normativa cuando encuentras flagrantes actos culposos en los empleadores.

También se ha sostenido la relación directa entre estas normas de prevención y seguridad y los deberes que constituyen el modelo en la culpa, como formas de concreción y explicitación del estándar en el plano de los accidentes de trabajo y enfermedades. Así lo entendió JLT 8°, Sent. 39/1999⁵². Tal postura no es infundada; egregios representantes de la doctrina nacional, como GAMARRA⁵³, han entendido esta función de concreción de la misma forma, en relación a la culpa por violación de leyes y reglamentos del art. 18 C.P.

No han faltado en la jurisprudencia alusiones al Derecho Internacional Público y al reconocimiento como derecho humano a la garantía de la seguridad, cf. art. 7 Pacto de D.E.S.C., y fundamental recogido en la Constitución –art. 57, 72 y 332 de Const.-⁵⁴

D) Nexo causal.

Como en el régimen de responsabilidad común, será ineluctable comprobar el nexo causal entre el incumplimiento culpable de las normas y el accidente, así como aquel que vincula el accidente con el daño. Siguiendo la evolución en la materia, desde las teorías de equivalencia de las condiciones o causa inmediata, hacia las de causalidad adecuada, puede observarse una propensión jurisprudencial ha observar la prueba del nexo causal en forma amplia, reconociendo las enormes dificultades que para cumplir con su carga probatoria sobrelleva la víctima.⁵⁵

Esto se evidencia en la Sent. 44/1999 del JLT 9°⁵⁶, que dispone: “Si bien no ha sido posible determinar nítidamente la causa del accidente, es obvio que de haber estado en buen estado las puertas del camión y poseer cinturón de seguridad, que el señor E no hubiera caído al pavimento con tan lamentable resultado”.

⁴⁹ RDL, año 2001, n. ———, p. 171 a 172.

⁵⁰ Coviello, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil, pp. 71 a 92. UTEHA, México, 1949.

⁵¹ AJL, año 1999, p. 16. TAT 2°, Sent. 61/1999.

⁵² AJL, año 1999, p. 12.

⁵³ Tratado... cit., t. XIX, p. 118.

⁵⁴ AJL, año 1999, p. 11. JLT 5°, Sent. 7/1999.

⁵⁵ Gamarra, Jorge. Tratado... cit., t. XIX, p. 309 y ss.

Esto no implica el olvido o menosprecio de la relación de causalidad, como lo demuestra otra Sentencia, n. 54/1998, de la SCJ, al expresar que “[p]uede darse la situación de que haya existido incumplimiento de normas de seguridad y prevención, que se compruebe culpa grave en el incumplimiento de ellas, pero que el accidente no se deba al incumplimiento de esas normas. En ese caso la solicitud del daño debe ser rechazada”⁵⁷

Las relaciones entre el nexa y la culpa han sido objeto de encendidos debates doctrinarios, y es indudable que, aunque diferenciables teóricamente, muchas veces estos elementos se confunden y abarcan a la vista de cualquier observador. La culpa es la que da sentido al nexa, y un importante sector de la doctrina ha sostenido que, al menos en principio, el nexa de causalidad se presume, por el giro del art. 1342 del C.C., aplicable tanto a las obligaciones de medios como de resultado, al decir que el deudor es responsable, “...siempre que no justifique que la falta de cumplimiento proviene de causa extraña que no le es imputable”⁵⁸

E) El daño

No cabe responsabilidad civil sin daño, por lo que este debe existir –concepto negativo, opuesto a ventaja o provecho– para que la reparación corresponda, y debe ser consecuencia del hecho ilícito culposo calificado en el art. 7 de la ley 16.074. El daño reparable por esta ley es el que se halla en los conceptos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, en los términos en la misma regulados.⁵⁹

No resulta sin embargo correcto calificar la culpa como grave según el resultado y severidad del daño, como lo ha hecho en múltiples ocasiones la jurisprudencia –vé. *nota al pie de página número 45*–.

F) Eximentes

De acuerdo con el artículo 9 de la ley 16.074, la responsabilidad del empleador es objetiva, pues sólo puede exonerarse por el hecho doloso de la víctima. Sin embargo, al renacer el régimen de derecho común, con un criterio de imputación subjetivo, la culpa, ahora especialmente calificada, el patrono podrá oponer todas las posibles causas eximentes de su responsabilidad, sin perjuicio de las causas de justificación para la ilicitud y de la posibilidad de probar activamente su diligencia. Pero a pesar de lo antedicho, uno de los eximentes ha sido particularmente problemático en nuestra jurisprudencia, dado que ha alcanzado soluciones contradictorias en varias oportunidades.

Parte de la jurisprudencia, en contra de la doctrina más recibida en el derecho civil, excluye la posibilidad de concurrencia de culpas por participación culposa de la víctima, y sólo acepta el hecho de la víctima cuando es la causa exclusiva del evento dañoso, situación en la que lo asimila al caso fortuito y a la fuerza mayor –esto es imprevisible, irresistible y causa única del daño–⁶⁰. Esto no es absoluto en rigor, y teóricamente puede existir un eximente parcial de la reparación por un hecho de la víctima culposo, que así tiene el efecto de reducir el monto de la indemnización por haber culpa compartida.⁶¹ Esta última tesis ha sido recibida aun por la jurisprudencia⁶²

IV. CONCLUSIONES

No es preciso extenderse demasiado en este apartado; las conclusiones han sido expuestas gradualmente, constante el comentario y análisis de cada aspecto del trabajo. Sin embargo, pueden extraerse algunas apreciaciones finales, a la luz de la crítica realizada.

La Jurisprudencia ha recogido el concepto de culpa grave, indeterminado y abstracto y le ha llenado de contenido empírico; ésta es su tarea y de la misma no puede excusarse, como se advirtió en la introducción. Así es que muchas veces las resoluciones parecen excesivas, desatinadas, aunque pretenden amparar la realidad y otorgar una solución más justa en la aplicación de un precepto genérico, ciego. Además, siguiendo

⁵⁶ AJL, año 1999, p. 13.

⁵⁷ AJL, año 1998, p. 11.

⁵⁸ Gamarra, Jorge. Tratado... cit., t. XIX, p. 310 y 321. Szafir y Venturini “El indevelado nexa causal y su prueba. Incidencia práctica en los procesos por responsabilidad civil.”, en ADCU, t. XXII, p. 457 y ss.

⁵⁹ Mangarelli, Cristina. “Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales”, en La Seguridad Social en el Uruguay, pp. 329 a 390. FCU, 2ª edición, Montevideo, 1991.

⁶⁰ AJL, año 2000, p. 18. TAT 3º, Sent. 88/2000.

⁶¹ Gamarra, Jorge. Tratado... cit. t. XIX, p. 332.

⁶² AJL, año 1999, p. 15. JLT 7º, Sent. 14/1999.

la tradición principista del Derecho Laboral, muchas veces adoptan una postura favorable al empleado víctima del accidente o enfermedad profesional.

Ninguna de estas situaciones es en sí misma un extravío, siempre que se actúe conforme a derecho y sin incurrir en nuevas injusticias, con el paradójico fin de evitar otras ya cometidas. Adecuadas interpretaciones y sensibilidad ante los singularismos de un caso son propias de la labor jurisdiccional, *pero no es correcto utilizar estos medios para desvirtuar el régimen de responsabilidad de la ley 16.074*. Según se vio, su intención acompaña la evolución que la materia ha experimentado en el derecho comparado y en la convicción jurídica en general: la mayor cobertura del riesgo posible (responsabilidad objetiva), a costa de la limitación en la responsabilidad (indemnización forfaitaire). La reparación integral es excepcional y por ello exige tan rigurosas condiciones para su procedencia; de esta manera deberían entenderla los jueces, sin masificar condenas perniciosas y juzgando criteriosa y técnicamente cada una de las controversias que ante su autoridad se presentan.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ADCU, t. XXII, p. 457 y ss.. T. XXII, p. 457 y ss.

ARANGIO-RUIZ, VICENZO. Instituciones de Derecho Romano, p. 424. Depalma, Bs. As., 1973

COVIELLO, NICOLÁS. Doctrina General del Derecho Civil, pp. 71 a 92. UTEHA, México, 1949.

D'ORS, J. A. Derecho Privado Romano, § 374, pp. 435-436. Eunsa, novena edición, 1997.

GAMARRA, JORGE. Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. XVII, pp. 217 a 219. Montevideo, 1978; t. XIX, p. 13. Montevideo, 1981.

GARCÍA GARRIDO, MANUEL JESÚS. Derecho Privado Romano, § 190, p. 639. Dykinson, Madrid, 1999.

KELSEN, HANS. *Teoría Pura del Derecho*, pp. 151-2, EUBA, Bs. As., 1996.

La Seguridad Social en el Uruguay, pp. 329 a 390. FCU, 2ª edición, Montevideo, 1991.

MAZEAUD-TUNC. Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle, t. 1, n. 95, p. 99. París 1965.

NINO, *Carlos Santiago*. Introducción al análisis del derecho, p. 5. Ariel, Barcelona 1996.

JURISPRUDENCIA

AJL Anuario de Jurisprudencia Laboral, años 1998, 1999, 2000 y 2001.

RDL Revista de Derecho Laboral, t. XLV N1 205 del 2000, p. 160.



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

- *AAVV «El nuevo Derecho de Autor uruguayo» (M. Cikato)*
- *Langón Cuñarro, Miguel «Código Penal Anotado, tomo I» (P. Montano)*
- *Brito, Mariano “Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva” (C. Delpiazzo)*
- *AAVV “Anuario de Propiedad Intelectual 2003” (M. Etcheverry)*

EL NUEVO DERECHO DE AUTOR URUGUAYO

AAVV, Universidad de Montevideo, 2003, 138 pág.

La Universidad de Montevideo ha editado el libro titulado *“El nuevo Derecho de Autor Uruguayo”*. Dicho trabajo no solamente es imprescindible para cualquiera cuya actividad se relacione con el Derecho de Autor, por ejemplo, la industria musical o artística, sino que también es sumamente útil para todos los practicantes del Derecho Marcario, así como. En forma clara y precisa, pero sin dejar de ser un estudio profundo, analiza los principales aspectos del Derecho de Autor en Uruguay, teniendo en cuenta la reciente sanción de la Ley 17.616, que modifica y moderniza la Ley 9.739.

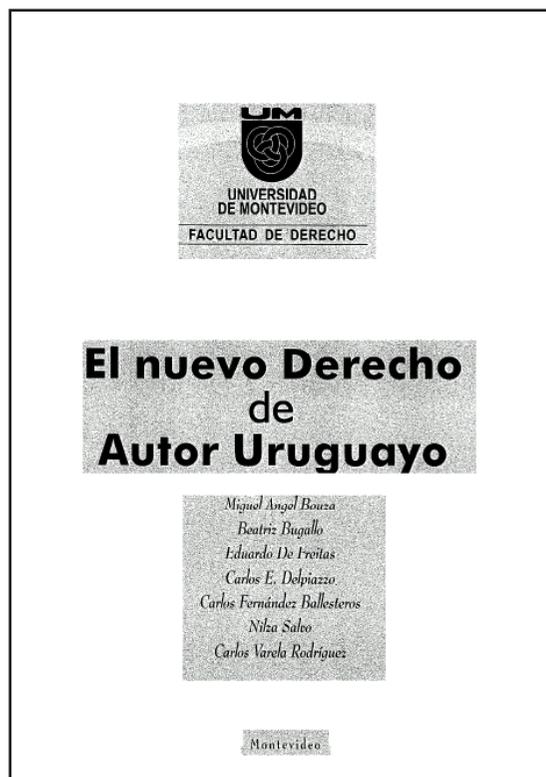
La mencionada obra recoge ocho trabajos doctrinarios de prestigiosos juristas, los cuales fueron expuestos en las conferencias pronunciadas en ocasión de las “Jornadas sobre el Nuevo Derecho de Autor Uruguayo” en Marzo de 2003, organizadas por el “Grupo de Propiedad Intelectual” de la Universidad de Montevideo. Además, incluye la Ley 9.739 actualizada con las modificaciones de la Nueva Ley de Derecho de Autor.

El **Dr. Eduardo de Freitas** aborda las razones que llevaron a nuestro legislador, y a los de todo el mundo, a adaptar la legislación en este aspecto. Este autor menciona como razones al desarrollo tecnológico y la gran importancia económica que los derechos de la Propiedad Intelectual han adquirido en los últimos tiempos. Examina, además, los aspectos más importantes de la Nueva Ley, contrastándolos con la antigua.

A su vez, el mismo autor, analiza profundamente, la cuestión de las Entidades de Gestión Colectiva, estableciendo que éstas son un medio por el cual los autores pueden controlar la utilización de sus obras por parte de terceros. Este tema es por demás trascendente, ya que en gran medida se relaciona con la efectividad de los derechos de protección que otorga el Derecho de Autor a los titulares de obras.

Por su parte, la **Dra. Beatriz Bugallo Montaña**, hace referencia a las facultades de los autores, limitándose a los derechos patrimoniales. Establece que en el Art. 2 de la Nueva Ley “... hay una ampliación, una mayor precisión y una actualización en materia de las distintas facultades de explotación ya existentes del autor”, que luego pasa a describir con detalle.

Complementando el anterior trabajo, el **Dr. Carlos Varela Rodríguez** expone acerca de los Derechos de los Artistas intérpretes o ejecutantes, analizando el articulado de la Nueva Ley, subrayando



diversas cuestiones, tales como, entre otras, los errores cometidos en la misma, los aspectos positivos y negativos y hasta incluso logra incluir un breve pero exhaustivo examen al artículo 58, destinado a regular las Asociaciones de Gestión Colectiva.

Un tema de singular importancia dentro del Derecho de Autor es la determinación, alcance y naturaleza de las Acciones Civiles. Este capítulo es reservado a la **Dra. Nilza Salvo**, que investiga “...si hay novedades en el ámbito de la tutela, si hubo alguna variación en relación a la naturaleza de la responsabilidad civil o si siguen vigentes las... posiciones anteriores...”. A su vez, considera la cuestión del daño indemnizable, estableciendo que “La nueva ley no introdujo gran variación en relación al daño indemnizable”, y también estudia la pena civil, expresando que aquí sí se han encontrado variaciones con respecto a la Ley 9.739.

El **Dr. Miguel Ángel Bouza**, Profesor Titular de Derecho Mercantil de Vigo, se introduce en el tema de la protección jurídica de las bases de datos, específicamente en el Derecho Español. Describe, con extremo detalles, todos los aspectos jurídicos relacionados con la protección jurídica de las bases de datos, es decir, el objeto protegido, la titularidad de los derechos, el contenido de los mismos, los límites, la duración y las acciones.

Siguiendo en el área de Derecho informático, el **Dr. Carlos E. Delpiazzo** nos introduce al estudio del

Derecho de Autor y las creaciones informáticas. De acuerdo al Art. 3 de la nueva ley, se incluye en la nómina de obras protegidas a los programas de ordenadores, las compilaciones de datos y a las informaciones y algoritmos formulados en secuencias originales ordenadas en forma adecuada para ser usadas por un dispositivo de procesamiento de información o de control automático. Dicho autor ilustra, con su habitual claridad, la caracterización y regulación positiva de estas tres categorías mencionadas.

Finalmente, el **Dr. Carlos. A. Fernández Ballesteros** expone acerca de la reforma del régimen de protección del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Uruguay. El mencionado jurista analiza los principales convenios del sistema internacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, y luego los contrasta con la legislación vigente en Uruguay. Este tra-

bajo nos permite ver donde se encuentra Uruguay en el desarrollo de la regulación del Derecho de Autor y, además, nos informa acerca de los objetivos y metas a cumplir en este aspecto, así como adonde apuntar en el futuro.

Corresponde destacar que las Jornadas se dedicaron a honrar la memoria del reconocido Profesor Ullrich Uchtenhagen, cuyo fallecimiento pocas semanas antes de la realización del Seminario conmovió a todos los ámbitos autoristas latinoamericanos. El homenaje se realizó a través de las palabras del Dr. Carlos A. Fernández Ballesteros.

Sin lugar a dudas *“El nuevo Derecho de Autor Uruguayo”* es un libro recomendable tanto para todos aquellos que, en creciente número, pretenden introducirse en el estudio del tema, como también para los ya entendidos.

Matías Cikato

Código Penal y leyes penales complementarias de la República Oriental del Uruguay.

Comentado, sistematizado y anotado por el Prof. Dr. Miguel Langón Cuñarro. Universidad de Montevideo, 2003, 363 pág.

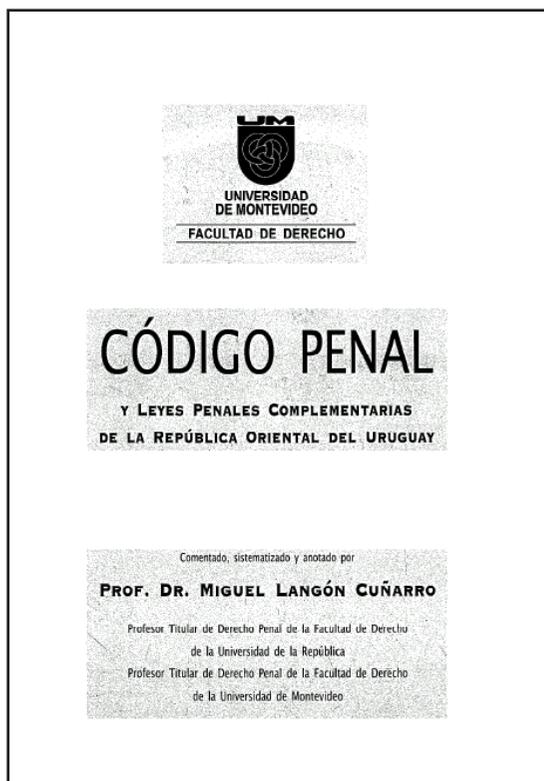
Ya van siendo muchas las reformas que el Código Penal del Uruguay, va sufriendo desde su promulgación en 1934, sobre todo a partir de la vuelta al régimen democrático de nuestro país. Para dar una idea, son más de doscientos los tipos penales nuevos que han sido introducidos en nuestra legislación extra Código. Pero también la Parte General se ha visto afectada con retoques a disposiciones aisladas.

Conocer el Derecho Penal de un país es conocer –sobre todo- su Código Penal. En el Uruguay no sería fácil, si no se contara con una obra como ésta que – por su ambicioso alcance- supone un examen integral del mismo.

El profesor Langón ya venía trabajando en esta visión de conjunto de la materia, a través de sus más de veinte años de docencia en la Universidad de la República, y, desde la creación de la carrera de Derecho en 1999, en la Universidad de Montevideo. En ambas universidades es profesor titular. Pero desde la Universidad de Montevideo emprendió la visión sistemática del Derecho Penal uruguayo, a través del Curso de Derecho Penal y Procesal Penal que viene publicando, con el contenido de sus clases. Porque el Derecho Penal sin el Derecho Procesal Penal no está completo. Y por eso, en esta obra que presentamos, son frecuentes las referencias al CPP y sus ya muchas leyes complementarias o sustitutivas. Así, por ejemplo, destaca en este Código –se ha publicado la Parte General- el tratamiento del régimen de las libertades, cuyas disposiciones han ido y venido a lo largo de los últimos veinte años.

Pero esto es sólo un ejemplo que me viene en este momento a la mente, porque tengo el libro abierto precisamente en esas páginas. Y lo abrí porque buscaba un tratamiento integral y actualizado de las disposiciones que regulan estos institutos liberatorios. Y encontré todo. Es una prueba clave para una obra de consulta: encontrar fácilmente aquello que buscamos, exigidos por la actividad académica o el ejercicio de la abogacía.

Es –decíamos- una obra de consulta. Y de consulta obligada, no sólo por ser la más completa en su género, sino por estar actualizada. Es la base –la base crítica e inspiradora- que anuncia la preparación de un proyecto de nuevo Código que pueda devolver su juventud a nuestro Derecho Penal. Sólo queda eso.



Porque con esta obra que hoy tenemos el gusto de reseñar, el profesor Langón ha llegado a la culminación –no temporal, sino referido a la cima- de su producción científica. Será “su” obra, la obra del Dr. Langón.

Si bien tenemos un solo tomo publicado, se anuncia que serán tres. El primer tomo está dedicado – como decíamos- a la Parte General. Luego de una introducción firmada por el propio autor, sigue una noticia sobre el proceso de codificación, muy útil a los efectos didácticos, sobre todo para los estudiantes, que no tienen con facilidad acceso a la historia del Código. El proceso histórico culmina con la inclusión de los antecedentes legislativos, del Consejo Nacional de Administración de la época, y del propio autor, el Dr. José Irureta Goyena.

Elabora un completo catálogo de normas penales que –a lo largo de la obra- serán incorporadas en el lugar que corresponde, a diferencia de otras ediciones que las colocan al final, en un apéndice, con la consiguiente dificultad para integrarlas al texto. El autor nos evita este trabajo al que estábamos acostumbrados, porque “pretende armonizar las distintas disposiciones en un sistema coherente que no es, sin embargo, el que el intérprete quisiera, sino el que resulta de la ley vigente”. En la Parte Especial el criterio rector de la ubicación de estas normas extra-

Código será el bien jurídico tutelado, tal como lo iniciara en la primera edición de su Código publicada en “Ediciones del Foro” desde el año 2002.

El articulado aparece destacado: tipos diferentes, negrita y recuadro con fondo gris. Los antecedentes de cada disposición aparecen debajo, con expresa referencia a su fuente. Las concordancias remiten a otras disposiciones vigentes, dentro o fuera del Derecho Penal. Los comentarios incorporan el análisis del autor. Junto con su opinión, aparece la del resto

de la doctrina, y la jurisprudencia. Aquí se encuentra también la opinión del codificador que –en otras ediciones- aparece aparte, en un anexo, toda entera. Son las “Notas” del codificador.

La presentación del libro –encuadernado en tapa dura- es acorde con la jerarquía de su contenido.

Si algo hubiera de reprocharle, es la falta de aparato crítico, entendido como citas a referencias o fuentes. Pero, en realidad, esta obra que será de consulta obligada, es la fuente misma.

Pedro Montano

Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva

Mariano R. Brito
Universidad de Montevideo, 2004, 1203 págs.

Dentro de la ya larga lista de obras publicadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, la que se comenta no es una más. Se trata de un libro principal en el desarrollo del Derecho Administrativo, no sólo a nivel nacional sino también comparado.

Para quien esto escribe, la figura de su maestro se agiganta al permitir -con su proverbial generosidad- acceder en un solo volumen a la enseñanza desplegada durante muchos años desde las más diferentes tribunas y ámbitos. En realidad, hace años que creo no ser el único que, oportuna e inoportunamente, viene insistiendo en la necesidad de que la enseñanza del Dr. Brito se plasme en una obra como la que ahora nos entrega.

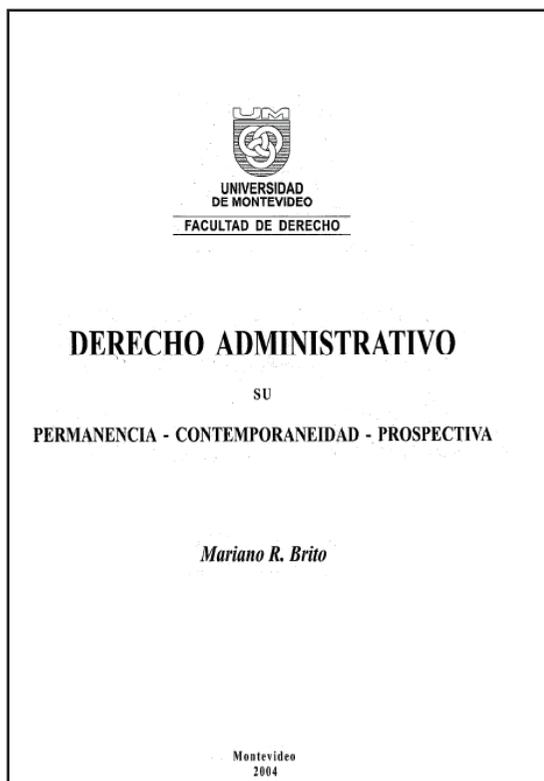
Por lo tanto, es deber de justicia comenzar agradeciendo al autor por este aporte de su magisterio.

El libro empieza con una *Dedicatoria* que merece ser destacada: «A aquellas Universidades en que mi vida se ha hecho docencia». Ciertamente, no es casual que el Dr. Brito concrete de este modo su proemio ya que toda su vida -en el aula y fuera de ella- ha sido y es docencia. Y esa docencia ha sido y es su vida, que ha tenido en el ámbito universitario el púlpito desde el cual guiar, conducir, interrogar, cuestionar, investigar,... entregarse.

Seguidamente, bajo el sencillo título de *Introducción*, el autor reflexiona acerca de los tres conceptos con los que particulariza el título de su obra: permanencia, contemporaneidad y prospectiva. Bien podría decirse que estos tres vocablos concretan la línea conductora de la misma; según las propias palabras del Dr. Brito, «Se intenta conjugar las notas concurrentes del Derecho Administrativo, según la firme convicción del autor alcanzada al cabo de una prolongada dedicación al triple objeto del quehacer universitario: docencia, investigación y extensión, precisamente en el ámbito del empeño de su especialización jurídica».

En primer lugar, el Derecho Administrativo es permanencia porque el hombre mismo, cuya dignidad debe cautelar, es permanencia.

En segundo lugar, la contemporaneidad del Derecho Administrativo traduce lo fenoménico de sus normas y su historicidad, sin menoscabo de la permanencia (que es fruto peculiar del perfil antropológico de la persona humana y de la peculiaridad existencial de la Administración), y a pesar de las modas que pregonan una «huída del Derecho Administrativo», frente a la cual el autor proclama el «retorno».



En tercer lugar, desde la prospectiva, el autor constata con acierto que «El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI se halla en una vía expansiva». Tal afirmación se complementa y enriquece con las reflexiones que surgen de los dos últimos capítulos del libro: *Perspectivas del Derecho Administrativo* y *Epílogo*.

Tras la referida Introducción, el plato fuerte del menú está constituido por 700 páginas sin desperdicio, en las que lo viejo y lo nuevo de la enseñanza del Dr. Brito se actualizan en un *agrupamiento temático* que refiere a los siguientes tópicos:

- Fuentes del ordenamiento jurídico administrativo
- Persona humana
- Familia
- Sociedad
- Estado (y, dentro del mismo, Estado - Institución, Estado - Administración, Actividad administrativa, Función pública, y Descentralización)
- Integración
- Derecho Administrativo Internacional
- Perspectivas del Derecho Administrativo

- Epílogo

Para quienes hemos estado junto al autor en sus clases, en la función pública y en la vida ordinaria, produce gran alegría encontrar orgánicamente expuesto su magisterio de todas las horas. El regocijo es no sólo afectivo sino también intelectual, al constatar que, aunque no se está ante un Tratado o un Manual en sentido clásico -ya que ese no ha sido el propósito-, se está ante un original Curso, en el que no falta ninguno de los temas esenciales del Derecho Administrativo actual ni la opinión comprometida del autor, aún en los puntos más difíciles y escabrosos.

Las referencias de Derecho positivo contenidas en el libro aparecen complementadas por un *Anexo*

Normativo de casi 500 páginas, con referencias tanto nacionales (pág. 703 y sigtes.), como extranjeras (pág. 931 y sigtes.). Aún cuando no existe un índice detallado del rico material reunido en el Anexo Normativo (contentivo también de proyectos), hurgando en el mismo se puede encontrar una clasificación por el rango de normas (constitucionales, legislativas, reglamentarias e internas de la Administración) y una ordenación básicamente cronológica.

El resultado de este trabajo, a la vez de recopilación y creativo, podría hacer pensar en una obra de despedida. Sin embargo, descontamos que no será así ya que el fermento de este libro es tan grande que necesariamente anuncia y augura continuidad.

Carlos E. Delpiazzo

Anuario de Propiedad Intelectual.

AAVV, Universidad de Montevideo, 2003, 246 págs.

Hace casi tres años, desde Setiembre de 2001, que se viene reuniendo en la Universidad de Montevideo un grupo de profesionales vinculados al derecho de la Propiedad Intelectual. Este grupo, conocido como Grupo de la Propiedad Intelectual - GPI, tiene como propósito establecer un espacio académico propicio para el análisis, la investigación y el intercambio de conocimientos sobre los temas e instituciones que actualmente constituyen los principales motivos de preocupación de los titulares de derechos de propiedad intelectual, de las oficinas gubernamentales, de los jueces, estudios jurídicos y contables, de los abogados y contadores asesores vinculados a esta temática.

El Anuario de Propiedad Intelectual editado en noviembre del año 2003 es resultado de este emprendimiento. Se trata de la primera revista académica uruguaya dedicada a la Propiedad Intelectual, que incluye artículos doctrinarios, comentarios de jurisprudencia y crónicas que atienden desde la faz teórica y práctica, las más diversas cuestiones vinculadas al derecho de Propiedad Intelectual en Uruguay.

Dentro de esta compilación de trabajos y ensayos nos encontramos en primer lugar con el artículo de la Dra. María Balsa Cadenas, en el que trata sobre **“Telecomunicaciones y propiedad intelectual Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información – responsabilidad civil por contenidos”**. Expone sobre la moderna problemática de la responsabilidad civil de los proveedores de servicios on line, ya sea proveedores de acceso o conexión a internet, de hosting o de herramientas de búsqueda, por los contenidos que circulan en internet que implican una violación de los derechos de propiedad intelectual. **“Algunas reflexiones sobre la Patente de Procedimiento Farmacéutico”** de Andrea Barrios Kübler es un análisis sobre el alcance de la protección de las patentes de procedimientos farmacéuticos y su extensión a los productos obtenidos a través de los mismos, así como la inversión de la carga de la prueba en los juicios civiles respecto de posibles infracciones a la patente de procedimiento. Beatriz Bugallo, profesora de Derecho Comercial y de Propiedad Intelectual en la Universidad de Montevideo y coordinadora junto con Juan Manuel Gutiérrez del Grupo de Propiedad Intelectual nos presenta con el artículo **“La protección de la forma tridimensional no funcional en el derecho uruguayo”** en el que demuestra su preocupación por la regulación nacional de la protección de los creadores en materia de cuestiones no funcionales de objetos utilitarios y nos plantea la

Anuario de Propiedad Intelectual 2003

GPI - Grupo de Propiedad Intelectual



Universidad de Montevideo

necesidad de rever en este sentido la nueva ley 17.616 sobre derechos de autor y conexos. **“La falsificación de Marcas en Uruguay”** por Virginia Cervieri aborda con un enfoque teórico y práctico la problemática del delito de falsificación marcario, su incidencia a nivel económico, el Uruguay como “país de tránsito”, y los perjuicio que genera no sólo al titular de la marca falsificada sino también al consumidor final. Asimismo nos proporciona criterios que ayudan a identificar una marca falsa y las posibles acciones judiciales a emprender. Por su parte Eduardo de Freitas Straumann trata sobre los **“Principales aspectos de los derechos patrimoniales del autor y de su régimen de transmisión”**. Dedicó su artículo a los derechos exclusivos del autor sobre su obra, destacando específicamente el alcance y la transmisión de los derechos patrimoniales tales como el derecho de reproducción, distribución, de comunicación pública, de transformación y remuneración, recogidos en la nueva ley 17.616. En el artículo **“Comunicación pública de obras y fonogramas en las habitaciones de hoteles y establecimientos similares: en derecho no hay terreno ganado”**, Carlos A. Fernández Ballesteros señala el papel que juegan los hoteles y restaurantes en la evasión de las obligaciones legales para con los titulares de derechos de autor, bajo el común pretexto del “perjuicio que se causa al tu-

rismo". El artículo nos aporta un análisis de una consulta de Colombia a la Oficina Internacional de la OMPI así como varios casos jurisprudenciales de gran interés. Finalmente Diego Galante escribe bajo el título **"Propiedad Intelectual ante la Constitución y el derecho de las inversiones"**, sobre la protección específica y genérica a la propiedad intelectual proporcionada por nuestra Constitución y por otro lado la constitución de la propiedad intelectual como bien susceptible de integrar el activo intangible, objeto de inversiones.

El Anuario nos brinda también algunos artículos de jurisprudencia comentada: **"La Protección del Software en la jurisprudencia uruguaya"** de Martha E. Caviglia Queirolo quien realiza un estudio de distintas sentencias en materia civil y penal con respecto a la protección jurídica de los programas de ordenador; En **"Signos 'no distintivos' que pueden ser marcas: Evolución de la Jurisprudencia del TCA respecto a la 'Significación Secundaria'"** el Dr. Juan Manuel Gutiérrez, comenta tres sentencias que denotan la evolución del criterio del Tribunal de lo Contencioso Administrativo frente a la "significación secundaria" de expresiones o términos que se pretenden registrar como marcas; Por último Agustín Prat Gutiérrez y Gustavo Fischer escriben un artículo bajo el título de **"Desaplicación del Acto Administrativo Ilegítimo por el Poder Judicial. Esquema y breves consideraciones bajo el derecho de marcas en Uruguay"** que trata sobre el desdoblamiento de nuestro sistema judicial. Por un lado existe una jurisdicción especializada para el conocimiento del contencioso anulatorio y por otro lado, de carácter excepcional, la competencia del Poder Judicial para desaplicar el acto adminis-

trativo ilegítimo en el campo de la Propiedad Intelectual.

Finalmente tenemos las Crónicas que cubren los más variados temas vinculados a este derecho: **"Reglamentación de uso de la firma digital"** de Anabella Aldaz Peraza; **"Instituciones de la Propiedad Intelectual: problemática por actuación independiente de las entidades a cargo de su registro y control"** de Fernanda Alonso, Adriana Morosini, Ana Nocetti y Martín Pittaluga; **"Udelar-Facultad de Química-Garantía: Primera Marca de Certificación o de Garantía del Uruguay"** de Mercedes Artola Cevallos; **"Derechos sobre la filmación de espectáculo deportivo"** y **"Registrabilidad del Formato"** de María Balsa Cadenas; **"Caso de la marca 'Cow-Boy' en Paraguay: el concepto de marca notoria"** de María Fernanda Cea Bacot; **"Vientos de cambio de la ley de patentes argentina"** por Victora Dabezies Berro; **"Denominación social, marca y nombre comercial. Conflicto entre signos idénticos con distinta función identificativa"** de Juan B. Deffeminis Paiva; **"¿De quién es la señal? La retransmisión de señales no autorizadas en el caso del servicio de televisión para abonados"** de Agustín Meyer West; y por último **"Dispositivos técnicos e información electrónica para proteger y gestionar derechos de autor"** de Rodolfo Pilas.

El Anuario de Derecho Intelectual elaborado por el GPI es la materialización de la unión de esfuerzos y saberes de todos sus integrantes volcados a una temática de creciente importancia en nuestro país. Esperamos sea el comienzo de un largo intercambio académico para promover el desarrollo de esta materia que tanta influencia tiene en la actualidad.

Martina Ethceverry

